

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

En Madrid, a 4 de abril de 2024

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de NCA Y ASOCIADOS, S.L., contra la adjudicación del Lote 2 del contrato denominado “Servicios de Agencia de Marketing Digital incluyendo Community Management de Perfiles Turísticos y Servicios de Agencia Creativa de Publicidad”, licitado por Madrid Destino Cultura Turismo y Negocio, S.A., con número de expediente SP23-00082, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. - Mediante anuncios publicados los días 10 y 13 de septiembre de 2023, respectivamente, en el Portal de Contratación de la Comunidad de Madrid, y en el DOUE, con posterior rectificación de fecha 6 de noviembre de 2023, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto, sujeto a regulación armonizada, con pluralidad de criterios de adjudicación y dividido en dos lotes.

El valor estimado del acuerdo marco asciende a 674.874,86 euros y su plazo de duración será de doce meses.

A la licitación del lote impugnado se presentaron cinco licitadores, entre ellos, la mercantil recurrente.

Segundo. - Tras la celebración por la Mesa de contratación de acto de apertura de documentación relativa al cumplimiento de requisitos previos y su calificación, y de documentación relativa a criterios no valorables en cifras o porcentajes, en sesión de 14 de noviembre de 2024 se da lectura a la puntuación obtenida en los criterios no valorables en cifras o porcentajes y se procede a la apertura de los sobres c) de criterios valorables en cifras o porcentajes de los licitadores, haciéndose pública lectura de las oferta presentadas, que para el Lote 2 resultan las siguientes, según consta en el acta de la sesión:

- NCA Y ASOCIADOS, S.L.: Oferta económica (IVA no incluido): 7.335 €.
- BUNGALOW 25, S.L.: Oferta económica (IVA no incluido): 7.587 €.
- ROMAN Y ASOCIADOS, S.A.: Oferta económica (IVA no incluido): 11.705,26 €. El licitador indica durante la celebración de la mesa que el importe ofertado incluye el importe de la bolsa.
- MULTI PLATFORM CONTENT, S.L.: Oferta económica (IVA no incluido): en este caso el licitador indica durante la celebración de la mesa que ha incluido dos importes, que son:
En el anexo II de modelo de proposición económica oferta un importe de 13.816,66 € (incluyendo el importe de la bolsa).
En la plataforma de contratación oferta un importe de 8.816,66 € por mes (sin incluir el importe de la bolsa para producción fotográfica).
- ALKEMY IBERIA, S.L.U.: Oferta económica (IVA no incluido): 6.800 €.

En sesión posterior, de 23 de enero de 2024, la Mesa otorga las siguientes puntuaciones totales en atención a la pluralidad de criterios de adjudicación:

- ROMÁN Y ASOCIADOS, S.A.: 91,50 puntos.
- NCA Y ASOCIADOS, S.L.: 90 puntos.

- BUNGALOW 25, S.L.: 89 puntos.
- ALKEMY IBERIA, S.L.U.: 86 puntos.
- MULTI PLATFORM CONTENT, S.L.: 59 puntos.

Y acuerda proponer al órgano de contratación la adjudicación del Lote 2, a la empresa ROMÁN Y ASOCIADOS S.A., por un importe máximo de OCHENTA MIL CUATROCIENTOS SETENTA Y DOS EUROS, IVA no incluido.

Mediante Resolución del Consejero Delegado de la Agencia, de fecha 9 de febrero de 2024 se adjudica el lote impugnado a ROMÁN Y ASOCIADOS, S.L.

Tercero. - El 29 de febrero de 2024 tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de NCA Y ASOCIADOS, S.L., contra la adjudicación del Lote 2. Se solicita igualmente la suspensión del procedimiento.

El 7 de marzo 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 transponen 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 (LCSP), solicitando la desestimación del recurso.

