



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE
CONTRATOS PÚBLICOS DE NAVARRA**

Yanguas y Miranda, 27 -1º
31003 PAMPLONA
Tfnos. 848 42 29 73
Fax 848 42 29 78
E-mail: tribunal.contratos@navarra.es

Expte.: R-45/2015

ACUERDO 45 /2015, de 11 de agosto, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por la que estima la reclamación en materia de contratación pública interpuesta por “Eteria Marketing y Comunicación S.L.” frente a la Resolución 59/2015, de 1 de julio, de la Directora General de Comunicación-Oficina del Portavoz del Gobierno, por la que se adjudica el contrato de asistencia técnica para la gestión de la campaña publicitaria “Turismo Navarra 2015” en el buscador Google y en las redes sociales Facebook y Youtube.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 15 de abril de 2015 la Directora General de Comunicación – Oficina del Portavoz del Gobierno publicó en el Portal de Contratación de Navarra el anuncio de licitación del contrato para la “Publicidad on line de Turismo Navarra en buscador Google y en redes sociales Facebook y Youtube” mediante procedimiento abierto y con un valor estimado de 100.000 Euros.

SEGUNDO.- Mediante Resolución 59/2015, de 1 de julio, de Directora General de Comunicación – Oficina del Portavoz del Gobierno se adjudicó el contrato a los licitadores en participación “Carmen Dieste Campos, S.L.” y “Wink TTD, S.L.” por el importe de 89.976 Euros (I.V.A. excluido).

TERCERO.- Con fecha 6 de julio de 2015 “Eteria Marketing y Comunicación S.L.” presentó, ante este Tribunal, reclamación frente a dicha adjudicación fundamentada en que la oferta presentada por la empresa adjudicataria debía haber sido considerada anormalmente baja al ser inferior en más de un 30% al importe estimado para la asistencia técnica licitada, solicitando por ello que se revise la resolución de

adjudicación y se adopten las medidas que correspondan conforme a la ley, considerando que el importe a tener en cuenta para calcular si la oferta era o no anormalmente baja debía excluir la inversión directa en los medios on line por ser costes fijos y no trabajos a prestar por la empresa adjudicataria.

CUARTO.- Con fecha 20 de julio de 2015 la Dirección General de Comunicación – Oficina del Portavoz del Gobierno aporta el expediente del contrato sin presentar alegaciones.

QUINTO.- Con fecha 27 de julio de 2015 comparece ante el Tribunal la mercantil “Carmen Dieste Campos, S.L.” y formula las siguientes alegaciones frente a la reclamación:

a) Que el argumento que emplea la reclamante sobre que se pone en riesgo el cumplimiento del contrato por la baja ofertada es una presunción y no una realidad demostrable. Considera, en cambio, que todo el ingreso obtenido por la asistencia es beneficio bruto de la empresa, dado que no existen gastos externos ajenos al desarrollo profesional de los trabajadores de la adjudicataria, remitiéndose a lo ya aportado al expediente en el trámite de justificación de la baja que realizó.

b) Que la reclamación confunde intencionadamente lo que es mera valoración de la oferta económica con el importe del contrato cuando el artículo 91 LFCP se refiere a que el cálculo debe hacerse respecto al importe estimado del contrato. A tal efecto debe tenerse en cuenta que las facturas que se giren lo serán por el importe de 89.976 euros (I.V.A. excluido), es decir el presupuesto de la licitación con una baja del 11%.

SEXTO.- Mediante Acuerdo 42/2015, de 30 de julio, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, se otorgó, al amparo del artículo 213,2, último inciso LFCP, un plazo de alegaciones a las partes interesadas en la reclamación en relación con la existencia de posible causa de nulidad advertida de oficio.

SÉPTIMO.- La reclamante, con fecha 31 de julio de 2015, haciendo uso del trámite conferido, ha realizado alegaciones en el sentido de señalar que concurre causa de nulidad del procedimiento de adjudicación al haber modificado el órgano de contratación la información publicada sobre la valoración de la oferta económica, generándose confusión entre los participantes en la misma y quiebra de los principios de igualdad y no discriminación que deben operar como principios fundamentales de la contratación pública.

OCTAVO.- Con fecha 3 de agosto de 2015, CDC COMUNICACIÓN presenta alegaciones defendiendo la existencia de la modificación en la forma de valoración económica establecida en el punto 10. d) del Pliego de Cláusulas Administrativas, si bien manifiesta que se mantiene el mismo valor estimado del contrato, que no es de 15.000 euros, como pretende sostener la parte reclamante, sino de 100.000 + IVA.

A lo señalado añade que la señalada modificación no genera confusión alguna y en el caso de que hubiera sido así, todas las empresas tenían la oportunidad de haber realizado alguna aclaración, siendo CDC COMUNICACIÓN la única que la solicitó.

También entiende que tras la modificación se otorgaron los plazos necesarios para que las licitadoras pudieran adecuar sus ofertas y pudieran preguntar cualquier duda.

