

**TRIBUNAL DE RECURSOS CONTRACTUALES**

**RECURSO Nº. - 6/2022**

**RESOLUCIÓN Nº.- 8/2022**

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL DE RECURSOS CONTRACTUALES  
DEL AYUNTAMIENTO DE SEVILLA**

En Sevilla, a 11 de mayo de 2022.

Visto el recurso especial en materia de contratación, interpuesto en nombre y representación de la mercantil PROXIMIA HAVAS, S.L.U., contra la adjudicación del contrato de "AGENCIA DE MEDIOS PARA LA EMPRESA METROPOLITANA DE ABASTECIMIENTO Y SANEAMIENTO DE AGUAS DE SEVILLA, S.A.", Expediente 103/21, tramitado por la Empresa Metropolitana de Abastecimiento y Saneamiento de Aguas de Sevilla (en adelante EMASESA) este Tribunal adopta la siguiente

**RESOLUCIÓN**

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Con fecha 14 de enero de 2022 se publican en la Plataforma de Contratación del Sector Público, los Anuncios de licitación y Pliegos del Contrato de "AGENCIA DE MEDIOS PARA LA EMPRESA METROPOLITANA DE ABASTECIMIENTO Y SANEAMIENTO DE AGUAS DE SEVILLA, S.A.", Expediente. 103/21, tramitado por la Empresa Metropolitana de Abastecimiento y Saneamiento de Aguas de Sevilla, con un valor estimado de 500.000 €.

**SEGUNDO.-** Finalizado el plazo de presentación de ofertas, y tras la oportuna tramitación, el 21 de marzo de 2022 se publica el informe de valoración de los criterios sujetos a juicio de valor y el 24 el Informe de Valoración de los criterios automáticos (sobre 3).

Con fecha 24/03/2022, se aprueba la propuesta de adjudicación contenida en el documento de CLASIFICACIÓN DE OFERTAS Y PROPUESTA DE ADJUDICACIÓN, en favor de la empresa M&C SAATCHI MADRID, S.L., siendo objeto de publicación el mismo día 24.

Tras la acreditación de los requisitos previos, el 4 de abril se acuerda la adjudicación del contrato, publicándose el correspondiente anuncio y procediéndose a la comunicación a los interesados.

**TERCERO.-** Con fecha 26 de abril de 2021, se recibe en este Tribunal, correo remitido por la unidad tramitadora, en el que se informa de la recepción, *“en un buzón que tenemos habilitado como contacto para las consultas de los licitadores en los procedimientos de contratación”*, de un recurso especial en materia de contratación, en relación a un contrato sujeto al RDL 3/2020, recurso que se adjunta al correo.

**CUARTO.-** El día 29 posterior, tiene entrada en este Tribunal la documentación remitida por parte de la citada unidad, conforme a lo dispuesto en el art. 56 de la LCSP, oponiéndose a las alegaciones de la reclamante y manifestando el traslado de la reclamación a los interesados, a efectos de alegaciones.

**QUINTO.-** El 5 de mayo se recibe en el Tribunal el escrito de alegaciones presentadas por la mercantil M&C SAATCHI MADRID, S.L., oponiéndose al recurso formulado e impugnando el mismo.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Procede, en primer término, el estudio y consideración de la acción ejercitada por el recurrente, habida cuenta de que nos encontramos ante un procedimiento de contratación tramitado por un poder adjudicador, no Administración Pública, como es EMASESA, que tiene la consideración de Entidad Contratante del Sector del Agua (Disposición Adicional 8ª LCSP 9/2017, Artículos 5 y 8 R.D. 3/2020).

En efecto, EMASESA, es una entidad sujeta en su contratación al Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español las directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales, conforme al cual (art. 5), EMASESA es una entidad contratante dedicada a una de las actividades reguladas en dicha ley (art. 8), estando el contrato igualmente sujeto a la misma al tratarse de un contrato de servicios cuyo valor estimado supera el umbral establecido en su art. 1, no

encuadrándose entre las exclusiones previstas, lo que determina que el régimen de impugnación será el previsto en los art. 119 y siguientes de la misma, procediendo, en consecuencia, la reclamación prevista en el citado Real Decreto, sin que el error en la denominación sea obstáculo para su tramitación.

En este sentido, el propio Pliego de Cláusulas Administrativas dispone que el contrato se encuentra sujeto a en el RDL 3/2020, o, en su caso, preceptos aplicables de la LCSP, y, subsidiariamente, por el derecho privado (Cláusula 3), determinándose en el Anexo I que la legislación aplicable es el Real Decreto-ley 3/2020, así como la posibilidad de interponer reclamación en materia de contratación del art. 119 RDL 3/2020.

**SEGUNDO.-** Este Tribunal es competente para resolver de conformidad con lo dispuesto en el artículo 120 del RDL 3/2020, y los acuerdos, que conforme a la normativa de aplicación, han sido adoptados por los órganos competentes del Ayuntamiento de Sevilla; Acuerdo de creación, por Pleno de 25 de mayo de 2012, Acuerdo de 28 de septiembre de 2018, por el que se efectúa el nombramiento de su titular, y acuerdo de la Junta de Gobierno de fecha 6 de julio de 2018, por el que se adapta la regulación, composición y funcionamiento del Tribunal a las nuevas prescripciones de la Ley 9/2017, aprobándose sus normas de funcionamiento.

**TERCERO.-** Con carácter previo al examen de las cuestiones de fondo planteadas, procede analizar los requisitos relacionados con la admisión de la reclamación.

En relación al **ámbito objetivo de la reclamación**, hemos de analizar si ha sido interpuesto contra alguno de los actos que, de conformidad con lo establecido en el artículo 119 del Real Decreto-ley 3/2020, es susceptible de la misma.