Cuarto. - La tramitación del expediente de contratación del Lote 2 se encuentra suspendida por haberse interpuesto el recurso contra el acto de adjudicación, de conformidad con lo establecido en el artículo 53 de la LCSP, y el artículo 21 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos contractuales (RPERMC), aprobado por Real Decreto 814/2015 de 11 de septiembre, sin que sea necesario adoptar acuerdo de mantenimiento de la suspensión en virtud del Acuerdo adoptado por este Tribunal el 5 de diciembre de 2018, dado que el órgano de contratación en su informe no se pronuncia sobre la suspensión del procedimiento.

Quinto. - La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso, como interesado, al adjudicatario, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediéndole un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones. Transcurridos diez días naturales desde la puesta a disposición de la notificación del trámite, el adjudicatario no ha accedido a su contenido.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. - De conformidad con lo establecido en 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, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo. - El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica clasificada en segundo lugar, que pretende la anulación de la adjudicación, por tanto, *“cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso”* (artículo 48 de la LCSP).

Tercero. - El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acto impugnado fue adoptado el 9 de febrero de 2024, publicándose en la Plataforma el día 12 del mismo mes. El recurso se ha interpuesto, en este Tribunal, el 29 de febrero de 2024, en todo caso, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto. - El recurso se interpuso contra el acto de adjudicación del Lote 2, en el marco de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.c) de la LCSP.

Quinto. - En cuanto al fondo del recurso, se centra en la indebida admisión o, en su caso, valoración de la oferta económica presentada por el adjudicatario, pues se

permitió, a juicio de la recurrente, su modificación sustancial a través de manifestación verbal en el acto de apertura, una vez conocidos los importes ofertados por el resto de licitadores, para convertirla en la mejor valorada, cuando en función de la oferta presentada sería la peor.

Sostiene la recurrente que debió desecharse la oferta económica de ROMÁN Y ASOCIADOS por exceder de la cuantía máxima prevista en el pliego, o bien valorarla con 0 puntos al igualar la cifra máxima. Y apoya la conclusión anterior en los siguientes argumentos:

- Mientras que la oferta presentada por el licitador que ha resultado adjudicatario ascendía a 11.705,26 euros, como se recoge en el Acta de la Mesa de 14 de noviembre de 2023, el importe de adjudicación a este licitador asciende a 80.472 euros, cantidad anual que prorrateada a 12 meses asciende a 6.706 euros, lo cual supone prácticamente el 50% de la cantidad ofertada.
- A través del acceso al expediente ha comprobado la recurrente que el adjudicatario no incluyó ninguna cantidad en el Anexo II - Proposición Económica. Por ello, entiende, resulta imposible conocer la voluntad del licitador.
- La oferta que recogió el órgano de contratación en el acta, 11.705,26 euros, resulta del contenido que dicho licitador indicó en el campo electrónico correspondiente en la Plataforma de Licitación Electrónica de Madrid Destino.
- El acta de la Mesa de 14 de noviembre de 2023 recoge que el licitador indica durante la celebración de la mesa que el importe ofertado incluye el importe de la bolsa, pero no consta en el expediente acta de manifestación, escrito, requerimiento, solicitud, aclaración, subsanación o rectificación alguna, ni ningún tipo de información que permita a la Mesa llegar a tal conclusión.

Todo ello conlleva, según su parecer, el incumplimiento de los establecido en los artículos 83.6 y 84 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, pues la Mesa no puede hacerse cargo de documentos que no hubieren sido entregados en el plazo de admisión de las ofertas, y en caso de error manifiesto en el importe de la proposición, o reconocimiento por parte del licitador de que adolece de error, será desechada por la Mesa.

Y entiende que la manifestación efectuada propicia el otorgamiento de un trato de favor a un determinado operador, en detrimento del resto, después de conocer el contenido del resto de ofertas, sin que exista la más mínima fundamentación objetiva que lo avale. Apoya su argumento en Resoluciones del TACRC 1097/2015, 443/2019 y 164/2011.

