

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

En Madrid, a 25 de enero de 2024.

VISTA la reclamación en materia de contratación interpuesta por la representación de la empresa Promedios Exclusivas de Publicidad, S.L.U., contra su exclusión por alta desproporcionada y contra el Acuerdo de adjudicación a favor de Global Media & Entertainment, S.A.U., del Expediente 23/026/3, “Servicio de exclusivista publicitario para los autobuses y aparcamientos” de la Empresa Municipal de Transportes de Madrid S.A. (EMT), este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. - En fecha 22 de marzo de 2023, se envió y se publicó en el DOUE el 27 de marzo de 2023, el anuncio de licitación del expediente denominado “Servicio de exclusivista publicitario para los autobuses y aparcamientos de la empresa municipal de transportes de Madrid, S.A.”. Expediente 23/026/3 y en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 24 de marzo de 2023.

El valor estimado del contrato asciende a 38.258.854,12 euros IVA excluido.

A la licitación se presentaron 3 empresas:

- 1º) JCDECAUX ESPAÑA, S.L.U.
- 2º) GLOBAL MEDIA & ENTERTAINMENT S.A.U.
- 3º) PROMEDIOS EXCLUSIVAS DE PUBLICIDAD, S.L.U.

La duración es de dos años, más tres de prórroga posible.

Segundo. - En la valoración técnica las empresas obtuvieron la siguiente puntuación:

- JCDECAUX ESPAÑA, S.L.U. 33,00
- GLOBAL MEDIA & ENTERTAINMENT S.A.U. 38,50
- PROMEDIOS EXCLUSIVAS DE PUBLICIDAD, S.L.U. 25,25

La Mesa de 8 de mayo constata que la oferta de la reclamante se encuentra en alta anormal, por aplicación del apartado 4.6 del Pliego de Cláusulas Generales (en adelante PGC) relativo a las ofertas anormales, al que remite el apartado J del Anexo I del PCG, que dispone lo siguiente:

“4.6. Oferta anormalmente alta o desproporcionada.

Salvo que otra regulación se establezca en el CCE del Anexo I, en principio, se entenderá como anormalmente alta o desproporcionada, las proposiciones que se encuentren en los siguientes supuestos:

- *Cuando concurriendo un solo licitador, sea superior al presupuesto base de licitación en más del 25%.*
- *Cuando concurren dos licitadores, la que sea superior en más del 20% respecto de la otra oferta.*
- *Cuando concurren tres licitadores, las que sean superiores en más del 10% respecto de la media aritmética de las ofertas presentadas, si bien, será excluido del cómputo la oferta de cuantía más baja si excediese en más del*

10% a la referida media.

• Cuando concurren cuatro o más licitadores, las que sean superiores en más del 10% respecto de la media aritmética de las ofertas presentadas, si bien, en caso de que concurren licitadores cuyas ofertas sean inferiores en más del 10% de la referida media se procederá al cálculo de una nueva media excluyendo del cómputo a los licitadores que se encuentren en aquella situación. Sin embargo, si el número de licitadores fuese inferior a tres la media se calculará respecto de las tres ofertas de mayor cuantía.

En los supuestos en los que en el modelo de proposición económica se exija la presentación de un porcentaje de alta sobre el presupuesto base de licitación, y dicho porcentaje no se pueda traducir precio por permanecer inalterable el presupuesto base de licitación, se aplicarán los mismos supuestos indicados anteriormente, calculando la oferta anormalmente alta o desproporcionada por aplicación de unidades porcentuales en lugar de porcentajes.

En el caso de existir alguna oferta incurso inicialmente en valores anormales o desproporcionados, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 149 de la LCSP, se dará al licitador o licitadores trámite de audiencia, para que en el plazo de tres días hábiles a contar desde el siguiente al que reciban la notificación, justifiquen por escrito la valoración de la oferta y precisen las condiciones de la misma, en particular en lo que se refiere al ahorro que permita el procedimiento de ejecución del contrato, las soluciones técnicas adoptadas y las condiciones excepcionalmente favorables de que disponga para ejecutar la prestación, la originalidad de las prestaciones propuestas, el respeto de las disposiciones relativas a la protección del empleo y las condiciones de trabajo vigentes en el lugar en que se vaya a realizar la prestación, o la posible obtención de una ayuda de Estado.

Por EMT se indicará al licitador que incurra en oferta desproporcionada, las preguntas aclaratorias que habrá de responder para justificar su oferta.

Antes de adoptar la decisión sobre la viabilidad o no de la oferta, se realizará un análisis exhaustivo y técnico, considerando todas las respuestas justificadoras alegadas por el licitador y realizándose pronunciamiento sobre cada una de ellas, recogiendo en el informe, de manera precisa, los motivos por los que se desestima la oferta. Se rechazarán las ofertas que sean anormalmente altas o desproporcionadas por no cumplir las obligaciones en materia medioambiental, social y laboral”.

La oferta presentada por Promedios Exclusivas de Publicidad, S.L.U., en (adelante Promedios) es considerada alta temeraria o desproporcionada al superar en un 14,43% la media aritmética de las ofertas recibidas.

En fecha 13 de junio le requiere justificación del alta desproporcionada en los siguientes términos:

“Por todo lo expuesto en el punto anterior, se solicita remitan en el plazo legalmente establecido los siguientes documentos:

- Medidas que permitan un ahorro en el procedimiento de ejecución del contrato*
- Soluciones técnicas adoptadas y las condiciones excepcionalmente favorables de que disponga para ejecutar la prestación.*
- Condiciones de trabajo vigente o posibles ayudas del Estado*
- Plan financiero preciso, incluyendo detalle de los gastos relacionados con obligaciones en materia medioambiental, social y laboral, que avale la oferta económica presentada.*
- Motivación que relacione el Plan Comercial presentado en su oferta técnica con su oferta económica*
- Cuenta de resultados de su empresa correspondiente al ejercicio 2022*
- Tarifas de fijación y producción, que no incluyó en su oferta técnica y que se exigieron expresamente en el apartado J del Anexo I del PCT, ya que se desconoce esta información de gran relevancia para evaluar la viabilidad, como son los costes que se repercutirán a los clientes y que, por ese motivo,*

se pedían de forma expresa en el Pliego (“Política tarifaria y de producto: exhibición, producción y fijación (...).”). Del mismo modo, la variación de precios (“(...) así como su evolución o índice corrector a aplicar a lo largo del contrato”) es una información imprescindible para un contrato de 5 años de duración”.

Con fecha 16 de junio de 2023, dentro del plazo conferido al efecto, el recurrente presenta extensa justificación de su oferta, emitiendo los técnicos un informe en contra de la viabilidad de la oferta.

