

Recurso 121/2016**Resolución 179/2016****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA.**

Sevilla, 29 de julio de 2016.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **M&C SAATCHI MADRID, S.L.** contra la resolución, de 24 de mayo de 2016, de la Consejera Delegada de la Agencia Andaluza de Promoción Exterior, por la que se adjudica el contrato denominado «Campaña de promoción “Aceites de España” en Rusia 2016» (Expte. 2016-005), convocado por la citada Agencia, ente instrumental adscrito a la Consejería de Economía y Conocimiento, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO. Mediante Resolución, de 17 de febrero de 2016, de la Consejera Delegada de la Agencia Andaluza de Promoción Exterior, se aprobó el expediente para la contratación del servicio citado en el encabezamiento, mediante procedimiento negociado sin publicidad.



Conforme a la previsión establecida en la disposición adicional séptima de la Ley 1/2014, de 24 de junio, de Transparencia Pública de Andalucía, el anuncio de licitación del citado contrato fue publicado el 18 de febrero de 2016 en el perfil de contratante de la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía.

El valor estimado del contrato asciende a 525.000,00 euros.

SEGUNDO. A la presente licitación le es de aplicación el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre. Igualmente, le es de aplicación el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la citada Ley y el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en su redacción dada por el Real Decreto 773/2015, de 28 de agosto.

Entre las empresas que presentaron sus proposiciones en el procedimiento se encontraba la ahora recurrente.

TERCERO. Tras la valoración de las ofertas presentadas, el 24 de mayo de 2016, el órgano de contratación dictó resolución de adjudicación del contrato citado en el encabezamiento, a favor de la entidad ARENA MEDIA COMMUNICATIONS ESPAÑA, S.A.. La citada resolución fue publicada en el perfil de contratante el 25 de mayo de 2016 y remitida a la entidad ahora recurrente en escrito de la misma fecha.

CUARTO. El 13 de junio de 2016 tuvo entrada en el Registro de este Tribunal, remitido por Correos, escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad M&C SAATCHI MADRID, S.L. (en adelante SAATCHI) contra la citada resolución de adjudicación. Dicho escrito de recurso fue presentado en las oficinas de Correos con fecha 8 de junio de 2016 y remitido ese día a este Tribunal mediante correo electrónico.



QUINTO. Por la Secretaría del Tribunal se solicita a SAATCHI, con fecha 14 de junio de 2016, que aporte determinada documentación para la subsanación de su escrito de interposición del recurso. Dicha documentación fue remitida por la citada recurrente teniendo entrada en plazo en este Tribunal el 16 de junio de 2016.

SEXTO. Con fecha 14 de junio de 2016, por la Secretaría del Tribunal se le da traslado al órgano de contratación del escrito de recurso y se le requiere para que aporte el expediente de contratación, el informe al recurso y el listado de licitadores en el procedimiento con los datos necesarios a efectos de notificaciones, dándose cumplimiento por parte del órgano de contratación a todo lo solicitado el 16 de junio de 2016.

SÉPTIMO. El 22 de junio de 2016, la Secretaría del Tribunal dio traslado del escrito del recurso a los interesados en el procedimiento, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular las alegaciones que consideraran oportunas, habiéndolas presentado en el plazo concedido para ello las entidades ARENA MEDIA COMMUNICATIONS ESPAÑA, S.A. (en adelante ARENA MEDIA) y AGERÓN INTERNACIONAL, S.L. (en adelante AGERÓN).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP, en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía y en la Orden de 14 de diciembre de 2011, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, por la que se acuerda el inicio del funcionamiento del citado Tribunal.

SEGUNDO. Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso dada su condición de licitadora en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 42 de TRLCSP.



TERCERO. Visto lo anterior, procede determinar si el recurso ha sido interpuesto contra alguno de los contratos contemplados legalmente y actos susceptibles de recurso en esta vía, de conformidad con lo establecido respectivamente en los apartados 1 y 2 del artículo 40 del TRLCSP.

En efecto, el acto rebatido es la resolución de adjudicación por lo que el mismo es susceptible de recurso especial conforme a lo establecido en el artículo 40 apartado 2 c) del TRLCSP.

