

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

En Madrid, a 27 de octubre de 2022

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de la empresa ECCODIEZ, S.L. contra el acuerdo de la mesa de contratación por el que se decide su exclusión del procedimiento de licitación del contrato de “servicios de gestión publicitaria por lotes”, lote 1 “Inserción de anuncios en publicaciones impresas (periódicos y/o revistas off line) y producción y emisión de spot y/o programas patrocinados o difusión de eventos en televisión local y/o regional (Anuncios tipo A, B, C, D y E) del Ayuntamiento de Leganés”, expediente: 0185/2021, y contra la propuesta de adjudicación a la empresa MONSUL COMUNICACIÓN Y PUBLICIDAD, S.L., este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- La licitación fue publicada en el perfil de contratante del órgano de contratación, alojado en la Plataforma de Contratación del Sector Público, el 17 de marzo de 2022, concediéndose un plazo de presentación de ofertas que finalizó el 25 de abril de 2022. El valor estimado es de 1.444.797,27 euros, IVA excluido.

Segundo.- A lo que aquí interesa el apartado 16 del anexo I del PCAP requiere para la empresa que haya justificado su viabilidad por estar incurso en presunción de baja desproporcionada:

“Con el fin de justificar la viabilidad de la ejecución del contrato, si la oferta clasificada en primer lugar hubiera sido calificada como anormalmente baja y se hubiera justificado y admitido, se requerirá la presentación de los siguientes documentos con carácter obligatorio (en el caso de NO presentarse estos compromisos no se considerará subsanable y se excluirá la oferta):

LOTE 1. Compromiso de reserva de espacios –a los precios ofertados por el licitador– suscrito con los periódicos o revistas que reúnan las siguientes características:

- Periódicos y revistas locales de distribución gratuita y periodicidad semanal, quincenal o mensual que contengan información periodística de actualidad sobre Leganés y se distribuyan en la ciudad. Se incluirán, al menos, compromisos suscritos con un mínimo de 6 de los medios que reúnan tales características técnicas y, obligatoriamente, estarán incluidos, entre estos, todos los medios de prensa off line con audiencias o difusión auditadas (PGD, EGM, Gfk, comScore o equivalentes) por entidades homologadas en el sector de la industria publicitaria y medios de comunicación. El licitador autorizará al Ayuntamiento a la comprobación de tales documentos acreditativos por medios propios o a través de terceros”

Tercero.- La mesa de contratación en sesión de 3 de octubre acuerda excluir a ECCODIEZ, S.L., primera clasificada incurso en presunción de temeridad, cuya baja se entiende justificada, por no incluir todos los medios de prensa off line con audiencias o difusión auditadas (PGD, EGM, Gfk, comscore o equivalentes) por entidades homologadas en el sector de la industria publicitaria y medios de comunicación. Solo presenta 1, y son 4:

“La empresa licitadora ECCODIEZ SL aporta siete documentos de compromiso de reserva de espacios suscritos con las siguientes empresas:

(...)

El único medio off line incorporado a los compromisos de reserva de espacios por ECCODIEZ S.L. que cumple –a la fecha de emisión del presente informe– con la condición de estar sujeto a control de difusión por entidad homologada por el sector de la industria publicitaria y medios de comunicación, (PGD) es el siguiente:

Periódico “Gente Leganés”.

Según lo establecido en el ANEXO I, punto 16, apartado 1.1 del PCAP-CCE, los compromisos deben incluir a todos los medios de prensa off line local con audiencias o difusión auditadas (PGD, EGM, Gfk, comScore o equivalentes). De acuerdo con lo anteriormente expuesto, la licitadora tendría que haber incluido también compromisos con los siguientes medios off line de cobertura local, que figuran en el listado de medios controlados por OJD. <https://www.ojd.es/medios-controlados/>

Periódico Al Cabo de la Calle

Periódico Leganés Actualidad

Periódico Al Día Leganés”.

En igual fecha se publica decreto de la concejala delegada de Hacienda, Contratación e Igualdad en Leganés ratificando la exclusión, ordenando la clasificación de los licitadores de los lotes (4 en el lote 1), y requiriendo la documentación al primer clasificado de cada lote.

