

Recurso 408/2023
Resolución 436/2023
Sección Tercera

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA

Sevilla, 15 de septiembre de 2023

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **AGENCIA DE PUBLICIDAD CREATIVA MARUJALIMON, S.L.**, contra el acuerdo del órgano de contratación, de 10 de agosto de 2023, de adjudicación del contrato denominado «Prestación de los servicios de diseño y ejecución de la campaña de concienciación y sensibilización para la implantación de la recogida separada de biorresiduos y restos de poda (fracción orgánica) en los municipios de Tarifa, San Roque y la Línea de la Concepción para la Sociedad Agua y Residuos del Campo de Gibraltar, S.A. (ARCGISA)» (Expediente 06-5-2023), convocado por la Consejería Delegada de Agua y Residuos del Campo de Gibraltar, S.A. (ARCGISA), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 22 y 27 de junio de 2023 se publicó, respectivamente, en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público y en el Diario Oficial de la Unión Europea el anuncio de licitación, por procedimiento abierto y tramitación urgente, del contrato de servicios indicado en el encabezamiento de esta resolución. El valor estimado del contrato asciende a 558.000 euros.

A la presente licitación le es de aplicación la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP) y demás disposiciones reglamentarias de aplicación, en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada norma legal.

El 1 de agosto de 2023, tuvo lugar sesión de la mesa de contratación en la que se acuerda excluir la oferta de la entidad AGENCIA DE PUBLICIDAD CREATIVA MARUJALIMON, S.L.

Posteriormente, el 10 de agosto de 2023, el órgano de contratación acuerda la adjudicación del contrato. El citado acuerdo fue remitido a la recurrente y publicado en el perfil de contratante el 16 de agosto de 2023.

SEGUNDO. El 1 de septiembre de 2023, tuvo entrada en el registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad AGENCIA DE PUBLICIDAD CREATIVA MARUJALIMON, S.L. (en adelante la recurrente) contra el citado acuerdo de adjudicación.

Mediante oficio de la Secretaría de este Tribunal de 4 de septiembre de 2023, se dio traslado del recurso al órgano de contratación recabándole la documentación necesaria para su tramitación y resolución que ha sido recibido en este órgano el 6 de septiembre de 2023.

La Secretaría del Tribunal concedió un plazo de 5 días hábiles a las entidades licitadoras para que formularan las alegaciones que considerasen oportunas no habiéndose recibido ninguna en el plazo concedido para ello.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y en el artículo 10.3 del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, en su redacción dada por el Decreto 120/2014, de 1 de agosto; toda vez que la Sociedad Agua y Residuos del Campo de Gibraltar, S.A., es una sociedad mercantil creada por la Mancomunidad de Municipios de la Comarca del Campo de Gibraltar, para la gestión directa de las actividades que constituyen su objeto social que tiene la consideración de poder adjudicador. En este sentido el órgano de contratación ha manifestado que no dispone de órgano propio, por sí o a través de la Diputación Provincial, para la resolución del recurso, habiendo remitido a este Tribunal toda la documentación necesaria para su resolución.

SEGUNDO. Legitimación.

Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso dada su condición de licitadora en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP.

TERCERO. Acto recurrible.

En el presente supuesto el recurso se interpone desde una perspectiva formal contra el acuerdo de adjudicación del contrato, aunque de forma material o sustantiva, se cuestiona la exclusión de su oferta que ha sido adoptada en un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a cien mil euros, convocado por un ente del sector público con la condición de poder adjudicador, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1.a) y 2.c) de la LCSP.

CUARTO. Plazo de interposición.

En cuanto al plazo de interposición del recurso, el órgano de contratación alega causa de inadmisión en virtud del artículo 22.1.º4 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual, aprobado por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre (en adelante RREMC), que establece como requisito de admisión *«que el recurso se interponga contra alguno de los actos enumerados en el artículo 40.2 del texto refundido citado»* alusión que se debe considerar realizada al actual artículo 44.2 de la LCSP. En este sentido, viene a manifestar que como la recurrente impugna la adjudicación para combatir realmente la exclusión de su oferta, que no recurrió anteriormente, el mismo se debería inadmitir.