En cuanto al contrato impugnado, a juicio del órgano de contratación, al tratarse de un contrato en el extranjero, le es de aplicación la disposición adicional primera “Contratación en el extranjero” del TRLCSP. Esta circunstancia, a su entender, implica que los contratos amparados por la disposición adicional citada no tengan la consideración de contratos de regulación armonizada y, consecuentemente, no sean susceptibles de recurso especial en materia de contratación.

Al respecto, de conformidad con la citada disposición adicional primera del TRLCSP se regirán por sus disposiciones “*Los contratos que se formalicen y ejecuten en el extranjero (...)*”. Así pues, se precisa, por tanto, la concurrencia de dos requisitos para que las normas de la misma resulten de aplicación y, como consecuencia de ello, se vean privados de su condición de contratos sujetos a regulación armonizada: en primer lugar, que se formalicen en el extranjero y en segundo que se ejecuten asimismo en país extranjero. En este sentido se manifiestan los informes 26/96, de 30 de mayo y 13/03, de 23 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado.

No ofrece dudas el hecho de que la ejecución del contrato se va a efectuar en país extranjero, pues basta la simple lectura de su objeto para entenderlo y así efectivamente se desprende claramente de lo dispuesto en la cláusula 2 del pliego de condiciones de contratación. Sin embargo, la concurrencia del requisito de que la formalización se lleve a efecto en el extranjero no resulta clara en absoluto por lo que debe ser objeto de un análisis detallado.



En principio, es razonable pensar que cuando la disposición adicional primera del TRLCSP utiliza la expresión “formalización de estos contratos” lo está haciendo en términos similares a como lo hace el artículo 156 del citado texto refundido. En ese caso, no hay nada en la documentación remitida a este Tribunal para resolver el presente recurso, que induzca a pensar que tal formalización vaya a efectuarse en territorio de Rusia y no en territorio español. Por el contrario, en el anexo X del citado pliego de condiciones se exige que las empresas extranjeras firmen un declaración responsable de someterse a la jurisdicción de los Juzgados y Tribunales españoles de cualquier orden, para todas las incidencias que de modo directo o indirecto pudieran surgir del contrato con renuncia, en su caso, al fuero jurisdiccional extranjero que pudiera corresponderles; lo cual evidencia sin ningún género de dudas que, al menos, la formalización del contrato se va a realizar en territorio español.

Cabría, no obstante, entender que el término “formalización” no está empleado en el sentido estricto a que acabamos de referirnos en el apartado anterior. Así, expresiones recogidas en la citada disposición adicional tales como “*Estado en que se celebre el contrato*” o “*Estado en que se efectúa la contratación*”, podrían sugerir que la norma comentada más que a la formalización *strictu sensu* se está refiriendo a todo el procedimiento de adjudicación del contrato, lo que implicaría que la licitación del mismo se efectúe toda o parte sustancial de ella en país extranjero. En tal caso, aún más claramente deberíamos rechazar la aplicación de la disposición adicional primera del TRLCSP, toda vez que el presente procedimiento de adjudicación se lleva a cabo en su integridad dentro del territorio nacional español. En esta misma línea argumental se expresa la Resolución 113/2012, de 16 de mayo, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

En definitiva, debemos entender que el contrato a que se refiere el presente recurso está sujeto a las normas generales del TRLCSP y, en consecuencia, atendida su cuantía debe considerarse sujeto a regulación armonizada y, por tanto,



susceptible de recurso especial en materia de contratación conforme a lo establecido en el artículo 40 apartado 1 a) del citado texto refundido.

CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 44.2 del TRLCSP establece que *“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquél en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4”*.

La resolución de adjudicación fue publicada en el perfil de contratante el 25 de mayo de 2016 y remitida a la entidad ahora recurrente en escrito de la misma fecha, por lo que el recurso presentado en Correos el 8 de junio de 2016, cumpliendo los requisitos previstos en el artículo 18 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, se ha interpuesto dentro del plazo legal expresado.

QUINTO. Una vez analizado el cumplimiento de los requisitos de admisión del recurso, procede el estudio de los motivos en que el mismo se sustenta, que serán analizados en este y en los siguientes fundamentos de derecho.

La recurrente denuncia lo que, a su juicio, ha sido una injusta adjudicación del contrato a una empresa cuya oferta -técnica y económica- es a todas luces menos beneficiosa que la presentada por ella.