Señala, por último, que la participación en el procedimiento supone la aceptación y conocimiento del contenido de los pliegos, no pudiendo argumentarse el desconocimiento de si incluir o no la cuantía de la bolsa en la oferta económica, pues consta aclarado en el pliego: “... *el precio máximo para este concepto es de 8.430,58 €, IVA no incluido*”. Adicionalmente, esta cuestión fue resuelta en las preguntas formuladas a través de la Plataforma, en las que la respuesta de Madrid Destino fue: “*La oferta económica no deberá incluir el coste de Bolsa de producción. Deberán presentar su oferta económica (teniendo en cuenta que el precio máximo por mes previsto para este concepto “es de 8.430,58 € I.V.A no incluido) siguiendo las consideraciones generales según el punto 18.- Criterios de adjudicación del PCAP, referidos al Lote 2 (página 83 y 84).*”

El órgano de contratación, por su parte, entiende que la redacción de los pliegos ha podido generar confusión entre los licitadores, pues dentro de los costes directos se establecen los costes de bolsa de producción fotográfica de campañas de turismo por un importe de 60.000 € anuales, que divididos en doce meses resultan 5.000 € mensuales. Este importe es parte del presupuesto del contrato, pero no es parte de la oferta, no es un criterio económico que deba ofertarse al tratarse de un servicio bajo

demanda, es una bolsa económica con un importe máximo (no existiendo obligación de su total consumo) que podrá o no ser a demanda durante la ejecución del servicio al adjudicatario, siendo un importe neutro a todos los efectos, al ser el mismo para todas las ofertas (5.000 euros/mes).

En relación a la forma de presentación de las proposiciones, indica, los licitadores debían introducir valores en los campos electrónicos correspondientes de la Plataforma de Licitación Electrónica de Madrid Destino (en adelante, la plataforma), para lo cual se establecieron las siguientes reglas:

1. En caso de discordancia entre lo establecido por el licitador en el Anexo II y lo establecido por ese mismo licitador en los campos electrónicos correspondientes de la Plataforma de Licitación Electrónica de Madrid Destino (es decir, la inclusión de propuestas diferentes para un mismo criterio), prevalece lo establecido en el Anexo II.
2. En el caso de que alguno/s o todos los criterios de valoración que se establecen en el Anexo II no se incluyan (es decir, se acompañe el Anexo II firmado, pero quede/n vacío/s o en blanco alguno/s o todos los criterios de valoración que se contienen en el mismo), se estará a lo que el licitador haya establecido en los campos electrónicos correspondientes de la Plataforma de Licitación Electrónica de Madrid Destino.

Informa que, una vez leídas las ofertas de todos los licitadores, tanto la empresa MULTI PLAT FORM CONTENT S.L. como ROMAN Y ASOCIADOS S.A., realizaron las siguientes aclaraciones:

Por parte de MULTI PLATFORM CONTENT S.L., el representante de la empresa indica en el acto público de apertura que el importe ofertado en el anexo II del modelo de proposición económica incluye el importe mensual de la bolsa de producción fotográfica establecido por MADRID DESTINO (esto es, su oferta económica más los 5.000 € de la bolsa) y que en la plataforma oferta el importe

mensual sin incluir el importe de la bolsa de producción fotográfica establecido por MADRID DESTINO.

Por parte de ROMAN Y ASOCIADOS S.A., el representante de la empresa indica en el acto público de apertura que el importe ofertado en la plataforma de 11.705,26 € incluye además de su oferta económica mensual, el importe mensual establecido por MADRID DESTINO para la bolsa de producción fotográfica de 5.000 €, en ningún momento como alega la recurrente indicó que su oferta era errónea, si no que al escuchar la aclaración del representante de la empresa MULTI PLATFORM CONTENT S.L, también aclaró que el importe que consta en la plataforma incluía el importe de la bolsa de horas fijado por MADRID DESTINO.

Por ello, siendo el importe ofertado por el adjudicatario de 11.705,26 € (redondeado conforme a lo establecido en pliegos a 11.706 €) y, habiendo indicado el representante de la empresa que el importe incluía el importe mensual de la bolsa de producción fotográfica, para hallar la oferta del fee mensual, se ha deducido la parte proporcional de la bolsa de producción del importe global ofertado como mera operación aritmética, (restando 5.000 €) siendo el resultado obtenido para el fee mensual la cantidad de 6.706 €.