NOVENO.- El órgano de contratación no ha realizado ningún pronunciamiento al respecto de la advertencia de la existencia de la posible causa de nulidad realizada por este Tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Conforme a lo previsto en el artículo 2.1.b) de la LFCP, las decisiones que adopte la Administración de la Comunidad Foral de Navarra, de la que formaba parte la Dirección General de Cultura- Oficina del Portavoz del Gobierno, en el marco de un procedimiento de adjudicación de contratos públicos, están sometidas a las

disposiciones de la citada Ley Foral y, de acuerdo con el artículo 210.1 de la misma norma, pueden ser impugnadas ante este Tribunal.

SEGUNDO.- La reclamación ha sido interpuesta por persona legitimada al tratarse del reclamante de un licitador participante en el procedimiento de adjudicación, cumpliendo con ello el requisito establecido en el artículo 210.1 de la LFCP de estar interesados en la licitación y adjudicación del contrato.

TERCERO.- La interposición de la reclamación se ha producido dentro del plazo legal de diez días naturales previsto en el artículo 210.2.b de la LFCP.

CUARTO.- Se impugna la Resolución 59/2015, de 1 de julio, de la Directora General de Comunicación-Oficina del Portavoz del Gobierno, por la que se adjudica el contrato de asistencia técnica para la gestión de la campaña publicitaria "Turismo Navarra 2015" en el buscador Google y en las redes sociales Facebook y Youtube, por haber sido dictada con infracción de los principios rectores de la contratación pública y de los criterios de adjudicación fijados y aplicados, lo cual está incluido entre los motivos tasados que el artículo 210.3 de la LFCP recoge para fundar una reclamación en materia de contratación pública.

QUINTO.- La reclamación la funda la reclamante en haber resultado adjudicatario del contrato un licitador que presentó una oferta anormalmente baja al ser inferior al 30 % del importe estimado del contrato, si bien a la pretensión deducida inicialmente se ha añadido la nulidad de todo el procedimiento de adjudicación tras haber hecho uso este Tribunal del trámite que le faculta el artículo 213.2, último inciso, en el cual la parte reclamante ha manifestado existir causa de anulación de la adjudicación del contrato.

Así, la parte reclamante manifiesta que la confusión de las empresas participantes a la hora de realizar sus ofertas económica, tras la modificación de la información publicada en el Portal de Contratación de Navarra por el órgano de contratación y la posterior alteración en los criterios de valoración de las ofertas

presentadas, ha ocasionado la quiebra de los principios de igualdad y no discriminación que deber regir como principios fundamentales en la contratación pública.

Por el contrario, la adjudicataria, aún reconociendo la existencia de una modificación de los criterios de adjudicación, defiende su bondad porque considera que dicha modificación no sólo era necesaria para mantener la legalidad del criterio de adjudicación afectado sino que no existió merma de los derechos de los licitadores toda vez que la ampliación de los plazos de presentación de ofertas y de solicitud de aclaraciones permitieron a las licitadoras adecuar sus ofertas, además de entender que la confusión alegada se podría haber evitado de haber solicitado las licitadoras aclaración, sin que ninguna de ellas lo hubiera hecho a excepción de la propia adjudicataria.

Por tanto, la resolución de la pretensión formulada determina la necesidad de analizar la naturaleza y el alcance de la modificación realizada por el órgano de contratación al efecto de determinar si en el curso de la misma fueron vulnerados los señalados principios rectores de la contratación pública, en cuyo caso el examen de la cuestión suscitada inicialmente de la existencia de oferta normalmente baja no requeriría ser examinada.

SEXTO.- Los PCAP del contrato de asistencia de “Publicidad on line de Turismo Navarra en buscador Google y en redes sociales Facebook y Youtube” publicados en el Portal de Contratación de Navarra señalan lo siguiente en la cláusula 10:

“10. CRITERIOS PARA LA ADJUDICACIÓN

Los criterios de adjudicación por los que se rige el presente procedimiento de tramitación son los siguientes:

a) Plan de trabajo y conocimiento del medio: 25 puntos.

Se valorará la estrategia y el plan de trabajo que presente el licitador para cada medio y la proporción del presupuesto que, en consecuencia, estime oportuno invertir, de acuerdo al Plan Integral de Turismo de Navarra (que se puede solicitar a c.o.i.@cfnavarra.es) y a la creatividad publicitaria que se le facilitará y que deberá

emplear (con las mejoras, adaptaciones y actualizaciones que se acuerden) para este trabajo de publicidad on line. Aportará, además, la secuencia de tareas en el plan de trabajo, contemplando las dificultades y sus soluciones.

Se valorará el conocimiento del sector publicitario en buscadores y redes sociales que demuestre el licitador, así como de los presumibles problemas a afrontar en la ejecución del contrato.

No se procederá a la apertura de la oferta económica de aquellos licitadores que no obtengan al menos 15 puntos en el apartado del plan de trabajo y conocimiento del medio.

b) Relación de acciones publicitarias previstas: 19 puntos.

De acuerdo con el plan de trabajo, el licitador deberá presentar, para Google, Facebook y Youtube, la relación detallada de actuaciones previstas, con su cronograma, impacto previsto y tarifa negociada.