Tercero. - Por acuerdo de 20 de noviembre de 2023, la Comisión delegada del Consejo de Administración de EMT, en su condición de órgano de contratación acuerda la adjudicación del contrato a favor de Global Media & Entertainment, S.A.U., con CIF A79816690 (en adelante GLOBAL). Asimismo, acuerda la exclusión de Promedios Exclusivas de Publicidad, S.L.U., (B83541912), por considerar anormalmente alta su oferta, comprometiendo la viabilidad del contrato y, por ende, la continuidad de los ingresos de EMT por su actividad publicitaria. Con fecha 14 de diciembre de 2023, el director Gerente firma la notificación de adjudicación del contrato a favor de GLOBAL y la exclusión de Promedios, remitiéndose mediante mensaje de la plataforma de licitación electrónica VORTAL el mismo día 14 de diciembre de 2023, al adjudicatario y a los no adjudicatarios, siendo el plazo de vencimiento para la interposición de la reclamación en materia de contratación el día 8 de enero de 2024.

Tras la vista del expediente, se presenta recurso especial en materia de contratación (recalificado como reclamación) en fecha 5 de enero de 2024, instándose lo siguiente:

“a) Se declare nula la cláusula 4.6 del Pliego de Condiciones por ser contraria al Orden Público y en consecuencia se declare nula la exclusión de Promedios Exclusivas de Publicidad, S.L.U. y se retrotraigan las actuaciones al momento anterior al Acuerdo de Adjudicación y Exclusión.

b) Subsidiariamente, se declare nulo el Acuerdo de exclusión de Promedios Exclusivas de Publicidad, S.L.U. por falta de motivación y se retrotraigan las actuaciones al momento anterior al Acuerdo de Adjudicación y Exclusión.

c) Subsidiariamente, se declare nulo el Acuerdo de adjudicación a favor de Global Media & Entertainment, S.A.U por presentar la garantía definitiva fuera de plazo y se retrotraigan las actuaciones al momento anterior al Acuerdo de Adjudicación”.

Se vuelve a solicitar vista del expediente en este Tribunal.

Cuarto.- La impugnación está sometida al Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas 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 (en adelante RDL 3/2020), y las disposiciones del Libro I y demás disposiciones pertinentes de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, y normativa de desarrollo, por lo que no estamos en el campo del recurso especial, sino de la reclamación en materia de contratación regulado en el artículo 119 y siguientes.

El 11 de enero de 2024, el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe, a que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transpone al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP).

Quinto. - La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al adjudicatario GLOBAL MEDIA & ENTERTAINMENT, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones, que verificaron en plazo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. - En cuanto al régimen jurídico aplicable al contrato, está sujeto al Real Decreto Ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas 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 (en adelante RDLSE).

El artículo 121.1 del RDLSE establece, en cuanto al régimen jurídico de la reclamación, que le 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 LCSP que regulan el recurso especial en materia de contratación, incluido el artículo 49 relativo a la adopción de medidas cautelares, con determinadas especialidades.

Por tanto, de conformidad con lo establecido en el artículo 120 del RDLSE, en relación con el artículo 46.4 de la LCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver la Reclamación planteada.

Segundo. - De acuerdo con el artículo 48 de la LCSP al que se remite el artículo 121 del RDLSE, *“podrá interponer la correspondiente reclamación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto de reclamación”*. La reclamación ha sido interpuesta por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica excluida de la licitación, que obtendría previsiblemente la máxima puntuación de reintegrarse al procedimiento. No siendo firme la exclusión se encuentra también legitimada para impugnar la adjudicación.

Asimismo, se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero. - El acto objeto de reclamación, corresponde a un contrato de servicios sujeto al RDLSE al superar los umbrales establecidos en su artículo 1.1. *“b) 428.000 de euros en los contratos de suministro y de servicios distintos de los referidos en la letra anterior, así como en los concursos de proyectos”.*

Cuarto. - La reclamación es temporánea, notificada la adjudicación y la exclusión en data 14 diciembre se presenta el recurso el 5 de enero, dentro de los quince días laborales al siguiente (artículo 50.1 LCSP).

Quinto. - El reclamante insta la vista del expediente, afirmando que (en la vista ante el órgano de contratación) *“pudo examinar algunos documentos que forman parte del Expediente, pero no el Expediente completo. Entre otros, faltaban la garantía definitiva presentada por Global o el acuerdo del órgano de contratación con la adjudicación”.*

No procede la vista del expediente cuando ya la ha tenido en el órgano de contratación (artículo 52 LCSP), careciendo de fundamento la alegación sobre que el expediente estaba incompleto, cuando el acuerdo de adjudicación se le ha notificado y tiene conocimiento de las incidencias de la garantía definitiva, cuya constitución impugna expresamente.

Se desestima esta pretensión.

Sexto.- Como primer motivo de impugnación alega GLOBAL que no cabe reclamación en materia de contratación, porque no se trata de un contrato regido por el Real Decreto Ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas 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, sino un contrato patrimonial excluido de la Ley de Contratos del Sector Público.

No se encuentra sujeto al RDLSE, porque la norma en su artículo 11 delimita su ámbito de aplicación en la explotación de redes que presten un servicio al público:

“1. El presente real decreto ley se aplicará a las actividades de puesta a disposición o explotación de redes que presten un servicio al público en el campo del transporte por ferrocarril, sistemas automáticos, tranvía, trolebús, autobús o cable.

2. Se considerará que existe una red en los servicios de transporte cuando el servicio se preste con arreglo a las condiciones operativas establecidas por la autoridad competente. Estas condiciones harán referencia a los itinerarios, a la capacidad de transporte disponible, a la frecuencia y puntualidad del servicio, a sus infraestructuras, sus vehículos y combustibles, y a la incorporación en el transporte de los sistemas inteligentes de transportes (ITS), entre otros”.

En cambio, el contrato objeto de las presentes alegaciones no tiene por objeto la explotación de redes que prestan un servicio al público. Como acaba de verse, el artículo 11.2 del Real Decreto ley 3/2020 define la red, no en un sentido orgánico, sino funcional (prestación del servicio en las condiciones operativas establecidas).