Afirma la recurrente que según consta en la resolución de adjudicación, el órgano de contratación resolvió que la oferta técnica presentada por SAATCHI era más beneficiosa que la presentada por ARENA MEDIA toda vez que la primera obtuvo 38,45 puntos frente a los 36,19 puntos obtenida por la segunda. En consecuencia, su oferta técnica era más beneficiosa que la presentada por la adjudicataria. Sin embargo, la adjudicación se realizó a ARENA MEDIA toda vez que su oferta



económica incluyó un *agency fee* de tan solo nueve céntimos de euro (0,09 euros) inferior a la presentada por ella.

Entiende la recurrente que esa insignificante cantidad de nueve céntimos de euro es la que determinó que la adjudicación se realizara a favor de la adjudicataria, a pesar de que su oferta técnica era inferior a la presentada por ella. Ello evidencia, a su juicio, que la adjudicación no se ajustó a los criterios establecidos en las condiciones de contratación que establece claramente que, a la hora de adjudicar el contrato, se tendrá en cuenta tanto la propuesta técnica como la económica.

Afirma la recurrente que la Administración al adjudicar el contrato se ha basado únicamente en el criterio económico, contraviniendo lo establecido en el pliego de condiciones al obviar total y absolutamente el criterio técnico.

En consecuencia, a su entender, la asignación del total de puntos a la oferta de menor importe produce un manifiesto desequilibrio en comparación con los otros criterios, y conlleva a su vez la adjudicación del contrato a la oferta de ARENA MEDIA. Es más, puntualiza la recurrente, la oferta que resulta más ventajosa en su conjunto no puede determinarse por una diferencia de nueve céntimos de euro, lo que atenta manifiestamente contra la finalidad de la licitación.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso señala que en el informe de evaluación técnica realizado por el departamento técnico competente, se recogieron las distintas valoraciones así como las puntuaciones que las empresas licitadoras habían obtenido tras la aplicación de los criterios de valoración establecidos en el pliego de condiciones.

Manifiesta el informe al recurso que la empresa ahora recurrente obtuvo una puntuación técnica mayor (38,45 puntos) que la adjudicataria (36,19 puntos), si bien el órgano de contratación no ha resuelto, conforme indica la recurrente, que dicha oferta técnica sea más beneficiosa, sino que el departamento técnico tras realizar el estudio pormenorizado de las distintas ofertas, otorgó una puntuación



mayor a la oferta de la recurrente, lo que conllevaría que "técnicamente" fuese más ventajosa, si nos limitamos a ceñirnos al lenguaje de la contratación pública.

Asimismo se afirma en el informe al recurso que, en aplicación de la fórmula establecida en las condiciones de la contratación, se han valorado las distintas ofertas económicas realizadas por las empresas licitadoras, y de esa valoración objetiva que deviene de la aplicación de la fórmula establecida, resulta la puntuación otorgada a dichas ofertas económicas, por lo que, a resultas de las puntuaciones de los diversos criterios de valoración, se desprende la puntuación definitiva como la suma de puntos de la oferta técnica y de la económica.

Concluye el órgano de contratación que lo cierto y evidente es que de la aplicación tanto de la propuesta técnica como la económica, es de la que deviene que la recurrente haya obtenido su puntuación total que ha resultado ser inferior a la de la adjudicataria, pese a que su oferta técnica tiene una valoración mayor.

Por su parte ARENA MEDIA, como entidad interesada, entiende que ha sido correcta la adjudicación a su oferta por ser la económicamente más ventajosa, ya que una vez evaluadas todas las proposiciones admitidas de cada una de las empresas, y aplicando las fórmulas de los diferentes criterios de adjudicación recogidos en las condiciones de la contratación, su oferta es la que más puntos obtiene, siendo por tanto la correcta y merecedora adjudicataria.

Por otra parte AGERÓN, como entidad asimismo interesada, manifiesta que la recurrente olvida que el punto 8 de las "Condiciones de contratación", se determinan los "criterios de valoración y negociación" en la presente licitación, y en ellos se establece nítidamente que "la adjudicación recaerá en la empresa licitadora que haga la proposición económicamente más ventajosa, teniendo en cuenta los criterios de negociación y las ponderaciones que se establecen". Y el mismo punto 8, al definir estos criterios para determinar la oferta económica, establece que "la mayor puntuación se otorgará a la agencia que presente el *Agency fee* más bajo".



