



Recurso nº 934/2023 C. Valenciana 222/2023

Resolución nº 1004/2023

Sección 1ª

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

En Madrid a 27 de julio de 2023.

VISTO el recurso interpuesto por D. J.M.F. en representación de la mercantil ZOSMAMEDIA, S.L., frente a su exclusión del procedimiento de licitación de la *“Contratación de los servicios de una Agencia de Intermediación con Medios de Comunicación para la difusión de campañas publicitarias y especiales de servicios y programas de empleo, formación, emprendimiento, innovación económica e igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres”*, con expediente referencia PAS/12/2023, licitado por la Fundación Valencia Activa, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. La Fundación Valencia Activa convocó, mediante anuncio publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 17 de mayo de 2023, licitación para la adjudicación de la *“Contratación de los servicios de una Agencia de Intermediación con Medios de Comunicación para la difusión de campañas publicitarias y especiales de servicios y programas de empleo, formación, emprendimiento, innovación económica e igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres”*, cuyo valor estimado es de 138.000 euros.

Segundo. En cuanto al desarrollo de la licitación, interesa recoger aquí que, tras la apertura de las proposiciones, en la reunión de la mesa de contratación de 8 de junio de 2023 se procede a la apertura de los sobres que incluyen los criterios evaluables automáticamente, indicándose en el acta correspondiente la exclusión de dos licitadores,



siendo uno de ellos ZOSMAMEDIA, S.L., quien ofertó un porcentaje de comisión a percibir de 0,00%. Como motivo de exclusión se expone:

“La Mesa de Contratación considera que deben ser excluidas aludiendo al informe jurídico de fecha 12/05/2023, por los siguientes motivos:

- Primero. Excluir la oferta realizada por cualquier licitador que realice una oferta con un CERO por ciento por cuanto no exista un precio positivo por el conjunto prestacional ofertado por cuanto éste queda limitado a la actividad de la intermediación.*
- Segundo. Si el licitador ha considerado para formular su oferta, otras posibles variables relacionadas con la prestación, al margen del criterio evaluable, considerando otras hipotéticas prestaciones por las que obtendría un rendimiento que no están previstos en los Pliegos, tememos que indicar que no sólo estaríamos ante un precio ficticio que sólo conoce el licitador, sino que tal modo de actuar incurre en un claro fraude de ley, que produce un resultado adverso al perseguido a las reglas de competencia, y por el que se obtiene un resultado contrario al objetivo que persigue la licitación que es promover la concurrencia y no actuaciones atípicas”.*

De acuerdo con la evaluación de las propuestas aportadas por los licitadores, se aprueba la lista ordenada de manera decreciente de puntuación, siendo propuesto para la adjudicación el licitador AGENCIA DE MEDIOS INDEPENDIENTE, SLU.

El 16 de junio de 2023 se produce la adjudicación del contrato, notificándose ese mismo día.

Tercero. Frente a dicho acuerdo de exclusión, cuya fecha de notificación no consta, se interpone por parte de ZOSMAMEDIA, S.L., recurso especial en materia de contratación ante este Tribunal, mediante escrito presentado el 29 de junio de 2023. Con anterioridad, había formulado ante el órgano de contratación petición de acceso al expediente el 28 de junio.

Se indica en el recurso que el órgano de contratación es la Fundación València Activa del Pacto para el Empleo de la Ciudad de València – Comunitat Valenciana, entidad



dependiente del Ayuntamiento de Valencia, que ostenta la condición de poder adjudicador.

Se alude a la reunión de fecha 8 de junio de 2023 de la mesa de contratación, en la que se acuerda la exclusión de ZOSMAMEDIA, S.L., *“aludiendo a un supuesto informe jurídico de fecha 12 de mayo de 2023. Dicho acuerdo se consigna en el Acta levantada al efecto -documento anexo nº 2-, que es publicada en la plataforma de Contratación del Sector Público, si bien no se nos notifica formalmente a pesar de lo gravoso del acuerdo. En este punto, interesa al derecho de esta parte adelantar que el informe jurídico aludido NO se encuentra publicado en la plataforma de Contratación, ni se ha puesto a disposición de los licitadores. A mayor abundamiento, el meritado informe resulta ser anterior a la fecha de publicación de la licitación que nos ocupa, por lo que resulta inviable que el mismo tenga por objeto evaluar la oferta concreta presentada por ZOSMA”*.

Se cita asimismo el acuerdo de adjudicación.

En cuanto a la exclusión, se apunta que la misma se justifica con base en *“un supuesto informe jurídico de fecha 12 de mayo de 2023, el cual no ha sido puesto a disposición de los licitadores, causando una indefensión evidente, como ya ha sido reconocido en múltiples ocasiones por este Tribunal. Por todas, traemos a colación la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales nº 614/2023, de 18 de mayo (Recurso nº 463/2023), en la que se estima el Recurso interpuesto por un licitador que había sido excluido en base a un informe que no había sido notificado ni publicado por el Órgano de contratación*.