Se valorará con 19 puntos la oferta que resulte más ventajosa, en relación a la diversidad de actuaciones previstas y su encaje con la campaña de creatividad de Turismo Navarra 2015; a la adecuación del cronograma previsto; a la relación de impactos y coste de las acciones propuestas.

c) Mejoras de contrato: 6 puntos

Por cada mes adicional de servicio, sin coste para la Administración contratante: 2 puntos.

d) Oferta económica: 50 puntos.

El precio máximo del contrato es de 121.000 euros, IVA incluido. Del precio ofertado para la ejecución del contrato al menos 85.000 euros + IVA serán destinados obligatoriamente al abono de los servicios publicitarios contratados con el buscador Google y las redes sociales Facebook y Youtube. El resto del precio ofertado se destinará al pago de la asistencia técnica que debe prestar el licitador (incluye:

adaptación de las creatividades/imágenes existentes o generación de las mismas; la intermediación con Google, Facebook y Youtube; y la gestión y apoyo administrativo y coordinación con el Servicio de Comunicación).

A la oferta más económica se le asignarán 50 puntos, minorándose las demás de forma inversamente proporcional, conforme a la siguiente fórmula: puntuación de oferta = importe de la oferta más económica X 50/ importe de la oferta

En caso de que se produjera empate en la puntuación entre dos o más licitadores, éste se dirimirá en favor de la empresa con mayor porcentaje de trabajadores discapacitados, menor índice de eventualidad, y realización de buenas prácticas en materia de género, conforme a lo dispuesto en el artículo 51.3 de la Ley Foral 6/2006, de Contratos Públicos.

En caso de que se produjera empate en la puntuación entre dos o más licitadores, éste se dirimirá en favor de la empresa con mayor porcentaje de trabajadores discapacitados, menor índice de eventualidad, y realización de buenas prácticas en materia de género, conforme a lo dispuesto en el artículo 51.3 de la Ley Foral 6/2006, de Contratos Públicos”.

Por tanto, los PCAP establecen en el criterio de adjudicación oferta económica que, siendo el precio máximo del contrato 100.000 euros IVA excluido (121.000 euros IVA incluido), los licitadores deben destinar un mínimo de 85.000 euros IVA excluido al pago de servicios publicitarios y el resto del precio (un máximo de 15.000 euros IVA excluido) se destinará al pago de la asistencia técnica que debe prestar el licitador.

Pero, además, el criterio de adjudicación “Plan de trabajo y conocimiento del medio”, correspondiente a la valoración de la oferta técnica refiere que “*Se valorará la estrategia y el plan de trabajo que presente el licitador para cada medio y la proporción del presupuesto que, en consecuencia, estime oportuno invertir...*”

De este modo, los PCAP exigen a los licitadores realizar una inversión mínima en la campaña de publicidad (al menos 85.000 euros IVA excluido) que necesariamente debería ser incluida en el sobre 2 a efectos de ser valorada como parte de la oferta técnica, teniendo en cuenta que la cláusula 9, referida a las normas para presentación de propuestas, en relación a la documentación a incluir en cada uno de los sobres por los licitadores, establece lo siguiente:

“Sobre número 2 (propuesta técnica)

Incluirá toda la documentación que aporte el licitador para que se valoren y puntúen los criterios de adjudicación establecidos en las cláusulas 10-a, 10-b y 10-c del presente Pliego.

Serán excluidas las ofertas que presenten dentro de su propuesta técnica el precio ofertado (cláusula 10-d”).

Por otra parte, también aparece publicado en el anuncio de licitación un apartado de “Aclaraciones realizadas sobre la licitación” en relación a consultas formuladas por los licitadores, figurando de modo particular una formulada el día 29 de abril de 2015, dentro del apartado “Consultas en referencia al pliego de cláusulas administrativas” que señala lo siguiente:

"1. En el punto 10. b) de los pliegos, relativo a los criterios de adjudicación se dice que "De acuerdo con el plan de trabajo, el licitador deberá presentar para Google, Facebook y Youtube, la relación detallada de actuaciones previstas, con su cronograma, impacto previsto y tarifa negociada. Se valorará con 19 puntos la oferta que resulte más ventajosa, en relación a la diversidad de actuaciones previstas y su encaje con la campaña de creatividad de Turismo Navarra 2015; a la adecuación del cronograma previsto; a la relación de impacto y coste de las acciones propuestas". Sin embargo, en el apartado 9, relativo a los sobres, se indica que "Serán excluidas las ofertas que presenten dentro de su propuesta técnica el precio ofertado". Querriamos saber, por tanto, en base a qué datos de coste van a realizar la valoración del sobre 2 si no se permite incluir en ese sobre el precio ofertado ¿O es que la prohibición de incluir sobre el precio ofertado se refiere únicamente a la parte de la asistencia técnica

prestada y no a los 85.000 que obligatoriamente deben invertirse en Google, Facebook y Youtube?

2. (...)

Respuestas:

1.- *"Efectivamente, la oferta económica en esta licitación (la que debe aportar en el sobre nº 3, según la cláusula 9ª del pliego) es el precio que la empresa oferta por su asistencia técnica, sobre un precio máximo de 15.000 euros IVA excluido. En el sobre nº 2 el licitador debe aportar las tarifas correspondientes a la ejecución de la campaña de publicidad que propone, con una inversión final de 85.000 euros, IVA excluido".*

2.- (...)"