En definitiva, concluye AGERÓN, si se aceptan desde el principio las “reglas del juego”, como la recurrente hace al presentar una oferta económica excesivamente baja, al igual que la adjudicataria, (lo cual, en puridad, está permitido por las Condiciones de contratación), no se puede, con posterioridad, pretender cambiarlas cuando su aplicación estricta no resulta favorable para la recurrente, alegando, solo entonces, que la oferta técnica debe primar sobre las ofertas económicas cuando éstas son prácticamente coincidentes.

SEXTO. Vistas las alegaciones de las partes procede analizar el fondo del asunto en el que la recurrente alega que la adjudicación no se ajustó a los criterios establecidos en las condiciones de contratación que establecen claramente que, a la hora de adjudicar el contrato, se tendrá en cuenta tanto la propuesta técnica como la económica.

Al respecto afirma la recurrente que la Administración al adjudicar el contrato se ha basado únicamente en el criterio económico, contraviniendo lo establecido en el pliego de condiciones al obviar total y absolutamente el criterio técnico. A su juicio, la insignificante cantidad de nueve céntimos de euro es la que determinó que la adjudicación se realizara a favor de la adjudicataria, a pesar de que su oferta técnica era inferior a la presentada por ella.

Con objeto de centrar los términos de la controversia y solventar la cuestión planteada por la recurrente, procede poner en relación varios de los apartados del pliego de condiciones de la contratación. Así, la cláusula 5 del citado pliego “Precio del contrato” establece que *“El presupuesto máximo de licitación, IVA excluido, asciende a la cantidad total de QUINIENTOS VEINTICINCO MIL EUROS (525.000 €). El presupuesto debe distribuirse por partidas correspondiente a las actividades recomendadas, incluyendo el fee o servicio de agencia. La sumas de los fees o servicios de agencias se debe corresponder con lo indicado en el Anexo IV”*. Por su parte, el citado Anexo IV “Propuesta económica” señala que *“(…) Dentro del fee propuesto se entenderá incluida la dirección técnica de la campaña y el compromiso de la ejecución de todas las actividades propuestas, así como la dedicación del equipo de trabajo*



necesario para la ejecución de dicha propuesta.

Los licitadores deberán detallar el desglose del presupuesto de cada una de las acciones de promoción que se llevarán a cabo de manera independiente para la campaña en Rusia.

La suma del fee y el total del desglose del presupuesto de las acciones deben sumar el importe de 525.000 EUR. (...).”

Por otra parte, en la cláusula 8 del citado pliego de condiciones se recogen los criterios de valoración con el siguiente tenor:

“EVALUACIÓN: CRITERIOS DE VALORACIÓN Y NEGOCIACIÓN

La adjudicación recaerá en la empresa licitadora que haga la proposición económicamente más ventajosa, teniendo en cuenta los criterios de negociación y las ponderaciones que a continuación se especifican:

| CRITERIOS DE NEGOCIACIÓN Y VALORACIÓN DE OFERTAS | PONDERACIÓN |
|--|---|
| <i>Oferta Económica:</i> <i>Las propuestas serán comparadas. La mayor puntuación se otorgará a la agencia que presente el Agency Fee más bajo. La fórmula será: $50 \times (1 - ((\text{precio ofertado} - \text{precio del fee más bajo}) / \text{precio fee más bajo}))$</i> | <i>De 0 a 50 puntos</i> |
| <i>Plan de medios impreso:</i> <i>1.- Impacto previsto: (nº de lectores):</i> <i>$10 \times \text{total impactos previstos plan de medios escrito} / \text{total impactos previstos máximo ofertado}$.</i> <i>2.- Adecuación del perfil de los medios impresos a la propuesta (prensas genera lista/lifestyle o cocina).</i> | <i>De 0 a 20 puntos</i> <i>De 0 a 10 puntos</i> <i>De 0 a 10 puntos</i> |
| <i>Plan de medios exterior/outdoor:</i> <i>1.- Impacto previsto:</i> <i>$10 \times \text{total impactos previstos publicidad exterior} / \text{total impactos previstos máximo ofertado}$.</i> <i>2.- Mix de soportes propuestos y adecuación de su perfil a la propuesta.</i> | <i>De 0 a 30 puntos</i> <i>De 0 a 10 puntos</i> <i>De 0 a 10 puntos</i> |



| | |
|---|------------------|
| 3. — <i>Tiempo de exposición de la publicidad en los soportes seleccionados (OTS opportunity to see).</i> ” | De 0 a 10 puntos |
|---|------------------|

Asimismo, es necesario indicar que el artículo 150 del TRLCSP “Criterios de valoración de las ofertas” que establece lo siguiente:

“1. Para la valoración de las proposiciones y la determinación de la oferta económicamente más ventajosa deberá atenderse a criterios directamente vinculados al objeto del contrato, tales como (...).

