



**Recurso nº 1033/2013**

**Resolución nº 090/2014**

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

En Madrid, a 5 de febrero de 2014.

**VISTO** el recurso interpuesto por D. H. L. V. en nombre y representación de MEC PUBLICIDAD IBERIA, S. L., contra la Resolución de 4 de diciembre de 2013, de la Directora General de Tráfico, por la que se adjudica el contrato de "Servicio para la realización del plan de campaña de divulgación de la seguridad vial, desde el 01/01/2014 hasta el 31/12/2014 (Dos lotes)" (Expediente 0100DGT22634), el Tribunal ha adoptado la siguiente resolución:

### **ANTECEDENTES DE HECHO.**

**Primero.** Por resolución de la Directora General de Tráfico de 14 de agosto de 2013 se acordó el anuncio de la licitación del contrato de Servicio para la realización del plan de campañas de divulgación de la seguridad vial, desde el 01/01/2014 hasta el 31/12/2014 (2 lotes) (Expediente: 0100DGT22634), que se publicó en el Perfil del Contratante y en la Plataforma de Contratación del Estado el 4 de agosto de 2013, en el Boletín Oficial del Estado el 28 de agosto de 2013, y en el Diario Oficial de la Unión Europea el 17 de agosto de 2013.

El valor estimado del contrato es de 6.300.000 euros, clasificado como servicio, categoría 27, Otros servicios, referencia CPV, 75120000, Servicios administrativos de agencias.

De acuerdo con el Cuadro de características y el Anexo II de criterios de adjudicación del Pliego de Cláusulas Administrativas (PCAP) el contrato es por procedimiento abierto y tramitación ordinaria, con pluralidad de criterios de adjudicación, siendo la puntuación asignada a los criterios evaluables mediante fórmula, 30 puntos, y la asignada a los criterios evaluables mediante un juicio de valor 70 puntos, en ambos lotes.



El apartado 13 del Cuadro de características del PCAP señala “*CRITERIOS OBJETIVOS PARA LA APRECIACIÓN DE QUE LA PROPOSICIÓN SEA DESPROPORCIONADA O ANORMAL. No se apreciarán bajas anormales.*”

**Segundo.** A la licitación concurrió entre otros la recurrente MEC PUBLICIDAD IBERIA, S.L. licitando al lote 2.

El 2 de octubre de 2013 la mesa de contratación procedió al examen de la documentación contenida en el sobre número 1, referida a la documentación general.

El 9 de octubre se procede a la apertura del sobre correspondiente a la documentación de las ofertas relativa a los criterios evaluables mediante juicio de valor, tras hacer público el examen de la documentación general, habiendo sido admitida la documentación del recurrente una vez subsanados los defectos observados.

El 23 de octubre de 2013 se procedió a la apertura del sobre correspondiente a la documentación de las ofertas relativas a los criterios evaluables de forma automática o mediante fórmula, dando previamente lectura al resultado de la valoración por la mesa tras informe técnico de los criterios evaluables mediante juicio de valor.

El 8 de noviembre de 2013 la mesa, a la vista de los informes sobre la evaluación de los criterios evaluables mediante fórmula y de la puntuación obtenida en los demás criterios, propone como adjudicataria en el Lote 2 a MEDIA DIAMOND, S.L, en la cuantía de 5.100.000,00 euros, (impuestos no incluidos).

El 4 de diciembre de 2013 el órgano de contratación adjudica el contrato en los términos de la propuesta de la mesa. El mismo día se publica en la Plataforma de Contratación del Estado la adjudicación junto con las Actas de la mesa y el informe técnico.

No consta en el expediente la práctica de notificación individualizada a los licitadores.

**Tercero.** El 18 de diciembre de 2013 la MEC PUBLICIDAD IBERIA, S. L. anuncia la interposición de recurso especial en materia de contratación al órgano de contratación.

El 26 de diciembre de 2013 presenta recurso especial en materia de contratación en este Tribunal.



En el suplico del recurso solicita que se dicte *“resolución en la que se resuelva anular la adjudicación a Media Diamond del Lote 2 del Contrato”*

**Cuarto.** El 20 de enero de 2014, el órgano de contratación remitió el expediente de contratación, acompañándolo de su informe.

**Quinto.** La Secretaría del Tribunal, en fecha 21 de enero de 2014, dio traslado del recurso interpuesto a los demás licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan las alegaciones que a su derecho conviniesen, no habiendo ejercido su facultad ninguno de ellos.

**Sexto.** El 17 de enero de 2014 el Tribunal acuerda levantar la suspensión del expediente de contratación, en aplicación del segundo párrafo del artículo 46.3 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (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 41.1 del TRLCSP.

**Segundo.** La recurrente es licitadora del procedimiento de adjudicación al que se refiere el acto de adjudicación que recurre, por lo que tiene legitimación activa para interponer el recurso conforme al artículo 42 del TRLCSP.

**Tercero.** Se recurren dos actos dictados en el procedimiento de adjudicación de un contrato de servicios, cuyo valor estimado es superior a 200.000 euros.

Los actos impugnados son el acto por el que se excluye al licitador del procedimiento de adjudicación y el acto de adjudicación del contrato.

