



Govern de les Illes Balears

Conselleria d'Hisenda i Pressuposts

Junta Consultiva

de Contractació Administrativa

Exp. Junta Consultiva: RES 10/2015

Resolució del recurs especial en matèria de contractació

Exp. d'origen: contracte de serveis per dur a terme una campanya publicitària per divulgar els esdeveniments i els espais culturals de les Illes Balears

Exp. 1/2015

Institut d'Estudis Baleàrics

Recurrent: Di7, SL

Acord de la Comissió Permanent de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de 29 de maig de 2015 pel qual es resol el recurs especial en matèria de contractació interposat per Di7, SL, contra la Resolució del director de l'Institut d'Estudis Baleàrics per la qual s'adjudica el contracte de serveis per dur a terme una campanya publicitària per divulgar els esdeveniments i els espais culturals de les Illes Balears

Fets

1. El 2 de febrer de 2015, el director de l'Institut d'Estudis Baleàrics va aprovar l'expedient de contractació, els plecs de prescripcions tècniques i de clàusules administratives particulars i l'obertura del procediment d'adjudicació del contracte de serveis per dur a terme una campanya publicitària per divulgar els esdeveniments i els espais culturals de les Illes Balears, per procediment negociat sense publicitat.
2. El 3 i el 4 de febrer de 2015, el director de l'Institut d'Estudis Baleàrics va convidar tretze empreses a participar en el procediment. Un cop finalitzat el termini per presentar proposicions, només l'empresa Di7, SL, i l'empresa Illa de Publicitat i Màrqueting, SL, varen presentar una oferta.
3. El 5 de febrer de 2015, una persona al servei de l'Institut d'Estudis Baleàrics va comunicar a Di7, SL, per correu electrònic, en resposta a una consulta d'aquesta empresa, que IB3 Televisió i IB3 Ràdio no quedaven excloses del pla de mitjans i que, per tant, s'havien de tenir en compte per elaborar-lo.
4. El 19 de febrer de 2015, una persona al servei de l'Institut d'Estudis Baleàrics va enviar sengles missatges electrònics a les dues empreses que havien presentat una



oferta, en els quals els demanava que, d'acord amb els criteris de negociació establerts en el plec de clàusules administratives particulars, millorassin la part de l'oferta relativa a "la inserció d'anuncis de la campanya en mitjans escrits no diaris de temàtica cultural, especialment en publicacions que disposin d'indicadors de difusió certificada".

5. El 2 de març de 2015, el responsable de Comunicació de la Conselleria d'Educació, Cultura i Universitats i el tècnic de Comptabilitat de l'Institut d'Estudis Baleàrics varen emetre un informe de valoració de les ofertes i varen atorgar la millor puntuació a l'empresa Illa de Publicitat i Màrqueting, SL.
6. El 10 de març de 2015, el director de l'Institut d'Estudis Baleàrics va dictar la Resolució per la qual s'adjudica el contracte de serveis per dur a terme una campanya publicitària per divulgar els esdeveniments i els espais culturals de les Illes Balears a l'empresa Illa de Publicitat i Màrqueting, SL. Aquesta Resolució es va notificar a Di7, SL, el 23 de març de 2015.
7. El 12 de març de 2015, el representant de Di7, SL, que amb caràcter previ havia tingut accés a l'expedient, va demanar a l'Institut d'Estudis Baleàrics que exclogués l'oferta de l'empresa Illa de Publicitat i Màrqueting, SL, del procediment negociat, atès que no hi havia inclòs el canal de televisió IB3 i, per tant, a parer seu, incomplia la normativa en matèria de publicitat institucional, i atès que en la planificació de ràdio no havia indicat els programes en què s'havien d'emetre les falques.
8. El 13 de març de 2015, el director de l'Institut d'Estudis Baleàrics i el representant de l'empresa Illa de Publicitat i Màrqueting, SL, varen signar el contracte.
9. El 17 de març de 2015, el responsable de Comunicació de la Conselleria d'Educació, Cultura i Universitats va emetre un informe sobre les al·legacions que havia presentat Di7, SL, en el sentit que s'havien de desestimar.
10. El 20 de març de 2015, el representant de Di7, SL, va reiterar a l'Institut d'Estudis Baleàrics la sol·licitud d'exclusió de l'empresa Illa de Publicitat i Màrqueting, SL, del procediment.
11. El 23 de març de 2015, el director de l'Institut d'Estudis Baleàrics va comunicar a Di7, SL, que no acceptava la sol·licitud d'exclusió de l'empresa Illa de Publicitat i Màrqueting, SL, de conformitat amb la proposta de la Mesa de Contractació, que havia considerat vàlides les observacions del tècnic que signà l'informe.