Cuando solo se utilice un criterio de adjudicación, éste ha de ser, necesariamente, el del precio más bajo.

2. Los criterios que han de servir de base para la adjudicación del contrato se determinarán por el órgano de contratación y se detallarán en el anuncio, en los (...).

4. Cuando se tome en consideración más de un criterio, deberá precisarse la ponderación relativa atribuida a cada uno de ellos, que podrá expresarse fijando una banda de valores con una amplitud adecuada (...).

5. Los criterios elegidos y su ponderación se indicarán en el anuncio de licitación, en caso de que deba publicarse. (...).”

Pues bien, este alegato de la recurrente no puede estimarse. Sostiene que debió ser la adjudicataria del contrato, pero los argumentos que esgrime para ello no pueden fundamentar tal pretensión.

En tal sentido, el hecho de que su oferta haya sido la mejor valorada en los criterios técnicos (plan de medios impreso y plan de medios exterior) no es razón suficiente para que resulte adjudicataria del contrato. Ciertamente su oferta recibe 38,45 puntos frente a los 36,19 puntos de la proposición de ARENA MEDIA en los citados criterios, pero en el conjunto global de los criterios de adjudicación que rigen la licitación no resulta ser la oferta económicamente más ventajosa en términos del citado artículo 150.1 del TRLCSP.



La opción de la oferta económicamente más ventajosa supone combinar varios criterios teniendo en cuenta las propuestas que mejor los cumplen en su conjunto. Tal concepto se atribuye a la proposición que presente la mejor relación entre calidad y precio, y en su determinación se atenderá a la puntuación global en el conjunto de criterios que el órgano de contratación haya establecido en el pliego de condiciones para la valoración de las ofertas.

Así las cosas, la oferta económicamente más ventajosa en el supuesto analizado es la de ARENA MEDIA, habiendo resultado determinante en su selección la puntuación recibida en el criterio oferta económica.

Así pues, la valoración de las ofertas se ha efectuado con arreglo a los criterios de adjudicación definidos en el pliego de condiciones y las puntuaciones otorgadas se han llevado a cabo atendiendo a la ponderación asignada a cada criterio donde la oferta económica tenía la misma puntuación (50 puntos) que los criterios técnicos (50 puntos).

Estas eran las reglas de la licitación aceptadas por la recurrente al formular su proposición (artículo 145.1 del TRLCSP), sin que pueda ahora esgrimir que su oferta fue la mejor valorada en todos los criterios menos en el precio y que la diferencia en los importes de las ofertas económicas fue muy escasa, puesto que tales argumentos no desvirtúan el hecho de que la oferta económicamente más ventajosa fue la de ARENA MEDIA.

Procede, en consecuencia, desestimar este alegato del recurso interpuesto.

SÉPTIMO. En su recurso la recurrente, además de la alegación anterior ya analizada, hace una serie de manifestaciones relacionadas con su alegato anterior en las que vuelve a incidir en lo denunciado en él. En concreto señala que su oferta atendió mejor el interés general y que se han incumplido los criterios de adjudicación al no haber seleccionado la oferta más beneficiosa. Dichas



manifestaciones han sido ya examinadas y dictaminadas por este Tribunal en los fundamentos anteriores, por lo que procede, asimismo, su desestimación.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **M&C SAATCHI MADRID, S.L.** contra la resolución, de 24 de mayo de 2016, de la Consejera Delegada de la Agencia Andaluza de Promoción Exterior, por la que se adjudica el contrato denominado «Campaña de promoción “Aceites de España” en Rusia 2016» (Expte. 2016-005), convocado por la citada Agencia, ente instrumental adscrito a la Consejería de Economía y Conocimiento.

SEGUNDO. Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 47.5 del TRLCSP.

TERCERO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 47.4 del TRLCSP, el levantamiento de la suspensión automática del procedimiento de adjudicación.

CUARTO. Notificar la presente resolución a los interesados en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra K) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