Cuarto.- En fecha 10 de octubre, se presenta recurso especial en materia de contratación, reclamando la adjudicación a su favor y la exclusión de la empresa MONSUL COMUNICACIÓN Y PUBLICIDAD, S.L., propuesta como nueva adjudicataria:

“1.- Que habiendo sido la empresa económicamente más ventajosa y siendo admitida la viabilidad de la oferta identificada como anormalmente baja, sea mi representada adjudicataria del LOTE Nº1

2.- Que consecuentemente y según hemos demostrado ante el órgano gestor del contrato sea excluida la empresa MONSUL COMUNICACIÓN Y PUBLICIDAD, S.L. por hacer de manera consciente y forma parte de una adjudicación donde los principios los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y

transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos esta tratado de manera parcial pudiendo llevar a una situación de prevaricación por parte de la entidad contratante.

3.- *Que ha vulnerado su declaración de conflicto de interés en el DEUC”.*

Quinto.- El 13 de octubre de 2022, 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 (en adelante LCSP) solicitando la desestimación del recurso.

Sexto.- En fecha 20 de octubre, presenta alegaciones MONSUL COMUNICACIÓN Y PUBLICIDAD, S.L.

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 jurídica legitimada para ello, al tratarse de un licitador excluido de la licitación, *“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).

Asimismo, se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra el acuerdo de la mesa de contratación por el que se excluye de la licitación al recurrente de un contrato de servicio, cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.b) de la LCSP.

Quinto.- El recurrente afirma que habiendo sido la oferta más económica y admitida la viabilidad de su oferta, procedía la adjudicación a su favor. Y que procede la exclusión de MONSUL, por ser la Agencia Oficial de 2 de los 4 medios con control de audiencia requeridos por los Pliegos, tal y como consta en el informe de viabilidad de la oferta de esa empresa. Se aporta documentación sobre la relación directa de MONSUL con estos medios. El administrador único de todas las empresas es el mismo. Para poder insertar publicidad en estas publicaciones sería necesario el consentimiento de MONSUL. Esta circunstancia, contratación a dedo según el recurrente, vulnera la libertad de contratación, e igualdad de trato. Se aporta documentación gráfica y enlaces sobre la relación de MONSUL con esos dos medios. Se insta la exclusión de MONSUL, que no ha declarado en el DEUC su conflicto de interés.

Contesta el órgano de contratación, que la relación entre MONSUL y los medios auditados no es una afirmación del órgano de contratación, sino una manifestación de MONSUL en la justificación de su baja desproporcionada, y que no es un factor decisivo en la admisión de la viabilidad de su oferta, ni es determinante de las fases ulteriores del procedimiento, porque se requieren cuatro compromisos, y MONSUL solo dispone seguros de dos. No cabe deducir que dos compromisos van a ser más suficientes que uno, cuando lo que se está requiriendo es la obligación de presentación de cuatro compromisos válidos, uno con cada uno de los cuatro periódicos enunciados. El órgano de contratación es ajeno a la titularidad de los medios de comunicación, agencias de comunicación, agencias de publicidad y

posibles acuerdos entre empresas. De hecho, han concurrido varios licitadores cuya asociación o vinculación empresarial con medios de comunicación auditados es notoria. Es conocido que, al menos, tres de las empresas licitadoras al Lote 1 (el 50%) tiene acuerdos o participación en medios de comunicación. Este hecho se contempla como una circunstancia sobrevenida e inevitable, resultado de la libertad de empresa.

El licitador no presenta compromiso de todos los medios con audiencia auditada, siendo procedente su exclusión, no cuestionando este dato.

En fecha 20 de octubre, presenta alegaciones MONSUL licitadora propuesta tras la exclusión de ECCODIEZ, S.L, negando editar ser propietaria de ningún medio de comunicación en Leganés ni ser agencia exclusiva de ningún medio, y señalando que ECCODIEZ no cumple con el requisito de presentar compromisos en todos los medios auditados de la localidad. Además, *“MONSUL COMUNICACIÓN Y PUBLICIDAD, S.L. no edita los medios de comunicación Leganés ACTUALIDAD y Leganés AL DÍA. MONSUL COMUNICACIÓN Y PUBLICIDAD, S.L. No es Agencia Oficial de los medios de comunicación Leganés ACTUALIDAD y Leganés AL DÍA ni de ningún otro medio de comunicación”*.