Sin embargo, se debe tener en cuenta que el acuerdo de exclusión no fue notificado de forma individual a la recurrente, sino que lo fue con motivo de la adjudicación del contrato. Al respecto, el artículo 19.3 del RREMC establece que *«cuando el acto de exclusión de algún licitador del procedimiento de adjudicación se notifique previamente al acto de adjudicación, el recurso contra la exclusión deberá interponerse dentro del plazo de quince*



días hábiles a contar desde el siguiente a aquél en que se hubiera recibido por el licitador la notificación del acto de exclusión».

En este sentido, con carácter general el artículo 50.1.c) de la LCSP establece con relación al plazo de presentación del recurso especial que: «c) Cuando se interponga contra actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación o contra un acto resultante de la aplicación del procedimiento negociado sin publicidad, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya tenido conocimiento de la posible infracción».

En el supuesto examinado, el órgano de contratación manifiesta que no ha realizado notificación de la exclusión a la recurrente por lo que al no tener evidencia alguna de lo contrario, se debe considerar que la misma tuvo conocimiento de la supuesta infracción con ocasión de la notificación de la adjudicación. Por tanto, se concluye que el recurso se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el citado artículo 50.1.d) de la LCSP.

QUINTO. Actuaciones realizadas en el procedimiento. Alegaciones de las partes.

Con objeto de centrar el debate procede ahora reproducir las actuaciones realizadas en el procedimiento de licitación previas al acuerdo de exclusión de la recurrente que es la actuación objeto de recurso. La recurrente fue excluida mediante acuerdo de la mesa de contratación adoptado el 1 de agosto de 2023 como consecuencia de no haber presentado su proposición económica de acuerdo con lo establecido en el anexo 2 del pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante PCAP) y 15 del pliego de prescripciones técnicas (en adelante PPT).

Sobre lo anterior, en el anexo 2 del PCAP se establecen los criterios de adjudicación puntuables mediante la aplicación de fórmulas. De forma introductoria a los criterios se indica lo siguiente: «Siempre que la oferta cumpla con lo especificado en el PPT y el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, cada oferta será puntuada para su adjudicación según los siguientes criterios de valoración».

En el anexo 3 del PCAP, en el modelo de oferta económica a cumplimentar por los licitadores se realiza la siguiente advertencia: «Nota: Es IMPRESCINDIBLE COMPLETAR TODA LA TABLA DE DESGLOSE DE PARTIDAS. Deben venir valoradas todas las celdas de las columnas (UD Ofertada, Precio ofertado, Importe Ofertado). Se admiten variaciones presupuestarias por partida de como máximo un 20%. El total del presupuesto ofertado no podrá ser en ningún caso, superior al presupuesto de licitación».

Por otro lado, en la cláusula 15 del PPT, se establece lo siguiente en el apartado correspondiente al presupuesto de la licitación: «Cada empresa licitadora deberá presentar en el sobre correspondiente a la oferta económica, un desglose de su presupuesto, admitiéndose una variación presupuestaria por partida, de como máximo, un 20%».

El 1 de agosto de 2023, tuvo lugar sesión de la mesa de contratación en la que se procedió a comprobar si las ofertas, además de no superar el presupuesto base de esta licitación, se habían elaborado cumpliendo con los requisitos establecidos tanto en el PPT como en el PCAP. En la citada sesión se manifiesta que la oferta presentada por la recurrente no se había realizado conforme a lo exigido en los pliegos en tanto que diversas partidas superan el importe máximo de variación del 20% permitido. Tras detectar lo anterior la mesa de contratación acuerda excluir la oferta de la recurrente.

Dicha exclusión fue notificada a la recurrente con ocasión de la adjudicación del contrato, siendo, el citado acuerdo de la mesa de contratación de 1 de agosto de 2023 el sustantivamente impugnado por la recurrente.

1. Alegaciones de la recurrente.



La entidad manifiesta que no impugnó los pliegos aunque, alega que había motivos para ello. Asimismo, reconoce que *«hay un incumplimiento efectivo de un par de artículos de los Pliegos, eso parece innegable»*.

En su descargo, manifiesta que su oferta en total no es inferior al citado 20%, que la citada reducción solo se da en una partida concreta y que la misma es totalmente justificable. Que esa reducción no presenta de ningún modo un riesgo para la Administración, puesto que *«se contaba con los presupuestos de cada uno de los medios presentados»*.

Que esta restricción a la baja en la oferta supone a su vez una restricción a la competencia. Viene a manifestar que la reducción de su oferta sobre lo establecido en el pliego pudo considerarse como una oferta anormal a efectos de que se le diera trámite para justificar su viabilidad de conformidad con lo establecido en el artículo 149 de la LCSP.