A mayor abundamiento, nos encontramos con un informe que presenta fecha anterior a la publicación del anuncio y los pliegos de la propia licitación, por cuanto que el mismo es, supuestamente, de fecha 12 de mayo de 2023, mientras que el anuncio y los pliegos de la licitación se publican el 17 de mayo de 2023”.

Se defiende en este punto que se ha vulnerado *“el principio de transparencia, consagrado en el artículo 1 LCSP; principio que aconseja poner en conocimiento de los licitadores,*



con la mayor celeridad posible, los documentos que pueden tener una transcendencia importante o esencial en el procedimiento de licitación”.

Se denuncia también “falta de motivación evidente de la decisión de exclusión recurrida y, en particular, en el Acta en el que se contiene dicha decisión. Así, la Mesa de Contratación se limita a copiar y pegar dos párrafos supuestamente del referido Informe, sin contexto ninguno y sin más fundamentación o explicación al respecto”.

Adicionalmente, defiende la empresa recurrente que su oferta “se ajusta perfectamente a los pliegos publicados por el Órgano de contratación”, citando diferentes previsiones recogidas en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) referentes a las ofertas y al modo de presentación de las mismas. Así, la Cláusula 8, relativa al precio del Contrato y la Cláusula 13, relativa a los criterios de adjudicación, en el apartado 1 referido al precio, y aduciendo que “en ningún momento se limita a un mínimo el porcentaje sobre el presupuesto correspondiente a la comisión a percibir por la licitadora, indicándose únicamente un porcentaje máximo, pero no mínimo. Por ello, la Mesa de Contratación no puede pretender excluir la oferta presentada por esta parte aludiendo a un incumplimiento de los pliegos (...)”.

De otra parte, pone de manifiesto el licitador recurrente que “ofertar comisiones iguales o tendentes a cero es una práctica habitual en el sector, existiendo numerosos contratos que han sido adjudicados a Agencias que han ofertado dicho porcentaje de comisión. Y, en cualquier caso, si el Órgano de contratación hubiese considerado que verdaderamente el hecho de ofertar una comisión igual a cero supusiese algún tipo de impedimento o desvirtuase la fórmula, debería haber prohibido expresamente en los pliegos un porcentaje igual o inferior a tal cifra (...)”.

Añade que “ZOSMA, como empresa con reputada experiencia en la contratación pública como agencia de medios, dispone de un conocimiento cabal de los costes y gastos que pueden ser minimizados al máximo, teniendo la posibilidad de ofrecer una oferta más económica y competitiva que otros licitadores. En este sentido, no podemos obviar que obtener la oferta económicamente más ventajosa es, en definitiva, el objetivo de todo procedimiento de contratación pública (...)”.



Argumenta también que “no nos encontramos ante ningún “precio ficticio” ni, por supuesto, pretendemos la presentación de ofertas en fraude de ley. En este sentido, hay que destacar que ZOSMA obtiene la rentabilidad necesaria para la ejecución de este Contrato no solo a través de una posible comisión percibida, sino a través de acuerdos con los medios, rápeles de ventas, etc. Es decir, la rentabilidad de la ejecución del contrato que nos ocupa para todas las empresas del sector no se haya en la comisión a percibir del Órgano de contratación, sino en la suma de otra serie de factores que son un rasgo esencial en el sector de la publicidad. Todo ello se hubiera puesto en conocimiento del Órgano de Contratación si hubiesen solicitado la información pertinente, en el caso de que consideraran que la oferta puede incardinarse como una oferta anormalmente baja o injustificada”.

Al hilo de esta consideración se relacionan una serie de contratos de Administraciones Públicas o poderes adjudicadores que han adjudicado a Agencias de medios que ofertaban comisiones iguales al cero por ciento (0%), y se cita la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales nº 407/2020, de 19 de marzo (Recurso nº 110/2020), en el siguiente aspecto:

“las ofertas económicas efectuadas a 0, o valores cercanos a 0, en relación con algunas prestaciones o unidades son válidas, siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos: i) que en su conjunto la oferta tenga un precio positivo; ii) que la fórmula no quede desvirtuada, dando lugar a resultados que no permitan una ordenación proporcional de las ofertas y iii) que el resultado final no suponga otorgar mayor puntuación en el criterio precio a quien en su conjunto, ha realizado una oferta más cara”.

Y asimismo la Resolución del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid nº 190/2022, de 19 de marzo (Recurso nº 157/2022).

En otro orden de cosas, se apunta que “para el caso de que la fórmula pueda resultar afectada por la Oferta presentada, teniendo en cuenta que dicha oferta resulta válida conforme a los pliegos, lo cierto es que existen numerosas soluciones propuestas por la práctica doctrinal en casos similares, y ninguna de estas soluciones pasa por la exclusión del licitador que presenta la oferta más beneficiosa. En este sentido, traemos a colación

la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales nº 176/2020, de 6 de febrero de 2020 (Recurso nº 1572/2019) (...)”.