Según MONSUL no acredita ECCODIEZ que haya intentado reservar compromisos en Leganés al Día y Al Día Leganés.

Comprueba este Tribunal que, según el informe técnico sobre las bajas publicado en la Plataforma de Contratación, se atribuye a MONSUL la afirmación de que es Agencia Oficial de dos de los cuatro medios requeridos para cumplir con el requisito del Pliego (informe técnico sobre viabilidad de las ofertas publicado el 17 de agosto en la Plataforma de Contratación del sector Público):

“B.3 Condiciones excepcionalmente favorables de las que dispone la licitadora.

Sobre las condiciones técnicas excepcionalmente favorables de que dispone la adjudicataria para la prestación de los servicios objeto del presente contrato, informa lo siguiente:

Monsul Comunicación y Publicidad, S.L. es la Agencia Oficial de dos medios de comunicación locales que debieran ser incluidos en el Plan de Medios de este Lote 1: Leganés AL DIA y Leganés Actualidad. Este hecho garantiza la inclusión de publicidad en los mismos con plena seguridad.

Se informa de que, a fecha de emisión del presente informe, los medios referidos y de los que la licitadora dice tener carácter de exclusivista en materia de gestión publicitaria, reúnen los requisitos establecidos en el Pliego referidos a las características técnicas que han de reunir los bienes o prestaciones objeto del presente contrato (...).”

Negados estos extremos en esta vía por MONSUL, lo relevante, a juicio de este Tribunal, es que el recurrente no acredita las limitaciones a la concurrencia que alega. No manifiesta, y por ello no se encuentra en la necesidad de acreditar, que los tres medios digitales con audiencia auditada que no ha presentado le hayan negado el compromiso para la inserción de anuncios del Ayuntamiento de Leganés, y más en concreto los dos sobre los que afirma que MONSUL tiene exclusiva. Por ello, no ha acreditado que existe una circunstancia impositiva para el cumplimiento de las exigencias del Pliego no imputable al mismo.

Presenta los seis medios requeridos por los Pliegos, pero solo uno de ellos se encuentra controlado por OJD. Cuando comprueba el órgano de contratación que entre ellos no se encuentran tres de los cuatro medios auditados por OJD es excluido, y entonces es cuando alega en esta vía de recurso que dos de esos medios tienen exclusiva con MONSUL. De ser cierta esta exclusividad, y conociendo esta circunstancia según las copias de periódicos digitales y enlaces anteriores a la licitación que acompaña y cita, pudo recurrir la exigencia de los Pliegos de “*incluir a todos los medios de prensa off line local con audiencias o difusión auditada*”. No habiéndolo hecho, se encuentra concernido por el principio de vinculación positiva a sus cláusulas (artículo 139.1 LCSP).

Procede desestimar la impugnación de su exclusión.

Una vez desestimada la impugnación de su exclusión, ECCODIEZ no ostenta legitimación para impugnar la eventual adjudicación a MONSUL, pues ya no tiene expectativa alguna de alcanzar la adjudicación, ni podría alegar un interés en que el procedimiento se declare desierto, pues existen tras MONSUL otras tres empresas clasificadas, a las que pasa la legitimación para recurrir la adjudicación, careciendo de interés legítimo en esta impugnación. Además la clasificación no es recurrible, no siendo un acto definitivo, al estar condicionada la adjudicación al cumplimiento del trámite del artículo 150 de la LCSP por el primer clasificado.

Procede inadmitir este motivo.

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 la empresa ECCODIEZ, S.L. contra el acuerdo de la mesa de contratación por el que se decide su exclusión del procedimiento de licitación del contrato de “servicios de gestión publicitaria por lotes”, lote 1 “Inserción de anuncios en publicaciones impresas (periódicos y/o revistas off line) y producción y emisión de spot y/o programas patrocinados o difusión de eventos en televisión local y/o regional (Anuncios tipo A, B, C, D y E) del Ayuntamiento de Leganés”. Inadmitir su impugnación de la propuesta de adjudicación a la empresa MONSUL COMUNICACIÓN Y PUBLICIDAD, S.L., expediente: 0185/2021.

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.- 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, de acuerdo con el artículo 59 de la LCSP.