



Roj: **SAN 3413/2019** - ECLI: **ES:AN:2019:3413**

Id Cendoj: **28079230042019100324**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **24/07/2019**

Nº de Recurso: **1089/2016**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **SANTOS HONORIO DE CASTRO GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN CUARTA

Núm. de Recurso: 0001089 / 2016

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 01115/2016

Demandante: IRISMEDIA AGENCIA DE MEDIOS S.L.

Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. SANTOS HONORIO DE CASTRO GARCIA

SENTENCIA Nº:

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. MARÍA ASUNCIÓN SALVO TAMBO

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. IGNACIO DE LA CUEVA ALEU

D. SANTOS HONORIO DE CASTRO GARCIA

D^a. CARMEN ALVAREZ THEURER

D^a. ANA MARTÍN VALERO

Madrid, a veinticuatro de julio de dos mil diecinueve.

Visto por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional el presente recurso tramitado con el **número 1089/2016**, interpuesto por **IRISMEDIA AGENCIA DE MEDIOS, S.L.** representada por el Procurador D. VICTORIO VENTURINI MEDINA, contra la Resolución nº 796/2016 dictada por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de fecha 7 de octubre de 2016, en relación al expediente de Contratación denominado " *Servicios de publicidad de las actividades que acuerden programar los Centro y Unidades de producción dependientes del INAEM durante la temporada 2016-2017. Expte. M160006* ".
Ha comparecido como parte demandada la Administración General del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- La parte actora interpuso ante esta Sala, con fecha 5 de diciembre de 2016, recurso contencioso-administrativo contra la resolución antes mencionada, acordándose la incoación del proceso contencioso-administrativo, y al que se dio el cauce procesal previsto en la Ley reguladora de esta jurisdicción.

SEGUNDO.- Admitido a trámite y recibido el expediente administrativo, se dio traslado y la parte actora formalizó la demanda mediante escrito presentado el 14 de julio de 2017, en el cual, tras exponer los hechos y los fundamentos de derecho que estimó aplicables, terminó suplicando: "Que tenga por presentado este escrito de demanda contra la resolución 796/2016 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de fecha 7 de octubre de 2016, dictada en el recurso 748/2016, relativa al expediente de Contratación M160006 y que, previos los trámites oportunos dicte resolución:

1. *Declarando la nulidad de la resolución impugnada.*

2. *Que se condene al INAEM a satisfacer a STRYKER IBERIA, S.L. una indemnización de daños consistente en el beneficio industrial del 6%, calculada sobre las bases establecidas en el hecho sexto, que supone una cantidad de 87.877,98 € o, subsidiariamente, la cantidad que el Tribunal considere ajustada a Derecho."*

TERCERO.- El Abogado del Estado a través de escrito presentado el 3 de noviembre de 2017, rehusó personarse en la causa.

CUARTO.- La cuantía del presente procedimiento se ha fijado en indeterminada.

QUINTO.- Mediante Providencia de fecha 7 de junio de 2019 se suspendió el señalamiento para votación y fallo fijado para el día 10 de julio de 2019, y se fijó nuevamente para el día 17 de julio de 2019, fecha en la que tuvo lugar.

Y siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. SANTOS HONORIO DE CASTRO GARCIA, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

PRIMERO.- Se impugna en el presente proceso, por la mercantil IRISMEDIA AGENCIA DE MEDIOS, S.L., la Resolución nº 796/2016 dictada por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de fecha 7 de octubre de 2016, en relación al expediente de Contratación denominado " *Servicios de publicidad de las actividades que acuerden programar los Centro y Unidades de producción dependientes del INAEM durante la temporada 2016-2017. Expte. M160006* ".

En dicho acto administrativo se estimó el recurso especial en materia de contratación nº 748/2016, que había ejercitado la entidad ADSOLUT, S.L. contra el acuerdo de adjudicación del referido contrato efectuado a favor de la aquí demandante, que había sido convocado por la Dirección General Nacional de Artes Escénicas y de la Música; anulándose en consecuencia el procedimiento de licitación y levantándose a la vez la suspensión cautelar que fue acordada conforme a los artículos 45 y 46 del TRLCSP.

SEGUNDO.- A los efectos de dictar la presente resolución, interesa en primer lugar dejar sentados los siguientes hechos:

1º) La entidad aquí recurrente, IRISMEIDA AGENCIA DE MEDIOS, S.L., al haber obtenido la mayor puntuación entre todos los licitadores, como consecuencia de la aplicación de las fórmulas establecidas en el apartado 10 del Anexo 1 del Pliego de Cláusulas Administrativas del contrato en cuanto a la oferta económica, y en virtud de la resolución de fecha 19 de julio de 2016 dictada por INAEM como órgano contratante, resultó en primer lugar la adjudicataria del contrato con referencia M160006, denominado " *Servicios de publicidad de las actividades que acuerden programar los Centro y Unidades de producción dependientes del INAEM durante la temporada 2016-2017* ".

2º) La empresa ADSOLUT, también licitante y que había obtenido la segunda mejor puntuación, interpuso contra el referido acto de adjudicación recurso especial en materia de contratación ante el Tribunal Central de Recursos Contractuales, solicitando su anulación en base a considerar, sobre todo, que IRISMEDIA había actuado de mala fe en la presentación de su oferta, interesando el dictado de otro en que se efectuara la adjudicación en su favor.