- 12.El 10 d'abril de 2015, el representant de Di7, SL, va interposar davant l'Institut d'Estudis Baleàrics un recurs especial en matèria de contractació contra la Resolució per la qual s'adjudicava el contracte i va sol·licitar, com a mesura provisional, la suspensió de l'execució del contracte. Aquest recurs es va rebre a la Junta Consultiva de Contractació Administrativa el 22 d'abril.
- 13.El 5 de maig de 2015, el responsable de Comunicació de la Conselleria d'Educació, Cultura i Universitats va emetre un informe sobre el contingut del recurs.
- 14.El 7 de maig de 2015, la cap del Servei d'Assessorament i Publicacions de l'Institut d'Estudis Baleàrics va emetre un informe complementari sobre el contingut del recurs.
- 15.D'acord amb l'article 112 de la Llei 30/1992, de 26 de novembre, de règim jurídic de les administracions públiques i del procediment administratiu comú, s'ha donat audiència al contractista. El 30 d'abril de 2015, va presentar al·legacions i va manifestar que l'execució del contracte havia finalitzat el 30 de març.

Fonaments de dret

1. L'acte objecte de recurs és la Resolució per la qual s'adjudica un contracte de serveis no subjecte a regulació harmonitzada, tramitat per l'Institut d'Estudis Baleàrics, que té caràcter d'administració pública.

Atès que es tracta d'un acte no susceptible del recurs especial en matèria de contractació que preveu l'article 40 del Text refós de la Llei de contractes del sector públic, aprovat pel Reial decret legislatiu 3/2011, de 14 de novembre (en endavant, TRLCSP), s'hi pot interposar el recurs administratiu que sigui procedent. Aquest recurs, a la Comunitat Autònoma de les Illes Balears, és el recurs especial en matèria de contractació que preveu l'article 66 de la Llei 3/2003, de 26 de març, de règim jurídic de l'Administració de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears, i l'ha de resoldre la Junta Consultiva de Contractació Administrativa.

La competència per resoldre aquest recurs correspon a la Comissió Permanent de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa, d'acord amb l'apartat 13 de l'article 2 i l'article 7 del Decret 20/1997, de 7 de febrer, pel qual es crea aquesta Junta Consultiva.



2. El recurs especial que ha interposat l'empresa Di7, SL, es fonamenta en les al·legacions següents:

— L'existència d'errors en l'oferta de l'empresa adjudicatària pel que fa a la planificació de mitjans, que, a parer del recurrent, han de determinar l'exclusió del procediment.

— L'existència d'errors en l'oferta de l'empresa adjudicatària pel que fa al càlcul del descompte que ofereix, que, a parer del recurrent, han de determinar l'exclusió del procediment.

— La valoració incorrecta de la proposta tècnica dels licitadors. El recurrent afirma que les ofertes dels licitadors, en particular pel que fa a l'aspecte relatiu a la "proposta tècnica", no s'han valorat d'acord amb els criteris de valoració que figuren en el plec de prescripcions tècniques.

— La manca de negociació. El recurrent afirma que no s'ha duit a terme la negociació dels aspectes que segons el plec són objecte de negociació, atès que només se n'ha negociat un, concretament l'aspecte relatiu a les millores.

Atès tot això, el recurrent sol·licita que se suspengui el contracte i es proposi un nou adjudicatari.

3. El primer motiu d'impugnació es refereix a l'existència d'errors en l'oferta de l'empresa adjudicatària pel que fa a la planificació de mitjans, que, a parer del recurrent, han de determinar l'exclusió del procediment.

Concretament, el recurrent afirma que la planificació de mitjans de l'empresa adjudicatària conté un error greu, atès que exclou la cadena de televisió IB3, en clara contradicció amb la Llei 13/2010, de 9 de desembre, de publicitat institucional de les Illes Balears, i amb allò que exigia l'òrgan de contractació —i que aquest li havia indicat per correu electrònic.