Sólo recibió en este apartado 0 puntos la oferta presentada por MULTI PLATFORM CONTENT S.L., por superar el importe máximo fijado por mes para el fee mensual, una vez deducida igualmente el importe de la bolsa de producción fotográfica, que, como también indicó en el acto de apertura, se incluía en los 13.816,66 euros ofertados en el modelo de proposición económica, no incluyendo el importe mensual incluido a través de la plataforma el importe de dicha bolsa.

Apela el órgano de contratación al principio antiformalista que preside la contratación del sector público, que permite solicitar aclaraciones de la oferta presentada cuando incurra en defectos materiales o formales sin que resulten modificaciones en aquella (Resolución TACRC 586/2022), apuntando que se ha

producido en el caso que nos ocupa una aclaración de la oferta deducida racionalmente de su contenido, no una modificación de la misma

Y cita resolución del mismo Tribunal 1254/2023 que señala: *“La regla que hemos enunciado anteriormente, esto es, que al margen del error en el que se haya incurrido en la oferta, tiene una sola posibilidad de rectificación y, además, esta puede ser deducida racionalmente del propio contenido de la oferta considerada en relación con lo dispuesto por los Pliegos, es en este caso determinante. Dicho, en otros términos, no se producirá una modificación de la oferta si la rectificación del error sólo puede ser una, y, además, puede ser razonablemente anticipada por quien, sin información adicional, conozca la oferta y los pliegos que rigen la contratación”.*

Concluye el órgano de contratación que, incluir en la oferta económica de los servicios de agencia creativa para campañas de publicidad, la referencia a la bolsa de producción fotográfica y audiovisual para campañas de publicidad, que es la bolsa establecida por MADRID DESTINO por importe de 5.000 €/mes, indujo a confusión a dos de los cinco licitadores, lo cual no puede ir en su perjuicio. Y que el hecho de que ROMÁN Y ASOCIADOS la haya incluido en su oferta, no es motivo para no aceptar su oferta, ya que puede hallarse su importe mediante una mera operación aritmética, restando de la misma el importe relativo a la bolsa de producción fotográfica.

Y señala por último que, en ningún caso se establecen en los pliegos que sumar a la oferta económica mensual el importe de la bolsa de producción fotográfica de 5.000 €/mes supondrá la exclusión o el rechazo de la oferta de los licitadores, como tampoco puede suponerlo la respuesta a la pregunta de la recurrente formulada a través de la Plataforma.

Vistas las alegaciones de las partes y, centrada la controversia en la distinta interpretación de lo acaecido, bien como modificación de la oferta, bien como aclaración, interesa transcribir, a efectos de resolver la controversia suscitada, el siguiente contenido del Anexo I Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares:

...1.- *Definición del objeto del contrato*

(...)

Lote 2: Servicios de agencia creativa de publicidad.”

“5.- *Presupuesto base de licitación*

(...)

Lote 2.- Servicios de agencia creativa de publicidad.

- *Presupuesto base de licitación (IVA excluido): 175.578,99 € (CIENTO SETENTA Y CINCO QUINIENTOS SETENTA Y OCHO EUROS con noventa y nueva céntimos).*
- *IVA aplicable: 36.871,59 € (TREINTA Y SEIS MIL OCHOCIENTOS SETENTA Y UN EUROS con cincuenta y nueva céntimos) Tipo/s: 21%.*
- *Importe total del presupuesto base de licitación (IVA incluido): 212.450,58 € (DOSCIENTOS DOCE MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA EUROS con cincuenta y ocho euros).”*

PRECIO CONTRATO:

LOTE 2.- Servicios de creatividad y producción de piezas para campañas de publicidad: 12 meses