Dispone el art.119 :

**Artículo 119. Objeto de reclamaciones.**

1. Serán susceptibles de reclamaciones en materia de contratación, los actos y decisiones relacionados en el apartado 2 de este mismo artículo, cuando se refieran a alguno de los contratos sujetos a este real decreto-ley, o a los acuerdos marco y sistemas dinámicos de adquisición que tengan por objeto la celebración de alguno de estos contratos, así como a los contratos basados, que pretendan concertar las entidades contratantes.

2. Podrán ser objeto de la reclamación en materia de contratación los siguientes actos y documentos:

a) Los anuncios que sirvan como medio de convocatoria de licitación, los pliegos de condiciones y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación.

b) Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de licitación, siempre que estos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos.

En todo caso se considerará que concurren las circunstancias anteriores en los actos de la entidad contratante por los que se acuerde la admisión o inadmisión de candidatos o licitadores, o la admisión o exclusión de ofertas, incluidas las ofertas que sean excluidas por resultar anormalmente bajas como consecuencia de la aplicación del artículo 69.

c) Los acuerdos de adjudicación adoptados por las entidades contratantes.

d) Las modificaciones basadas en el incumplimiento de lo establecido en los artículos 110 y 111 del presente real decreto-ley, por entender que la modificación debió ser objeto de una nueva adjudicación.

e) La formalización de los encargos a medios propios personificados y los contratos celebrados con empresas asociadas y conjuntas en los casos en los que estos no cumplan los requisitos legales.

3. Los defectos de tramitación que afecten a actos distintos de los contemplados en el apartado 2 podrán ser puestos de manifiesto por los interesados al órgano al que corresponda la instrucción del expediente o a la entidad contratante, a efectos de su corrección con arreglo a derecho, y sin perjuicio de que las irregularidades que les afecten puedan ser alegadas por los interesados al recurrir el acto de adjudicación.

4. Contra las actuaciones mencionadas en el apartado 2 del presente artículo como susceptibles de ser impugnados mediante la reclamación en materia de contratación no procederá la interposición de recursos administrativos ordinarios.

5. La interposición de la reclamación en materia de contratación tendrá carácter potestativo y será gratuita para los recurrentes.

El Artículo 121 establece régimen jurídico aplicable a la reclamación, disponiendo que:

1. Serán de aplicación a las reclamaciones que se interpongan ante los órganos mencionados en el artículo anterior contra alguno de los actos a que se refiere el artículo 119 las disposiciones de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre que regulan el recurso especial en materia de contratación, incluido el artículo 49 relativo a la adopción de medidas cautelares, con las siguientes especialidades:

a) Las referencias a los órganos de contratación deberán considerarse hechas a las entidades contratantes.

b) Cuando la reclamación se interponga contra el contenido de los pliegos de condiciones y demás documentos contractuales, el cómputo del plazo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya publicado en el perfil de contratante el anuncio que sirva como medio de convocatoria de la licitación, o a partir de la fecha de envío de la invitación a confirmar el interés en el caso de que el medio de convocatoria hubiera sido un anuncio sobre la existencia de un sistema de clasificación, siempre que en estos se haya indicado la forma en que los interesados pueden acceder a los pliegos de condiciones y demás documentos contractuales. Cuando no se hiciera esa indicación el plazo comenzará a contar a partir del día siguiente a aquel en que se le hayan entregado al interesado los mismos o este haya podido acceder a su contenido a través del perfil de contratante. El plazo para la interposición de la reclamación tendrá una duración igual a la del plazo concedido para presentar las proposiciones.

En el caso del procedimiento negociado sin publicidad, el cómputo del plazo comenzará desde el día siguiente al de remisión de la invitación a los candidatos seleccionados.

En los supuestos en que, de conformidad con lo establecido en el artículo 43.2, los pliegos de condiciones no pudieran ser puestos a disposición por medios electrónicos, el plazo se computará a partir del día siguiente a aquel en que se le hubieran entregado al recurrente.

Con carácter general no se admitirá la reclamación contra los pliegos de condiciones y documentos contractuales que hayan de regir una contratación si el recurrente, con carácter previo a su interposición, hubiere presentado oferta o solicitud de participación en la licitación correspondiente, sin perjuicio de lo previsto para los supuestos de nulidad de pleno derecho.

c) Cuando la reclamación se interponga en relación con alguna modificación basada en el incumplimiento de lo establecido en los artículos 110 y 111 del presente real decreto-ley, por entender que la modificación debió ser objeto de una nueva adjudicación, desde el día siguiente a aquel en que se haya publicado en el perfil de contratante.

d) Cuando la reclamación se funde en alguna de las causas de nulidad previstas en el artículo 115.2, letras b), c), d) y e), el plazo de interposición será el siguiente:

1.º Treinta días a contar desde la publicación de la formalización del contrato en la forma prevista en este real decreto-ley, incluyendo las razones justificativas por las que no se ha publicado en forma legal la convocatoria de la licitación o desde la notificación a los candidatos o licitadores afectados, de los motivos del rechazo de su candidatura o de su proposición y de las características de la proposición del adjudicatario que fueron determinantes de la adjudicación a su favor.

2.º En cualquier caso, antes de que transcurran seis meses a contar desde el día siguiente al de formalización del contrato.

e) No será válida la interposición de la reclamación ante el registro o cualquier otra dependencia de la entidad contratante.

2. A los efectos de la interposición de la reclamación que se regula en estos artículos, los actos a que se refiere el artículo 119 se asimilarán a los actos administrativos.

En cuanto al **plazo de interposición**, el art. 50 de la LCSP, establece que el plazo para la interposición del recurso especial en materia de contratación es de 15 días hábiles, considerándose presentado en plazo.