Así las cosas, un contrato privado sujeto a la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público LCSP. Y no es un contrato de servicios, como está calificado, porque no se presta servicio alguno a la EMT, no se cobran precios o tarifas a los usuarios, sino que se paga un canon a la EMT, el contratista no presta servicio alguno de transporte y la EMT no conserva poder alguno de dirección. Es un contrato patrimonial contra el que no cabe recurso especial en materia de contratación, sino que el acto separable debería ser impugnado en vía administrativa y eventualmente contencioso-administrativa, conforme al artículo 44.6 de la LCSP:

“6. Los actos que se dicten en los procedimientos de adjudicación de contratos de las Administraciones Públicas que no reúnan los requisitos del apartado 1 podrán ser objeto de recurso de conformidad con lo dispuesto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas; así como en la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

En el caso de actuaciones realizadas por poderes adjudicadores que no tengan la condición de Administraciones Públicas, aquellas se impugnarán en vía administrativa de conformidad con lo dispuesto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas ante el titular del departamento, órgano, ente u organismo al que esté adscrita la entidad contratante o al que corresponda su tutela. Si la entidad contratante estuviera vinculada a más de una Administración, será competente el órgano correspondiente de la que ostente el control o participación mayoritaria”.

Como muestra, la jurisprudencia califica los contratos celebrados por AENA S.M.E, S.A. (sociedad pública mercantil) en virtud de los que cede a terceros espacios en el aeropuerto para su explotación comercial como contratos administrativos , justamente, por el conjunto de obligaciones que resultan del contrato y el poder de dirección que se reserva y esto no se da en este caso (Tribunal Supremo en su Sentencia 1195/2021 de 8 de marzo de 2021 (ECLI:ES:TS:2021: 1195) y doctrina del TACRC): *“Estos contratos de alquiler de local para realizar los servicios o la actividad de restauración tienen unas condiciones de contratación que no se ajustan a las propias de un contrato de arrendamiento, pues la arrendadora se reserva, entre otras, las facultades de dirección de la actividad (1), determina los productos, la comida y la bebida que puede ofrecerse al público, establece el nivel de calidad de los productos (2), fija los precios máximos para su venta (3), interviene de la decoración de los locales (4), está informada sobre el personal que presta servicios, su antigüedad o sus retribuciones (5), además de la exigencia de presentación de planes y estudios de*

viabilidad económica, de seguimiento y control de ventas (7). Por no citar las previsiones que se incluyen en los pliegos sobre los servicios mínimos para el caso de huelga”.

A juicio de este Tribunal pese a que la asunción de la calificación del contrato por los licitadores que no han recurrido los Pliegos no empece a su revisión por este Tribunal, si la misma es condición necesaria para la viabilidad del recurso al ser materia de orden público el examen de la propia competencia, como se ha hecho en múltiples ocasiones por el propio Tribunal, la falta de impugnación recobra su valor en supuestos dudosos como el presente, tal y como se detalla.

En primer término, el artículo 11 del Real Decreto ley 3/2020 hace objeto de la norma la explotación de las redes de transporte, y la explotación comercial de los espacios publicitarios de las redes encuentra encaje en el concepto, salvo que el mismo se circunscriba a la explotación transportando viajeros. La forma en que se realiza esa explotación, en cuanto a itinerarios, viajeros, capacidad, frecuencia, etc. es también relevante al objeto de este contrato.

Por otro lado, no es un elemento consustancial a la calificación del contrato de servicios la prestación del mismo al contratante, el beneficiario puede ser un tercero, un usuario del servicio; ni es excluyente el pago de un canon al contratista, común en las concesiones de servicios.

De otra parte, la publicidad insertable en los diversos soportes utilizables dentro o en el exterior de los autobuses se encuentra minuciosamente regulada y parametrizada en los pliegos técnicos, en los cuatro bloques asignados: curiosidades, salud, entretenimiento y sociedad no existiendo la libertad de explotación propia de un contrato meramente patrimonial. El contenido a publicitar es autorizado por la EMT: *“El adjudicatario elaborará semanalmente una serie de contenidos a difundir, con una variedad mínima de 80% con respecto a la semana anterior, y que serán remitidos a EMT para su supervisión antes de su entrada en producción. EMT tendrá potestad para modificar o suprimir cualquier contenido que*

considere inapropiado para su publicación, sin posibilidad de resarcimiento de cualquier índole. En su conjunto supondrán como mínimo el 25% de la duración total de la parrilla”. “El adjudicatario captará y producirá semanalmente contenidos publicitarios que serán remitidos a EMT para su supervisión antes de la entrada en producción, debiendo indicar su fecha de entrada y salida en producción. EMT tendrá potestad para modificar o suprimir cualquier contenido que considere inapropiado para su publicación, sin posibilidad de resarcimiento de cualquier índole”. “EMT debe conocer previamente con una antelación de mínima de al menos 3 días laborables el contenido preciso de los anuncios a exhibir mediante bocetos por duplicado, a escala y color de todos y cada uno de los paneles correspondientes, especificando la duración de la campaña y el número de autobuses que portarán el mencionado boceto, reservándose el derecho a autorizar o no aquellos que considere que no reúnan”. “EMT se reserva el derecho de elaborar unas normas de admisión de la publicidad; en caso de que las elabore, serán vinculantes para el adjudicatario desde el momento en el que les sean notificadas por EMT”.

Existe una reserva de publicidad a favor de la EMT, condición que pone el adjudicatario para considerarlo contrato de servicios (*“cabría incluso entender que se presta un servicio a la EMT si se encargase al contratista la gestión de la publicidad de la propia entidad de transportes o la que ésta contratase con terceros”*) reserva no menor:

“Los licitadores deberán presentar una propuesta de reserva de soportes a favor de EMT o de su socio único (Ayuntamiento de Madrid) para campañas de carácter institucional. La propuesta incluirá soportes para autobuses y en los aparcamientos, considerándose como mínimo una reserva de:

Publicidad en el exterior de los autobuses:

o 30 autobuses estándar.

o 30 traseras integrales.

o 25 Bus Plus.

o 20 autobuses integrales.

- Espacio de entretenimiento en pantallas digitales. Hasta un máximo del 15% del tiempo de emisión.*
- Publicidad en el interior de los autobuses: 200 autobuses simultáneamente que podrán ampliarse hasta 300 en caso de no estar ocupados por el exclusivista y de los cuales hasta 20 deberán ser autobuses articulados.*
- Presencia en todos los aparcamientos objeto de licitación, hasta un 15% del tiempo en soportes digitales, si los hubiese.*

Los costes de producción y aplicación serán abonados por EMT o su socio único (Ayuntamiento de Madrid) para cada uno de los puntos anteriores, valorables como mejoras. Por ello los licitadores deberán presentar en su proyecto técnico precios a aplicar para reservas a favor de EMT”.

Hasta un 15 % del espacio publicitario o del tiempo de emisión es una prestación considerable en favor del contratante, que arrastra la calificación del contrato.

La disponibilidad de autobuses para la publicidad está en función de las necesidades de la EMT.