COSTE DIRECTOS	141.573,13
Costes de personal	81.573,13
Costes de bolsa para producción fotográfica de campañas de Turismo	60.000,00
COSTE INDIRECTOS	24.067,43
Costes generales 17%	24.067,43
TOTAL COSTES	165.640,56
DIRECTOS + INDIRECTOS	
Beneficio industrial 6%	9.938,43
TOTAL PRESUPUESTO BASE LICITACIÓN	175.578,99
IVA	36.871,59
TOTAL PRESUPUESTO IVA incluido	212.450,58

El precio del LOTE 2 del contrato será aquél al que ascienda la adjudicación y se corresponderá con el importe total de la proposición que presente la mejor relación calidad-precio y cumpla con los requisitos establecidos en los pliegos, sin bien éste no constituye una obligación de pago, puesto que el precio a abonar, con carácter mensual, será el que resulte de aplicar, durante todo el período de vigencia de la contratación, el porcentaje de descuento único homogéneo ofertado por el licitador que resulte adjudicatario sobre el fee mensual calculado como la suma de los costes de cada uno de los perfiles por el número de horas mensuales de prestación de servicios durante todo el período de vigencia de la contratación, sin que pueda, en ningún caso, sobrepasarse el importe de adjudicación, y que será abonado de conformidad con lo establecido en el epígrafe 11 de la presente memoria.”

“18.- Criterios de adjudicación.

(...)

SP23-00082 LOTE 2 SERVICIOS DE AGENCIA CREATIVA DE PUBLICIDAD

(...)

CRITERIOS VALORABLES EN CIFRAS O PORCENTAJES

Criterio 1: Oferta económica Servicios de agencia creativa para campañas de publicidad y producción fotográfica y audiovisual para campañas de publicidad.

Puntuación máxima: 35 puntos.

(...)

1.- OFERTA ECONÓMICA: HASTA 35 PUNTOS

Los puntos máximos a obtener en este apartado se desglosan del siguiente modo:

1.1 Servicios de agencia de creatividad y diseño para campañas de publicidad servicios de desarrollo de creatividad y diseño para campañas de publicidad.

Hasta 35 puntos.

Los meses máximos de servicio serán 12, es decir, los relativos a la duración del periodo inicial del contrato.

El precio máximo por mes previsto para este concepto “es de 8.430,58 € I.V.A no incluido (ocho mil cuatrocientos treinta euros con cincuenta y ocho céntimos).

Obtendrá la máxima puntuación la empresa que oferte el importe mensual más reducido de todas las presentadas y cero puntos la que iguale la tarifa máxima. El resto de las ofertas serán valoradas de conformidad con la fórmula indicada a continuación.

$$X = (Pm/Px) * Pe$$

Siendo:

- 1. X: puntos obtenidos por la oferta económica.*
- 2. Px: Precio de la oferta que se valora.*
- 3. Pm: Precio de la oferta más económica.*
- 4. Pe: máximo de puntos previsto para el apartado.*

La fórmula aplicada tiene en cuenta que se debe otorgar una puntuación superior a aquellas ofertas de importe más reducido.

Introducción de precios en la plataforma de licitación electrónica

Los licitadores deberán presentar sus ofertas en documento en formato electrónico siguiendo la plantilla del ANEXO II.”

“21.- Documentación técnica a presentar en relación con los criterios de adjudicación.

(...)

“SOBRE C En relación con los criterios de adjudicación valorables en cifras o porcentajes que se deben entregar en el sobre C, es en este sobre donde los licitadores deberán incluir obligatoriamente:

- Oferta económica desglosada según Anexo II (lote 2)...*

El ANEXO II (Lote 2) MODELO DE PROPOSICIÓN ECONÓMICA, establece lo siguiente:

... 1.- OFERTA ECONÓMICA

Los licitadores deberán hacer sus mejores ofertas siguiendo el siguiente patrón:

- Servicios de agencia creativa para campañas de publicidad.*

Precio mensual sin I.V.A. relativo al servicio a prestar.

Los licitadores deberán introducir el precio por mes en la plataforma de licitación electrónica...