Aclaración sobre la cláusula 10-d del pliego del contrato de promoción Turismo en redes sociales (07/05/2015):

Consulta:

1.- *Entendemos que a la fórmula de calcular la puntuación tiene un error tipográfico.*

2.- *A la hora de realizar los cálculos de puntuación ¿se realizan sobre la oferta económica (máximo 15.000 euros) o sobre el precio total ofertado (85.000+oferta económica)?*

Respuesta:

1.- *"Es cierto, falla el símbolo (/) de dividir en la fórmula.*

2.- *"La puntuación económica se valorará por el precio ofertado para la asistencia técnica del contrato, que no puede ser superior a 15.000 euros".*

Pues bien, analizada la contestación del órgano de contratación a las consultas referidas, se puede apreciar que la resolución de las mismas se ha basado en una interpretación que modifica de modo claro y flagrante los criterios de adjudicación regulados en el PCAP, transgrediendo así lo estipulado en su apartado b.) de la cláusula 109 en dos sentidos:

– En el sobre 2 deben los licitadores aportar las tarifas correspondientes a la ejecución de la campaña con una inversión final de 85.000 euros, IVA excluido, en lugar de "al menos 85.000 euros, IVA excluido", que se establece en el Pliego publicado.

– En el sobre 3 las empresas deben incluir el precio que ofertan sobre un máximo de 15.000 euros, IVA excluido, en lugar de los 100.000 euros, IVA excluido, al deducir del mismo los 85.000 euros correspondientes a la inversión fija en medios de publicidad.

Posteriormente a la resolución de las citadas consultas, el órgano de contratación procedió a publicar, con fecha 30 de abril de 2015, dentro del epígrafe de aclaraciones del anuncio de licitación, una reseña de “*Modificación en el Pliego de Cláusulas Administrativas, punto 10. d)*”, que abre el siguiente texto:

“Modificación en el Pliego de Cláusulas Administrativas, punto 10.d).

Donde dice:

d) Oferta económica: 50 puntos.

El precio máximo del contrato es de 121.000 euros, IVA incluido. Del precio ofertado para la ejecución del contrato al menos 85.000 euros + IVA serán destinados obligatoriamente al abono de los servicios publicitarios contratados con el buscador Google y las redes sociales Facebook y Youtube. El resto del precio ofertado se destinará al pago de la asistencia técnica que debe prestar el licitador (incluye: adaptación de las creatividades/imágenes existentes o generación de las mismas; la intermediación con Google, Facebook y Youtube; y la gestión y apoyo administrativo y coordinación con el Servicio de Comunicación).

A la oferta más económica se le asignarán 50 puntos, minorándose las demás de forma inversamente proporcional, conforme a la siguiente fórmula: puntuación de oferta = importe de la oferta más económica X 50 /importe de la oferta

Debe decir:

d) Oferta económica: 50 puntos.

La oferta económica se corresponderá con el precio de la asistencia técnica que debe prestar el licitador para la ejecución de las acciones publicitarias recogidas en su oferta técnica (con una inversión total en el buscador Google y las redes sociales Facebook y Youtube que sume 85.000 euros IVA excluido) y, en su caso, las mejoras que presente conforme a la anterior cláusula 10-c. La asistencia técnica incluye: adaptación de las creatividades/imágenes existentes o generación de las mismas; la intermediación con Google, Facebook y Youtube; y la gestión y apoyo administrativo y coordinación con el Servicio de Comunicación. El precio máximo por esta asistencia técnica es de 15.000 euros, IVA excluido.

A la oferta más económica se le asignarán 50 puntos, minorándose las demás de forma inversamente proporcional, conforme a la siguiente fórmula: puntuación de oferta = importe de la oferta más económica X 50/ importe de la oferta

El precio máximo del contrato es, por tanto, de 100.000 euros, IVA excluido: los 85.000 euros IVA excluido que el licitador debe presupuestar obligatoriamente para las acciones publicitarias que proponga e incluir, con detalle, como oferta técnica (sobre nº 2); y la oferta económica, que no puede ser superior a 15.000 euros IVA excluido, que corresponde con el precio por la asistencia técnica del licitador para la ejecución de su oferta técnica (y que deberá presentar en el sobre nº 3)”.

De esta manera, en el anuncio de licitación figura, tras la resolución de una consulta que no se ajusta a la literalidad de los PCAP, una aclaración que introduce una modificación de los criterios de adjudicación de los PCAP, a la vez que se mantiene publicado en el mismo anuncio de licitación el PCAP en su texto original, es decir, sin introducir modificación alguna en la cláusula 10. b).

Por otra parte, en el propio anuncio de licitación se advierte también que se establece un nuevo plazo de solicitudes de participación u ofertas desde el 16 de abril a 8 de mayo de 2015.