A todo ello cabe añadir, la obligación de presentar un programa de trabajo a aprobar por la EMT (cláusula 8.6), la existencia de un director de los trabajos (cláusula 8.8) con las facultades propias de los contratos administrativos, la existencia de cláusulas que reiteran la obligación de cumplimiento de las normas laborales, de seguridad social y prevención de riesgos laborales, la existencia de un régimen de penalizaciones (por incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato; por el incumplimiento de las cláusulas sociales; por incumplimiento de las condiciones especiales de ejecución, por infracción de la imagen corporativa de la EMT), y la obligación de suscribir un seguro de responsabilidad civil que cubra al menos las coberturas de responsabilidad civil de explotación, responsabilidad civil patronal, responsabilidad civil de subcontratista, entre otras. Condiciones todas ellas previstas en la doctrina sobre los contratos de AENA.

En definitiva, existe un control de la EMT sobre la actividad publicitada que excluye la consideración de una mera relación bilateral de carácter patrimonial, tanto en lo que se anuncia, como en su forma o tiempo; como respecto de los trabajadores de la contrata con supervisión de la EMT, o la prestación del servicio directamente en favor de la EMT o el Ayuntamiento, publicidad institucional. La aprobación y dirección de la actividad corresponde a la EMT.

Todas estas circunstancias llevan a no estimar la calificación de contrato patrimonial efectuada de adverso.

Procede desestimar esta alegación.

Séptimo. - Entrando en el fondo del recurso, procede analizar separadamente los diversos motivos de la reclamación, centrandó la discusión en lo que atañe a la exclusión y la adjudicación, sin entrar en sus valoraciones sobre la solvencia requerida y los criterios de adjudicación, que son ajenos al debate.

En primer lugar, se insta la anulación de la cláusula 4.6 del Pliego de Condiciones por ser contraria al Orden Público y en consecuencia se solicita se declare nula la exclusión de Promedios Exclusivas de Publicidad, S.L.U. y se retrotraigan las actuaciones al momento anterior al Acuerdo de Adjudicación y Exclusión. Se afirma su improcedencia por referirse a las "altas" desproporcionadas, no a las bajas, dado que se trata de un contrato de ingresos, no de gastos. Se afirma que esta cláusula debe entenderse nula por aplicación del artículo 47.1 f) de la LCSP y del artículo 48.1 de la Ley 39/2015, por las siguientes razones:

A) La LCSP solo contempla en su artículo 149 las bajas temerarias, no las altas.

B) El fundamento de su aplicación es el abono por la Administración de un precio por la prestación de un servicio a la misma.

C) En la regulación legal se parte de un presupuesto máximo fijado por el órgano de contratación, y se trata de evitar el riesgo de incumplimiento del contrato, mientras en el caso existe un presupuesto mínimo determinado por el canon, no existiendo tal riesgo, la ejecución está garantizada por la solvencia y la garantía definitiva.

Contesta el órgano de contratación que *“si bien el artículo 149 LCSP regula expresamente los supuestos de ofertas anormalmente bajas, no existe impedimento legal para aplicar sus mismos fundamentos a los supuestos de ofertas anormalmente altas, ya que la finalidad de dicho precepto es evitar la adjudicación de contratos a empresas que pudieran comprometer su correcta ejecución. En este sentido y, a sensu contrario, lo que se pretende en un contrato de ingresos, es evitar que el adjudicatario haga ofertas por encima de la situación real del mercado quedando comprometido el pago del canon ofertado. Es decir, se trata de conseguir el equilibrio entre precio y calidad expulsando de la contratación las ofertas que se alejen de los parámetros de anormalidad establecidos en el pliego y que carezcan de la debida justificación por los licitadores que las proponen”*.

Se afirma que la Resolución del TACRC 973/2017, de 19 de octubre de 2017, en la que se recurre el acuerdo de exclusión de la empresa PM TRANS EUROPE, S.L. (actualmente PROMEDIOS), contempla ya una situación similar, en la licitación del contrato de servicios de la publicidad exterior en los autobuses de la Empresa Municipal de Transportes de Valencia, S.A.U., y en el que *“se considerarán desproporcionadas o temerarias las ofertas cuyo valor sea superior en 25 puntos porcentuales a la media aritmética de todas las ofertas presentadas”*, no habiendo sido impugnado este criterio de temeridad al alza entonces.

Esta misma Resolución es citada por extenso por el adjudicatario, quien afirma que el artículo 149 de la LCSP regula la *“anormalidad de las ofertas”*, lo que puede referir a un precio o a un canon, y no solo la anormalidad de las bajas.

Se alega además que es una inadmisibile impugnación indirecta de los Pliegos, no siendo un supuesto de nulidad de pleno derecho en las circunstancias de la doctrina de la sentencia eVigilo.

A juicio de este Tribunal no cabe la impugnación de los Pliegos a los que se ha sometido por la mera presentación de la proposición, conforme entre otros al artículo 139.1 de la LCSP. No queda sino traer a colación la consolidada doctrina de que los pliegos constituyen la ley del contrato entre las partes y vinculan por igual al órgano de contratación y a los licitadores.

El artículo 139 de la LCSP establece *“1. Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a los pliegos y documentación que rigen la licitación, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna, así como la autorización a la mesa y al órgano de contratación para consultar los datos recogidos en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público o en las listas oficiales de operadores económicos de un Estado miembro de la Unión Europea”*.

Por otra parte, el artículo el artículo 50.1.b) párrafo cuarto de la LCSP prevé lo siguiente: *“Con carácter general no se admitirá el recurso contra los pliegos y documentos contractuales que hayan de regir una contratación si el recurrente, con carácter previo a su interposición, hubiera presentado oferta o solicitud de participación en la licitación correspondiente, sin perjuicio de lo previsto para los supuestos de nulidad de pleno derecho”*.

No se alega ninguna circunstancia de nulidad de pleno derecho de los artículos artículo 47.1 f) y del artículo 48.1 de la Ley 39/2015 de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Se alega una causa de anulabilidad por infracción del artículo 149 de la LCSP, que no prevé expresamente las ofertas con altas desproporcionadas.

Tampoco es un tema del que el licitador tenga conocimiento solo cuando se aplica la cláusula ahora impugnada.

Por las causas expuestas procede la desestimación de este motivo.

A mayor abundamiento, no se aprecia vulneración del artículo 149 de la LCSP. El artículo 34.1 de la LCSP en ejercicio del principio de libertad de pactos permite que *“en los contratos del sector público podrán incluirse cualesquiera pactos, cláusulas y condiciones, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico y a los principios de buena administración”*.

Tanto en las bajas como en el alta, se trata de asegurar la viabilidad del contrato, contra un posible déficit de ingresos del contratista respecto de los costes.