La Llei 13/2010, de 9 de desembre, de publicitat institucional de les Illes Balears, defineix què s'entén per publicitat institucional i quins en són els objectius, i preveu en l'apartat 2 de l'article 6, pel que fa a la contractació de la publicitat, que:

Per a la determinació dels mitjans de difusió a emprar a cada campanya publicitària i per la distribució de la inversió entre aquests, només es



tindran en compte els criteris objectius, d'abast territorial, de difusió de cada mitjà, i de cost econòmic. En les campanyes adreçades només a un segment de la població, es tindran en compte de manera destacada l'ús de la llengua, la capacitat de difusió de cada mitjà o la seva adaptació al públic objectiu de l'acció publicitària.

Una vegada decidits els suports o mitjans a utilitzar, els contractes a què es refereix el present article no podran excloure cap dels suports o mitjans de la mateixa tipologia d'entre els que estiguin inclosos a la campanya publicitària, amb l'excepció dels que ho siguin de manera expressament motivada, essent la quantia assignada a cadascun el tant per cent que els correspongui en funció de la seva capacitat de difusió.

Els criteris de difusió s'establiran per a cada campanya atenent els índexs comparatius de referència que siguin comunament acceptats pel mercat, i es prioritzaran els gestionats per organitzacions sense finalitats lucratives.

Per tant, aquest precepte es refereix als criteris que s'han de tenir en compte per determinar els mitjans de difusió d'una campanya i al fet que, un cop decidits, no se'n pot excloure cap que sigui de la mateixa tipologia, llevat que estigui motivat.

El plec de prescripcions tècniques que regeixen el contracte es refereix, en la clàusula I, a l'objecte del contracte en els termes següents:

L'objecte d'aquest contracte de serveis consisteix en la realització d'una campanya publicitària a través dels mitjans de comunicació per informar a la població de les Illes Balears sobre els esdeveniments i espais culturals de les Illes Balears i fomentar la participació ciutadana en aquests esdeveniments.

Aquesta campanya publicitària ha de complir els aspectes regulats per la Llei 13/2010, de 9 de desembre, de publicitat institucional de les Illes Balears.

L'apartat 2 de la clàusula II, relativa al contingut i la descripció del servei, estableix, pel que fa als mitjans de comunicació necessaris per dur a terme la campanya, que el pla de mitjans ha de preveure uns percentatges d'inversió: premsa diària i publicacions escrites (40 %), TV (20 %), ràdio (20 %) i mitjans digitals (20 %). Per tant, aquesta clàusula no exclou ni obliga a incloure cap mitjà de comunicació determinat.

A més, l'apartat 6 de la clàusula II estableix que "com que es tracta d'una campanya de publicitat amb la mateixa creativitat i contingut per a totes les Illes Balears, en el pla de mitjans que proposin els licitadors s'ha de tenir en compte



que la contractació de publicitat regional (àmbit Illes Balears en el seu conjunt) ha de ser prioritària en els mitjans de comunicació que ofereixin aquesta possibilitat, sempre que el seu cost sigui menor que contractar publicitat a cada illa de forma independent”.

Finalment, el model de declaració responsable que s’incorpora al plec com a annex III conté la declaració que el pla de mitjans s’ha elaborat segons el que preveu l’article 6.2 de la Llei 13/2010, amb l’obligació de fer-hi constar els índexs comparatius de referència.

El recurrent afirma en l’escrit de recurs que, tenint en compte l’àmbit geogràfic del públic objectiu a qui va dirigida la campanya i l’obligatorietat, a parer seu, que la planificació de mitjans inclogui IB3 Televisió, d’acord amb la Llei 13/2010, s’ha de considerar que l’oferta de l’empresa adjudicatària conté un error que hauria de suposar excloure-la del procediment.

També afirma que, en resposta a una consulta que va fer a l’Institut d’Estudis Balearics per correu electrònic, va rebre un missatge en el qual s’indicava que IB3 Televisió i IB3 Ràdio no quedaven excloses del pla de mitjans i que, per tant, s’havien de tenir en compte per elaborar-lo.

A més, el recurrent fa diverses consideracions sobre si la campanya publicitària té caràcter institucional o comercial, i manifesta que aquesta circumstància s’hauria d’expressar en els plecs.