Se estima por todo ello que no procede la exclusión de la oferta presentada, toda vez que la misma se ajusta perfectamente a los pliegos publicados, en los que no existe prohibición alguna con respecto al porcentaje mínimo de comisión, y se concluye solicitando a este Tribunal que:

“(i) revoque el Acuerdo consignado en el Acta de fecha 8 de junio de 2023, dejando sin efecto la exclusión de la oferta presentada por ZOSMA y acordando en su lugar la admisión de la misma;

(ii) la retroacción de todo el procedimiento al momento de valoración de ofertas, a fin de que la oferta presentada por ZOSMA sea valorada conforme a los criterios establecidos en los pliegos, procediéndose a clasificar nuevamente a los licitadores y anulando todas las Resoluciones que traigan base en el acuerdo adoptado por la mesa, incluyendo la Resolución por la que se adjudica el Contrato de referencia a NF AGENCIA DE MEDIOS INDEPENDIENTES, S.L.”

De manera adicional, se manifiesta en el recurso lo siguiente:

“(...) que, al derecho de esta parte interesa dejar constancia de que se ha solicitado a la Fundación Valencia Activa acceso al expediente, dentro del plazo conferido para ello -tal y como se desprende del justificante de presentación adjunto como documento anexo nº 5 y el correo remitido al mail indicado por dicha Fundación, adjunto como documento anexo nº 6-, no habiendo obtenido acceso al mismo a la fecha.

Por ello, al derecho de esta parte interesa poner de manifiesto que no se ha podido analizar detalladamente las irregularidades en la que se ha incurrido en el presente expediente, limitando por tanto el contenido del presente recurso a los hechos conocidos a través de las notificaciones recibidas y/o publicaciones realizadas por el Órgano de Contratación; razón por la cual se solicita a este Organismo que se nos de acceso al expediente administrativo de referencia, otorgándonos un plazo para formular



alegaciones complementarias al recurso que se presenta, todo ello de conformidad con lo previsto en el artículo 52 LCSP”.

Cuarto. El órgano de contratación ha evacuado el trámite de informe sobre este recurso. En el mismo se indica que la mercantil ZOSMAMEDIA, S.L, formula una oferta con un porcentaje del cero por ciento como parte retributiva en el criterio económico, por lo que la mesa procede a su exclusión junto con otra mercantil.

Se alude seguidamente a distintas previsiones del cuadro resumen del pliego de cláusulas particulares, en lo relativo al sistema de determinación del precio (punto 15), que indica que:

“Considerando el importe de Campañas que se pretende acometer. La oferta del contratista será en forma de porcentaje sobre el importe total del contrato: 138.000 € IVA no incluido.

El precio pagadero al contratista será el resultante de aplicar el porcentaje ofrecido por el contratista sobre el importe final de la campaña encomendada, más el importe repercutido por los gastos en los medios de difusión”.

Y asimismo se cita el punto 20 en cuanto a los criterios de adjudicación automáticos, en el apartado relativo al criterio del precio.

Se alude también a la cláusula 23 del pliego, relativo al pago del precio, y se razona del siguiente modo:

“A la vista de los Pliegos, y de la oferta realizada, podemos afirmar que la oferta que hace el licitador recurrente es inoperante conforme a la fórmula para la valoración de las ofertas en perjuicio de sus competidores. La oferta obedece a una finalidad defraudadora y persigue un resultado aparentemente amparado, pero contraria a los principios de contratación pública; y en claro fraude de Ley”.

Se añade que:



“Un precio CERO por sus servicios de intermediación no es precio. El licitador/recurrente sólo repercute el precio que ha satisfecho a los distintos medios de difusión. Pero el precio que percibe, y que recibe como contraprestación por sus servicios, se limita al porcentaje de su oferta sobre el coste de los medios. Lo que, además, hace inoperante la fórmula para su valoración en perjuicio de sus competidores.

La oferta de un servicio cuyo precio es valorable con un PRECIO CERO, comisiones obedece a una finalidad claramente defraudadora que persigue un resultado aparentemente amparado en una norma, pero contrario a otra que infringe. En nuestro caso, aparentemente pretende obtener la mejor puntuación del criterio con su oferta cero, pero su verdadera finalidad es impedir que el resto de los licitadores obtengan la puntuación proporcional de su oferta. No se cumple con lo exigido por el PCAP, esto es, ofertar un precio”.

Se razona asimismo que:

“Nadie trabaja gratis. De modo, que el licitador pretende obtener un rédito económico de otra forma, que al parecer no queda recogida en la fórmula económica de la licitación a través del «coste por los servicios prestados por los medios»; y que el órgano de contratación desconoce por cuanto no se haya recogida en los pliegos.

La oferta económica presentada por el licitador no se ajusta a los Pliegos, no siendo válido ofrecer una oferta a “COSTE CERO”, y precisamente por este motivo, la oferta recibida se erige en una causa válida de exclusión”.