Por lo que respecta al lugar de presentación, el artículo 121 del RDLSE establece especialidades, disponiendo en su apartado e) que *No será válida la interposición de la reclamación ante el registro o cualquier otra dependencia de la entidad contratante.*

Señala el órgano de contratación en su informe que “La recurrente, obviando los requisitos inherentes al régimen jurídico de la reclamación ex 121 del RDLSE, impugna la adjudicación del expediente que aquí nos ocupa, formulando “recurso especial en materia de contratación” -denominado de manera errónea-, el cual si bien va dirigido al Tribunal administrativo de Recursos Contractuales en su encabezado, no se presenta correctamente, ya que se interpone en el buzón de correo electrónico

licitaciones@emasesa.com, cuya finalidad -tal y como se expresa en los anuncios de licitación de la Plataforma y Diario Oficial de la Unión Europea-, es simplemente informativa, y está destinada a la recepción de consultas relativas al procedimiento de adjudicación -esto es, ni siquiera dicho correo se configura como registro oficial de la entidad a efectos de asegurar recepción y lectura de contenido, el cual, aunque fuese considerado como tal, tampoco sería el correcto para la formulación de la reclamación-.

No obstante lo anterior, este órgano de contratación ha subsanado el anterior defecto invalidante de la reclamación, remitiendo al Tribunal la reclamación formulada a los efectos de su conocimiento y tramitación.”

En consecuencia, y teniendo en cuenta el principio *pro actione*, así como el hecho de que, aun no habiéndose presentado ni en el Registro del Tribunal, ni siquiera en el del Órgano de Contratación, este Tribunal ha tenido conocimiento del mismo dentro de plazo, habiéndose planteado por persona legitimada al efecto, estimándose su admisión.

**CUARTO.-** Entrando ya en el fondo del asunto, la impugnación se fundamenta en la disconformidad del recurrente con la puntuación atribuida en el criterio “Compromiso de diseño y producción de otros formatos publicitarios o informativos” (Apartado 22.2.2.B3 Anexo I), en el cual se le asignan 0 puntos, por entender que la propuesta no se ajusta al Pliego. En su defensa, alega la literalidad del Pliego y el principio *lex contractus*, así como la existencia de error material en la aplicación de los criterios automáticos.

Expone la recurrente que en la propuesta incluida en el sobre 3 se incluían y enumeraban el tipo de medios publicitarios, aportando como documento número 4 la propuesta, que se manifiesta como sigue:

*o Faldón, página, media página para medios impresos.*

*o Cuña para medios radiofónicos o audio.*

*o Formato Mupi 1.70x1.20 m para medio exterior.*

*o Banner 300x250 y 300x600 para medio internet.*

Defiende el recurso que “Tal y como se aprecia, todos los medios fueron especificados empleándose el **número gramatical singular para cada uno de ellos, por lo que resulta evidente que la unidad de cada uno de ellos es uno, (1), sin necesidad de ofrecer mayor información.** A mayor abundamiento, incídase que, en morfología lingüística, **el singular es la variante del número que indica un solo elemento del referente de una palabra o expresión.** Contrasta con el número gramatical plural que hace referencia a más de un elemento y por tanto sí precisaría de mayor concreción.

En definitiva, con la redacción de PROXIMIA no pueden existir dudas al respecto de unidades de cada tipo, por lo que entendemos, que le corresponden en este apartado, **cuatro (4) puntos.** No obstante, se **decide fijar “0” puntos a PROXIMIA** y lo justifica así:

***Compromiso de diseño y producción de otros formatos publicitarios o informativos: el criterio reflejado en el apartado 22 del Anexo 1 del PCAP, establece expresamente que “para poder valorar esta mejora será estrictamente necesario adjuntar las especificaciones e información de los tipos y cantidad de dichos formatos publicitarios, en caso contrario, no se tendrá por ofertado.***

*Teniendo en consideración que la oferta formulada por la entidad PROXIMIA HAVAS, S.L. refleja únicamente el tipo, pero no la cantidad de cada uno de los formatos publicitarios alternativos ofertados, se tiene por no ofertado recibiendo una puntuación de 0 puntos.*

Se considera, así, que “La valoración realizada por el Equipo Técnico, además de ser contraria a la literalidad de la oferta y al propio sentido común, perjudica gravemente a PROXIMIA, quien al no recibir los referidos cuatro puntos, obtiene la segunda mejor puntuación (93,98) por detrás de M&C SAATCHI MADRID, S.L. (95,11), **lo que le deja fuera de la adjudicación del concurso, como decimos, por una interpretación desacertada de la oferta formulada por mi patrocinada.**

Recuérdese que los pliegos constituyen ley del contrato y ello en primer lugar como expresión de los **principios generales esenciales que rigen las relaciones nacidas de la convención de voluntades, tales como el sintetizado en el aforismo *pacta sunt servanda*** con los razonamientos del imperio de la buena fe y del *non licet* contra los actos propios y, en segundo lugar, que en su interpretación es posible la aplicación supletoria de las normas del Código Civil, cuyo artículo 1.281 establece que si los términos del contrato son claros y no dejan lugar a dudas sobre la intención de los contratantes, habrá que estarse al sentido literal de sus cláusulas. Por ello los **Pliegos de las Cláusulas Administrativas constituyen auténtica *lex contractus*, con eficacia jurídica no solo para los licitadores sino también para el órgano de contratación.** (Resolución Nº 0174/2017 de Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, 10/02/2017, Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de marzo 2001, 8 de junio de 1984 o 13 de mayo de 1982).

Por ese motivo ha de traerse a colación el **epígrafe 22.2.2 B.3) de los Pliegos Administrativos**, que regula los requisitos que ha de contener la mejora de diseño y producción de otros formatos publicitarios o informativos.

*“Compromiso de diseño y producción de otros formatos publicitarios o informativos, especificando tipo y cantidad (Se valorarán con 4 puntos todas las ofertas que incluyan esta mejora). Para poder valorar esta mejora será estrictamente necesario adjuntar las especificaciones e información de los tipos y **cantidad de dichos formatos publicitarios**, en caso contrario, no se tendrá por ofertada.”*

Concluye el recurrente que “Tal y como se constata en el texto reproducido, en los pliegos del presente procedimiento de contratación **no se exige que los licitadores indiquen la cantidad de los formatos publicitarios de una forma determinada**, simplemente que se especifique el número de formatos publicitarios o informativos.