Pel que fa a les qüestions que planteja ara el recurrent i que també havia plantejat amb anterioritat, el responsable de Comunicació de la Conselleria d’Educació, Cultura i Universitats ja s’havia pronunciat en l’informe de 17 de març de 2015 en el sentit següent:

La exclusión de un medio en un plan de medios no se considera motivo de incumplimiento del pliego de prescripciones técnicas, teniendo en cuenta que aunque se incluye por defecto que las campañas institucionales deben cumplir la ley, no se incluyó la referencia expresa a la no inclusión de los medios de titularidad pública, al entender que esta campaña es de carácter comercial y, por tanto, no está sujeta a una distribución por los criterios del art. 6.2 de la Ley de Publicidad Institucional. Así lo han entendido ambas empresas participantes en la licitación. Por un lado, la empresa que presenta las alegaciones, que ha realizado una planificación de la televisión autonómica con coste, (teniendo en cuenta que las campañas institucionales no suponen coste alguno para la administración autonómica, es decir, su emisión en IB3 TV y IB3 Radio según la disposición final decimotercera de la Ley de Presupuestos de la



Comunidad Autónoma de las Islas Baleares para el año 2013). Y, por otro lado, también la empresa Illa de Publicitat que no ha incluido a IB3 en su plan de medios, por entender que es una campaña comercial.

Respecto al documento del Institut d'Estudis Baleàrics que adjunta Dissert en sus alegaciones, se podría considerar un error de interpretación ante la consulta realizada al órgano de contratación, ya que “ha de tenir en compte” no obliga a la inclusión, sino a su toma en consideración.

Técnicamente se considera que la empresa Illa de Publicitat no incumple por tanto el pliego al excluir un medio, ya que como empresa profesional de la comunicación y que cuenta con las herramientas necesarias ha propuesto un plan de medios que garantiza la cobertura del mensaje a la población, incluyendo otra televisión de difusión en todas las Islas Baleares y una propuesta de combinación de otros soportes interrelacionando audiencia y coste por impacto.

Al marge del caràcter institucional o comercial de la campanya publicitària — qüestió irrellevant a l'efecte del recurs sobre la qual també es pronuncia el tècnic en el sentit que del contingut de les ofertes es dedueix que ambdues empreses han considerat que es tractava d'una campanya comercial—, i de la interpretació que es doni a l'apartat 2 de l'article 6 de la Llei 13/2010 —que sembla que simplement s'adreça a evitar la discriminació o el tractament desigual dels mitjans de comunicació—, s'ha de dir que, atès que res no indica l'apartat 2 de la clàusula II del plec de prescripcions tècniques sobre els mitjans de difusió concrets que s'han de fer servir, hi ha llibertat d'elecció dels mitjans, motiu pel qual difícilment es pot afirmar, com fa el recurrent, que el fet que l'empresa adjudicatària no hagi inclòs en el pla de mitjans un mitjà determinat —en aquest cas, IB3 Televisió— suposa un incompliment de la Llei 13/2010 i del plec de prescripcions tècniques.

Quant al missatge electrònic que va rebre el recurrent, s'ha de dir que no se li indicava que hagués d'incloure IB3 Televisió i IB3 Ràdio en el pla de mitjans, sinó simplement que no quedaven excloses i que, per tant, s'havien de tenir en compte. Això no vol dir que necessàriament s'hi haguessin d'incloure, sinó que s'havien de tenir en compte, per la qual cosa es pot afirmar, com fa el tècnic, que el recurrent ha interpretat erròniament el missatge. Cal fixar-se en la redacció del missatge, que s'expressa en els mateixos termes que ho fa l'article 6.2 de la Llei 13/2010, és a dir, en el sentit de no excloure o discriminar cap mitjà de comunicació.

Cal recordar que és doctrina reiterada dels òrgans de resolució de recursos que els aclariments que els licitadors potencials poden sol·licitar a l'òrgan de



contractació a títol individual no tenen caràcter vinculant, llevat que s'hagi establert el contrari en els plecs. En aquest sentit es pronuncien, per exemple, la Resolució 191/2012, de 12 de setembre, del Tribunal Administratiu Central de Recursos Contractuals, o l'Acord 187/2013, de 20 de novembre, del Tribunal Administratiu de Contractació Pública de la Comunitat de Madrid.

Per tant, aquest motiu d'impugnació s'ha de desestimar.

4. El segon motiu d'impugnació es refereix al fet que, a parer del recurrent, el càlcul del descompte que ofereix l'empresa adjudicatària és erroni, atès que ha inclòs en el còmput els costos de producció, de manera que ha provocat una situació de desigualtat en la valoració d'aquest criteri, situació que, a parer seu, ha de determinar l'exclusió del procediment.