Se citan las resoluciones de este Tribunal 176/2020 de 6 de febrero, y 1454/2019, de 11 de diciembre, para argumentar que:

“Aquí, no existe un precio positivo por el conjunto prestacional ofertado, ya que éste queda limitado a la actividad de la intermediación. Si el licitador ha considerado para formular su oferta, otras posibles variables relacionadas con la prestación, al margen del criterio evaluable, considerando otras hipotéticas prestaciones por las que obtendría un rendimiento que no están previstos en los Pliegos, tenemos que indicar que no sólo estaríamos ante un precio ficticio que sólo conoce el licitador, sino que tal modo de actuar



incurre en un claro fraude de ley, que produce un resultado adverso al perseguido a las reglas de competencia, y por el que se obtiene un resultado contrario al objetivo que persigue la licitación que es promover la concurrencia y no actuaciones atípicas en fraude de Ley”.

Y, en esta línea de razonamiento, se señala también lo siguiente:

“La aplicación del porcentaje CERO sobre el precio de coste soportado por cada campaña que debe pagar a los medios de difusión —de los que luego será compensando por la Fundación como un gasto—, lleva inexorablemente a la inexistencia de precio por sus servicios. Lo que nos invita a pensar; o bien que no ha planteado correctamente su oferta por cuanto cualquier cuantía multiplicada por CERO, da necesariamente CERO COMO PRECIO a percibir por sus servicios. O bien, que pretende falsear «las facturas que le faciliten los distintos medios utilizados»; o bien obtener un beneficio, de modos que no se encuentran contemplados en los documentos contractuales que rigen la licitación”.

Se rechazan asimismo las demás consideraciones realizadas en el recurso, sobre falta de publicidad de la documentación del expediente, aduciendo que no se corresponden con la realidad publicada en la Plataforma de Contratación, y se concluye solicitando que se desestime el recurso.

Quinto. La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores, otorgando un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaban oportuno, se formularan alegaciones, sin que se haya evacuado este trámite.

Sexto. Interpuesto el recurso, este Tribunal dictó resolución de fecha 13 de julio de 2023 acordando la concesión de la medida cautelar consistente en suspender el procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en los artículos 49 y 56 de la LCSP, de forma que según lo establecido en el artículo 57.3 del mismo cuerpo legal, será la resolución del recurso la que acuerde el levantamiento de la medida adoptada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. La tramitación del presente recurso se ha regido por lo prescrito en la vigente Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se trasponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP) y en el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, RPERMC).

Este Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales es competente para conocer del presente recurso a tenor de lo establecido en los artículos 46.4 y 47 de la vigente LCSP, así como en virtud del Convenio de colaboración entre el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y la Generalitat Valenciana sobre atribución de competencia de recursos contractuales de fecha 25 de mayo de 2021 (B.O.E. de 2 de junio siguiente), tratándose de una entidad dependiente del Ayuntamiento de València.

Segundo. El recurso ha sido interpuesto contra un acto susceptible de recurso en esta vía de conformidad con lo establecido en el art. 44, apartados 1. a) y 2. b), de la LCSP, al impugnarse un acuerdo de exclusión de una oferta en la licitación de un contrato de servicios de valor estimado superior a 100.000 euros.

Tercero. La interposición se ha producido dentro del plazo legal, no constando la notificación formal del acuerdo y, en cualquier caso, no habiendo transcurrido más de 15 días hábiles entre la fecha del acuerdo y la de presentación del recurso (art. 50.1 LCSP).

Cuarto. Por lo que respecta a la legitimación de la empresa recurrente, ha de reconocerse la misma con base en el artículo 48 de la LCSP, al haber concurrido a la licitación y haber sido excluida su proposición en el procedimiento de contratación.

Quinto. En primer lugar, debe examinarse la solicitud articulada por la recurrente para obtener acceso a la totalidad del expediente de contratación, en aplicación de lo establecido en el artículo 52.3 de la LCSP, con arreglo al cual, cuando el órgano de contratación no haya cumplido debidamente su obligación de poner de manifiesto el



expediente al interesado que desee examinarlo de forma previa a la interposición del recurso especial, conforme a lo dispuesto en los dos primeros apartados de ese precepto, *“el citado incumplimiento podrá ser alegado por el recurrente en su recurso, en cuyo caso el órgano competente para resolverlo deberá conceder al recurrente el acceso al expediente de contratación en sus oficinas por plazo de diez días, con carácter previo al trámite de alegaciones, para que proceda a completar su recurso (...)”*.

En este aspecto se ha de subrayar el carácter instrumental del derecho de acceso al expediente, orientado a satisfacer la necesidad del recurrente de disponer de la información precisa para articular su recurso. Cabe citar aquí nuestra Resolución nº 153/2019, de 22 de febrero, con cita de la previa Resolución 149/2018, de 16 de febrero, donde ya se exponían los siguientes razonamientos:

“Por otro lado, procede hacer referencia a la doctrina sentada por este Tribunal en cuanto al alcance y funcionalidad del trámite de vista del expediente. Así, en la Resolución 655/2017, de 21 de julio, indicábamos que: “Así, en la Resolución 131/2015 indicábamos que “debe recordarse también que, como ya advirtió este Tribunal en la resolución 852/2014 (de la que es en gran medida tributaria la exposición precedente), en tanto dicho acceso tiene un carácter meramente instrumental (vinculado a la debida motivación de la resolución como presupuesto del derecho de defensa del licitador descartado, tal y como se ha dicho antes) y dado que la forma habitual de dar conocimiento a los interesados de la motivación del acto adjudicando el contrato es la notificación del mismo, no sería imprescindible dar vista del expediente al futuro reclamante más que en aquellos aspectos respecto de los cuales quede justificada la necesidad de su conocimiento para fundar la reclamación, no obstante la motivación plasmada en la notificación.” En esta misma línea, en la Resolución 248/2015 razonábamos como sigue: “Alguno de los recurrentes también ha manifestado que el órgano de contratación no le ha permitido tener acceso al contenido completo del expediente incluso una vez efectuada la adjudicación, ocultándose, en particular, la documentación presentada por la finalmente adjudicataria, con lo que no ha sido posible rebatir adecuadamente los argumentos de los técnicos en el recurso. Pues bien, tal derecho encuentra su fundamento en la necesidad de conocer los elementos de juicio que han servido de fundamento al acto impugnado, por lo que debe ser considerado como de carácter subsidiario respecto de la obligación

de notificar adecuadamente el mismo. En el caso que venimos contemplando a lo largo de esta resolución, la adjudicación, único acto impugnado por todos los recurrentes, ha sido notificado cumpliendo los requisitos del artículo 151.4 TRLCSP puesto que junto a la puntuación otorgada a cada uno de los licitadores se ha acompañado el informe de valoración, como así se deduce del propio conocimiento del mismo que ponen estos de manifiesto en sus escritos de recurso. En tales circunstancias, el órgano de contratación no está obligado a facilitar el acceso al expediente, salvo que la impugnación verse sobre aspectos no notificados. Del precepto y doctrina transcritos, se infiere que el órgano de contratación sólo está obligado a guardar reserva, y, por lo tanto, a denegar el acceso, respecto de la información que los propios licitadores han designado como confidencial al presentar su oferta, declaración que, por lo demás, no puede extenderse a la totalidad de la misma (...).». Así mismo también debe recordarse que, tal y como se dijo en la misma Resolución, que a su vez cita la nº 248/2015, «el derecho de acceso al expediente encuentra su fundamento en la necesidad de conocer los elementos de juicio que han servido de base al acto impugnado, y ello, añadimos ahora, como exigencia propia del derecho a la tutela judicial efectiva. Por tanto, solo en la medida en que los documentos cuyo acceso y copia se accede son necesarios para la articulación de dicha defensa, tiene sentido el ejercicio de este derecho de acceso (...).». Pues bien, sobre los documentos que no le fueron exhibidos en aplicación del principio de confidencialidad al que se refiere el art 29 del Real Decreto 814/2015, el recurrente ni siquiera ha alegado que los mismos sean necesarios para articular su defensa sin que además quepa deducir tal necesidad de las demás circunstancias que resultan del expediente. Antes al contrario, pues, con independencia de que fuera procedente o no mantener la confidencialidad de algunos o todos los documentos considerados como tal, es evidente que el recurrente ha podido articular su oposición a la valoración de las ofertas, tal y como se evidencia del propio recurso, en el que expone la oferta presentada por la adjudicataria y por qué considera que la misma no ha sido correctamente valorada. De esta forma, no se ha vulnerado su derecho a la defensa, por lo que procede al amparo del artículo 52 de la Ley 9/2017 de 8 de noviembre, LCSP, denegar la solicitud de acceso completo al expediente, y en particular a la documentación confidencial del mismo.”

Conviene retener, por tanto, que solo en la medida en que los documentos cuyo acceso y copia se interesa son necesarios para la articulación de la defensa del recurrente, tiene

sentido el ejercicio de este derecho de acceso, sin que proceda acceder a una petición en tal sentido cuando no se justifique la necesidad de información con tal objeto.

Aplicando este criterio al caso que ahora nos ocupa, el acceso solicitado es innecesario porque la empresa recurrente ha tenido completo conocimiento del fundamento de la decisión que se impugna, tal y como evidencia el tenor de su recurso.

Sexto. Pasamos ya al examen del fondo de la cuestión objeto de controversia.

Tal y como ha quedado reflejado en los antecedentes de hecho, la empresa recurrente cuestiona tanto aspectos formales del acuerdo impugnado, criticando su pretendida falta de motivación y el hecho de sustentarse en un informe jurídico que no había sido puesto en conocimiento de los licitadores, como la propia procedencia de la exclusión acordada, defendiendo la admisibilidad de su oferta conforme al contenido de los pliegos.

Comenzando por los motivos de índole formal, entendemos que no cabe acoger los mismos, no apreciándose que se haya producido ningún tipo de indefensión para el recurrente.

Así, y en contra de lo que se pone de relieve en el recurso, el acuerdo de exclusión se encuentra suficientemente motivado, dando razón suficiente de las circunstancias determinantes de la misma, como por lo demás evidencia en propio contenido del recurso, que es buena muestra del conocimiento por el recurrente de los motivos de la exclusión.