Siendo así, habiendo sido publicado el anuncio de licitación en el Portal de Contratación de Navarra el 15 de abril de 2015, el plazo de 18 días mínimamente establecido en el procedimiento abierto inferior al umbral comunitario (art. 90.1 LFCP) para la presentación de ofertas finaba el día 3 de mayo de 2015, por lo que en puridad no significa que se iniciara un nuevo plazo sino que el inicial establecido fue ampliado en 5 días, esto es, desde el 3 al 8 de mayo de 2015.

Así también lo acredita el correo electrónico de fecha 30 de abril remitido desde la Secretaría General Técnica del Departamento de Cultura y Turismo al Director del Servicio de Comunicación, que figura en el expediente administrativo, señalando que *“Al hacer aquella otra aclaración ampliamos el plazo de presentación de ofertas... En este caso, que acaba el lunes y con puente de por medio, además del mail que les vas a mandar a las empresas interesadas, quizás sería conveniente ampliar el plazo también para evitarnos problemas”*, correo que se contesta con otro que remite el texto de la aclaración que contiene la modificación de la cláusula 10.2 b) de los PCAP.

SEXTO.- Si el órgano de contratación, a la vista de la consulta recibida por uno de los licitadores, apreció causa razonable para modificar los criterios de adjudicación regulados en los PCAP, debería haber dejado sin efecto la convocatoria de la licitación para volver a publicar nuevo anuncio de licitación conforme al nuevo PCAP y abrir la posibilidad, no sólo de que las empresas interesadas en la licitación pudieran adecuar sus ofertas a la vista de los nuevos criterios de adjudicación regulados, sino de que otros licitadores pudieran presentar nuevas ofertas.

A este respecto, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª) Sentencia num. 371/2011 de 16 mayo señala que: *“Expuesto lo que antecede la cuestión litigiosa estriba en considerar si mediante la “Rectificación de errores” pueden modificarse el pliego de prescripciones administrativas y si cabe la ampliación del plazo de la presentación de ofertas. La forma de actuar referida por parte de la Administración vulnera el ordenamiento jurídico, pues, la sentencia del Tribunal Supremo de 15/2/2006 se pronuncia en los términos siguientes: “Es doctrina reiterada desde antiguo de la Sala 3ª del Tribunal*

Supremo que en el pliego de cláusulas administrativas particulares, en el que se establecerán los criterios objetivos que han de servir de base para la adjudicación del concurso, como exige el artículo 87 Ley 13/1995 de 18 de mayo ,, es la Ley del concurso de forma que ha de observarse un respeto escrupuloso hacia sus bases, con verdadera fuerza vinculante para los contratantes y la Administración (SSTS de 22 de enero de 1990 y 24 de junio de 1995); en consecuencia ha de estarse en todo momento a lo que se consigne en el mismo, teniendo en cuenta que para resolver las cuestiones relativas al cumplimiento, inteligencia y efectos de los contratos administrativos es norma imperativa lo dispuesto en el Pliego de Condiciones que han de regir el proceso administrativo en ejecución (SSTS 25 de mayo y 28 de noviembre de 2000

Consecuentemente su modificación ha de operar con anterioridad al desarrollo del concurso y siempre con motivación suficiente.

Pues bien la Administración mediante una mera "Corrección de errores" procedió a una modificación sustancial de las prescripciones administrativas, y a una ampliación del plazo de presentación de ofertas, lo que no puede sustentarse en el artículo 142.3 de la Ley 30/2007 de 30 de octubre de Contratos del Sector Público que dice: "Cuando los pliegos y la documentación o la información complementaria, a pesar de haberse solicitado a su debido tiempo, no se haya proporcionado en los plazos fijados o cuando las ofertas solamente puedan realizarse sobre el terreno o previa consulta "in situ" de la documentación que se adjunta al pliego, los plazos para la recepción de ofertas se prorrogarán de forma que todos los interesados afectados puedan tener conocimiento de toda la información necesaria para formular ofertas" Ni en el artículo 78.3 del Real Decreto 1098/2001 de 12 de octubre , por el que se apruebas el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas que prevé: "Los órganos de contratación deberán prorrogar los plazos previstos para la presentación de las proposiciones cuando las ofertas no puedan ser formuladas sin inspeccionar previamente los lugares en que ha de ejecutarse la obra o el contrato o sin consultar los documentos anexos al pliego de cláusulas administrativas particulares y estos no hayan podido ser facilitados por su volumen, en el plazo señalado en el apartado I", puesto que la Entidad Autonómica no pretendió en ningún momento ampliar una información que dice era incompleta respecto a los

posibles participantes de un concurso, sino que procedió a la modificación sustancial de las "prescripciones técnicas contractuales", lo que a tenor de la doctrina expuesta era absolutamente improcedente, así como amplió el plazo de presentación de ofertas que ya había caducado. Por ello se declara la nulidad del expediente de contratación del servicio de funcionamiento y apoyo técnico administrativo en materia deportiva de la Casa de Federaciones Deportivas Aragonesas desde la finalización del primer plazo concedido para concursar, a los efectos de que la Administración dicte la resolución procedente”

En el caso de autos, la ampliación del plazo no fue consecuencia de la necesidad de modificar determinados errores materiales detectados para eliminar dudas de la licitación, sino de una modificación de los PCAP realizada en el transcurso del procedimiento de licitación, por lo que la aclaración realizada excedería del ámbito objetivo de la rectificación de errores materiales que el artículo 105.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común permite, con lo cuál carece de toda base legal porque si los PCAP inducen a confusión, de conformidad con lo prevenido en el artículo 27 LFCP, los interesados podrán solicitar la aclaración oportuna a la Administración competente, pero sin que esta pueda desvincularse de las bases de la convocatoria.