Por todo ello, el acto recurrido reúne los requisitos exigidos por el artículo 40.1.b) y 2.c) del TRLCSP, para poder considerar que es susceptible del recurso especial en materia de contratación



**Cuarto.** En cuanto a los requisitos de forma y plazo para la interposición del recurso, el mismo se presentó el 26 de diciembre de 2013, previo anuncio al órgano de contratación, habiendo tenido conocimiento el licitador de la adjudicación del contrato a través de la publicación en la Plataforma de Contratación del Estado al no habersele efectuado la notificación individual prevista y exigida por el artículo 151.4 del TRLCSP.

Así las cosas, no habiéndose efectuado la notificación individual del acto de adjudicación en la forma exigida por el artículo 151.4 del TRLCSP, el plazo para la presentación del anuncio previo y el recurso conforme a lo dispuesto en el artículo 44.1 y 2 del TRLCSP ha permanecido indefinidamente abierto hasta el momento que, interpuesto el recurso, el licitador se ha dado por notificado, conforme a lo dispuesto por el artículo 58.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC)

Se han cumplido pues los requisitos de tiempo y forma para la interposición del recurso.

**Quinto.** Entrando ya en el fondo de la cuestión el recurso se dirige a señalar, a juicio del recurrente, temeraria la oferta económica del adjudicatario e, indirectamente, a poner en cuestión la presunta ilegalidad del PCAP en lo que se refiere a la fórmula de valoración de dicha oferta y a la no inclusión en ellos de parámetros objetivos en función de los cuales se apreciará, en su caso, que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados.

En fin, toda vez que no se cuestiona la aplicación correcta del PCAP por el órgano de contratación sino sus cláusulas, hemos de reiterar de nuevo que los pliegos que elabora la entidad contratante y acepta expresamente el licitador al hacer su proposición, constituyen la ley del contrato y vinculan, según una constante jurisprudencia del Tribunal Supremo español, tanto a la entidad contratante como a los participantes en la licitación. En cuanto a la Administración o entidad contratante la vinculación supone que no es posible alterar unilateralmente las cláusulas contenidas en los pliegos en perjuicio de los licitadores. Respecto de estos últimos supone que deben cumplir las condiciones previamente establecidas en los pliegos.



Las cláusulas discutidas por la recurrente fueron conocidas y aceptadas expresamente por ella, desde el momento de presentar sus proposiciones, en los términos señalados en el artículo 145.1 del TRLCSP, sin salvedad ni reserva alguna y sin que, pudiendo hacerlo, hubiere impugnado los pliegos que rigen la licitación antes de la presentación de su oferta.

Sin perjuicio de que no proceda admitir las alegaciones de invalidez del PCAP realizadas por la recurrente, por la extemporaneidad de su impugnación amen de su expresa aceptación del PCAP, entendemos procedente examinar la siguiente consideración de la recurrente en su escrito.

*“(...) La cláusula 12 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares establece (en coherencia con el artículo 152.1 del TRLCSP) que <<cuando el único criterio valorable de forma objetiva a considerar para la adjudicación del contrato sea el de su precio, el carácter desproporcionado o anormal de las ofertas podrá apreciarse con los parámetros objetivos que se establezcan reglamentariamente, por referencia al conjunto de las ofertas válidas que se hayan presentado>>.*

*El único criterio objetivo de valoración que, por remisión legal, es el que puede ser reducido a una fórmula, es, en el ámbito del Lote 2, el del precio, de modo que la remisión reglamentaria de la cláusula 12 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares es al artículo 85 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RLCAP), el cual establece, para el caso de que existan más de cuatro licitadores (como aquí ocurre), lo siguiente:*

*<<Se considerarán, en principio, desproporcionadas o temerarias las ofertas que se encuentren en los siguientes supuestos:*

*(...) 4. Cuando concurren cuatro o más licitadores, las que sean inferiores en más de 10 unidades porcentuales a la media aritmética de las ofertas presentadas. No obstante, si entre ellas existen ofertas que sean superiores a dicha media en más de 10 unidades porcentuales, se procederá al cálculo de una nueva media sólo con las ofertas que no se encuentren en el supuesto indicado. En todo caso, si el número de las restantes ofertas es inferior a tres, la nueva media se calculará sobre las tres ofertas de menor cuantía>> (...).”*



El PCAP, es un pliego modelo o tipo que, por expresa indicación de sus cláusulas, debe integrarse con el cuadro de características y los anexos, éstos singulares para cada licitación. Partiendo de esta consideración, que el licitador no desconoce pues hace referencia a dicho cuadro y anexos a los largo de la argumentación del recurso, el recurrente utiliza en forma incompleta y, por consiguiente, torcida la cláusula 12 del PCAP pues elude el apartado segundo de la citada cláusula que se refiere a que *“cuando para la adjudicación deba considerarse más de un criterio de valoración, en el apartado 13 del Cuadro de Características se expresarán los parámetros objetivos en función de los cuales se apreciará, en su caso, que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados. Si el precio ofertado es uno de los criterios objetivos, en el mismo apartado 13 se indicarán los límites que permitan apreciar, en su caso, el carácter desproporcionado anormal de la oferta. En cuanto a procedimiento y efectos, se tendrán en cuenta las determinaciones del artículo 152 del TRLCSP.”*

De los anuncios de licitación, del Cuadro de características y del Anexo II del PCAP, resulta inequívoca que la adjudicación se realiza de acuerdo con una pluralidad de criterios y no uno sólo.