Concluye manifestando que en el pliego no se recoge como causa de exclusión la bajada superior al 20% citado y que dicha previsión tampoco se encuentra recogida en la LCSP. Considera que el acuerdo impugnado ha sido una decisión arbitraria por lo que solicita que se anule el mismo y se le dé la posibilidad de justificar la baja presentada o que se valore el conjunto de su oferta sin contar con la partida en la que se presenta la citada baja por encima del 20%. Sobre esta última posibilidad manifiesta lo siguiente: *«esto último es lo que podría extraerse de una lectura con sentido común de los artículos de los Pliegos que establecen esa limitación (por encima de lo que dice la LCSP insistimos), que aquellas partidas en las que la baja sea superior al 20% no podrán ser admitidas a valoración»*.

En este sentido la recurrente solicita de una manera confusa una pretensión principal y una subsidiaria; la primera sería que se le permitiese la posibilidad de justificar su oferta en aplicación del artículo 149 de la LCSP y de forma subsidiaria que se valore el conjunto de su oferta sin la partida en la que se presenta la baja por encima del 20%.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

En su informe al recurso tras recoger un resumen de las actuaciones realizadas en el procedimiento de licitación y de los motivos de recurso aducidos por la recurrente, hace referencia al informe técnico de valoración de las ofertas de 28 de julio de 2023, en el que se recoge respecto de la oferta de la recurrente las partidas en las que no respeta el citado límite del PCAP y PPT. Se recoge una tabla que se procede a transcribir:

CONCEPTO	PRESUPUESTO DE LICITACIÓN.	PROPUESTA DEL LICITADOR	MÁXIMA VARIACIÓN ADMITIDA	VARIACIÓN REAL.	DESVIACIÓN
ACCIONES DE COMUNICACIÓN	215.772 €	148.353,90 €	20%	31,25%	11,25%
Comunicación Medios Masivos	160.839 €	103.110 €	20%	35,89%	15,89%
Página Web Gestión Residuos Orgánicos	5.850 €	4.380 €	20%	25,13%	5,13%
Locución anuncios/Radio/Tv /Prensa	125.996 €	72.415 €	20%	42,53%	22,53%

Sobre lo anterior, manifiesta que la mesa de contratación al tener conocimiento de la situación indicada procede a aplicar lo dispuesto en el PCAP. Alude a la doctrina de la *«lex contractus»*.

Afirma, que no cabe dar el trámite de justificación de anormalidad de la oferta dado que estamos ante un incumplimiento de los pliegos y no ante una oferta anormal. Considera que darle esta posibilidad implicaría infringir el principio de igualdad de trato frente a la otra licitadora que sí ha cumplido las reglas establecidas en los pliegos para la confección de las ofertas. Con conculcación del artículo 1.1. de la LCSP.



Por lo anterior solicita la desestimación del recurso.

SEXTO. Consideraciones del Tribunal.

Vistas las alegaciones de las partes procede ahora entrar a analizar el fondo de la controversia suscitada, que se centra en la comprobación de si el acuerdo de la mesa de contratación de exclusión de la oferta de la entidad recurrente por no confeccionar su proposición económica de acuerdo con lo establecido en los pliegos, fue correcta.

Pues bien, en el presente supuesto es la propia recurrente la que reconoce de una manera genérica que ha incumplido los pliegos al manifestar que *«hay un incumplimiento efectivo de un par de artículos de los pliegos, eso parece innegable»*, la recurrente argumenta que la infracción de la prohibición de no reducir las partidas en más de un 20%, solo se ha producido respecto de una de ellas, aunque en el informe técnico de valoración de las ofertas, anteriormente reproducido, se detectan 4 incumplimientos, que se refieren a las partidas arriba reproducidas.

Sobre lo anterior, procede manifestar que sin prejuzgar la legalidad de los pliegos, lo cierto es que tanto en el PCAP como en el PPT, se indica claramente que *«cada empresa licitadora deberá presentar en el sobre correspondiente a la oferta económica, un desglose de su presupuesto, admitiéndose una variación presupuestaria por partida, de como máximo, un 20%»*. Como indicamos, esa es la redacción fijada en los pliegos y que han debido de ser respetadas por los licitadores a la hora de realizar sus ofertas. En este sentido, se ha de considerar que en el supuesto de que los licitadores hubieran considerado que era posible presentar ofertas con modificaciones por partida superiores al 20%, sus proposiciones podrían haber sido diferentes y por tanto obtener puntuaciones distintas.