3º) El Tribunal Central de Recursos Contractuales, mediante la resolución 796/2016 de 7 de octubre de 2016, estima dicho recurso y anula la aludida resolución de adjudicación; contra la cual se formula ahora el presente recurso jurisdiccional.

TERCERO.- Planteaba en concreto la mercantil ADSOLUT, S.L., en el recurso especial en materia de contratación que ejercitó y cuya resolución constituye el objeto del presente proceso, la " *concurrentia de mala fe, abuso*



de derecho y/o fraude de ley en la oferta económica presentada por el licitador adjudicatario ", ello al entender que en la presentación de su oferta económica había actuado de forma dolosa, induciendo a error al órgano de contratación y manipulando el resultado de la valoración a su favor.

Contestando a tal motivo, el **TACRC** recoge en primer lugar el cuadro resumen del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares previsto en el apartado 10, relativo a " **Criterios de adjudicación evaluables mediante fórmulas y documentación para su valoración, que deberá incluirse obligatoriamente en el sobre n° 2** " -que luego serán reproducidos en subsiguientes fundamentos jurídicos-, destacando ya que " **los únicos que se estipularon fueron criterios de valoración cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas** ".

Y en lo que tiene que ver con la concreta cuestión debatida, se responde a la misma en los fundamentos sexto y séptimo, donde se señala:

"Sexto. ... Por tanto, tras lo expuesto, resulta posible concluir que su alegación consiste en considerar que ha habido dolo y actuación fraudulenta en la actuación del adjudicatario, **porque habiendo planteado y formulado éste su oferta en los términos previstos y exigidos en los pliegos que han regido este procedimiento de licitación, ha obtenido un resultado que a juicio del recurrente no es el económicamente más ventajoso para el INAEM, y por ese motivo, él no ha podido resultar adjudicatario** .

Séptimo. Continuando con el análisis de la cuestión planteada, vamos a hacer **referencia al análisis económico exhaustivo que lleva a cabo el recurrente en su escrito, por ser éste muy explicativo y clarificador en orden a averiguar si realmente la oferta que resultó adjudicataria es la económicamente más ventajosa o no** , encontrándose en todo caso el mencionado análisis avalado por lo consignado en el "Informe y propuesta de adjudicación" de fecha 17 de junio de 2016 (documento n° 12 del expediente). Su contenido es el siguiente:

a) Tal como resulta de un **simple sumatorio del Cuadro A acompañado al "Informe y propuesta de adjudicación"** , la **estimación** de tarifas oficiales de medios hecha por el INAEM asciende a un total de 1.126.815,04 euros.

b) Si analizamos la oferta de descuentos sobre esa **estimación** de tarifas oficiales ofertada por IRISMED1A, que obra unida a ese mismo Informe y propuesta de adjudicación", vemos que su sumatorio total asciende a la cifra de 832.268,82 euros,

c) Por tanto, verificados los descuentos ofertados sobre aquella **estimación**, la cantidad que debería abonar por este concepto el INAEM a ese licitador ascendería a 294.546,22 euros.

d) Si ahora analizamos la oferta de recargos por emplazamiento de ese mismo licitador, vemos que el mismo ha señalado sistemáticamente en todos los medios de comunicación que relaciona un recargo por tal concepto del 20% sobre la tarifa oficial, lo que supone un gasto adicional por tal concepto de 99.161,41 euros.

e) **Por tanto, su oferta económica en concepto de inserciones publicitarias para la ejecución previsible del contrato asciende realmente a un total de 393.707,63 euros (294.546,22 de tarifas menos descuentos + 99.161,41 de recargos)**.

f) **Y si sobre esa cifra de 393.707,63 euros aplicamos ahora la comisión de agencia del 0,50% ofertada, esa cantidad se incrementa en otros 1.968,54 euros, lo que arroja una cifra final 395.676,17 euros, que sería el importe neto a pagar por el INAEM a IRISMEDIA AGENCIA DE MEDIOS, S.L. aplicados los descuentos, recargos y comisión ofertados por la misma**.

g) **Por tanto, la oferta económica global de IRISMED1A ascendería a esa cifra de 395,676,17 euros**.

El recurrente, a continuación lleva a cabo el análisis del coste de su oferta, siendo el siguiente, tomando también como punto de partida que la **estimación** de tarifas oficiales de medios del INAEM asciende a 1.126.815,04 euros:

a) Si analizamos la oferta de descuentos sobre tarifas oficiales ofertada por ADSOLUT, vemos que el sumatorio total asciende a la cifra de 774.939,28 euros.

b) Verificados todos los descuentos ofertados, el INAEM deberla abonar al licitador una cantidad que ascendería a 351.875,76 euros.

e) **Si se analiza la oferta de recargos por emplazamiento, como la del resto de los licitadores a excepción del adjudicatario, vemos que se ha señalado sistemáticamente en todos los medios de comunicación que relaciona un recargo por tal concepto del 0% sobre la tarifa oficial, lo que supone un gasto adicional por tal concepto de 0 euros**.

d) La oferta económica de ADSOLUT en concepto de inserciones publicitarias para la ejecución previsible del contrato asciende realmente a un total de 351.875,76 euros.