Establecida la regulación de los pliegos, que constituyen la Ley del contrato y que obligan tanto a licitadores, como a órgano de contratación, a través del análisis del expediente constata este Tribunal que la confusión generada por los pliegos en el adjudicatario es doble:

Por un lado, el Anexo II presentado por ROMÁN Y ASOCIADOS recoge textualmente el contenido de dicho Anexo, sin rellenar, como lo ha hecho el resto de licitadores, oferta para ese apartado. Entiende al respecto este Tribunal que la confusión podría encontrar su origen en que, mientras recogen los pliegos para el criterio oferta económica, lo siguiente: “*Los licitadores deberán presentar sus ofertas en documento en formato electrónico siguiendo la plantilla del ANEXO II*”, el propio Anexo II no contiene hueco o casilla para introducir el referido importe, como sí sucede con el resto de criterios automáticos del Anexo II, en que se ha previsto una casilla a marcar, y en él se establece: “*Los licitadores deberán hacer sus mejores ofertas siguiendo el siguiente patrón:*

- Servicios de agencia creativa para campañas de publicidad.*

Precio mensual sin I.V.A. relativo al servicio a prestar.

Los licitadores deberán introducir el precio por mes en la plataforma de licitación electrónica.”

Entiende este Tribunal que la confusión que genera la redacción de los distintos apartados del PCAP no puede ir en perjuicio de los licitadores afectados por la misma. De modo, que resultando posible conocer la oferta del licitador, que sí ha introducido el precio por mes en la plataforma de licitación electrónica, resulta admisible la oferta presentada a través de ese canal permitido por los propios pliegos, por lo que en este

caso concreto, debe estarse a lo que el licitador haya establecido en los campos electrónicos correspondientes de la Plataforma de Licitación Electrónica, opción que coincide con la considerada válida por el órgano de contratación.

Se da asimismo la circunstancia de que el precio de la oferta de este licitador incluido en la Plataforma asciende a un importe, sin impuestos, de 11.705,26 euros, tal como consta en el Informe de la Plataforma incluido en el expediente como documento 9.

Como ya hemos señalado, disponía el Pliego que el precio máximo por mes previsto para este concepto es de 8.430,58 euros, I.V.A no incluido, por lo que, de no tenerse en cuenta la manifestación hecha por el representante de la mercantil en el acto de apertura, se superaría el precio de licitación, debiendo ser rechazada la oferta.

Como se recoge en el Acta de la Mesa, dos licitadores, entre ellos, el adjudicatario, indicaron durante la celebración del acto de apertura, que el importe ofertado incluía el importe de la bolsa de producción fotográfica. Como también manifiestan recurrente y órgano de contratación en sus escritos, a la propia recurrente le generó dudas la redacción de los pliegos, formulando consulta a través de la Plataforma en el siguiente sentido:

“Pregunta relativa a la oferta económica del Lote 2 Servicios de agencia creativa de publicidad para Madrid Destino. Solo confirmar que lo que se solicita en la oferta económica son es sólo el Precio mensual sin I.V.A. (mensualizado en 12 meses) relativo a los Costes Directos del personal, incluyendo los costes indirectos (costes de estructura) y el beneficio industrial. Entendemos que los costes de la Bolsa de Producción (fotográfica y audiovisual) NO deben incluirse en esta oferta mensual ya que según los pliegos se facturarían aparte a medida de las necesidades. Es correcto? Muchas gracias.”

De lo anterior puede deducirse que la redacción de los pliegos generó dudas a tres de los cinco licitadores en lo concerniente a la inclusión de la bolsa de producción

fotográfica en la oferta económica, cuestión que ha sido admitida por el órgano de contratación en su informe. De modo que, debe analizarse a continuación si la aclaración efectuada por la ahora adjudicataria en relación al contenido de su oferta, en el propio acto de apertura, debe calificarse como simple aclaración o como modificación de la oferta.