Tampoco compartimos las críticas que se vierten en torno al informe jurídico en el que se funda la exclusión. En el mismo tan solo se realiza una interpretación de los pliegos en relación con la admisibilidad de ofertas cuyo precio sea cero, no tratándose de un informe técnico de valoración de algún aspecto de la oferta que debiera ser puesto en conocimiento del licitador afectado para que éste pudiera conocerlo y, en su caso, cuestionarlo. Los pliegos estaban a disposición de los licitadores, que con sus ofertas se sometían a los mismos, y la interpretación jurídica que el órgano de contratación o sus servicios pueda hacer de las cláusulas de los mismos no tiene por qué anticiparse a los licitadores más allá de la posibilidad que tienen éstos de interesar aclaraciones o plantear



consultas (art. 138.3 LCSP). De no hacerse así, la forma de trasladar esos criterios es la de su aplicación a través de los correspondientes actos del procedimiento de adjudicación, como así se ha hecho en este caso. En última instancia, lo cierto es que el recurrente ha conocido ese criterio y puede combatirlo en este recurso, no existiendo indefensión alguna, con lo que queda excluida cualquier posibilidad de apreciar aquí un vicio de anulabilidad del acto.

Séptimo. Llegados a este punto, nos corresponde el examen de la cuestión de fondo objeto de debate, esto es, la admisibilidad en este caso de una oferta cuyo precio es de cero euros, como consecuencia de haberse ofertado una comisión del 0%.

Este Tribunal tiene consolidada una amplia doctrina acerca de la admisibilidad de las ofertas a precio cero, y ello tanto en referencia al total de la prestación objeto del contrato como cuando el precio cero se oferta en cuanto a algún aspecto concreto de la prestación o respecto de alguna o algunas del conjunto de prestaciones objeto del contrato. En el presente supuesto nos encontramos ante la primera de las posibilidades, al referirse el precio cero al total de la prestación objeto del contrato.

Para determinar si tal oferta resulta admisible en este caso conviene partir del tenor de las cláusulas de los pliegos que se refieren al precio y al contenido de las proposiciones en relación con el mismo.

Así, traemos a colación las siguientes previsiones de distintas cláusulas del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP):

1º.- Cláusula 2:

“(...) el precio del contratista será por campaña o especial y el resultado de aplicar el porcentaje contenido en la oferta sobre el importe de los gastos repercutidos en los distintos medios de comunicación”.

2º.- Cláusula 8:



“La retribución del contratista consistirá en un precio cierto que deberá expresarse en euros. El precio del contrato será el que resulte de la adjudicación de este e incluirá, como partida independiente, el Impuesto sobre el Valor Añadido.

(...)

Se establece una comisión máxima del 10% sobre el precio de adjudicación para el licitador que resulte adjudicatario. El precio a pagar será el resultante de aplicar el porcentaje ofrecido por el contratista sobre el importe final de la campaña encomendada, más el importe repercutido por los gastos en los medios de difusión.

(...)

8.4. Conforme a la DA^a 33^a de la LCSP se asigna un Precio Unitario por el adjudicatario. Por esta razón, el Precio de cada Campaña resulta de aplicar el porcentaje de Baja ofrecido por el adjudicatario al importe repercutido de los gastos en los medios de comunicación. La oferta debe realizarse en forma de porcentaje a la baja partiendo de un máximo del 10%”.

3º.- Cláusula 13 (criterios de adjudicación):

“a) Criterios Automáticos

1.- Precio: 75 puntos.

Las ofertas de Precio se efectúan en número, y letra, y debe limitarse al porcentaje de comisión que la empresa licitadora percibiría como precio, por cuanto el resto del Valor se considera importe pagado en nombre de la Fundación a las empresas de medios, o canales de comunicación. La oferta debe realizarse en forma de porcentaje a la baja de un máximo del 10%, sobre el presupuesto máximo asignado de 138.000.-€, IVA no incluido, que comprende tanto lo que es propiamente el precio, como el importe repercutido de los gastos en medios de comunicación.

La regla de cálculo de las ofertas es:



75 puntos X (Mejor Oferta Económica presentada) / (Oferta presentada)

(...)”

4º.- Cláusula 17.2.2:

“La proposición económica se incluirá en este sobre y se ajustará al modelo que figura en el Anexo 4. La oferta se expresa en porcentaje de bajada por el PRESUPUESTO DE LICITACIÓN que se estima en 138.000 € IVA EXCLUIDO. La oferta debe expresarse claramente en cifras y en letras. En caso de discordancia entre el porcentaje consignado en cifra y la consignada en letra prevalecerá esta última, salvo que del estudio y análisis de la oferta y, en su caso, del desglose de precios, se pueda deducir que el importe correcto es el indicado en cifra”

5º.- Cláusula 23 (pago del precio):

“El contratista debe comunicar con carácter previo a ejecutar la prestación el importe que resulta de por cada campaña en los medios de comunicación: prensa escrita, digital, radio y televisión. Sobre tal importe se aplicará el porcentaje contenido en su oferta correspondiente al precio de su prestación.

En sus Facturas debe diferenciar el coste por los servicios prestados por los medios, y el importe resultante de aplicar su porcentaje sobre cada actuación.

El contratista debe presentar su Factura por cada campaña, y las facturas de los distintos medios utilizados en la misma”.