Por lo expuesto, el órgano de contratación, con su proceder, no dio plena garantía a los derechos de todos los interesados porque no se encontraron en condiciones de igualdad para acomodar sus ofertas a los nuevos criterios de adjudicación modificados como consecuencia de una aclaración solicitada por un licitador en concreto, como lo acredita el hecho de que dos de las empresas participantes en la licitación presentaron sus ofertas ajustándose a los criterios de adjudicación regulados en los PCAP publicados.

SÉPTIMO.- La Resolución de adjudicación 59/2015, de 1 de julio objeto de la presente reclamación hace constar lo siguiente:

“La unidad acordó penalizar con hasta 2 puntos a las empresas que no se ceñieron a la inversión de 85.000 euros más IVA, cuestión que no permitió, entre otros factores (diversidad de formatos, propuestas, etc) hacer valoraciones homogéneas, señalando que la empresa adjudicataria debería rehacer su propuesta si fuera preciso para invertir la cuantía mencionada. Igualmente, restó un punto a las empresas que planteaban inversiones más allá del 30 de septiembre.

(...)

El 27 de mayo la unidad gestora valoró el sobre 3 (propuesta económica), conforme al punto 10. d) de los pliegos, modificado durante la vigencia del anuncio de licitación. En primer lugar, la unidad, conforme al criterio trasladado por la Secretaría General Técnica, acordó valorar dos ofertas económicas que no se ajustaban a las técnicas. Villa Mcluhan ofertaba sobre el conjunto del contrato, no sólo la asistencia técnica. Se decidió detraer los 85.000 euros más IVA correspondientes a la inversión directa en Google y Facebook. Gabinete Seis no se ajustaba al pliego y daba precios, incluido el de la asistencia técnica. Y los ofertaba todos sin IVA, al contrario de lo que pedía en el pliego. Se acordó sumar el IVA al precio ofertado para la asistencia técnica”

Por tanto, resulta que es el propio órgano de contratación quien deja entrever la confusión que la modificación de la cláusula del PCAP ha provocado en los licitadores toda vez que, por un lado, deja constatado que la presentación de ofertas que no se ceñían a los nuevos criterios de adjudicación impedían hacer valoraciones homogéneas y, por otro, que la empresa adjudicataria debería rehacer su propuesta para ajustarse a la inversión exigida en medios de publicidad, con lo que resulta evidente que el principio de igualdad y discriminación no quedó garantizado en absoluto.

Efectivamente, dos de las empresas presentaron sus ofertas técnicas sin ajustarse a la inversión obligatoria de 85.000 euros, IVA excluido, exigida por el órgano de contratación con posterioridad a la publicación de los PCAP, pues en ambos casos se proponía por los licitadores una inversión superior, de la misma manera que las ofertas económicas presentadas, que se ajustaban plenamente a lo estipulado en los PCAP, esto

es, incluyendo en la misma tanto el precio de su asistencia técnica como la inversión publicitaria a realizar.

Pues bien, una vez llegado a este punto, después de reconocer que las ofertas de los licitadores no podían ser valoradas homogéneamente, el órgano de contratación opta por continuar con el procedimiento de adjudicación admitiendo a las empresas que según sus conjeturas no ajustaban sus proposiciones a los PCAP, pero para sortear el problema manifestado procede a modificar las ofertas presentadas por algunos licitadores para adaptarlas a los nuevos criterios de adjudicación, por un lado, y a aplicar en la valoración de las ofertas una penalización no prevista en los PCAP, por otro.

Así, en primer lugar, la unidad gestora hizo constar en el Acta nº 3, sobre valoración de las ofertas económicas, que *“conforme al criterio trasladado por la Secretaría General Técnica, acuerda valorar dos ofertas económicas que no se ajustan a los técnicos. Villa Mcluhan ofertaba sobre el conjunto del contrato, no sólo la asistencia técnica. Se decide detraer los 85.000 euros más IVA correspondientes a la inversión directa en Google y Facebook. Gabinete Seis no se ajusta al pliego y da varios precios, incluido el de la asistencia técnica Y los oferta todos sin IVA, al contrario de lo que pide el pliego. Se acuerda sumar el IVA al precio ofertado para la asistencia técnica”*.

Pues bien, en los supuestos en que una oferta resulta ambigua o en la que hayan de corregirse errores materiales, este Tribunal ya ha manifestado, por todos el Acuerdo 40/2015, de 1 de julio, en referencia a la Resolución 237/2012, de 31 de octubre, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, que *“en relación a los errores en las proposiciones económicas, debe prevalecer la admisión de las proposiciones, previa aclaración de las mismas, siempre que el error sea de tipo formal o material, con el límite de que no cambie el sentido de la oferta una vez aclarado o enmendado, y no se vulnere el principio de igualdad de trato; de manera que estos errores pueden dar lugar a una simple aclaración o a una enmienda, y ellos siempre que no se altere el importe del precio ofrecido.*

En este sentido, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid en los informes 6/2009, de 6 de noviembre, y 4/2007, de 31 de mayo, afirma que “si el error producido en la proposición económica no implica la imposibilidad de determinar cuál es el precio ofrecido para la ejecución del contrato, la proposición no puede ser rechazada, si no se altera el sentido de la oferta”.