En este sentido, tal y como expusimos en el hecho SEXTO, debe señalarse que en nuestra propuesta esta parte SÍ cuantificó las unidades de cada tipo de medio y **lo hizo empleando el singular**. Por ello, la propia literalidad de la frase en su sentido más común y lógico, permite reconocer sin género de dudas, la cantidad de formatos publicitarios o informativos.

A vista de lo anterior, entendemos **que no debe prevalecer la interpretación que de la cláusula hace el órgano de contratación en la medida en que la misma no es razonable y es contraria a la literalidad de los pliegos**. Así lo entendió el TACRC en su Resolución 181/2020, donde reproduce su anterior Resolución 253/2011 que dice así *“a los efectos de lo concluido en el punto anterior de esta resolución, es menester recordar, que de acuerdo con una inveterada jurisprudencia, los pliegos constituyen ley del contrato como expresión de los principios generales esenciales que rigen las relaciones nacidas de la convención de voluntades, tales como el sintetizado en el brocardo ‘pacta sunt servanda’ con los corolarios del imperio de la buena fe y del non licet contra los actos propios y, en segundo lugar, que en su interpretación es posible la aplicación supletoria de las normas del Código Civil, cuyo artículo 1.281 establece que si **los términos del contrato son claros** y no dejan lugar a dudas sobre la intención de los contratantes, habrá que estarse al **sentido literal de sus cláusulas** (Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de marzo 2001, 8 de junio de 1984 o 13 de mayo de 1982). Jurisprudencia más reciente como la que se deriva de la Sentencia de la Sección 4ª, Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 8 de julio de 2009*

se refiere a **la interpretación literal o teleológica** (si las palabras parecieran contrarias a la intención evidente de los contratantes, **prevalecerá ésta** sobre aquéllas, artículo 1.281 del Código Civil) y también a la propia interpretación lógica de las cláusulas del contrato”. No se puede olvidar que el artículo 1.282 del Código Civil, en relación con el alcance y el contenido de las reglas interpretativas en materia contractual, exige tener en cuenta para juzgar la intención de los contratantes, los actos de aquellos coetáneos y posteriores al contrato. **En última instancia, es necesario apuntar que una interpretación distinta llevaría a una interpretación del pliego en contra de su contenido natural, lo cual implicaría una grave vulneración del principio de seguridad jurídica y una ruptura del principio de igualdad, para aquellos licitadores que han respetado el contenido del pliego de cláusulas aquí discutidas”**

En segundo lugar, el recurrente manifiesta que se ha producido error material en la aplicación de los criterios automáticos, destacando que “el carácter automático del criterio determina que en ningún caso debe realizarse por el órgano de contratación una valoración subjetiva, debiendo limitarse la Mesa a comprobar el cumplimiento del epígrafe 22.2 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares a fin de justificar o acreditar cada uno de los criterios de adjudicación.

(...) respecto a la aplicación de los criterios automáticos de **“DISEÑO Y PRODUCCIÓN DE OTROS FORMATOS”** se aprecia un error material por parte de la Mesa de Contratación. Y ello porque pese a **haberse empleado el número gramatical singular**, que permite la cuantificación de cada tipo de formado empleado, la Mesa de Contratación sostiene que PROXIMIA no ha proporcionado la información solicitada por el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares. Interpretación que da lugar automáticamente a que PROXIMIA no reciba los 4 puntos.

Al efecto, se trae a colación la Resolución Nº 418/2021 de Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Andalucía, 28-10-2021 que con cita a la Sentencia 69/2000, de 13 de marzo, del Tribunal Constitucional que se refiere al error material como *“un mero desajuste o contradicción patente e independiente de cualquier juicio valorativo o apreciación jurídica, [que] no supone resolver cuestiones discutibles u opinables, por evidenciarse el error directamente”* concluye *“En definitiva, de la doctrina y jurisprudencia expuesta se deduce que los simples errores materiales, de hecho o aritméticos, son aquellos cuya corrección no implica un juicio valorativo, ni exige operaciones de calificación jurídica, por evidenciarse el error directamente, sin que sea preciso acudir a ulteriores razonamientos, ni a operaciones valorativas o aclaratorias sobre normas jurídicas, ya que afectan a un determinado suceso de manera independiente a cualquier opinión y al margen de cualquier interpretación jurídica y de toda apreciación hermenéutica.*

Así, a raíz de lo anteriormente expuesto, siendo patente el error material cometido por la Mesa de Contratación y habiendo quedado acreditado que PROXIMIA si cumple los requisitos para recibir los 4 puntos en diseño y producción de otros formatos publicitarios o informativos, (B.3), procede dejar sin efecto el acuerdo de adjudicación de 04/04/2022 y proceder a realizar de nuevo el informe de valoración.

En base a lo expuesto, se solicita la anulación del acuerdo de adjudicación del contrato, acordando la retroacción del procedimiento de licitación, a la fase de valoración de las mejoras valoradas conforme a criterios automáticos, 22.2.2.B.3), y que se valore la oferta de **PROXIMIA HAVAS, S.L.U.** según lo desarrollado en el recurso, para que a continuación, se dicte Resolución de adjudicación del contrato en su favor. Mediante **OTROSI DIGO**, se interesa la suspensión automática de la tramitación del expediente de contratación, suspensión que opera de forma automática al ser la adjudicación el acto recurrido.

