Recurso nº 264/2021
Resolución nº 610/2021

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 21 de mayo de 2021.

VISTO el recurso interpuesto por D. Luis Piquer Trujillo en representación de PUBLIPS SERVICEPLAN, S.A contra la adjudicación de 11 de febrero de 2021 de la licitación convocada por CORPORACIÓN DE RADIO Y TELEVISIÓN ESPAÑOLA, SOCIEDAD ANÓNIMA, S.M.E. (en adelante, "RTVE" o "Sociedad"), para contratar el contrato con número de expediente S-06192-2020, para los "*Servicios de agencia de comunicación y publicidad*", este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Con fecha de 4 de diciembre de 2020 se publica en la Plataforma de Contratación del Sector Público la licitación de un contrato de servicios de la Corporación Radio Televisión Española (RTVE). El contrato tenía por objeto los servicios de agencia de comunicación y publicidad en los términos que figuran en el pliego de prescripciones técnicas particulares, por un valor estimado de: 200.000,00 euros IVA excluido, sin división en lotes.

Segundo. Tras la aprobación del expediente de contratación, el Pliego de Cláusulas Administrativas, el Pliego de Prescripciones Técnicas y el gasto, se acordó asimismo la apertura del procedimiento de adjudicación mediante procedimiento abierto ordinario.

Tercero. A la licitación concurrieron y presentaron ofertas las siguientes empresas:

- SHACKLETON, S.L.U.

- PUBLIPS SERVICEPLAN, S.A.

AVDA. GENERAL PERÓN 38, 8ª PLTA.
28071 - MADRID
TEL: 91.349.13.19
FAX: 91.349.14.41
Tribunal_recursos.contratos@hacienda.gob.es

- MEDIA SAPIENS SPAIN, S.L.

- MULTIPLATFORM CONTENT

Resultando todas ellas admitidas.

La apertura de las ofertas técnicas se realizó el 08.01.2021 y, una vez realizada la valoración de las mismas, se procedió a la apertura de las ofertas económicas el 04.02.2021, con el siguiente resultado:

-Se excluyeron a MEDIA SAPIENS SPAIN, S.L. y MULTIPLATFORM CONTENT al no superar el 50% de la puntuación técnica

- A la vista del resultado obtenido, se propuso la oferta presentada por SHACKLETON, S.L.U.

LICITADORES	RELACION DE OFERTAS				
	Puntuación técnica (80 puntos)	Importe Oferta servicios fijos	Importe adjudicación	Puntuación económica (20 puntos)	Total Puntuación
SHACKLETON, S.L.U	71,00	70.000,00 €	200.000,00 €	20,00	91,00
PUBLIPS SERVICEPLAN, S.A	79,00	106.433,80 €	200.000,00 €	9,59	88,59
MULTI PLATFORM CONTENT, S.L.	38,00	Desestimada al no superar el 50% de la puntuación técnica			
MEDIA SAPIENS SPAIN, S.L.	38,50	Desestimada al no superar el 50% de la puntuación técnica			

Cuarto. Dicha adjudicación es aprobada por el Comité de Compras de RTVE con fecha 11 de febrero de 2021, dando traslado de la misma tanto al adjudicatario como a los no adjudicatarios y procediendo a su publicación en la misma fecha.

Con fecha 12 de febrero de 2021 PUBLIPS SERVICEPLAN, S.A. solicitó el acceso al expediente y así se concedió el día 18.02.2021 de forma telemática. Con fecha de 4 de marzo de 2021 se da traslado por este Tribunal al órgano de contratación del recurso interpuesto.

Quinto. En la tramitación de este recurso, se han observado todos los trámites legal y reglamentariamente establecidos, esto es, lo prescrito por 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 por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se prueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, RPERMC).

Sexto. La Secretaría del Tribunal en fecha 15 de marzo de 2021 dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formulasen alegaciones; sin haber hecho uso de su derecho.

Séptimo. Interpuesto el recurso, la Secretaria del Tribunal por delegación de este dictó resolución de 23 de marzo de 2021 acordando mantener la suspensión del expediente de contratación producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 53 de la LCSP, de forma que, según lo establecido en el artículo 57.3 del texto citado, será la resolución del recurso la que acuerde el levantamiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. La legislación aplicable es la 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 el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se prueba el

Reglamento de los procedimientos especiales de revisión en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, RPERMC).