Se trata de garantizar la estabilidad del contrato, procediendo la exclusión cuando no se explica satisfactoriamente el nivel de los costes y precios propuestos, *“y que, por lo tanto, la oferta no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales”*.

En segundo lugar, se impugna pormenorizadamente el informe técnico, asumido por el órgano de contratación, que estima no viable la oferta de canon.

Como ha señalado este Tribunal en numerosas ocasiones la apreciación de la viabilidad de las ofertas incursas en presunción de temeridad responde al concepto de discrecionalidad técnica que corresponde al órgano de contratación. Según lo dispuesto en el apartado 6 del artículo 149 de la LCSP corresponde al órgano de contratación, *“considerando la justificación efectuada por el licitador y los informes mencionados en el apartado cuarto”*, estimar si la oferta puede ser o no cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados. De acuerdo con ello, es imprescindible que el informe de los servicios técnicos esté suficientemente motivado, a los efectos de que la mesa de contratación primero, en

su propuesta, y el órgano de contratación después, puedan razonar o fundar su decisión.

Sólo es posible, de acuerdo con el indicado artículo, rechazar una oferta que contenga valores anormales cuando, a la vista de la justificación aportada y los informes sobre la misma, se estime que *“la oferta resulta inviable”*.

No resulta posible la aplicación automática de los criterios de temeridad, rechazando la oferta incurra en dicho umbral, pues la ley requiere solicitar explicaciones sobre la composición de la oferta y una valoración de los diferentes elementos puestos de manifiesto en la justificación y de las características de la propia empresa para poder apreciar de forma motivada, si es posible o no el cumplimiento de la proposición en términos satisfactorios que ponga de manifiesto que esa anormalidad no afectará a la ejecución del contrato. Para ello la LCSP, en su artículo 149, establece un procedimiento contradictorio para evitar que las ofertas desproporcionadas se puedan rechazar sin comprobar previamente su viabilidad. Y ello exige, en un primer momento, otorgar al licitador la posibilidad de que explique los elementos que ha tenido en cuenta a la hora de formular su oferta de manera que no se produzca un rechazo automático y que el órgano de contratación pueda llegar a la convicción de que la oferta se puede cumplir garantizando la correcta ejecución del contrato. Estos trámites tienen por objeto evitar la arbitrariedad del poder adjudicador y garantizar la sana competencia entre las empresas (sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 29 de marzo de 2012, dictada en el asunto C-99/10, SAG EV Slovensko a.s.).

La información justificativa, tal como está diseñado el procedimiento contradictorio de verificación de la oferta anormal o desproporcionada, va dirigida a convencer al órgano de contratación de que con la oferta formulada, anormalmente más baja en comparación con las demás del mismo procedimiento competitivo, y con la justificación de su desglose, se pueden cumplir las prestaciones objeto del contrato, de manera que si la justificación es insuficiente o motivadamente no garantiza adecuadamente la ejecución del contrato, atendiendo a la inicial

presunción y para preservar el interés público de la licitación, la oferta ha de ser rechazada.

Es conveniente señalar además el criterio mantenido por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en numerosas resoluciones y que este Tribunal comparte, en cuanto a que *“en aquellos casos en los que el informe técnico no comparta la justificación dada por el licitador para justificar la anormalidad de su oferta, resulta evidente que debe motivarse el informe pues éste tendrá que salir al paso de lo alegado por el interesado rebatiendo su argumentación resolución reforzada”*, como se ha dicho por este Tribunal en otras resoluciones, sirva la nº 294/2018 de fecha 26 de septiembre.

En esa misma Resolución, el TACRC señala que *“hemos de analizar, tal y como señala la doctrina anteriormente sentada, la justificación presentada. Pese a tratarse de cuestiones no jurídicas sino eminentemente técnicas, sí puede este Tribunal analizar la suficiencia de tales explicaciones a los efectos de valorar en este caso los argumentos suficientes a la entidad contratante, como también puede analizar este Tribunal si la mencionada entidad ha realizado el esfuerzo de argumentación que venimos exigiendo (la llamada resolución reforzada) para poder excluir de la contratación a la empresa que ofertó el precio más bajo, que a la postre hubiese podido resultar adjudicataria del contrato ya que se trata de un contrato a adjudicar teniendo en cuenta únicamente el precio más bajo ofertado”*.

En este momento, la función del Tribunal sería meramente de control del cumplimiento de los principios y de los trámites legales, no siendo posible la sustitución del juicio técnico del informe ni de la decisión sobre la posibilidad de cumplimiento que, como ya se ha dicho, corresponde exclusivamente al órgano de contratación. Los elementos de control serían, además del cumplimiento de las formalidades jurídicas, que exista motivación y que la misma resulte racional y razonable, así como la comprobación de que el informe correspondiente efectuado por el órgano de contratación contiene la suficiente motivación, que ha de ser *“reforzada”*, para excluir a la recurrente por falta de justificación de la viabilidad.

La decisión final sobre si la oferta puede cumplirse o no, corresponde, según dispone el apartado 6 del artículo 149 de la LCSP, al órgano de contratación, que la adoptará a la vista de las alegaciones formuladas por la empresa licitadora y teniendo en cuenta los informes emitidos por los servicios técnicos, sin que las alegaciones ni los informes tengan carácter vinculante pudiendo por tanto de manera motivada, separarse de la propuesta.

En esta línea hemos señalado que el informe de los técnicos amparado en la discrecionalidad técnica de los órganos de contratación y gozando de una presunción de objetividad, solo es destruible si se acredita un error manifiesto y constatable.

En el caso, se cumple el canon de una motivación exhaustiva para excluir, como acredita la propia impugnación del reclamante, y en consonancia también con la propia justificación del reclamante del alta desproporcionada.

El reclamante no pone de manifiesto error alguno, sino que hace una extensa crítica del informe técnico con otra valoración diferente, que despliega en doce puntos y 34 páginas, glosando párrafos concretos del informe técnico, sustituyendo la valoración profesional técnica por la suya propia bajo el epígrafe general “falta de motivación de la exclusión de Promedios”, por lo que la estimación de la reclamación pasaría inevitablemente por la asunción de esa valoración por el Tribunal, no siendo posible, como se ha indicado, la sustitución del juicio técnico del órgano de contratación por el propio del Tribunal asumiendo el recurso, por muy bien que esté elaborado, como ocurre en el caso presente. El juicio del Tribunal solo puede ser jurídico, y puede revisar la calificación por falta de motivación suficiente, por ser arbitraria, completamente irracional o por incurrir en errores manifiestos y relevantes.

Así, tras la muy correcta exposición de la regulación legal y de la doctrina de los Tribunales, va razonando los motivos de su disconformidad con la valoración de la EMT, conforme al siguiente plan sistemático.