El artículo 84 del RGCAP, al regular los defectos de las ofertas económicas establece: Si alguna proposición no guardase concordancia con la documentación examinada y admitida, excediese del presupuesto base de licitación, variara sustancialmente el modelo establecido, o comportase error manifiesto en el importe de la proposición, o existiese reconocimiento por parte del licitador de que adolece de error o inconsistencia que la hagan inviable, será desechada por la mesa, en resolución motivada. Por el contrario, el cambio u omisión de algunas palabras del modelo, con tal que lo uno o la otra no alteren su sentido, no será causa bastante para el rechazo de la proposición.

Este Tribunal se ha pronunciado en numerosas resoluciones sobre la posibilidad de solicitar aclaraciones y la necesidad de aplicar el principio de proporcionalidad antes de rechazar una oferta, suavizando, a la luz de la jurisprudencia del TJUE, la exclusión de las ofertas que contengan errores, con el límite de que no impliquen la modificación de sus términos.

Ya en nuestra Resolución 98/2012, de 12 de septiembre, señalábamos: *“Con carácter general cuando las ofertas económicas excedan del importe máximo de licitación deberán ser rechazadas, correspondiendo al Órgano de Contratación delimitar el alcance del error, y su calificación como subsanable o no teniendo en cuenta los documentos propios de la oferta o las aclaraciones que puedan realizar los licitadores, siempre que la verdadera intención de los mismos queda clara a la luz de los artículos 1281 y 1282 del Código Civil, aplicables a la interpretación de los contratos públicos. Pero esta actuación del Órgano de Contratación encuentra sus límites en la garantía de los principios de igualdad y transparencia, enunciados en el artículo 2 de la Directiva 2004/18, de modo que el error no suponga una ventaja para*

el que lo padece, sobre el resto de los licitadores. De manera que si no se responde a la solicitud de aclaraciones, si la aclaración remitida resulta insuficiente, o si la respuesta ofrecida excede de lo que es una aclaración, pretendiendo modificar algún extremo consignado en la proposición presentada, circunstancias cuya apreciación corresponde al órgano encargado de valorar las ofertas, la consecuencia que se impone es, evidentemente, el rechazo de la proposición.”

En la Resolución 102/2013, de 3 de julio, se citaba la doctrina consolidada del Tribunal Supremo y de los órganos encargados de la resolución del recurso de considerar que en los procedimientos de adjudicación debe tenderse a lograr la mayor concurrencia posible (STS de 21 de septiembre de 2004, con cita de la STC 141/1993, de 22 de abril), siempre que los licitadores cumplan los requisitos establecidos como base de la licitación, de manera que atendiendo a tal objeto, el artículo 84 del RGCAP, más arriba transcrito, determina las causas por las que la Mesa podrá desechar las ofertas, centrándolas en aquellos supuestos en que existan defectos que impliquen, o bien el incumplimiento de los pliegos, o bien inconsistencias en la oferta que no permitan tener a la misma por cierta. (Vid Resolución 47/2013, de 22 de marzo). Por otro lado, de la jurisprudencia se desprende que es esencial que la entidad adjudicadora pueda asegurarse con precisión del contenido de la oferta y, en particular, de la conformidad de ésta con los requisitos establecidos en los documentos de licitación. De ese modo, cuando la entidad adjudicadora no tiene la posibilidad de determinar, de modo rápido y eficaz, a qué corresponde efectivamente la oferta, no tiene otra elección que rechazarla (sentencia del Tribunal de 27 de septiembre de 2002 [TJCE 2002, 383], Tideland Signal/Comisión, T-211/02, Rec. p. II-3781, apartado 34).

Respecto a la subsanación de la documentación acreditativa de los criterios de valoración, en nuestra la Resolución 490/2021, de 21 de octubre, recogíamos: *“Respecto a la subsanación de defectos o errores que afecten a la documentación administrativa se ha mantenido por la doctrina y jurisprudencia un criterio unánime favorable, admitiendo la absoluta subsanabilidad. Sin embargo el criterio ha sido mucho más restrictivo respecto a la subsanación de los defectos de las proposiciones*

económicas o técnicas. No obstante, ninguna disposición establece la prohibición de subsanación. En este sentido, el artículo 81.2 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1089/2001, de 12 de octubre, se refiere únicamente a la subsanación de defectos de la documentación administrativa, de lo que no deriva necesariamente la interdicción de la subsanación de las propuestas económicas y técnicas, aunque si debe utilizarse como un criterio interpretativo restrictivo de dicha posibilidad.