El descompte a què fa referència el recurrent és el descompte que poden negociar els licitadors amb els mitjans de comunicació que s'esmenta en l'apartat 4 de la clàusula II del plec de prescripcions tècniques, que disposa que el pla de mitjans ha de detallar, entre d'altres, "la tarifa oficial i els descomptes prèviament negociats que s'han aplicat en cada cas", i "també ha de detallar el cost net i el descompte quantificat en cada cas i total que en resulti".

Concretament, el recurrent afirma que l'import de referència a partir del qual l'empresa adjudicatària calcula el descompte s'ha incrementat artificialment, atès que inclou els costos de producció, de manera que obté un descompte aparentment superior i també una puntuació millor, fet que no és coherent amb el plec i que provoca una situació de desigualtat en la valoració d'aquest criteri.

El responsable de Comunicació de la Conselleria d'Educació, Cultura i Universitats es va pronunciar sobre aquesta qüestió en l'informe de 5 de maig de 2015 sobre el contingut del recurs en els termes següents:

En relación al punto (2) del recurso de Di7 SL, en el que se afirma que el adjudicatario ha incorporado los costes de producción a la hora de calcular el descuento total ofrecido en cada uno de los tipos de medio (prensa, radio, prensa digital y TV), podemos señalar lo siguiente:

PRENSA

Si sumamos el coste del plan de medios en PRENSA según lo negociado (es decir, una vez aplicados los descuentos logrados por el adjudicatario en cada soporte) da un total de 16.003,30 euros. Y si sumamos el coste del plan de medios en PRENSA según tarifa da un total de 19.759,25 euros. Por lo tanto, si restamos estas dos cifras no da un descuento total



aplicado de 3.755,9 euros, que es la cifra que refleja el adjudicatario en su oferta.

Es cierto que el adjudicatario incluye 900 euros de producción (“creación y realización de 1 original en 4 idiomas”) en un punto “Contratación según tarifa”. Y también incluye estos 900 euros de producción en el punto “Contratación real”. Entendemos que el adjudicatario ha preferido reflejarlo así en su oferta porque la producción es un coste que asume a la hora de realizar los trabajos, pero al haber sumado esa cantidad en los dos puntos citados anteriormente no supone ninguna modificación en el punto “Descuento aplicado”, que es la cifra que le interesa a la administración a la hora de valorar la oferta económica, puesto que sigue siendo la cantidad de 3.755,9 euros anteriormente citada (es decir, en la que no se tuvieron en cuenta lo[s] costes de producción).

RADIO

Si sumamos el coste del plan de medios en RADIO según lo negociado (es decir, una vez aplicados los descuentos logrados por el adjudicatario en cada soporte) da un total de 7.420,15 euros. Y si sumamos el coste del plan de medios en RADIO según tarifa da un total de 10.667 euros. Por lo tanto, si restamos estas dos cifras nos da un descuento total aplicado de 3.246,85 euros, que es la cifra que refleja el adjudicatario en su oferta.

Es cierto que el adjudicatario incluye 1.200 euros de producción (“grabación y locución de 1 cuña de 20 segundos en 4 idiomas”) en el punto “Contratación según tarifa”. Y también incluye estos 1.200 euros de producción en el punto “Contratación real”. Entendemos que el adjudicatario ha preferido reflejarlo así en su oferta porque la producción es un coste que asume a la hora de realizar los trabajos, pero al haber sumado esa cantidad en los dos puntos citados anteriormente no supone ninguna modificación en el punto “Descuento aplicado”, que es la cifra que le interesa a la administración a la hora de valorar la oferta económica, puesto que sigue siendo la cantidad de 3.246,85 euros anteriormente citada (es decir, en la que no se tuvieron en cuenta los costes de producción).

PRENSA DIGITAL

Si sumamos el coste del plan de medios en PRENSA DIGITAL según lo negociado (es decir, una vez aplicados los descuentos logrados por el adjudicatario en cada soporte) da un total de 8.235,20 euros. Y si sumamos el coste del plan de medios en PRENSA DIGITAL según tarifa da un total de 26.441,20 euros. Por lo tanto, si restamos estas dos cifras nos da un descuento total aplicado de 18.206 euros, que es la cifra que refleja el adjudicatario en su oferta.