e) **Y si sobre esta cifra de 351.875,76 euros aplicamos ahora la comisión de agencia del 0,50% ofertada, esa cantidad se incrementa en otros 1.759,38 euros, lo que arroja una cifra final 353.635,14 euros, que sería el importe a pagar por el NABA a ADSOLUT, aplicados los descuentos, recargos y comisión ofertados por la misma.**

f) **Por tanto, la oferta económica global de ADSOLUT ascendería a esa cifra de 353.635,14 euros.**

Frente a esta argumentación de la que con claridad palmaria resultarla que la oferta de IRISMEDIA no es la económicamente más ventajosa, por resultar que el importe que el INAEM debería aportar por la prestación de los servicios es superior al que debería pagar si el adjudicatario fuera ADSOLUT, **el órgano de contratación, en el informe remitido no lleva a cabo prueba alguna, ni tan siquiera tampoco explicación alguna que resulte convincente y suficiente para enervar la conclusión ahora adoptada y avalada por los cálculos numéricos en que se soporta. Así expresamente manifiesta:**

"En segundo lugar, es cierto que en los últimos tiempos no se ha abonado recargo por emplazamiento por el INAEM y también que no se preveía un porcentaje de recargo tan elevado como el ofertado por la empresa adjudicataria . Pero también es cierto que el recargo por emplazamiento sólo se aplica a la prensa escrita, que no es el soporte en el que más invierte el Instituto , y que depende en cada inserción publicitaria de su propia decisión ya que puede o no optar por éste. De hecho, es el medio el que lo determina, sobre la elección del Instituto, y no en todos los casos tendría que abonarse .

En tercer y último lugar, **en los términos que establecen las prescripciones del pliego, la oferta de IRISMEDIA GESTION DE MEDIOS, S.L., es la más económica. El INAEM ha seguido escrupulosamente las prescripciones de los pliegos y se ha limitado a aplicar las fórmulas matemáticas tal y como éstos determinan. Las fórmulas son iguales para todas las empresas y todas, incluida la reclamante, han tenido conocimiento de las mismas con carácter previo a la apertura. Todas han tenido las mismas oportunidades "**

IRISMEDIA en su escrito de alegaciones presentado a este Tribunal, no lleva tampoco a cabo explicación alguna que permita comprobar que su oferta, a la que se le va a aplicar un recargo por emplazamiento, es económicamente más ventajosa que la de ADSOLUT que no lo va a aplicar , exponiendo a este respecto que "la diferencia es notoria y radica en que una de ellas la administración pagara un recargo de emplazamiento, en los casos específicos en que requiera el mismo, y en la otra, sin recargo de emplazamiento pero notoriamente más costosa para la administración, hará uso de tal emplazamiento ". En todo caso, las alegaciones de la IRISMEDIA en ningún caso, no obstante conocer el escrito de recurso desvirtúan la realidad matemática puesta de manifiesto por el recurrente, y de la que resulta que la oferta de este último es económicamente más ventajosa que la del licitador adjudicatario, al aplicarse sobre la totalidad de medios en soporte papel, prensa, suplementos y revistas, el recargo de emplazamiento .

Hubiera bastado para comprobar que la oferta de IRISMEDIA es la económicamente más ventajosa para el órgano de contratación, que se hubiera alegado y probado que el recargo por emplazamiento se aplica, por ejemplo, de una manera esporádica; pero nada se ha hecho a este respecto .

De este modo , **atendiendo lo señalado en el punto 3 del Cuadro resumen del PCAP "Sistema de determinación del precio" y a lo dispuesto en el cuadro B, donde las cuantías estimadas sobre las que el órgano de contratación entiende que debe aplicarse el recargo son coincidentes en su totalidad con las del cuadro A (para los medios prensa, suplementos y revistas -que son a los que se aplica el recargo-)ello lleva a interpretar que el recargo por emplazamiento en esos medios se aplica siempre, lo que determinaría, con arreglo a la doctrina de este Tribunal, a anular el procedimiento .** Aplicando este criterio resultaría, como afirma el recurrente, que la oferta del adjudicatario ascendería a 395.676,17 euros, y la de la recurrente a 353.635,14 euros, es decir, habría resultado adjudicataria una oferta que no es la más ventajosa.

Así, y refiriéndonos a la doctrina ahora puesta de manifiesto, en nuestra Resolución 426/2016 de 3 de junio, se manifestaba, con carácter previo a la declaración de nulidad del procedimiento, lo siguiente:

"Es decir, a la vista de las ofertas presentadas por los licitadores en este procedimiento, observamos una situación similar- la oferta de SICOMORO solo será económicamente más ventajosa para la Administración desde el punto de vista del precio si se vendieran más del triple de las entradas de acceso individual estimadas en el PPT y ello solo si la estimación de venta de entradas en grupo se mantiene igual a lo previsto en el mismo, lo que resulta de todo punto improbable, por lo que la ventaja de la oferta de SICOMORO, que ha obtenido la mayor puntuación en el criterio económico es solo aparente o ilusoria, lo que constituye un vicio de nulidad de la licitación, al frustrarse el objetivo fundamental de la valoración: identificar la oferta económicamente más ventajosa".