Segundo. El órgano competente para resolver es el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de acuerdo con el art. 45 de la LCSP. El acto de adjudicación impugnado es susceptible de impugnación al amparo del art. 44.2 con relación al art. 44.1 a) LCSP.

Tercero. De conformidad con lo establecido en los art. 50 de la LCSP, el recurso se presenta dentro del plazo de los 15 días hábiles desde la notificación de la adjudicación y la recurrente está legitimada al ser la licitadora inmediatamente posterior a la adjudicataria, quedando como segunda clasificada. Es doctrina asentada de este Tribunal que el recurso especial en materia de contratación no se configura como una herramienta en defensa abstracta de la legalidad, sino que se exige que exista un perjuicio, en virtud del cual una hipotética estimación del recurso habría de traducirse en una modificación real y no meramente potencial de la situación jurídica del recurrente. (Así se ha destacado entre otras, ya en la Resolución nº 993/2017). En el caso que nos ocupa, la pretensión de la recurrente, de ser estimada en su integridad, haría que su oferta pasara a ser la mejor clasificada, motivo por el que su legitimación para la interposición del presente recurso.

Cuarto. Se alza la recurrente contra la adjudicación por considerar que la oferta de la adjudicataria debería ser excluida al no ajustarse a lo establecido en el Pliego por incluir en la parte de la oferta económica, en la valoración de servicios variables, conceptos que deberían referirse a los servicios fijos. En paralelo, el recurrente plantea la posibilidad de modificar su oferta por considerar que ha existido un error en su formulación, al incorporar partidas como servicios fijos que deberían ir a la partida de servicios variables (y por tanto no ser tenidos en consideración para la valoración de la oferta).

El Pliego dispone en el Anexo II con referencia al precio del contrato:

"2º PRECIO DEL CONTRATO

a) El precio máximo aplicable por la prestación de los servicios fijos detallados más abajo, será el que resulte de la adjudicación por el órgano de contratación de RTVE, de acuerdo con la oferta económica presentada por el adjudicatario según el Anexo I:

- Plan de comunicación.

- Estrategia del plan de contenidos.

- Plan táctico

- Estrategia de inversión presupuestaria.

- Informes semanales

- Reporte final de campaña

- Diseño de plan de marketing.

b) El precio máximo aplicable por la prestación del servicio variable "Diseño de las propuestas creativas" será el resultado de multiplicar el número de servicios prestados por el importe de los precios unitarios que serán, como máximo, los que resulten de la adjudicación por el órgano de contratación de RTVE, de acuerdo con la oferta económica presentada por el adjudicatario según el Anexo I.

No existirá compromiso por parte de RTVE de emitir peticiones ni por todos los conceptos, ni por cantidades determinadas, de forma que sólo se abonarán los servicios efectivamente demandados y prestados a conformidad de RTVE.

Si durante la ejecución de la prestación variasen el número de unidades sin que ello represente un incremento del gasto superior al 10% esto no tendrá la consideración de modificación contractual".

En el Anexo I hace referencia al modelo de proposición económica en donde se establece el precio máximo ofertado, expresado sin IVA u otros impuestos indirectos equivalentes, que es de 200.000,00 € y el desglose del precio, donde se distingue entre servicios fijos

(que incluyen el plan de comunicación y publicidad, la estrategia del plan de contenidos, el plan táctico, la estrategia de inversión presupuestaria, los informes semanales y de asesoramiento, el reporte final campaña y el diseño plan de marketing) y los servicios variables que se refieren al diseño y ejecución de las acciones creativas propuestas.