Por tanto, de conformidad con dicha doctrina, de la que es fiel trasunto el artículo 52.4 LFCP, nos encontramos ante una alteración de las ofertas de los licitadores por parte del propio órgano de contratación, que excedería, incluso, de la facultad de realizar aclaraciones que le atribuye el citado precepto en los casos que considere que la oferta presentada adolece de oscuridad o de inconcreción, porque exige, en todo caso, el respeto de la igualdad de trato entre licitadores y la absoluta imposibilidad de modificar la oferta presentada, además de establecer que *“Las facultades de aclaración no podrán ejercitarse respecto del precio ofertado, salvo en aquellos casos en que éste venga referido a una fórmula, ecuación o similar, en cuyo caso podrá solicitarse aclaración sobre los factores que la integra”*, por lo que, con mayor razón, no cabe que el órgano de contratación altere directamente las ofertas en el curso de la valoración de las misma.

En esta tesitura, la única solución factible ante el supuesto de falta de adecuación de las ofertas económicas de dos de los licitadores a los criterios de adjudicación exigidos, según entendía el órgano de contratación, debería haber sido la exclusión de dichas empresas de la licitación pero nunca la modificación de sus ofertas con vulneración flagrante del principio de igualdad de trato y no discriminación.

En segundo lugar, la unidad gestora del contrato acuerda, en el mismo momento de la valoración de las ofertas, aplicar una penalización no prevista en los PCAP en perjuicio de los licitadores que se ajustaron a los criterios de adjudicación contemplados en los PCAP publicados en el anuncio de contratación, con lo cual la discriminación apreciada se hizo más evidente, si cabe.

A este respecto, procede referir la Sentencia del TJUE de 24 de noviembre de 2008 en el asunto Alexandroupulis, que recoge la doctrina mantenida en anteriores

sentencias que señala que una entidad adjudicadora, en su competencia de valoración de ofertas en un procedimiento de licitación, no puede fijar a posteriori coeficientes de ponderación, ni aplicar reglas de ponderación o subcriterios relativos a los criterios de adjudicación establecidos en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación, sin que se hayan puesto previamente en conocimiento de los licitadores.

La aplicación de las señaladas penalidades a las empresas que no ajustaron sus ofertas a la modificación de los PCAP publicada como una aclaración no puede quedar amparada, por tanto, en el ámbito de la discrecionalidad técnica de los órganos de contratación porque no se ha realizado de acuerdo con el tenor del PCAP, sino atendiendo a criterios que no fueron los que se recogieron en el mismo, por lo que debe ser considerada una actuación arbitraria del órgano de contratación.

OCTAVO.- La empresa adjudicataria alega en defensa de la actuación del órgano de contratación la necesidad de realizar una modificación de los pliegos para ajustarlos a la LFCP, mientras el órgano de contratación no ha realizado alegación alguna ni con ocasión de la remisión del expediente administrativo ni el trámite conferido ante la posible existencia de una causa de nulidad de pleno derecho del procedimiento de contratación.

Ahora bien, pudiendo ser razonable la necesidad de modificar los PCAP publicados en el anuncio de licitación, en la medida que exigían la inclusión de parte de la oferta económica junto con la oferta técnica en el sobre 2, lo que vulneraría el secreto de las ofertas estipulado en el art. 52.2 LFCP, lo cierto es que ni la forma de llevar a cabo dicha modificación, según se ha señalado, ni el contenido de la modificación ha resultado conformes a derecho, máxime cuando se ha mantenido la exigencia de una inversión como obligación esencial de un contrato de asistencia, definido en el artículo 4.3 LFCP, que tiene por objeto la presentación de un servicio a cambio de un precio, en lugar de valorar las acciones que conformaban la publicidad ofertada y el precio total propuesto por la gestión de la campaña.

En dicha tesitura, la confusión inicial propiciada por la propia regulación de los PCAP se agravó más al proceder el órgano de contratación a modificar los criterios de adjudicación como simple aclaración de los PCAP, al margen de una modificación formal de los mismos, desembocando en una valoración de las ofertas que, además de no ajustarse a los criterios de adjudicación regulados en los PCAP, ha supuesto una alteración de las propias ofertas económicas presentadas por dos de los licitadores.

Siendo así, nos encontramos en presencia de una modificación sustancial de los PCAP que no sólo afecta a los criterios de adjudicación sino al propio objeto del contrato y a las obligaciones que de él derivan para las partes, modificación que se ha realizado una vez iniciado el plazo de presentación de ofertas y en el curso de la contestación a la consulta realizada por una licitadora, quedando publicada como una mera aclaración, lo que hubiera merecido una nueva modificación del anuncio de licitación con apertura del plazo completo de 18 días para la presentación de las ofertas en lugar de la ampliación de un plazo por 5 días, no sólo para garantizar a los licitadores participantes la adecuación de sus ofertas sino que pudieran presentarse nuevos licitadores interesados a la vista de las nuevas cláusulas incluidas en los PCAP.