Por otro lado, resultan asimismo de interés las siguientes previsiones del cuadro resumen del PCAP contenidas en su apartado 20 (CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN):

“2.- Criterios Automáticos

Precio: 75 puntos.

Las ofertas de Precio se efectúan en número, y letra, y debe limitarse al porcentaje de comisión que la empresa licitadora percibiría como precio, por cuanto el resto del Valor se considera importe pagado en nombre de la Fundación a las empresas de medios, o canales de comunicación.

La oferta debe realizarse en forma de porcentaje a la baja partiendo de un máximo del 10%, sobre el presupuesto máximo asignado de 138.000 € que comprende tanto lo que es propiamente el precio, como el importe repercutido de los gastos en medios de comunicación.

La regla de cálculo de las ofertas es:

75 puntos X (Mejor Oferta Económica presentada) / (Oferta presentada)

La oferta debe expresarse claramente en cifras y en letras. En caso de discordancia entre el porcentaje consignado en cifra y la consignada en letra prevalecerá esta última, salvo que del estudio y análisis de la oferta y, en su caso, del desglose de precios, se pueda deducir que el importe correcto es el indicado en cifra.

Los criterios de adjudicación se encuentran directamente vinculados al objeto del contrato y son adecuados para lograr una evaluación de las ofertas que puedan acreditar la mejor relación calidad precio”.

De la lectura de estas cláusulas se desprende, de modo claro a nuestro entender, que los licitadores debían incluir en sus ofertas el importe de la comisión a percibir en forma de un porcentaje sobre los gastos a repercutir. Se exige por tanto que se pueda fijar la cifra que corresponde a dicha comisión a partir del porcentaje incluido en la oferta, esto es, se requiere que se oferte un precio real y positivo como parte de la proposición, a valorar además como criterio de adjudicación, mediante la fórmula establecida para este fin. Aunque no se prohíba expresamente que el porcentaje de comisión sea del cero %, lo cierto es que del tenor de las previsiones citadas resulta la necesidad de que se trate de un porcentaje real y positivo que permita establecer un importe para la comisión a percibir, con un máximo del 10%. No se contempla ni admite la posibilidad de una oferta a precio cero. Ratifica esta interpretación el hecho de que una oferta realizada en estas

condiciones hace inoperante la fórmula de valoración del precio, imposibilitando la asignación de puntuaciones a las diferentes ofertas, al incluirse el porcentaje ofertado en uno de los factores de la fórmula.

Aun cuando el recurrente insista en que a falta de una mención expresa en el pliego acerca de la exclusión de las ofertas que incluyan un porcentaje del 0%, debería procederse a su admisión, lo cierto es que la exclusión de dichas ofertas, aún no expresamente prevista, resulta del hecho de que las mismas suponen un claro incumplimiento de lo requerido por el pliego, lo cual resulta ser, como hemos indicado, la propuesta de un precio real, cierto y positivo, lo que no se produce en los casos en los que se fija como porcentaje de la comisión la cifra de cero %. Ello supone pues un incumplimiento del pliego que debe conllevar la exclusión de la oferta, sin que resulte preciso que tal circunstancia se haya establecido de manera expresa, como tampoco lo es respecto del efecto de exclusión ligado a cualquier otro incumplimiento del pliego que tenga, como es este caso, una significación relevante en cuanto a la admisibilidad de la proposición.

Alcanzada esta conclusión, resulta innecesario abordar el examen de las posibles razones que hayan podido llevar al recurrente a formular una oferta en estas condiciones, renunciando a obtener un precio de la entidad contratante. Simplemente señalaremos aquí que el recurrente no aporta prueba alguna de las razones que invoca para justificar esta circunstancia, sin duda llamativa, como subraya el informe del órgano de contratación.

Por tanto, los pliegos, como ley del contrato que vincula a todas las empresas concurrentes a la licitación, han establecido la necesidad de ofertar un precio real y positivo, no admitiéndose ofertas a precio cero. Frente a esta apreciación no cabe invocar, de una parte, las resoluciones de este Tribunal que esgrime el recurrente, pues una de ellas se refiere a un supuesto distinto, cual es el de la oferta a precio cero en relación tan solo con alguno o algunos de los componentes del conjunto de la prestación del contrato, mientras que aquí esa circunstancia se refiere al total de la prestación contractual. Y, en cuanto a la Resolución nº 407/2020, de 19 de marzo (Recurso nº 110/2020), la misma en realidad confirma lo previamente indicado, puesto que allí se está

aludiendo a ofertas a precio cero en relación con algunas prestaciones o unidades, lo que no es nuestro caso, y además se requiere para su validez, una serie de requisitos, a saber: i) que en su conjunto la oferta tenga un precio positivo; ii) que la fórmula no quede desvirtuada, dando lugar a resultados que no permitan una ordenación proporcional de las ofertas y iii) que el resultado final no suponga otorgar mayor puntuación en el criterio precio a quien en su conjunto, ha realizado una oferta más cara.

Resulta evidente que en nuestro caso se incumplen los dos primeros requisitos.