En esta misma resolución se citaba también la Resolución 64/2016, en la que igualmente se señalaba que "Este Tribunal se ha manifestado ya en otras ocasiones en relación con **la inadmisibilidad de introducir criterios de**



valoración que permitan a los licitadores efectuar ofertas hipotéticas o ilusorias que no se traduzcan en una verdadera ventaja para la Administración, desvirtuando así la finalidad del procedimiento".

De este modo, y con fundamento en todo lo anteriormente expuesto, ha de ser estimada la alegación del recurrente, procediendo a la anulación del procedimiento."

CUARTO.- Se ejercita en el actual proceso una pretensión de plena jurisdicción, en la que se postula, y además de la anulación de la resolución del **TACRC** objeto de impugnación, que se condene al INAEM a satisfacer a la recurrente una indemnización por el beneficio industrial del 6%, calculada sobre las bases que se señalan en el hecho sexto de la demanda, los cuales arrojan la cantidad de 87.877,98 €, o, subsidiariamente, el importe que la Sala considere ajustado a Derecho.

En pro de dicha pretensión se aducen, dicho sintéticamente, los siguientes argumentos:

a) El Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (apartado 11) establece que la adjudicación del contrato ha de realizarse conforme a " *criterios objetivos* ", consistentes en la valoración de la oferta económica de los licitantes y conforme a los "***criterios evaluables mediante fórmulas***" especificadas en el punto 10 del **Cuadro-Resumen**, contenido en el Anexo I del Pliego de Condiciones Administrativas Particulares; siendo así que la primera resolución de adjudicación, al producirse conforme a tales criterios objetivos y fórmulas, debe considerarse válida.

b) El principio de que los pliegos constituyen la *Lex contractus*; llamándose a este respecto la atención de que ADSOLUT S.L., que interpuso el recurso especial, no había llegado a impugnar los mismos dentro del plazo de quince días hábiles desde su publicación, o desde que fueron puestos a disposición de los licitantes según lo prescrito en el artículo 41 del TRLCSP, sometiéndose por tanto a su contenido.

c) La referida mercantil pretendió, utilizando una interpretación unilateral sobre la "ratio" de la valoración de cada uno de los tres componentes que determinan la oferta económica, sustituir los criterios objetivos de valoración fijados en los pliegos por los suyos propios, interesando del órgano de contratación la realización de correcciones en las puntuaciones resultantes de la aplicación de las fórmulas, lo que quebranta los mismos pliegos.

d) En este orden de cosas, se describe el significado de cada uno de tales criterios: 1º) el descuento por publicidad en medios (apartado 10.1.1.) valorado en 90 puntos, que se da siempre y que constituye la base económica fundamental para determinar el precio que habrá de abonar la Administración contratante, siendo por tanto la prestación básica; 2º) el "*recargo por emplazamiento*", que no se devenga siempre necesariamente, sino solamente si la Administración en una concreta publicación muestra un interés específico en que la publicidad conste en un determinado emplazamiento del medio (por ejemplo, página par o impar), razón por la que sólo se ha valorado con 5 puntos, lo que supone que en todos los casos en que no se solicite el precio de la publicidad se determinará exclusivamente por el primer parámetro, esto es, por las tarifas de los medios con los descuentos correspondientes; y 3º) la comisión de agencia, que se aplica sobre el precio base, estableciéndose el intervalo entre un 0,5% (aunque se admiten ofertas al 0% pero no se evaluarán de forma diferente a las del 0,5%) y un máximo del 2% (caso de superarse supondría causa de exclusión), representando también una repercusión moderada sobre el precio final al valorarse con un máximo de 5 puntos a la empresa licitante que ofertase la comisión más baja.

e) En todo caso, la aplicación de las fórmulas objetivas de valoración contenidas en los pliegos determinaron que IRISMEDIA obtuviera en su día la puntuación más alta, resultando por ello la adjudicataria del contrato. Se cuestiona así la hipótesis contemplada por ADSOLUT y acogida en la resolución impugnada, consistente en considerar que para todas las actuaciones publicitarias el INAEM solicitará un determinado emplazamiento soportando consecuentemente el recargo -supuesto en que su oferta sería efectivamente la económicamente más ventajosa-; pues en realidad esta hipótesis no se ajusta al contenido objetivo de los pliegos, en cuya redacción se tuvo ya en cuenta que no se iba a solicitar un emplazamiento específico en todas las actuaciones, pues en otro caso no se habría valorado este parámetro tan sólo con 5 puntos. Y en cambio, en el supuesto contrario si no se solicitase ningún emplazamiento, el precio que habría de satisfacerse por el demandante sería muy superior al que abonaría en el mismo supuesto ADSOLUT. En este sentido también se discrepa de la afirmación del recurso especial acerca de que el tenor de la Cláusula 11 permite al órgano contratante corregir el resultado matemático obtenido de la aplicación de las fórmulas -establece que "*Los criterios objetivos que han de servir de base para la adjudicación son los que se indican con su correspondiente ponderación en el punto 10 del Cuadro-Resumen*"-, debiendo derivar precisamente la adjudicación de la aplicación de tales criterios objetivos y conforme a las puntuaciones y fórmulas previstas en el punto 10.