- a) Importe de ventas (8.362.721 euros), frente al previsto en el Pliego de Condiciones (7.351.759 euros).
- b) Incrementos anuales de ventas en el plan de negocio.
- c) Inclusión de los ingresos de producción de vinilos.
- d) Gastos de personal en las actividades de producción.
- e) Gastos de producción de vinilos.
- f) Gastos de fijación de vinilos.
- g) Plan comercial.
- h) Importe de ingresos por producción.
- i) Informe panorama actual y evolución de la publicidad exterior (OOH) en España.
- j) Perjuicio para la EMT

Respecto del punto a) pone en cuestión la valoración del informe técnico que desecha la justificación del licitador del que llama “*efecto arrastre*” por el ser el adjudicatario de similar contrato de los autobuses urbanos de Barcelona. La EMT afirma: “*Esta consideración, no parece justificada, ya que los anunciantes no trabajan en exclusiva con ninguna empresa explotadora de publicidad en autobuses (...)*”.

Razona muy por extenso ese argumento de los beneficios que derivarían de la explotación conjunta de los espacios publicitarios de las flotas de esas dos ciudades más Bilbao, contando además con otros espacios publicitarios que explota, todo lo cual en su razonamiento determinaría que las Agencias de Medios, intermediarios de esta publicidad, acudieran en primer término directamente a Promedios, generando unas plusvalías de 760 mil euros/año de efecto arrastre. Este efecto arrastre se acreditaría por las campañas contratadas simultáneamente con Promedios en Madrid y Barcelona por las Agencias de Medios en el período 2013 a 2016, reflejadas en su contabilidad.

Frente a esta alegación el órgano de contratación contesta que *“ese mismo efecto lo tiene cualquier empresa que resulte adjudicataria del contrato, al ser el contrato de publicidad exterior en autobuses más importante de España. Los anunciantes no trabajan en exclusiva con ninguna empresa explotadora de publicidad en autobuses y, por tanto, no es una ventaja diferencial respecto a la competencia que también tiene acceso a esos anunciantes”*.

A juicio de este Tribunal el llamado *“efecto arrastre”* por explotar la concesión de los autobuses de Barcelona no resulta acreditado por la contratación conjunta de espacios publicitarios en ambas ciudades, siendo el espacio publicitario a repartir el mismo con dos que con un solo concesionario explotador de la publicidad. Los datos que aporta de su contabilidad acreditan que se han contratado las mismas campañas en Madrid y en Barcelona por un determinado importe, pero no que esas campañas no se hubieran contratado igualmente si los proveedores de espacios de explotación comercial en ambas ciudades fueran distintos. El incremento del volumen de la contratación por la disminución de ofertantes de espacios publicitarios no se acredita. Puede tener una posición de dominio e imponer un incremento de las tarifas (como también afirma), pero no un efecto arrastre.

Dice GLOBAL: *“en ningún momento PROMEDIOS justifica el motivo por el cual la gestión conjunta de la publicidad de TMB y la EMT le otorgue un factor diferencial para generar más ingresos que el resto de los licitadores. Este factor ha sido también tenido en cuenta por mi representada a la hora de prever sus ventas y elaborar su plan de negocio y la conclusión es distinta: agregar demanda, a diferencia de lo que sostiene PROMEDIOS, siempre baja los precios salvo que se empleen medidas que infrinja n las normas de competencia (obligar a contratar conjuntamente campañas en Madrid y Barcelona o negarse a trabajar con clientes que no contraten de forma conjunta campañas en estas dos ciudades”*.

Critica la revisión del informe técnico sobre el crecimiento anual que el licitador fija en la media del 5 %, y el informe técnico rebaja al 3 % para los años 4 y 5 , pero admitiendo un error material en la redacción de su justificación.

El informe técnico cuestiona el cómputo de ingresos en concepto de “producción de vinilos” del que depende totalmente el plan financiero, porque no es un concepto contemplado en la previsión de ingresos del presupuesto del contrato, no pudiendo exigir el órgano de contratación su cumplimiento si esa producción se detiene, señalando el reclamante que *“es correcto que no son parte del contrato, pero son parte del negocio de Promedios derivado o vinculado a la venta de publicidad”*. Por el contrario, en este trámite, se reafirma que *“en relación con los ingresos, se aportan ingresos derivados de la producción de vinilos, que el demandante reconoce que no forman parte del contrato. Siendo así, EMT no puede tener en consideración ni dichos ingresos, ni cualquier otro que el recurrente quiera aportar y que no estén, ni contemplados, ni auditados por los mecanismos contemplados en el Pliego de Condiciones, puesto que en cualquier momento del contrato PROMEDIOS tendría potestad para retirarlos y dejar de abonar el canon ofertado alegando que los ingresos de su actividad son inferiores al canon obligado a pagar”*.

Es obvio que sin los ingresos por este concepto el plan financiero decae completamente, habida cuenta las previsiones del propio licitador:

CONCEPTO	Año 1	Año 2	Año 3	Año 4	Año 5	TOTAL
Ingresos						
Exhibición publi.	8.362.718	8.780.854	9.219.896	9.496.493	9.781.388	45.641.349
Producción vinilo	3.867.678	4.003.047	4.143.153	4.288.164	4.459.690	20.761.732
Tt INGRESOS	12.230.396	12.783.900	13.363.050	13.784.657	14.241.078	66.403.081

En este mismo cuadro se prevén unos ingresos por exhibición publicitaria (que es el objeto del contrato) de 8.362.718 euros el primer año, cuando la previsión en pliegos de la EMT, en base a una auditoria de explotación, es de 7.351.759 euros.

Aun así y teniendo en cuenta que el canon ofertado el primer año es de 9.665.238 euros, si se diese por válida la estimación de ventas por exhibición

publicitaria, existiría un déficit de 1.302.517 euros, sin tener en cuenta los ingresos por la producción de vinilos.

Cuestiona la parte del informe técnico que achaca no contemplar gastos de personal para la producción de vinilos, señalando su ubicación en su justificación. En cuanto a los gastos de producción de vinilos cuestiona la afirmación del informe técnico, que considera este gasto superior a 550.000 euros frente a los 358.989 euros calculados por el licitador, materia que EMT conoce por disponer de imprenta propia. El reclamante proporciona varios argumentos sobre los proveedores de que dispone para abaratar estos costes.