La eficiencia en la asignación del gasto público y la adjudicación a la oferta de mejor relación calidad precio, no deben ceder ante criterios formalista o rigoristas en la gestión de las licitaciones públicas. Solo en aquellos casos en que se produzca una evidente vulneración de los principios de la contratación pública debería quedar postergada. En definitiva, no se debe limitar la concurrencia, que sin duda favorece el interés público, al permitir conseguir la mejor oferta en relación calidad precio, por un formalismo claramente subsanable.”

En otra de nuestras resoluciones recientes, la 67/2023, de 9 de febrero, señalábamos “Como dictamina la doctrina y la jurisprudencia una interpretación literalista de las condiciones exigidas para tomar parte en los procedimientos de contratación, que conduzca a la no admisión de proposiciones por simples defectos formales, fácilmente subsanables, es contraria al principio de concurrencia, que establece la normativa contractual. Asimismo la preclusión de aportaciones documentales tiene por objeto evitar sorpresas para la Administración y los demás concursantes, o estratagemas poco limpias, pero no excluir a los participantes por defectos en la documentación de carácter formal, no esencial, que son subsanables sin dificultad.”

En esta última Resolución, del mismo modo que en la 310/2021, de 25 de octubre, asimismo citábamos la Sentencia de 10 de diciembre de 2009, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en el asunto T-195/08 Antwerpse Bouwwerken NV/Comisión apartados 56 y 57), que señala que cuando una oferta requiera aclaraciones suplementarias o cuando la formulación de la oferta y las circunstancias

del asunto indican que probablemente la ambigüedad puede explicarse de modo simple y disiparse fácilmente, es contrario, en principio, a las exigencias de una buena administración que se desestime dicha oferta sin ejercer su facultad de solicitar aclaraciones. Además, el principio de proporcionalidad obliga al órgano de contratación, cuando se enfrenta a una oferta ambigua a pedir aclaraciones al licitador afectado sobre el contenido de dicha oferta lo que podría garantizar la seguridad jurídica en vez de optar por la desestimación inmediata de la oferta de que se trate.

Aplicando lo anterior al caso que nos ocupa, lo cierto es que los pliegos inducen a confusión en la confección de las ofertas, confusión en la que se han visto inmersos tres licitadores. Por otro lado, la inclusión del coste fijo de la bolsa de producción fotográfica en la oferta, coste que incluyen los pliegos como parte del precio del contrato, ha sido objeto de aclaración por aquellos licitadores que se encontraban en la misma situación, en el propio acto de apertura, no siendo necesaria solicitud del órgano de contratación y constando esta circunstancia expresamente en el acta de la Mesa de 14 de noviembre de 2024. La inclusión del coste de la bolsa en la oferta y la superación con esta inclusión del importe mensual máximo se puede explicar de modo simple, en atención a lo establecido en el pliego y disiparse fácilmente la duda de cuál fue la voluntad de los licitadores con aquellas ofertas que superaban el precio mensual máximo previsto por el pliego, sin que ello suponga, por tanto, una modificación de la oferta expresada en aquellos términos. Con la posibilidad de esta aclaración se conjugan el principio de igualdad de los licitadores, con el de concurrencia y eficiencia en la utilización de los fondos públicos, seleccionando la oferta más ventajosa.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.4 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 el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de NCA Y ASOCIADOS, S.L., contra la adjudicación del lote 2 del contrato denominado “Servicios de Agencia de Marketing Digital incluyendo Community Management de Perfiles Turísticos y Servicios de Agencia Creativa de Publicidad”, licitado por Madrid Destino Cultura Turismo y Negocio, S.A., con número de expediente SP23-00082.

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

Tercero. - Dejar sin efecto la suspensión automática del Lote 2 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 59 de la LCSP.