f) La oferta efectuada por IRISMEDIA fue correcta y ajustada a los pliegos, no habiendo concurrido mala fe, abuso de Derecho o fraude de ley. Se considera al respecto que las alegaciones del recurso especial carecen

de todo fundamento, pues: aquella como se ha dicho ajustó su oferta estrictamente a las condiciones de los pliegos, razón por la que no cabe hablar de engaño; si ADSOLUT discrepaba de la idoneidad de las fórmulas previstas en los mismos, debió entonces haberlos impugnado en su momento; siguiendo su propia tesis, al ofrecer ella un recargo por descuento de 0, también podría decirse que perseguía asegurarse la puntuación máxima de 5 puntos por dicho parámetro aun cuando recibiera un precio mayor de forma generalizada; no es cierto que por mor de tales recargos pudiera la actora ofrecer mayores descuentos generales sobre las tarifas, ya que en el Documento 1 del escrito de sus alegaciones se aportaron tarifas oficiales extraídas de las páginas webs y certificados de los medios donde se aprecia la existencia de los correspondientes recargos de emplazamiento donde oscila el porcentaje entorno al 20%.

g) El **TACRC** ha apreciado indebidamente la nulidad de los pliegos cuando ADSOLUT no los había impugnado en tiempo y forma, alegando la supuesta inidoneidad de la fórmula de valoración prevista, mas lo que ya no cabía al no estar afectados por un vicio de nulidad radical; incluso al no haberse invocado el argumento por la recurrente hace que la resolución sea además incongruente. Y se citan, en este sentido, varias sentencias, como son las del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (sección 3) 232/2015 de 14 de mayo de 2015 dictada en el recurso 301/2014; y la de nº 232/2015 de 14 de mayo de 2015.

h) La indebida anulación de la resolución de adjudicación ha generado daños y perjuicios a la empresa IRISMEDIA, consistentes en la pérdida del beneficio que la misma ha dejado de recibir al haberse anulado indebidamente su adjudicación, los cuales deberán serle reintegrados conforme a lo establecido en el artículo 309.3 del TRLCSP.

QUINTO.- Lo s anteriores argumentos de la demanda necesariamente han de confrontarse con los consignados en la resolución del **TACRC** objeto de impugnación y con las alegaciones que en su día adujo entidad ADSOLUT en su recurso especial.

La Sala no dispone ahora de otros elementos de juicio distintos, ya que el Abogado del Estado ha eludido expresamente su personación, sin que lo hiciera, por tanto, en representación del INAEM que era la Administración contratante; y habiendo ello lo propio la referida mercantil, pese a que consta estar emplazada.

SEXTO.- El punto de partida, para resolver las cuestiones planteadas en el escrito rector, es necesariamente transcribir los particulares que ahora nos interesan del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares. En concreto los apartados siguientes:

- El apartado 11, en el que se alude a los " **criterios de adjudicación del contrato** " especificándose que se trata de " **criterios evaluables mediante fórmulas ("Precio" y otros, en su caso)** ", los cuales se recogen en el punto 10 del Cuadro-Resumen que forma parte del pliego como Anexo I.

- En el citado apartado 10 del Cuadro-Resumen se recogen concretamente los siguientes:

"Criterios de adjudicación evaluables mediante fórmulas y documentación para su valoración, que deberá incluirse obligatoriamente en el sobre nº 2.

10.1. OFERTA ECONÓMICA, ajustada la modelo Anexo VI ... hasta 100 puntos

10.1.1. Publicidad en medios ... hasta 90 puntos

La puntuación de cada empresa se obtendrá de la forma siguiente: se multiplicará el "descuento total sobre tarifa oficial" (en porcentajes de dos decimales), ofertado por los licitadores para cada medio con el valor correspondiente de la columna "**estimación**" (según cuadro que se incluye a continuación: Cuadro A). Seguidamente se sumarán los resultados obtenidos por cada empresa. La empresa que consiga el resultado total más elevado obtendrá 90 puntos. La puntuación del resto de las empresas será directamente proporcional al resultado obtenido, mediante una regla de tres simple (sumatorio a valorar x90/sumatorio más alto).

Cuadro A (...)

10.1.2. Recargo por emplazamiento... hasta 5 puntos.

La puntuación de cada empresa se obtendrá de la forma siguiente: se multiplicará el porcentaje de "recargo por emplazamiento en sección" (en porcentajes con dos decimales), ofertado por los licitadores para cada medio por el valor correspondiente de la columna "**estimación**" (según cuadro que se incluye a continuación: Cuadro B). Seguidamente se sumarán los resultados obtenidos por cada empresa. La empresa que consiga el resultado total menos elevado obtendrá 5 puntos. La puntuación del resto de las empresas será inversamente proporcional al resultado obtenido, mediante una regla de tres simple: (sumatorio más bajo x 5/sumatorio a valorar).

Cuadro B (...)

Nota para el cálculo de los cuadros A y B: (...)

10.1.3. Comisión de agencia... hasta 5 puntos.

La comisión de agencia, que percibirá ésta sobre el precio de los anuncios, una vez aplicados los descuentos y posibles recargos, será de un mínimo del 0,5% y de un máximo del 2%.

La empresa que oferte la comisión más baja (en cualquier caso, igual o superior al 0,5%) obtendrá 5 puntos. La puntuación del resto de las empresas se realizará según la siguiente fórmula:

$$\text{Puntuación} = \text{Comisión mínima ofertada (mínimo 0,5\%)} \times 5 \text{ puntos} / \text{Comisión a valorar}$$

Los valores ofertados para la comisión de agencia por debajo al 0,5% se aplicarán, tal y como se oferta, en las facturas. Ahora bien en la fórmula indicada se incluirán por 0,5% y no por el valor ofertado.