Impugna también la valoración del coste por *“fijación de vinilos”* que cifra en 685.250 euros mientras la EMT calcula 1.242.821,80 euros, fruto de la experiencia que EMT tiene con el actual exclusivista publicitario, resulta muy aproximada a la facturación que tiene el actual exclusivista de aplicación de vinilos. Este gasto deriva que el licitador asume de forma expresa los costes derivados de los contratos que estén en vigor, en todo momento, relativo a la aplicación, reposición, mantenimiento y retirada de vinilos en soportes de EMT para todas las campañas publicitarias.

Atribuye el reclamante error a la EMT de considerar una reposición mensual de las fijaciones: *“el cálculo realizado por EMT parte de la base de que todos los soportes fijados cambian cada mes, es decir, multiplican los soportes estimados (media mensual) por el precio de fijación unitario por doce meses para obtener el dato anual de coste por fijación”*. El reclamante licitador calcula el coste en base la reposición de carteles cada 60 días.

Contesta el órgano de contratación que *“la afirmación de que EMT se basa en un error de la “tasa de renovación” es falsa. Si se tiene en consideración un número determinado de autobuses mensuales para el establecimiento de ingresos, ese mismo número de autobuses se debe utilizar para el cálculo de los costes de fijación”*.

De los cuadros de gastos no se deduce un cálculo sobre una reposición mensual de carteles, sino un coste mensual según el número de autobuses mensuales incluidos en el propio plan financiero de Promedios.

Solo la desestimación de estas alegaciones, que es el grueso de su argumentación sobre el motivo, conlleva la del motivo, ratificando los argumentos sobre inviabilidad de la proposición.

Sin entrar en todas las valoraciones accesorias posteriores, que no es competencia del Tribunal, el reclamante acaba reconociendo que, *“aunque se produzcan esas pérdidas; aunque Promedios no pague 179.046 € del canon en el año 1 y 216.662 € en el año 2; el importe del canon pagado sería siempre superior al ofertado por la siguiente oferta. Por tanto, la exclusión es claramente una decisión contraria al interés público”*. Las pérdidas son las que calcula el recurrente, no las del órgano de contratación, y según argumenta, podría cobrar la diferencia de la garantía definitiva.

Procede la desestimación de este fundamento de falta de motivación de la resolución de exclusión, porque el informe asumido contiene una motivación exhaustiva en contra de la justificación de Promedios, no acreditando el mismo en esta impugnación que tal motivación sea arbitraria, irracional o contenga algún error manifiesto y constatable, sin que sea tampoco menester el examen de todas las alegaciones de GLOBAL que introducen valoraciones técnicas nuevas y distintas a las que han servido para la exclusión del recurrente, y que son las únicas impugnadas y susceptibles de consideración. El Tribunal se limita a revisar la actuación administrativa.

Tal y como afirma el TACRC en la Resolución nº 973/2017 de 19 de octubre antes citada:

“Así las cosas, se considera que la entidad contratante ha cumplido debidamente la obligación de motivación del informe en relación a la

justificación de la baja y que tal pronunciamiento cumple las exigencias de una resolución debidamente motivada. Por otro lado, para desvirtuar la valoración realizada por la entidad contratante en esta materia será preciso que el recurrente ofrezca algún argumento que permita considerar que el juicio de esta entidad teniendo por justificadas las explicaciones dadas por el licitador cuya oferta se ha considerado inicialmente como anormal o desproporcionada resulta infundado, o a apreciar que se ha incurrido en ese juicio en un error manifiesto y constatable (Resolución número 786/2014, de 24 de octubre). Sin embargo, a la vista de los argumentos de la reclamación, esto no ocurre”.

Procede la desestimación de este motivo.

Por último, afirma el recurrente que el aval de Global Media & Entertainment, S.A.U., fue entregado fuera de plazo, impugnación de la adjudicación posible por no ser firme su exclusión. La Mesa de Contratación comunicó a Global la propuesta de adjudicación el 13 de noviembre de 2023, requiriendo la presentación de la documentación en el plazo de 10 días hábiles, que vencían el 27 de noviembre. Global solicitó la ampliación del plazo por escrito el 22 de noviembre de 2023, justificando las gestiones a realizar: por el elevado importe de la garantía GLOBAL tenía que realizar diversos trámites ante los bancos que podían no ser culminados por estos antes de vencer el plazo. La Jefa de la División de Contratación, contestó por correo electrónico el 27 de noviembre de 2023, prorrogando el plazo hasta el 4 de diciembre de 2023. Global, finalmente, depositó la garantía definitiva el 28 de noviembre de 2023.

Alega que la ampliación de plazo es competencia de la Mesa de contratación y doctrina del Tribunal Administrativo Central de Contratación Pública conforme a la cual no procedería la ampliación de plazo para presentar la garantía definitiva (Resolución 1090/2022, de 21 de septiembre de 2022 y Resolución 1423/2022, de 11 de noviembre de 2022). Dice la primera:

“Pese a que este Tribunal ha admitido (Resoluciones nº 62/2021, de 22 de enero o nº 992/2021, de 2 de septiembre) la aplicación supletoria del aludido precepto de la LPAC en el ámbito de la contratación pública, tal admisión se ha fundado en los propios y puros términos de dicho artículo 32. (...).

En los supuestos analizados en las aludidas resoluciones se trataba de la ampliación del plazo para presentar proposición, opción que –además de permitirse expresamente por el artículo 136 de la LCSP– resultaba aconsejable y no era perjudicial para terceros, pues perseguía una mayor concurrencia en el caso de la Resolución nº992/2021 (en el de la Resolución nº62/2021 se estimó el recurso pues la decisión de ampliar se produjo una vez finalizado el plazo inicial), mientras que tratándose aquí del trámite previsto ex artículo 150.2 de la LCSP, sí pueden verse perjudicados los derechos de los restantes licitadores, lo que –a juicio de este Tribunal– impide la aplicación del artículo 32 de la LPAC para dicho trámite”.

Por tanto:

“a) La ampliación del plazo para entregar la garantía definitiva es nula en virtud del artículo 47.1.b) de la Ley 39/2015 al haber sido dictada por un órgano incompetente.

b) La ampliación del plazo para entregar la garantía definitiva es nula en virtud del artículo 47.1.f) de la Ley 39/2015, ya que es contraria al artículo 32.1 de la Ley 39/2015, ya que perjudica los derechos de los restantes licitadores adquiridos en virtud del artículo 150.2 de la Ley 9/2017.

Por tanto, la adjudicación a favor de Global debe declararse nula de pleno Derecho”.

Contesta el órgano de contratación que el aval se presentó el día 28 de noviembre y cita la doctrina sobre el incumplimiento del requerimiento del artículo 150.2 de la LCSP y la aplicación de penalidades, doctrina conforme a la cual se

limita a incumplimientos totales. Cita doctrina del TACP Madrid, en su Resolución 189/2023, de 11 de mayo, y otras.