En este sentido, ha de recordarse que los pliegos son *“lex contractus”* conforme a reiterada doctrina de este Tribunal (v.g. Resoluciones 22/2013, 20/2018, 311/2020, y 169/2021, entre otras muchas); de modo que, una vez aprobados por el órgano de contratación y aceptados por los licitadores al presentar sus ofertas, vinculan a ambas partes. En este procedimiento no consta que los pliegos hayan sido impugnados y, por lo tanto, son firmes y vinculantes en cuanto a su contenido para todas las partes, por lo que, en virtud del principio *de “pacta sunt servanda”*, necesariamente ha de estarse ahora al contenido de los mismos, conocidos y libremente aceptados por las entidades licitadoras.

Aplicando esta doctrina al supuesto examinado nos encontramos como venimos manifestando, que tanto en el PCAP como en el PPT se indica que solo se admitirá una variación presupuestaria por partida, de como máximo, un 20% y la entidad recurrente reconoce que al menos en una partida ha incumplido lo exigido en el pliego, asimismo manifiesta que la variación es perfectamente justificable, que establecer la previsión en el pliego es restrictivo de la competencia y que la misma no se encuentra establecida en la LCSP. Sin embargo se ha de tener en cuenta que dichas cuestiones -las relativas al contenido de los pliegos- las debió de poner de relieve presentando un recurso contra los mismos y no ahora, momento en que los pliegos rectores de la licitación ya son firmes por no haber sido impugnados en el momento en el que procedimentalmente sí era posible.

En primer lugar, la recurrente trata de reconducir su incumplimiento a las ofertas anormales o desproporcionadas reguladas en el artículo 149 de la LCSP y en la cláusula 12 del PCAP que realiza una remisión genérica al citado precepto. Sobre lo anterior, este Tribunal considera que no cabe aplicar el procedimiento de justificación de ofertas anormales o desproporcionadas al presente supuesto, dado que la limitación del 20%, no se establece como parámetro para la detección de éstas, sino que queda configurado como requisito para la admisión de la proposición económica. Así, no cabe que el citado incumplimiento pueda conducir a que la



recurrente tenga que justificar la viabilidad de su oferta, dado que en el supuesto de que la misma quedase admitida, ello le permitiría obtener una ventaja sobre el resto de licitadores que han confeccionado su proposición respetando las reglas establecidas en los pliegos, que sin prejuzgar su legalidad, han quedado como indicamos firmes al no ser impugnados en el plazo concedido para ello. Es decir, teniendo en cuenta que la proposición económica es objeto de valoración la posible admisión tras justificar la viabilidad de bajas por partida superiores al 20% habría permitido a la recurrente sacar partido de la infracción del PCAP, respecto del resto de licitadores que han cumplido lo en él dispuesto, al poder obtener una mayor puntuación que estos.

Por lo anterior procede la desestimación de la pretensión principal.

Respecto de la pretensión subsidiaria, la recurrente solicita que se tenga en cuenta el conjunto de su oferta sin contar con la partida en la que presenta una baja superior al 20%. Sobre esta cuestión, este Tribunal considera que tampoco resulta posible lo solicitado por la recurrente. En primer lugar, aunque la recurrente manifiesta que la desviación se da en una partida, lo cierto es que en el informe técnico reproducido la desviación se produce en cuatro partidas en el sentido anteriormente manifestado.

En cualquier caso, no procede que la mesa de contratación realice una modificación de la proposición presentada por la recurrente dado que ello conculcaría el principio de invariabilidad de las ofertas inicialmente presentadas. Con relación a esta cuestión cabe señalar que este Tribunal se ha pronunciado en reiteradas ocasiones, entre otras en la Resolución 229/2023, de 3 de mayo, en la que decíamos: *«Asimismo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en la sentencia de 29 de marzo de 2012 (asunto C599/10), viene a declarar que el artículo 2 de la Directiva 2004/18 no se opone a que “excepcionalmente, los datos relativos a la oferta puedan corregirse o completarse de manera puntual, principalmente porque sea evidente que requieren una mera aclaración o para subsanar errores materiales manifiestos, a condición de que esa modificación no equivalga a proponer en realidad una nueva oferta” Y concluye la sentencia citada que “(...) en el ejercicio de la facultad de apreciación de que dispone así el poder adjudicador, este último está obligado a tratar a los diferentes candidatos del mismo modo y con lealtad, de manera que, al término del procedimiento de selección de las ofertas y en vista de los resultados de éste, no pueda concluirse que la petición de aclaraciones benefició o perjudicó indebidamente al candidato o candidatos que la recibieron.”*. Por tanto, como decimos no habría cabido que la mesa actuase como solicita la recurrente en tanto que estaría modificando la oferta inicialmente presentada por la recurrente.