Pues bien, a la vista de los documentos 18.1 y 18.2 que constan en el expediente no se alcanza a ver qué supuesta irregularidad ha cometido el adjudicatario en su propuesta económica, que se acomoda a las partidas y el desglose establecido en el pliego. Señala el recurrente que el adjudicatario no podía incluir como servicios variables, los gastos referidos a la compra de medios externos y los costes asociados a la planificación de estos pero lo cierto es que esa nomenclatura la da el recurrente, el Pliego claramente dispone que el precio por servicios fijos debe referirse a la planificación y estrategia en el diseño del plan de marketing y el servicio variable a la ejecución de propuestas creativas (en las que lógicamente deberá incluirse el coste asociado a su planificación). Otra cosa carecería de sentido. El publicista propone una campaña y la tasa (servicios fijos) y las acciones en las que se materialice se van desarrollando a instancias del cliente (y lógicamente se abonarán si se desarrollan). De ahí que no tenga sentido incluir en el precio de servicios fijos costes que puedan no devengarse (o que respondan a servicios que no se presten).

Finalmente, no resulta atendible el planteamiento del recurrente de alterar su oferta y acomodarla de forma que consiga resultar adjudicataria, una vez presentada y habiendo tenido conocimiento de la oferta de los demás licitadores. Se ha de reproducir la constante doctrina sobre inalterabilidad de la oferta, como viene señalando este Tribunal en la resolución de recursos sobre la misma cuestión, cfr. Resolución nº 90/2013, el principio de inalterabilidad de la oferta es acorde a la norma, pues, de aceptarse subsanaciones que fueran más allá de errores que afecten a defectos u omisiones de carácter fáctico, se estaría aceptando implícitamente la posibilidad de que las proposiciones fueran modificadas de forma sustancial después de haber sido presentadas; y 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 recoge la LCSP.

Una cosa es que se admita la subsanación de la oferta económica cuando se trate de defectos u omisiones de carácter fáctico o meramente formal (y siempre antes de conocer las ofertas de los demás licitadores (así Resolución 164/2011 citada en la Resolución 194/21 de 26 de febrero de este año) pero otra es querer modificar la oferta, una vez se conoce la oferta de los demás licitadores. Conocidas las ofertas presentadas no se puede aceptar modificación alguna en la oferta económica (así la Resolución 246/2011) y ni siquiera puede aceptarse su aclaración, dado que podría propiciar un trato de favor a un interesado en detrimento de los demás en el sentido de alterar su oferta tras conocer el contenido de otras ofertas (Resolución 137/2017).

Como bien contesta el órgano de contratación, si el recurrente tenía dudas acerca de cómo elaborar la oferta o donde incluir cada partida debía haberlo suscitado directamente, pero ninguna de las preguntas respondidas puede hacerse valer como sustento bastante para fundamentar un error factico o formal en el recurrente que le llevara a incluir una partida indebida en el precio de los servicios fijos. Sobre todo, cuando la partida de 40.000€ que pretende incluir como servicios variables se define en su propuesta económica como *Estrategia de inversión presupuestaria 40.000,00 €*

Como resume la resolución de este Tribunal nº 726/2019, de 27 de junio (Rec. 655//2019): «*Por tanto, la regla general es que la oferta se ajuste con precisión a lo previsto en el pliego, siendo insubsanables los defectos o errores que en ella se observen, siendo extraordinarias las excepciones. La jurisprudencia admite, con carácter excepcional, la subsanación de defectos en la oferta económica, si los errores u omisiones son de carácter puramente formal o material, pues de otro modo se estaría aceptando la posibilidad de que las proposiciones puedan ser modificadas de modo sustancial después de presentadas, lo que es radicalmente contrario a los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia. Así, el error en la oferta económica no supone ipso iure en todos los casos la exclusión sin más del licitador, pero la posibilidad de subsanación de la oferta, y, por tanto, que no sea rechazada, exige como condictio sine qua non la inmutabilidad de su oferta, de modo que cualquier interpretación que suponga aceptar un cambio de tales características en la oferta debe ser rechazada*».

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Desestima el recurso interpuesto por D. Luis Piquer Trujillo en representación de PUBLIPS SERVICEPLAN, S.A contra la adjudicación de 11 de febrero de 2021 de la licitación convocada por CORPORACIÓN DE RADIO Y TELEVISIÓN ESPAÑOLA, SOCIEDAD ANÓNIMA, S.M.E. (en adelante, "RTVE" o "Sociedad"), para contratar el contrato con número de expediente S-06192-2020, para los "*Servicios de agencia de comunicación y publicidad*".

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 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 de la Audiencia Nacional, 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 11.1 letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.