“(…) no se puede considerar que el licitador tuviese la intención de retirar su oferta, toda vez que presentó la documentación que se le requirió en el plazo establecido, salvo la constitución de la garantía que se realizó un día después al plazo otorgado.

(…) No se puede imputar a (...) inacción ni falta de diligencia en el cumplimiento de los plazos sino todo lo contrario, pues informó puntualmente al órgano de contratación de la circunstancia que le impedía constituir el aval y que fueron refrendadas por la entidad bancaria (...). En este punto debemos recordar la doctrina antiformalista que rodea el procedimiento de licitación sobre todo en el trámite del artículo 150.2 de la LCSP donde ya no hay una competencia entre licitadores, pues se ha propuesto la adjudicación del contrato a la mejor oferta en su conjunto. Cuestión diferente sería que nos encontrásemos en el proceso de valoración de las ofertas donde la doctrina antiformalista hay que aplicarse con suma cautela.

(…) en la Resolución 897/2020, de 14 de agosto, con cita de la Resolución 622/2019, de 6 de junio, se distinguía entre el supuesto de incumplimiento total o grave de la obligación de aportación de la documentación que supone la retirada de la oferta, y el de cumplimiento defectuoso o menos grave que exige conceder un plazo de subsanación al licitador. Así (...) b) Cuando se cumple el requerimiento de manera incompleta, momento en el que el Tribunal de Contratos ha rectificado su doctrina en el sentido de señalar que la correcta interpretación de los preceptos aplicables conforme a su objeto y finalidad exige admitir la subsanación en el plazo de tres días de los defectos u omisiones en que se hubiera incurrido al constituir la garantía definitiva (y no limitar la subsanación a la acreditación de su correcta constitución en el plazo inicial)”.

En efecto, en supuestos en que el incumplimiento del requerimiento no ha sido completo, de modo que se trata de una omisión meramente formal o de la defectuosa cumplimentación o aportación de la documentación requerida, la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado ha admitido la posibilidad de ampliar el plazo establecido en el artículo 150.2 de la LCSP concediendo la posibilidad de abrir un trámite de subsanación de la documentación aportada.

GLOBAL afirma que la doctrina citada por Promedios se encuentra completamente superada, con cita de Resolución 304/2020 de este mismo TACP.

En el caso presente entiende este Tribunal que la constitución de la garantía un día después del plazo para presentar el resto de la documentación habiendo solicitado una ampliación de plazo, que le fue concedida hasta varios días después, destruye la presunción de retirada de la proposición del artículo 150.2 de la LCSP, conllevando la continuidad en el mismo del propuesto como adjudicatario. El propio artículo 109.1 de la LCSP apareja la pérdida de la adjudicación a la no presentación de la garantía “por causas a él imputables”: *“El licitador que hubiera presentado la mejor oferta de conformidad con lo dispuesto en el artículo 145 deberá acreditar en el plazo señalado en el apartado 2 del artículo 150, la constitución de la garantía definitiva. De no cumplir este requisito por causas a él imputables, la Administración no efectuará la adjudicación a su favor, siendo de aplicación lo dispuesto en el penúltimo párrafo del apartado 2 del artículo 150”*.

El propio licitador presenta antes de la conclusión del plazo para presentar la documentación un escrito solicitando su ampliación para la garantía por las dificultades para constituir una garantía de tan elevado importe, mostrando su voluntad de cumplimiento.

Este elemento es suficiente para desestimar el motivo, pues el adjudicatario ha acreditado con su justificada solicitud de ampliación que el retraso de un día no le es imputable y su intención de cumplir.

No obstante, en cuanto al órgano competente para conceder una ampliación de plazo, el artículo 150.2 de la LCSP afirma que la documentación se requiere por “*los servicios correspondientes*” del órgano de contratación, no apreciando incompatibilidad radical con la ampliación del plazo por esos mismos servicios (el Jefe de la División de Contratación), ampliación muy fundamentada jurídicamente. Es competencia de la Mesa de Contratación acordar la exclusión de los licitadores, así como la concesión de un plazo de subsanación (artículo 326.2.a) LCSP). En cualquier caso, no sería un supuesto de nulidad de pleno derecho, puesto que el Jefe de la División de Contratación, quien además preside la Mesa, no es un órgano “*manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio*” (artículo 47.1.b) LPAC).

No se comparte la idea de que la ampliación de plazo concedida vulnere los principios de contratación administrativa y en concreto la igualdad de trato, y que solo sea posible cuando es una ampliación dada a todos los licitadores, no siendo de aplicación el artículo 32 de la LPAC porque perjudica los derechos de los otros licitadores.

No se contempla en el artículo 150.2 de la LCSP la existencia de un derecho a la adjudicación por el mero hecho del que el primeramente propuesto no haya presentado la documentación en el plazo de diez días hábiles, sino por el hecho de que se tenga por retirada su proposición, que se entiende condicionada al no cumplimiento “*adecuado*” del requerimiento. Como hemos dicho, es una presunción “*iuris tantum*” de la voluntad del licitador de dar por retirada la proposición, que admite prueba en contrario por la efectiva presentación de la documentación, aunque incompleta, de ahí la posibilidad de subsanación, o por la necesidad de aclarar algún extremo, o, como en el caso, por la solicitud de la ampliación del plazo, efectivamente concedido por el órgano de contratación. Expresamente, sobre la no presentación de la garantía definitiva, el artículo 109.1 de la LCSP solo da paso al siguiente clasificado, cuando la no presentación en plazo se deba a causas imputables al anteriormente propuesto.

La LCSP no recoge un derecho automático a la adjudicación por la no presentación de la documentación del primero, sino un derecho condicionado a que la Mesa tenga por retirada su proposición, lo que verifica tras la tramitación descrita, razón por la cual la concesión de una ampliación del plazo no perjudica derecho vigente alguno del resto de licitadores.

Procede la desestimación de este motivo.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 120 del RDLCSE en relación al 46.1 de la LCSP y el artículo 3.5 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero. - Desestimar la reclamación de Promedios Exclusivas de Publicidad, S.L.U., contra su exclusión por alta desproporcionada y contra el Acuerdo de adjudicación a favor de Global Media & Entertainment, S.A.U., del Expediente 23/026/3, "Servicio de exclusivista publicitario para los autobuses y aparcamientos de la Empresa Municipal de Transportes de Madrid S.A. (EMT).

Segundo. - Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición de la reclamación por lo que no procede la imposición de la multa prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Tercero. - Levantar la suspensión automática prevista en el artículo 53 de la LCSP.

Cuarto. - Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 122 del RD Ley 3/2020 y lo dispuesto en el artículo 59 de la LCSP.