El órgano de Contratación, por su parte, defiende la correcta aplicación del criterio de adjudicación de conformidad con lo dispuesto en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, y en aplicación del principio de igualdad de trato inherente a todo procedimiento de adjudicación y manifiesta que “El único motivo de la reclamación esgrimida por la recurrente contra la adjudicación del contrato que aquí nos ocupa, es el supuesto “error material” e incorrecta valoración de la mejora establecida como criterio de adjudicación automático en el apartado 22.2.2, letra B.3) del Anexo 1 del PCAP, al no haberle otorgado en el marco de la valoración de su oferta, la puntuación de cuatro (4) puntos, como consecuencia de no indicar la cantidad/número expreso de los formatos publicitarios ofertados. Para ello, argumenta a grosso modo que, por un lado, (i) *Sí cuantificó las unidades de cada tipo de medio y lo hizo empleando el singular*, y por otro, (ii) *“en el pliego no se exige que los licitadores indiquen la cantidad de los formatos publicitarios de una forma determinada, simplemente que se especifique el número de formatos publicitarios o informativos”*”.

Nótese que:

1) No es cierto que pueda considerarse como cantidad/número el simple hecho de haberlo indicado en singular, por cuanto en el hipotético caso de que se hubiesen indicado expresamente las cantidades, la forma de indicar en la oferta los distintos formatos/tipos publicitarios hubiese sido igualmente en singular.

A efectos ilustrativos, se trae a colación una de las ofertas admitidas y correctas en el marco del procedimiento de contratación, en la cual, cumpliéndose los requisitos establecidos en el PCAP para que la mejora ofertada fuese valorada, el tipo del formato publicitario, en efecto, se indica en singular, sin perjuicio de que se refleje expresamente la cantidad en número de su oferta:

Botón			100
Cartelería			100

Defiende el informe que “En definitiva, la reclamante -consciente del error de su oferta- intenta defender de manera fallida que, de la gramática utilizada en la formulación de la oferta, este órgano de contratación debería haber interpretado que el número ofertado por cada formato publicitario adicional era de uno; cuando en el PCAP se establecía claramente que debía indicarse expresamente la cantidad.

2) El recurrente se contradice en su propia exposición del argumento, por cuanto en un primer momento expresa que “*el pliego no exige que los licitadores indiquen cantidad de los formatos de una forma determinada*”, para justo a continuación afirmar que lo que exige el pliego es que “*se especifique el número de formatos publicitarios*”.

Atendiendo a lo anterior, no puede entenderse en ningún caso que la valoración de la mejora configurada como criterio de adjudicación automático impugnada, se ha hecho incorrectamente, por cuanto EMASESA:

- Ha aplicado estrictamente lo dispuesto en la letra B.3) del apartado 22.2.2 del Anexo 1 del PCAP, el cual establece que “*será estrictamente necesario adjuntar las especificaciones e información de los tipos y cantidad de dichos formatos publicitarios, en caso contrario, no se tendrá por ofertado*”.

- Ha respetado en todo caso, y de manera escrupulosa, el principio de igualdad de trato y no discriminación inherente a cualquier procedimiento de contratación pública, el cual no permite que se trate de manera idéntica situaciones diferentes.
- Asimismo, ha seguido la doctrina de este Tribunal en cuanto a la excepcionalidad y no obligatoriedad, de solicitar subsanación/aclaración sobre las ofertas cualitativas y/o económicas, en virtud de, igualmente, el principio de igualdad y no discriminación.
- Por último, ha secundado la doctrina consolidada respecto a la aplicación de los criterios de adjudicación evaluables de forma automática, en tanto en cuanto, no permite discrecionalidad ni valoración subjetiva de las ofertas formuladas, limitándose única y exclusivamente a aplicar la literalidad del criterio en cuestión.

El órgano de contratación se manifiesta plenamente acorde con el alegado principio conforme al cual los pliegos son la ley del contrato, destacando el carácter preceptivo y vinculante tanto para el órgano de contratación como para los licitadores interesados en participar en el procedimiento de adjudicación, trayendo a colación diversas resoluciones de este Tribunal (25/2018, 1/19, 2/2019, 3/2019, 17/2020, 19/2020, 3/2021 o 7/2021), concluyendo a la luz del mismo, el mandato del art. 139 LCSP y el tenor literal de la Cláusula 22.2.2.B.3), “de la cual se deriva que la información a aportar para la valoración de la mejora viene constituida por lo que este órgano de contratación refleja expresamente en el mismo -por considerar, que es el modo adecuado de dotar de seguridad y fiabilidad la mejora ofertada a los efectos de ejecutarla en el marco del contrato”, la necesidad clara e inequívoca de acompañar las **especificaciones e información de los tipos y cantidad** de dichos formatos para que la mejora pueda tenerse por ofertada, no permitiendo margen de interpretación.

Argumenta el informe que “Cuando se menciona la expresión *especificaciones e información* de esos dos extremos, este órgano de contratación, como no puede ser de otro modo, se está refiriendo a que exista en la oferta una descripción e indicación exhaustiva tanto de los tipos como de la cantidad, entendiéndose por esta última como especificación, el número/cantidad de cada uno de los tipos que se compromete a ejecutar en el marco del contrato.

Lo anterior conlleva necesariamente que, si no se indica número, se está incumpliendo uno de los requisitos que se establecen en el criterio para poder considerarlo ofertado y, en consecuencia, la puntuación ha de ser de cero (0) puntos, no cabiendo la arbitrariedad y discrecionalidad para entender que, en el Pliego -como alega la recurrente- no se exige una forma determinada de indicar dicha cantidad.

Lo que no puede admitirse es que, a pesar de la falta de diligencia e incumplimiento de los requisitos inherentes a la formulación de oferta, no existan consecuencias directas para el licitador en cuestión, y que, asimismo se pretenda -conculcando los principios generales de la contratación- tergiversar el criterio de adjudicación, a pesar de ser este expreso, específico e inequívoco.

El principio de igualdad en materia de contratación implica que todos los licitadores han de encontrarse en pie de igualdad de trato, tanto en el momento de presentar sus proposiciones, como en el momento posterior de valoración de éstas por la entidad adjudicadora (Sentencia TJCE de 25 de abril de 1996, Comisión/Bélgica). Así lo dispone el vigente artículo 132 de la LCSP “*Los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y se ajustarán al principio de transparencia*”, principios recogidos igualmente en el art. 58 del RDLSE.