Con ello, se verifica que la falta de transparencia existente en la información publicada por el órgano de contratación en el anuncio de contratación ha concluido en una adjudicación que se ha desarrollado conforme a un procedimiento en el que, desde el primer momento y hasta el final, ha estado ausente el principio de igualdad y no discriminación al no resultar adecuadas todas las ofertas a los mismos criterios de adjudicación y al no ser valoradas dichas ofertas con criterios homogéneos, como ha reconocido el propio órgano de contratación en las actas de valoración, lo que constituye de por sí causa suficiente para la anulación de todo el procedimiento de adjudicación

El carácter esencial de estos criterios en el desarrollo del procedimiento de adjudicación de un contrato se constata desde el primer párrafo del considerando 46 de la Exposición de Motivos de la Directiva 2004/18/CE, cuando señala que: «la adjudicación del contrato debe efectuarse basándose en criterios objetivos que

garanticen el respeto a los principios de transparencia, no discriminación e igualdad de trato, así como la evaluación de las ofertas en condiciones de competencia efectiva », principios de igualdad, no discriminación y transparencia en el tratamiento a los licitadores.

Por tanto, el principio de igualdad de trato es un principio rector de la contratación pública, y se traduce, según la Sentencia del TJUE de 12 de marzo de 2008 (Evropaiki Dynamiki. T-345/03) en que las situaciones comparables no reciban un trato diferente y que no se trate de manera idéntica situaciones diferentes. Por ello, los licitadores deben hallarse en pie de igualdad tanto en el momento de presentar sus ofertas como al ser valoradas estas por la entidad adjudicadora (Sentencia TJUE de 25 de abril de 1996, Comisión/Bélgica).

El principio de transparencia implica que toda la información técnica pertinente para la buena comprensión del anuncio de licitación o del pliego de condiciones se ponga, en cuanto sea posible, a disposición de todas las empresas que participan en un procedimiento de adjudicación de contratos públicos de forma que *“por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlos de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar efectivamente que las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios que rigen el contrato de que se trata”* (Sentencia del TJUE de 29 de abril de 2004, Comisión/CAS Succhi diFrutta, C-496/99 P, Rec. p. I-3801, apartados 109 a 111).

Dichos principios rectores de la contratación pública también están recogidos en el artículo 21 de la LFCP, que *“exige que los potenciales licitadores conozcan, en el momento de preparar sus ofertas, todos los factores que la entidad adjudicadora tomará en consideración para seleccionar la oferta económicamente más ventajosa y la importancia relativa a los mismos”*.

La vulneración del principio de transparencia y de igualdad y no discriminación constituye un vicio de nulidad que obliga a declarar la nulidad de pleno derecho de la

resolución de adjudicación del contrato y de todo el procedimiento de contratación, sin posibilidad de convalidación alguna, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 126.2.a) LFCP, que dispone que son causas de nulidad de derecho administrativo las establecidas en la legislación general de procedimiento administrativo.

En particular, las causas de nulidad de pleno derecho de los actos administrativos previstas en el artículo 62.1.a) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, reguladora del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, “*Los que lesiones los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional*”, entre los que cuales, a tenor de lo dispuesto en el artículo 14 de la Constitución Española, debe considerarse incluido el derecho a la igualdad ante la ley.

En virtud de lo expuesto, procede anular la resolución de adjudicación y todo el procedimiento de contratación, sin posibilidad de convalidación alguna.

En consecuencia, previa deliberación, por unanimidad y al amparo de lo establecido en el artículo 213.2 de la Ley Foral 6/2006 de 9 de junio, de Contratos Públicos, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra,

ACUERDA:

1º. Estimar la reclamación en materia de contratación pública interpuesta por “Eteria Marketing y Comunicación S.L.” frente a la Resolución 59/2015, de 1 de julio, de la Directora General de Comunicación-Oficina del Portavoz del Gobierno, por la que se adjudica el contrato de asistencia técnica para la gestión de la campaña publicitaria “Turismo Navarra 2015” en el buscador Google y en las redes sociales Facebook y Youtube, anulando el acto de adjudicación del contrato y declarando la imposibilidad de continuar el procedimiento de adjudicación.

2º. Notificar este acuerdo a “Eteria Marketing y Comunicación S.L.”, al Departamento de Relaciones Institucionales y Portavoz del Gobierno y a los demás

interesados que figuren en la documentación del expediente y acordar su publicación en la sede electrónica del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra.

3°. Significar a los interesados que frente a este Acuerdo, que es firme en la vía administrativa, puede interponerse recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, en el plazo de dos meses contados a partir de su notificación.

Pamplona, 11 de agosto de 2015. EL PRESIDENTE, Javier Martínez Eslava. LA VOCAL, Ana Román Puerta. EL VOCAL, Francisco Javier Vázquez Matilla.