Además, el apartado 13 del Cuadro de características, reproducido en antecedentes, señala, respecto a los criterios objetivos para la apreciación de que la proposición sea desproporcionada o anormal, que no se apreciarán bajas anormales.

La literalidad del PCAP, de su Cuadro de características, y del Anexo II, que no son en este punto sino transcripción del artículo 152 del TRLCSP, dejan claro que el régimen aplicable a la licitación es el que corresponde a una licitación con pluralidad de criterios de valoración, sin que sea dable la interpretación pretendida por el recurrente de despojar del carácter objetivo a los criterios de valoración distintos del precio para con ello convertir una licitación con varios criterios de valoración a una con sólo uno, consiguiendo con ello la aplicación del apartado 1 del artículo 152 del TRLCSP cuando es de aplicación su apartado 2, contra la literalidad tanto del PCAP, que expresamente aceptó, como de la Ley.

Como hemos señalado reiteradamente en interpretación de los preceptos de la normativa de contratos que regulan la denominada “baja temeraria” (así por todas Resolución nº 104/2011, de 15 de abril), en criterio coincidente con el mantenido por numerosas



resoluciones judiciales y por la doctrina sentada de forma reiterada por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, tanto la transparencia como la libre concurrencia y no discriminación quedan garantizadas mediante la exigencia de que la adjudicación se haga a la oferta económicamente más ventajosa considerándose tal aquella que reúna las mejores condiciones tanto desde el punto de vista técnico como económico. Por excepción, y, precisamente para garantizar el interés general, se prevé la posibilidad de que reúna tales características no sea considerada la más ventajosa cuando en ella se entienda que hay elementos que la hacen incongruente (desproporcionada) o anormalmente baja. Se trata, así pues, de una excepción al principio general que considera como oferta más ventajosa la que reúna las mejores condiciones técnicas y económicas. En consecuencia, tanto el derecho de la Unión Europea (en especial la directiva 2004/18/CE) como el español admiten la posibilidad de que la oferta inicialmente más ventajosa no sea la que sirva de base para la adjudicación, pero lo hacen con ciertas limitaciones.

La primera de ellas, que si bien en el caso de los procedimientos de adjudicación en que ésta se hace en base a un único criterio de adjudicación se admite con carácter general y aplicando del artículo 85 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en los restantes casos la apreciación de esta circunstancia queda circunscrita a los supuestos en que los pliegos lo dispongan expresamente estableciendo los criterios que deben servir de fundamento el carácter anormalmente bajo o desproporcionado de la oferta.

La segunda se refiere a la posibilidad de que, aún dándose las circunstancias previstas reglamentariamente o en los pliegos, la apreciación del carácter anormal de la baja o desproporcionado de los elementos de la oferta, no se produzca de forma automática permitiendo, en todo caso, que las empresas afectadas expongan las justificaciones que consideren sirven de fundamento a sus ofertas.

Finalmente, constituye también una limitación a la facultad que se reconoce a los órganos de contratación para declarar que una oferta es anormalmente baja o desproporcionada el hecho de que, en todo caso, esta apreciación debe ir matizada por la consideración de que tales circunstancias la hagan inviable de cara a la ejecución del contrato. Por tanto, no trata de que una oferta por el mero hecho de ser demasiado baja o por contener elementos



desproporcionados deba ser excluida de la adjudicación, sino que esta exclusión sólo será admisible en el caso de que tales circunstancias hagan que el contrato no sea ejecutable.

Así, el artículo 152.2 del TRLCSP, cuando dispone que *“cuando para la adjudicación deba considerarse más de un criterio de valoración, **podrá expresarse** en los pliegos los parámetros objetivos en función de los cuales se apreciará, en su caso, que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados”*, sólo puede ser interpretado, tanto desde una perspectiva lógico gramatical como teleológica, en el sentido de que la posibilidad de tener o no en consideración la condición de anormalmente baja o desproporcionada de una oferta, incluida a tal efecto en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, es una facultad de la Administración contratante.

Así las cosas, de no incluirse en los pliegos los parámetros objetivos en función de los cuales se apreciará que una oferta es presentemente anormal o desproporcionada, como es el caso, no puede tenerse en cuenta esta posibilidad.

En razón de todo lo dicho debe desestimarse el 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. H. L. V. en nombre y representación de MEC PUBLICIDAD IBERIA, S. L., contra la Resolución de 4 de diciembre de 2013, de la Directora General de Tráfico, por la que se adjudica el contrato de "Servicio para la realización del plan de campaña de divulgación de la seguridad vial, desde el 01/01/2014 hasta el 31/12/2014 (Dos lotes)" (Expediente 0100DGT22634).

**Segundo.** Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.



Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11.1, letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.