Expresado de otro modo, el principio de igualdad de trato y no discriminación exige que las situaciones comparables no reciban un trato diferente; o por el contrario, que no se trate de manera idéntica situaciones diferentes.

Atendiendo a lo expuesto, ha de ponerse de manifiesto que, el resto de licitadores admitidos en el marco del procedimiento de adjudicación del contrato, han cumplido diligentemente con lo establecido en el PCAP en cuanto a la información a aportar en la oferta formulada, y así poder ser valorada como mejora ...

Así, el resto de licitadores admitidos, cumplen con diligencia y exhaustividad el requisito relativo a la mejora valorada conforme a criterios de adjudicación automáticos, indicando expresamente tanto los tipos como la cantidad de los formatos publicitarios ofertados, asignándosele, en aplicación de este, una puntuación de cuatro (4) puntos.

Lo solicitado por la reclamante en aras de ser valorada positivamente la oferta que formula, conculcaría en todo caso, el principio de igualdad al que hacemos referencia, por cuanto, como anteriormente referíamos, estaríamos concediendo un trato de favor a su oferta (a pesar de no haber cumplido con los requisitos establecidos expresamente, de manera clara e inequívoca en el PCAP) en comparación con la del resto de licitadores que sí han cumplido con las exigencias que imponía el Pliego.”

En la línea de lo expuesto, y siguiendo con el principio de igualdad de trato y no discriminación, esta vez relacionado con los defectos en las ofertas formuladas por los licitadores, se trae a colación la Resolución núm. 14/2021 de 26 de marzo, de este Tribunal, conforme a la cual **“el deber de diligencia por parte del licitador en la correcta preparación de su oferta, y la correlativa consecuencia de soportar los efectos de incumplimiento de dicho deber, se han puesto de manifiesto por los Tribunales encargados de la resolución de recursos (Resolución 264/2019, 1070/2019 o 118/2021 del Tribunal Central, Resolución 242/2019 del Tribunal de Contratación Pública de Madrid o Resolución 98/2021 del Tribunal de Recursos de Andalucía), concluyendo el ajuste a Pliegos de la no valoración de un criterio por falta de presentación de la documentación acreditativa del mismo, (...), rechazando la posibilidad de subsanación en el sentido de aportación de documentación omitida.**

**(...) no existe obligación alguna por parte del órgano de contratación de solicitar subsanación de la misma, debiendo soportar el licitador las consecuencias del incumplimiento de su deber de diligencia en la redacción de la oferta”,**

**(...) partiendo de los principios de la contratación del sector público, fundados en la igualdad y no discriminación entre las empresas concurrentes (artículos 1 y 132 de la LCSP) ha ido poniendo acotaciones en torno a las eventuales aclaraciones sobre las ofertas técnicas y/o económicas”.**

Por último, el informe pone de manifiesto que “nos encontramos ante una mejora que se valora a través de un criterio objetivo, evaluable de forma automática, lo cual conlleva la imposibilidad de que exista margen para la discrecionalidad o aplicación subjetiva de los mismos por parte del órgano de contratación”, trayendo a colación la Resolución núm. 94/2020 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, de 21 de octubre, en la que se establece que **“en relación con los criterios evaluables de forma automática mediante la aplicación de fórmulas: "no se interpreta, se calcula aplicando un algoritmo o "conjunto ordenado y finito de operaciones que permite hallar la solución de un problema" y su característica principal es la ausencia total en ellos de discrecionalidad o aplicación subjetiva, sin que quepa interpretación alguna sobre su alcance, sino solo la pura y simple aplicación de la fórmula expresada en los pliegos. Así, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en su sentencia de 14 de febrero de 2011, señala que la discrecionalidad de la Administración en relación con los criterios automáticos se agota en la redacción del**

**pliego, pues una vez publicado éste carece de discrecionalidad alguna para su aplicación" Lo acabado de exponer evidencia que si bien la Administración ostenta, en un primer momento, un margen de discrecionalidad en la fijación de los criterios que han de reunir los que concurran al concurso así como en la determinación de la puntuación atribuible a cada uno de aquellos, no acontece lo propio con la asignación particularizada a cada uno de los concursantes a la vista de la documentación presentada. En esta segunda fase la administración debe respetar absolutamente las reglas que ella estableció en el correspondiente pliego. Es incontestable que en materia de concursos el pliego de condiciones se constituye en la ley del concurso (SsTS de 28 de Junio de 2.004, recurso de casación 7106/00, y de 24 de Enero de 2.006, recurso de casación 7645/00)." A diferencia de los criterios sujetos a un juicio de valor, que se caracterizan por su carácter discrecional, lo que obliga a su motivación con la finalidad de proceder a un control adecuado de los mismos en orden a evitar la arbitrariedad, los criterios de adjudicación evaluables mediante fórmula se caracterizan por su automatismo, razón por la que no se necesita su motivación, pues de la mera aplicación de la fórmula se obtiene el resultado de la ponderación. Así pues, ha de afirmarse que en la valoración de tales criterios no cabe discrecionalidad alguna por parte de la Administración, ni técnica ni de ninguna otra clase, debiendo limitarse la Mesa de Contratación a aplicar los criterios automáticos sin ningún margen de apreciación técnica o juicio de valor."**

A la vista de ello, considera el órgano de contratación que "a la luz de la forma en la que la reclamante oferta la mejora sometida al criterio que aquí nos ocupa, en relación con la pretensión que ahora formula en la reclamación interpuesta (cuya finalidad principal es que este órgano de contratación en el momento de la valoración hubiese aplicado esa discrecionalidad y/o apreciación interpretando la misma), se estaría conculcando precisamente la naturaleza de los criterios automáticos recogida en la doctrina expuesta, ya que implicaría que este órgano de contratación hubiese tenido que interpretar y/o analizar de manera subjetiva (haciendo un razonamiento de que la mejora ofertada en singular se refiere al número uno) para dar por cumplidos los requisitos establecidos en el PCAP relativos a indicar la cantidad de cada uno de los formatos publicitarios ofertados."