Además, la recurrente tampoco argumenta de qué forma se podría realizar lo solicitado. En este sentido, si no se tuviese en cuenta la partida o partidas en las que comete la infracción -como la misma indica- la proposición sería aún más reducida por lo que obtendría mayor puntuación atendiendo a las reglas del PCAP. La única hipotética posibilidad habría sido que la mesa de contratación hubiera sustituido la partida o partidas infractoras por la correspondiente del presupuesto de licitación, lo que como decimos habría sido incorrecto en tanto que supondría una nueva oferta diferente a la inicialmente presentada.

Sin embargo, este Tribunal considera que en aras del principio de proporcionalidad la mesa de contratación debió de proceder a no valorar la oferta de la recurrente respecto del criterio de adjudicación *«a.precio ofertado»*, dado que el incumplimiento se circunscribe a la oferta económica y no excluir por este motivo la proposición de la recurrente.

Así la exclusión acordada por la mesa resulta contraria al principio de concurrencia y proporcionalidad. En tal sentido cabe señalar que el principio de proporcionalidad fue asentado por la jurisprudencia comunitaria - Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea, de 10 de diciembre de 2009, (asunto T-195/08)- y elevado a rango de principio de la contratación en el artículo 18 de la Directiva 2014/24/UE, que exige que los actos de los poderes adjudicadores no rebasen los límites de lo que resulta apropiado y necesario para el logro de los



objetivos perseguidos, debiéndose entender que, cuando se ofrezca una elección entre varias medidas adecuadas, deberá recurrirse a la menos onerosa y que las desventajas ocasionadas no deben ser desproporcionadas con respecto a los objetivos perseguidos (v.g. Resoluciones de este Tribunal 323/2016, de 15 de diciembre y 172/2019, de 17 de enero, entre otras). Asimismo, el principio resulta de alcance legal LCSP, toda vez que el artículo 132 de la misma dispone *que «Los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación a los principios de transparencia y proporcionalidad».*

En definitiva y a juicio de este Tribunal no ha resultado acorde a Derecho la exclusión por este motivo, por lo que procede la estimación parcial del recurso interpuesto.

SÉPTIMO. Efectos de la estimación parcial del recurso.

La corrección de la infracción legal cometida, debe llevarse a cabo anulando el acuerdo de la mesa de contratación de 1 de agosto de 2023, respecto a la exclusión de la recurrente, debiendo retrotraerse el procedimiento de licitación al momento inmediatamente anterior, a fin de que se proceda a valorar la oferta de la recurrente respecto del resto de criterios de adjudicación de aplicación de mediante fórmulas a excepción del denominado «*a.precio ofertado*»; con continuación del procedimiento hasta la adjudicación, en su caso, sin perjuicio de conservar aquellas partes del mismo, así como los actos y trámites cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse cometido la infracción.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

ACUERDA

PRIMERO. Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **AGENCIA DE PUBLICIDAD CREATIVA MARUJALIMON, S.L.** contra el acuerdo del órgano de contratación, de 10 de agosto de 2023, de adjudicación del contrato denominado «Prestación de los servicios de diseño y ejecución de la campaña de concienciación y sensibilización para la implantación de la recogida separada de biorresiduos y restos de poda (fracción orgánica) en los municipios de Tarifa, San Roque y la Línea de la Concepción para la Sociedad Agua y Residuos del Campo de Gibraltar, S.A. (ARCGISA)» (Expediente 06-5-2023), convocado por la Consejería Delegada de Agua y Residuos del Campo de Gibraltar, S.A. (ARCGISA), para que se proceda según lo indicado en el fundamento de derecho séptimo de la presente resolución.

SEGUNDO Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión automática del procedimiento de adjudicación.

TERCERO. De conformidad con lo establecido en el artículo 57.4 de la LCSP, el órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la presente resolución.

NOTIFÍQUESE la presente resolución a las personas interesadas en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