En esta línea, cabe traer a colación aquí, en cuanto refleja la doctrina aplicable a este tipo de ofertas, la resolución nº 1365/2022, de la Sección 1ª de este Tribunal, de fecha 3 de noviembre de 2022, en la que se exponen los siguientes razonamientos:

“Octavo. En cuanto al fraude de ley denunciado por la formulación de ofertas con precio cero, debemos partir de la doctrina de este Tribunal sobre la admisibilidad de tales ofertas.

Así, en la Resolución nº 1044/2018 (posteriormente citada en la nº 407/2020), expusimos: “Lo dispuesto en este precepto viene a conferir rango legal a una doctrina administrativa constante que venía interpretando el artículo 150 del anterior Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público y que puede resumirse del modo que sigue:

a) En relación con los criterios evaluables mediante fórmulas, las fórmulas que se utilicen deben permitir determinar la oferta económicamente más ventajosa y además ordenar proporcionalmente las ofertas, de suerte que un criterio definido de tal modo que se desvirtúen ambos objetivos, puede dar lugar a la nulidad de pleno derecho del PCAP y con ella del procedimiento en su conjunto (resolución nº120/2013, y las que en ella se citan).

b) El establecimiento de fórmulas de valoración en el criterio precio que dan lugar a que ofertas más baratas alcancen peor puntuación que ofertas más caras da lugar a una infracción no subsanable de las normas sobre preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación (resolución nº 228/2015).



c) Un licitador puede ofrecer gratuitamente una prestación o una unidad básica de la prestación, a condición de que oferte un precio real o positivo del conjunto de la o las prestaciones, pero la oferta cero por una prestación base unitario que tiene una fórmula de valoración, uno de cuyos factores es el precio ofertado por la misma, no es correcta y no se ajusta al pliego, siendo en tal caso admisible asignar a la oferta cero el precio de una centésima de unidad de euro, en cuanto no altera los criterios de adjudicación ni beneficia al licitador que ofertó cero y sí permite funcionar a una fórmula que no ha previsto el supuesto indicado (resolución nº 241/2018).

d) No resulta admisible la introducción de criterios de valoración que permitan a los licitadores efectuar ofertas hipotéticas o ilusorias que no se traduzcan en una verdadera ventaja para la Administración, desvirtuando así la finalidad del procedimiento (resolución nº 224/2011)". Es decir, las ofertas económicas efectuadas a 0, o a valores cercanos a 0, en relación con algunas prestaciones o unidades son válidas, siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos: i) que en su conjunto la oferta tenga un precio positivo; ii) que la fórmula no quede desvirtuada, dando lugar a resultados que no permitan una ordenación proporcional de las ofertas y iii) que el resultado final no suponga otorgar mayor puntuación en el criterio precio a quien, en su conjunto, ha realizado una oferta más cara."

Igualmente en la Resolución nº 1187/2018, "Para que el contrato no sea oneroso no basta, como afirma la recurrente, que el adjudicatario no oferte precio, es decir preste gratuitamente alguna de las unidades a las que se refieren los precios unitarios, si en el global del contrato, es decir sumando todos y cada uno de los precios unitarios ofertados por lo que, conjuntamente, constituye la prestación objeto del contrato, el ente contratante ha de pagar un precio y con el que el contratista obtiene su beneficio. En fin, como el licitador distribuya entre las distintas unidades los precios –compensando unos con otros– responde a su estrategia legítima de oferta, de modo que el hecho de que –no impidiéndolo el PCAP– oferte algún precio unitario en cero euros, no convierte en su conjunto al contrato en gratuito."

Como venimos razonando, la proposición aquí analizada no cumple con los requisitos para su admisibilidad, ni desde la perspectiva del tenor de los pliegos, ni a la luz de la



doctrina de este Tribunal, teniendo presente como dato fundamental el que la inexistencia de precio viene referida al total de la prestación objeto del contrato.

Conviene subrayar asimismo que tampoco es óbice para cuanto venimos razonando la alegación del recurso relativa a que en otros procedimientos de contratación puedan haberse admitido ofertas a precio cero, puesto que ello evidentemente en nada puede incidir en la valoración que debe hacerse de las concretas circunstancias de los pliegos del presente expediente, desconociendo el contenido de los pliegos allí aplicados u otras circunstancias que puedan haber incidido en esos otros supuestos, los cuales no pueden constituir parámetro de referencia para nuestro análisis.

En definitiva, y conforme a cuanto se ha expuesto, la actuación de la mesa de contratación fue correcta al excluir a la empresa recurrente, por lo que procede la desestimación del recurso.

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. J.M.F. en representación de la mercantil ZOSMAMEDIA, S.L., frente a su exclusión del procedimiento de licitación de la *“Contratación de los servicios de una Agencia de Intermediación con Medios de Comunicación para la difusión de campañas publicitarias y especiales de servicios y programas de empleo, formación, emprendimiento, innovación económica e igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres”*, con expediente referencia PAS/12/2023, licitado por la Fundación Valencia Activa.

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



Tercero. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la multa prevista en el artículo 58 de la Ley 9/2017.

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 Valenciana, en el plazo de 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.

LA PRESIDENTA

LOS VOCALES