En atención a lo expuesto, el órgano de contratación concluye el rechazo a los argumentos de la reclamación, defendiéndose que "en modo alguno exponen fundamentos suficientes para desvirtuar el cumplimiento de la legalidad en la resolución que acuerda la adjudicación, ni en los actos, valoraciones e informes que la motivan", por lo que se propone al Tribunal la desestimación de la reclamación interpuesta.

Por lo que respecta a las alegaciones, presentadas por parte de la mercantil M&C SAATCHI., en las que , además de oponerse a los motivos alegados en el recurso, manifiesta que " Mediante el presente escrito venimos a impugnar el Recurso especial en materia de contratación planteado por PROXIMIA" , alegando la presentación por parte de las licitadoras de ofertas "absolutamente incongruentes y de imposible ejecución en el Contrato que nos ocupa" , defendiendo que "Este hecho no hace sino llevarnos a la conclusión de que la valoración de esta partida del expediente de contratación debe ser anulado, por cuanto su realización no se ajusta a los estándares mínimos de posibilidad de realización y, por tanto, su valoración no es una cuestión válida ni objetiva" hemos de recordar, como en la Resolución 17/2021 y 18/2021 argumentábamos, trayendo a colación la Resolución 277/2017, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, "ha de subrayarse que no existe en el procedimiento de recurso especial en materia de contratación un trámite de adhesión al recurso que permita plantear cuestiones nuevas no incluidas en el mismo o, simplemente, formular pretensiones, más allá de las alegaciones, como es la interposición de un recurso por un interesado. No siendo el trámite de alegaciones

*adecuado para articular pretensiones no contempladas en el escrito de interposición del recurso como si se tratara de una reconvencción, aun cuando estuviesen íntimamente ligadas a su objeto, pues el hacerlo supondría admitir un nuevo recurso, sin observar las previsiones para su interposición establecidas el artículo 44 del TRLCSP, por lo que no se pueden atender las pretensiones de la entidad interesada”.*

En el mismo sentido, la Resolución nº 207/2016 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid, concluyó la inadmisibilidad de un recurso, destacando que no puede utilizarse el trámite de alegaciones previsto para la resolución de un recurso para plantear otro. Como afirma el Tribunal Central en Resolución 15/2011, *“El trámite de alegaciones no es el adecuado para articular pretensiones no contempladas en el texto del recurso ni permite abrir un nuevo plazo para recurrir un acto recurrible sí, pero que fue consentido al no haberse interpuesto el recurso en plazo. Ello ni aún en el supuesto de que se encontrasen íntimamente ligadas al objeto del recurso pues de hacerlo supondría la admisión de un nuevo recurso, interpuesto por uno de los licitadores que dejó transcurrir el tiempo sin haberlo hecho y sin observar el plazo que para su interposición establece el artículo 314.2 de la LCSP”.*

**QUINTO.-** Expuestas las alegaciones de las partes, ha de partir nuestro análisis de lo establecido en los Pliegos, ley del contrato entre las partes.

La Cláusula 22.2.2.B.3) del Anexo I al PCAP dispone literalmente:

#### **22.2.2 Mejoras valoradas conforme a criterios automáticos (hasta 10 puntos)**

**B.1) Producción de cuñas, indicando cantidades propuestas.** Se valorarán con **3 puntos** a la mayor cantidad ofertada y el resto de ofertas por una regla de tres simple directa.

**B.2) Compromiso de elaboración de Informes mensuales o semanales,** según las indicaciones del supervisor del contrato, sobre la imagen percibida por los distintos públicos objetivos de las campañas/ acciones planificadas y de la creatividad, reflejando los puntos fuertes y débiles de la planificación y posibles recomendaciones de valor para la comunicación de EMASESA. Estos informes deben incluir la cuantificación económica de la presencia de EMASESA en los diferentes medios y soportes; esta cuantificación económica tendrá en cuenta tanto la publicación de contenidos publicitarios como redaccionales no pagados, con referencia a EMASESA. **(Se valorarán con 3 puntos todas las ofertas que incluyan esta mejora)**

**B.3) Compromiso de diseño y producción de otros formatos publicitarios o informativos, especificando tipo y cantidad (Se valorarán con 4 puntos todas las ofertas que incluyan esta mejora).** Para poder valorar esta mejora será estrictamente necesario adjuntar las especificaciones e información de los tipos y cantidad de dichos formatos publicitarios, en caso contrario, no se tendrá por ofertada.

El apartado 25 del Anexo I determina la documentación a incluir en el Sobre nº 3, disponiendo que:

### 25.3. DOCUMENTACIÓN A PRESENTAR EN EL SOBRE Nº 3

1. Proposición económica, conforme al modelo que figura como anexo 3 de este Pliego.
2. Compromisos/mejoras relativos a la parte cualitativa de la oferta evaluable de forma automática, conforme al modelo que figura como Anexo 3 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares.
3. Dossier de tarifas oficiales de cada soporte del año 2022, o en su defecto, en el caso de que aún no estén aprobadas, las del 2021
4. En caso de haberlo ofertado en el Anexo 3, deberá adjuntarse la especificación de otros formatos publicitarios o informativos ofertados indicando su diseño y producción.