Las comisiones de las empresas superiores al 2% determinará la exclusión de las empresas."

- También ha de señalarse, por último, que en el punto 3 del Cuadro Resumen se alude al "sistema de determinación del precio", indicándose : "Se trata de un precio máximo, ya que se abonará sólo lo realmente encargado y ejecutado, y se ha determinado tomando como base las cantidades invertidas en el año 2015, así como las previsiones para el periodo que abarca el contrato".

SÉPTIMO.- Dicho lo anterior, abordaremos de manera conjunta los motivos aducidos de la demanda que de forma resumida han sido glosados en el cuarto fundamento jurídico, los cuales descansan en buena parte en la vinculación de las partes y del órgano de contratación al contenido de los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y, por tanto, a las fórmulas matemáticas de valoración que en ellos se contemplan.

Pues bien, ya se adelanta que esta Sala va a acoger en lo fundamental el planteamiento de la parte recurrente, lo que necesariamente ha de traer como consecuencia la **estimación** del presente recurso contencioso-administrativo.

Para ello comenzaremos reparando, como se deduce de los apartados 10 y 11 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que acaban de recogerse en el precedente fundamento de Derecho, en que para la resolución del procedimiento de adjudicación del contrato de referencia se establecen unos " **criterios objetivos** " para efectuar la valoración de las distintas ofertas económicas presentadas, los cuales consisten en "**criterios evaluables mediante fórmulas**" recogidos en el punto 10 del Cuadro-Resumen del Anexo I, siendo ahora importante destacar el hecho de que ninguna de las partes ha llegado a cuestionar -no lo fue en el recurso especial- que el resultado de su aplicación lleva necesariamente a la adjudicación en favor de la empresa IRISMEDIA AGENCIA DE MEDIOS, S.L., tal y como así lo decidió en su día el propio órgano de contratación, cuya resolución no obstante fue anulada por el **TACRC**.

Siendo así las cosas, resultan totalmente pertinentes los argumentos de la demanda en que se invoca el principio de que los pliegos constituyen la denominada Lex inter partes, conforme así se recoge en reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo.

En este sentido, en la sentencia de 9 de febrero de 2001 dictada en el recurso de casación número 1090/1995, transcrita parcialmente de la demanda, afirma dicho Alto Tribunal lo siguiente:

"[...] Es muy reiterada la doctrina de este Tribunal Supremo (plasmada, por ejemplo, en sentencias de 18 de abril de 1986 [RJ 1986 , 2797] , 3 de abril de 1990 [RJ 1990, 3576] y 12 de mayo de 1992 [RJ 1992, 4171]) en el sentido de que **el pliego de condiciones constituye la Ley del Concurso, debiendo someterse a sus reglas tanto el organismo convocante como quienes soliciten tomar parte en el mismo, especialmente cuando no hubieran impugnado previamente sus bases** , pues, en efecto, si una entidad licitante se somete al concurso tal y como ha sido convocado, sin impugnar en ningún momento las condiciones y bases por las que se rija, tomando parte en el mismo, con presentación de su correspondiente oferta, y prestando su consentimiento tanto a las propias prescripciones de la licitación como a la participación de las restantes entidades, carecerá de legitimación para impugnarlo después, contraviniendo sus "propios actos", cuando no resulte favorecida por las adjudicaciones, que obviamente, pretendía".

Seguidamente afirma, "Ciertamente, la doctrina que se acaba de reseñar puede ceder cuando los vicios denunciados son constitutivos de causa de nulidad de pleno derecho [...]". En relación con alegaciones respecto un pliego de prescripciones técnicas, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en Sentencia de fecha 11 de setiembre de 2009, recurso 807/2009, afirma con cita de jurisprudencia del TS : "En consecuencia, los pliegos constituyen la base del contrato y sus determinaciones las reglas conforme a las cuales debe ser cumplido al determinar el contenido de la relación contractual. En definitiva, como tiene reiteradamente declarado el Tribunal Supremo (sentencias, entre otras, de 6 de febrero (RJ 1988, 695) y 8 de Noviembre de 1988 (RJ 1988 , 8795) , 22 de enero de 1990 (RJ 1990, 402) y 21 de enero de 1994 (RJ 1994, 144)) el Pliego de Condiciones constituye la lex contractus con fuerza vinculante para el contratante y la Administración [...]".



OCTAVO.- No obstante la anterior ilustración, ha de ponerse de manifiesto que en realidad, y por el contrario de lo que considera la parte demandante, la resolución aquí impugnada no contiene ningún pronunciamiento anulatorio del contenido de los pliegos, de tal manera que no ha resultado alterado el contenido del punto 10 del Cuadro-Resumen del Anexo I, antes transcrito y que contiene los criterios objetivos de valoración, pese a que ADSOLUT en cierta manera los había cuestionado. Mas lo que verdaderamente ha sucedido es que el **TACRC** en dicha resolución, y pese a que no anula los pliegos, llega a un pronunciamiento que corrige -o altera- la puntuación resultante de su aplicación, más concretamente de las fórmulas que en ellos se prevén.