Es cierto que el adjudicatario incluye 300 euros de producción (“realización de 1 banner a 2 idiomas y adaptaciones”) en el punto “Contratación según tarifa”. Y también incluye estos 300 euros de producción en el punto “Contratación real”. Entendemos que el adjudicatario ha preferido reflejarlo así en su oferta porque la producción es un coste que asume a la hora de realizar los trabajos, pero al haber



sumado esa cantidad en los dos puntos citados anteriormente no supone ninguna modificación en el punto “Descuento aplicado”, que es la cifra que le interesa a la administración a la hora de valorar la oferta económica, puesto que sigue siendo la cantidad de 18.206 euros anteriormente citada (es decir, en la que no se tuvieron en cuenta los costes de producción).

TELEVISIÓN

Si sumamos el coste del plan de medios en TELEVISIÓN según lo negociado (es decir, una vez aplicados los descuentos logrados por el adjudicatario en cada soporte) da un total de 6.520 euros. Y si sumamos el coste del plan de medios en TELEVISIÓN según tarifa da un total de 13.040 euros. Por lo tanto, si restamos estas dos cifras nos da un descuento total aplicado de 6.520 euros, que [es] una cifra ligeramente inferior a la que refleja el adjudicatario en su oferta (6.980 euros). En este punto cabe añadir que por parte del adjudicatario se produjo un error aritmético al haber incrementado el descuento en 460 euros, que al ser de esta cantidad no afecta al resultado de la adjudicación. En el caso de que este error aritmético hubiese sido de 2.000 euros sí que habría que dar la razón a Di7 SL, puesto que de haberse hecho así, sí habría supuesto sumar el importe de la producción en TV (2.000 euros) al capítulo “Descuento aplicado”.

Es cierto que el adjudicatario incluye 2.000 euros de producción (“producción de 1 spot en 2 idiomas”) en el punto “Contratación según tarifa”. Y también incluye estos 2.000 euros de producción en el punto “Contratación real”. Entendemos que el adjudicatario ha preferido reflejarlo así en su oferta porque la producción es un coste que asume a la hora de realizar los trabajos, pero al haber sumado esa cantidad en los dos puntos citados anteriormente no supone ninguna modificación en el punto “Descuento aplicado”, que es la cifra que le interesa a la administración a la hora de valorar la oferta económica, puesto que sigue siendo la cantidad de 6.980 euros anteriormente citada (es decir, en la que no se tuvieron en cuenta los costes de producción).

CONCLUSIÓN:

Una vez revisados los cálculos de los descuentos presentados por Illa de Publicidad en PRENSA, RADIO, PRENSA DIGITAL Y TELEVISIÓN en ningún caso se ha “sumado el importe de la producción, aumenta[n]do con ello artificialmente el importe desde el cual se calcula el descuento”, tal y como afirma Di7 SL en el punto (2) de su recurso.

Per tant, aquest informe conclou que no és certa l'al·legació del recurrent, perquè no s'ha produït l'increment artificial a què fa referència. No obstant això, el tècnic posa de manifest l'existència d'un error aritmètic pel que fa als descomptes en la televisió, però que no afecta el resultat de l'adjudicació.



Certament, un cop revisat el pla de mitjans i el càlcul dels descomptes presentats per l'empresa adjudicatària, s'observa clarament que, tot i que en la documentació hi figuren els costos de producció i que la informació no està ben organitzada, el fet que hagi inclòs aquests costos de producció no beneficia l'empresa adjudicatària, sinó que la perjudica, atès que en realitat el percentatge de descompte és superior al que ha fet constar en la seva oferta.

En conseqüència, atès que no es produeix cap de les circumstàncies que preveu l'article 84 del Reglament general de la Llei de contractes de les administracions públiques, aprovat pel Reial decret 1098/2001, de 12 d'octubre, per excloure una oferta, no hi ha cap motiu per excloure l'empresa adjudicatària del procediment.

Per tant, aquest motiu d'impugnació s'ha de desestimar.

5. El tercer motiu d'impugnació fa referència a la valoració incorrecta de la proposta tècnica dels licitadors. El recurrent afirma que les ofertes dels licitadors, en particular pel que fa a l'aspecte relatiu a la "proposta tècnica", no s'han valorat d'acord amb els criteris de valoració que figuren en el plec de prescripcions tècniques.