El mencionado Anexo III, incluye, así, la oferta de tres aspectos, disponiendo que:

El que suscribe, D. \_\_\_\_\_, con D.N.I. nº \_\_\_\_\_ vecino de (Población) \_\_\_\_\_, con domicilio en (calle o plaza) \_\_\_\_\_ núm. \_\_\_\_\_, en nombre y representación de (Nombre completo de la empresa licitadora) \_\_\_\_\_, con N.I.F. nº \_\_\_\_\_, se compromete ante la Empresa Metropolitana de Abastecimiento y Saneamiento de Aguas de Sevilla, S.A. a ejecutar la prestación objeto del servicio de "AGENCIA DE MEDIOS PARA LA EMPRESA METROPOLITANA DE ABASTECIMIENTO Y SANEAMIENTO DE AGUAS DE SEVILLA, S.A." Expte. nº 103/21, con estricta sujeción a las condiciones que constan en el expediente respectivo, y ofertando los siguientes extremos:

1. Oferta económica<sup>1</sup>:
2. Nº de producción de cuñas radiofónicas de hasta 30" de duración: \_\_\_\_\_
3. Me comprometo a la realización de informes indicados en el apartado 22.2, apartado B.2) con la periodicidad semanal o mensual (a criterio de EMASESA)<sup>2</sup> \_\_\_\_\_

Indicar SÍ o NO

4. Me comprometo al diseño y producción de otros formatos publicitarios o informativos, para lo cual adjunto especificación de su tipo y cantidad: \_\_\_\_\_

Teniendo en cuenta la literalidad de los Pliegos, considera este Tribunal que la exigencia de especificar el tipo y cantidad de los formatos publicitarios o informativos que debe acompañar al compromiso de diseño y producción de éstos, como requisito necesario para la valoración del criterio 3B), es clara e inequívoca, reiterándose en varias ocasiones y afirmándose expresamente que "Para poder valorar esta mejora será estrictamente necesario adjuntar las especificaciones e información de los tipos y cantidad de dichos formatos publicitarios, en caso contrario, no se tendrá por ofertada".

Consultada la oferta presentada por la reclamante, se observa que, a diferencia de las demás licitadoras, que expresan el tipo de formato y la cantidad de cada uno de ellos, bien en el propio Anexo II, bien en documentación Anexa, en el Anexo III de la reclamante se manifiesta expresamente el compromiso en estos términos:

**4. Me comprometo al diseño y producción de otros formatos publicitarios o informativos, para lo cual adjunto especificación de su tipo y cantidad: **Sí, a continuación, lo especificamos.****

No obstante, a continuación se especifican los tipos de formato a cuyo diseño y producción se comprometen, pero nada se dice sobre la cantidad de los mismos. La oferta reza como sigue:

#### **ESPECIFICACIÓN DE LOS FORMATOS PUBLICITARIOS Y/O INFORMATIVOS OFERTADOS:**

Se propone lo siguiente:

- Diseño y producción de artes finales en los siguientes formatos:
  - o Faldón, página, media página para medios impresos.
  - o Cuña para medios radiofónicos o audio.
  - o Formato Mupi 1.70x1.20 m para medio exterior.
  - o Banner 300x250 y 300x600 para medio internet.

Ciertamente, en el caso que nos ocupa la cantidad no es determinante de la asignación de mayor o menor puntuación, pues como señala expresamente el Pliego "Se valorarán con 4 puntos todas las ofertas que incluyan esta mejora", ahora bien, la literalidad del mismo exige que para su valoración es "*estrictamente necesario*" especificar tipo y cantidad, no teniéndose por ofertada en caso contrario.

Tal circunstancia, que claramente consta en unos Pliegos, los cuales, como acertadamente asumen ambas partes, constituyen la Ley del contrato, no habiendo sido impugnados y a cuyas cláusulas ha de estarse, vinculando tanto a una como a otra, unida al hecho del carácter objetivo y automático del criterio y a la indeterminación, en este aspecto de la oferta, no puede resolverse interpretando que el singular equivale a una unidad. ¿Puede entenderse sin lugar a dudas que la oferta es de 1 faldón, 1 página y media página? ¿1 cuña ó dos, una para un medio radiofónico y otra para audio? ¿Un mupi? ¿1 Banner, o son 2?, la mención del tipo de formato está en singular, pero a continuación se citan dos medidas diferentes.

Ciertamente la oferta adolece de indeterminación, lo que puede generar eventuales problemas en ejecución, habida cuenta que la oferta que al licitador vincula no es clara, y aún cuando, como decíamos, la cantidad no es relevante para la asignación de puntos, lo cierto y verdad es que la exigencia de concretar las cantidades se aprecia como clara en el Pliego, de hecho así ha sido entendido por el resto de licitadores.

Es el órgano de contratación, como expresamente alega en el informe remitido al Tribunal, quien, en el ejercicio de sus potestades, ha establecido la necesidad de esa "descripción e indicación exhaustiva tanto de los tipos como de la cantidad", por considerar que es "el modo adecuado de dotar de seguridad y fiabilidad la mejora ofertada a los efectos de ejecutarla en el marco del contrato", advirtiendo en el propio Pliego que para que pueda ser valorada la oferta en este punto, será estrictamente necesario adjuntar las especificaciones e

información de los tipos y cantidad de dichos formatos publicitarios, abundando en la consecuencia de la falta de especificación, y señalando expresamente que, en caso contrario, no se tendrá por ofertada.

A la vista de lo que antecede, los Pliegos, las ofertas y demás documentos obrantes en el expediente, las alegaciones formuladas por las partes, los preceptos legales de aplicación y los esenciales principios de igualdad, transparencia y *lex contractus* que han de presidir la actuación en materia de contratación, este Tribunal

## RESUELVE

**PRIMERO.-** Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto en nombre y representación de la mercantil PROXIMIA HAVAS, S.L.U., contra la adjudicación del contrato de "AGENCIA DE MEDIOS PARA LA EMPRESA METROPOLITANA DE ABASTECIMIENTO Y SANEAMIENTO DE AGUAS DE SEVILLA, S.A.", Expediente 103/21, tramitado por la Empresa Metropolitana de Abastecimiento y Saneamiento de Aguas de Sevilla.

**SEGUNDO.-** Levantar la suspensión del procedimiento.

**TERCERO.-** Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 58 de la LCSP.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma sólo 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.

LA TITULAR DEL TRIBUNAL DE  
RECURSOS CONTRACTUALES