Esto último es el problema que precisamente ahora se plantea, derivado como decimos del hecho de que el referido Tribunal de la Contratación corrige el resultado obtenido de la aplicación de tales criterios, los cuales sin embargo no anula, y lo hace en base a considerar, partiendo de una determinada hipótesis, que la empresa que consiguió la mayor puntuación como consecuencia de su aplicación no había ofertado en realidad la proposición económica más ventajosa, explicándose tal afirmación en la propia resolución, tal y como hemos recogido en el segundo fundamento de esta sentencia.

Ahora bien esa solución, a juicio de esta Sala, no es sino el resultado de una previa construcción y composición de las ofertas un tanto artificiosa, ya que para determinar cual es realmente la oferta económica más ventajosa a juicio de dicho Tribunal, y amén de obviarse la puntuación resultante de la aplicación de los criterios objetivos previstos en los pliegos, con quebranto por tanto del principio de que los pliegos constituyen la ley del contrato, se toma una hipótesis en la que como punto de partida se considera que en todas las actuaciones publicitarias -absolutamente todas- se va a solicitar un emplazamiento específico, que sería -sólo en ese caso- cuando la oferta de ADSOLUT resultaría la económicamente más ventajosa. Y calificamos de artificiosa esa hipótesis porque, a tenor del informe del órgano de contratación y de las propias explicaciones dadas por la demandante, difícilmente la misma fue de tener lugar, siendo seguramente esta la razón por la que este parámetro se valora sólo con 5 puntos. Y si sucediese, en cambio, que no se solicita el emplazamiento en ninguna ocasión, entonces el precio que tendría que satisfacer la recurrente sería muy superior a la que abonaría en el mismo supuesto ADSOLUT, pudiendo en tal caso afirmarse que esta entidad se ha asegurado la máxima puntuación por este criterio, obviándose sin embargo esta alternativa en la resolución recurrida. En tal sentido reparar que en el mencionado informe el órgano contratación expresa: " *es cierto que en los últimos tiempos no se ha abonado recargo por emplazamiento por el INAEM...* "; " *el recargo por emplazamiento sólo se aplica a la prensa escrita...* "; " *depende en cada inserción publicitaria de su propia decisión ya que puede o no optar por éste* "; " *...no en todos los casos tendría que abonarse* ".

Así pues, lo que en definitiva se quiere poner de manifiesto es que en la resolución recurrida se ha efectuado un análisis parcial, al no contemplarse todas las hipótesis posibles sino sólo la que resultaba más beneficiosa para ADSOLUT.

Por otro lado, no es cierto, como también mantiene la actora, que el tenor de la Cláusula 11 permita al órgano contratante corregir el resultado matemático obtenido de la aplicación de las fórmulas. Nótese que la misma establece que " *Los criterios objetivos que han de servir de base para la adjudicación son los que se indican con su correspondiente ponderación en el punto 10 del Cuadro-Resumen* ", lo que significa que la referida " *ponderación* " ha de efectuarse sobre los tres criterios de valoración, que habrán de valorarse (" *ponderarse* ") en función de la puntuación que cada uno de ellos tiene prevista.

Así las cosas, en fin, la Sala no puede sino concluir que el **TACRC**, para determinar cual fue realmente la oferta económicamente más ventajosa, parte de una determinada hipótesis fáctica que resulta ser la más ventajosa para la entidad ADSOLUT, mas la cual difícilmente se dará en la práctica, amén que altera el resultado de la aplicación de las fórmulas matemáticas previstas en los pliegos; razón por la que ya procederá, como se adelantaba, la **estimación** del presente recurso contencioso-administrativo.

NOVENO.- En otro orden de cosas, cabe también apreciar que la resolución del **TACRC** está en parte viciada de incongruencia, pues adviértase que uno de los puntos sobre los que descansa su ratio decidendi consiste en que " *hubiera bastado para comprobar que la oferta de IRISMEDIA es la económicamente más ventajosa..., que se hubiera alegado y probado que el recargo por emplazamiento se aplica..., de una manera esporádica*", de tal modo que se viene a admitir que en esta hipótesis no habría estimado el recurso especial; cuando lo cierto es que la propia entidad ADSOLUT reconocía en su recurso que el segundo criterio, " *no obstante ser contemplados en el Pliego de Condiciones, no existen en la realidad práctica en lo que a la publicidad contratada para el INAEM se refiere* "; y lo que supone que estaba admitiendo su aplicación excepcional, en la línea de lo apreciado por el órgano de contratación en su informe, como se acaba de ver.

Tal incongruencia, siquiera en el planteamiento que dio lugar a la **estimación** del recurso especial, impide asimismo que pueda apreciarse, ante la ausencia de una prueba plena, que la mercantil aquí demandante



haya incurrido en mala fe a la hora de presentar su oferta, en tanto como es sabido esa situación no puede presumirse -" *la buena fe se presume siempre, y al que afirma la mala fe... corresponde la prueba* "-.

Así el argumento esgrimido en la resolución impugnada no era lo suficiente convincente como para poder tener por acreditada la referida situación de mala fe en la conducta de la inicialmente adjudicataria, en tanto como decimos está ausente una prueba que demostrase, siquiera por la vía de indicios, que su intención era " *aparentar* " que su proposición es la más ventajosa cuando no lo era en la realidad, pues a tenor de lo explicado no parece que fueran muchos los supuestos en que iba a percibir retribución por el emplazamiento consiguiendo la compensación del descuento ofrecido en la tarifa oficial, dado que su utilización sería esporádica. Además resulta que en las tarifas oficiales extraídas de las páginas webs se preveían recargos de emplazamiento en torno al 20%, lo que impide asimismo calificar de extraña la conducta de la mercantil demandante.

DÉCIMO.- A la conclusión alcanzada no cabe oponer la previsión del punto 3 del Cuadro Resumen sobre el " *sistema de determinación del precio* ", cuando indica que " *Se trata de un precio máximo, ya que se abonará sólo lo realmente encargado y ejecutado, y se ha determinado tomando como base las cantidades invertidas en el año 2015, así como las previsiones para el periodo que abarca el contrato* ". Y decimos que no altera nuestra conclusión, porque el significado de la expresión " *precio máximo* " no es sino una prevención de que el mismo no ha de satisfacerse en su integridad, sino sólo el que corresponda a las actividades publicitarias realmente realizadas. En este sentido, insistimos, conforme a los pliegos la determinación de la oferta económicamente más ventajosa no se obtiene partiendo de ese precio máximo, sino de la puntuación resultante de aplicar las fórmulas matemáticas previstas a cada uno de los parámetros, conforme a lo explicado.

UNDÉCIMO.- A modo de conclusión de todo lo expuesto, las alegaciones aducidas en su día en el recurso especial y recogidas en la resolución del **TACRC** impugnada, no permiten en modo alguno tener por acreditada una situación de **mala fe, abuso de Derecho o fraude de ley en la mercantil IRISMEDIA, razón por la que ha de considerarse que su oferta fue correcta y ajustada a los pliegos, de cuyos criterios objetivos de valoración, consistentes en la aplicación de fórmulas matemáticas, resultaba que la misma era claramente la proposición económicamente más ventajosa; no siendo lícita, por tanto, la corrección efectuada por el citado órgano cuando estimando el recurso especial adjudica el contrato en favor de ADSOLUT, al alterar con ello el resultado obtenido de la aplicación de tales criterios y que dio lugar a la adjudicación inicial para aquella, que obtuvo la puntuación más alta tras " ponderarse " -no corregirse- los tres parámetros a que ya se ha hecho referencia.**

Pero además de anularse la resolución del TACRC objeto de impugnación y confirmar en consecuencia el inicial acto de adjudicación en favor de IRISMEDIA, deberá también reconocérsele, dentro de la vertiente de plena jurisdicción de su pretensión, el derecho a obtener la indemnización correspondiente.

En este sentido el artículo 300.3 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público - aplicable al contrato que nos ocupa por razones temporales-, y en el cual se apoya la actora por razones de analogía, establece que: " *En el caso de desistimiento o de suspensión del suministro por plazo superior a un año por parte de la Administración, el contratista tendrá derecho al 6 por 100 del precio de las entregas dejadas de realizar en concepto de beneficio industrial.* "

También invoca el artículo 309.3, conforme al cual: " *En el caso de la letra b) del artículo anterior (El desistimiento o la suspensión del contrato por plazo superior a un año acordada por la Administración...) el contratista tendrá derecho al 10 por 100 del precio de los estudios, informes, proyectos o trabajos pendientes de realizar en concepto de beneficio dejado de obtener.* "

Y se solicita concretamente la indemnización en el porcentaje del 6% de los trabajos que hubieran debido realizarse bajo el contrato y durante el periodo mínimo de duración de un año.

Ahora bien, la Sala considera más prudente diferir la cuantificación de la indemnización para el periodo de ejecución de sentencia, fijándose ya como base para determinar el beneficio dejado de percibir el 6% de la retribución satisfecha a ADSOLUT por el contrato de referencia durante un año.

DUODÉCIMO.- En lo que hace al pronunciamiento sobre las costas procesales, a tenor de lo dispuesto en el art. 139.1 LJCA y dada la **estimación** parcial del recurso procederá no efectuar especial imposición a ninguna de las partes.

Vistos los preceptos ya citados, así como los de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS



ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso contencioso-administrativo **núm. 1089/2016**, deducido por el Procurador don Victorio Venturini Medina en nombre y representación de la mercantil **IRISMEDIA AGENCIA DE MEDIOS, S.L.**, contra la Resolución nº 796/2016 dictada por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de fecha 7 de octubre de 2016, en el expediente de Contratación denominado " *Servicios de publicidad de las actividades que acuerden programar los Centro y Unidades de producción dependientes del INAEM durante la temporada 2016-2017* "; la cual anulamos por su disconformidad con el ordenamiento jurídico, confirmando la adjudicación inicial efectuada a su favor.

RECO NO CER EL DE DERECHO de dicha parte a que el INAEM le indemnice por el beneficio industrial dejado de obtener, el cual se determinará en el periodo de ejecución conforme a las bases expresadas en el fundamento de derecho undécimo, in fine, de esta sentencia.

Todo ello sin efectuar una condena especial en cuanto a las costas causadas en dicho litigio.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación, que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2. de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casaciones objetivo que presenta.

Así por esta nuestra sentencia, testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen, junto con el expediente, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- La anterior Sentencia ha sido publicada en la fecha que consta en el sistema informático. Doy fe.