Concretament, el recurrent manifesta que en l'informe de valoració de les ofertes només es fa referència al descompte que ofereixen les empreses i no a les qüestions que segons el plec s'havien de valorar, i considera que aquesta actuació és incomprensible i incoherent amb el que estableix el plec.

L'òrgan de contractació, a l'hora de seleccionar l'oferta econòmicament més avantatjosa i adjudicar el contracte, s'ha de subjectar necessàriament als criteris d'adjudicació —o, en el cas que ens ocupa, als aspectes objecte de negociació, atès que es tracta d'un procediment negociat—, i a la seva forma de valoració que s'havien establert en els plecs. En aquest sentit, és reiterada la doctrina del Tribunal Suprem (per exemple, les sentències de 18 d'abril de 1986, de 3 d'abril de 1990, de 12 de maig de 1992, de 21 de setembre de 1994, de 9 de febrer de 2001, de 19 de març de 2001, de 16 d'abril de 2002 i de 10 de juny de 2002) en el sentit que els plecs de condicions constitueixen la llei del concurs, de manera que tant l'òrgan convocador com els participants en la licitació s'han de sotmetre a les regles que hi consten.

Si no fos així, els licitadors tindrien inseguretats jurídica, perquè presentarien les seves ofertes basant-se en uns criteris —o aspectes— i una forma de valoració determinada, i després veurien que el procediment es resol d'una manera



diferent, amb violació per part de l'Administració del principi de confiança legítima en la seva actuació, com també del principi que prohibeix anar en contra dels actes propis.

S'ha de dir que en el procediment d'adjudicació d'un contracte és essencial que els criteris que l'òrgan de contractació ha de tenir en compte per adjudicar el contracte, com també la forma en què s'han de valorar aquests criteris, s'estableixin clarament *ab initio*, per tal que les empreses puguin sospesar les seves possibilitats de resultar adjudicatàries i decidir si participen o no en el procediment. Per aquest motiu, també és essencial que la redacció o la descripció dels criteris d'adjudicació sigui prou clara, sense ambigüitats, de manera que no sigui susceptible d'interpretacions diferents ni d'induir a errors que puguin afectar la preparació de les ofertes i, en conseqüència, influir en el resultat final.

La jurisprudència del Tribunal Suprem ha estat constant en la defensa del marge de discrecionalitat que té l'Administració a l'hora de valorar la proposició més avantatjosa, sense que això es pugui confondre amb una llibertat total d'actuacions. En aquesta línia es pronuncien les sentències del Tribunal Suprem de 17 de juliol de 2001 i de 9 de juny de 2004.

El plec de clàusules administratives particulars que regeixen el contracte objecte del recurs estableix, en la lletra K del quadre de característiques del contracte, que els aspectes que han de ser objecte de negociació són l'oferta econòmica, la proposta tècnica, la proposta creativa i les millores, als quals correspon, respectivament, una ponderació del 60 %, 10 %, 20 % i 10%.

D'acord amb el plec de prescripcions tècniques que regeixen el contracte, que inclou —tot i que no és el document en què ha de constar aquesta informació— un apartat en què s'explica com s'ha de valorar cada un d'aquests aspectes, l'aspecte “proposta tècnica” s'ha de valorar de la manera següent:

Criteri 1. Proposta tècnica, equip tècnic i humà dedicat a aquest contracte a les Illes Balears. Fins a un 10 %

S'ha de valorar la manera d'organització i l'equip tècnic i humà destinat al compliment de la prestació objecte del contracte, tant pel que fa a la creació i realització com a l'adaptació i difusió de tot el material de comunicació. A més s'han de valorar la disponibilitat horària, la forma de comunicació, l'accessibilitat i la capacitat de resoldre problemes i conflictes.



Tal com afirma el recurrent, l'informe de valoració de les ofertes només fa referència, quant a l'aspecte "proposta tècnica", al descompte que ofereixen les empreses en el seu pla de mitjans. Concretament, atorga la puntuació màxima a l'empresa adjudicatària, que és l'empresa que ofereix més descompte sobre el preu total.

En aquest informe no s'esmenta cap dels aspectes que d'acord amb els plecs havien de ser objecte de valoració, sinó que s'estableix una forma de valoració *ex novo*, que no té res a veure amb la descripció inicial de la forma de valorar la proposta tècnica —que és la que varen tenir en compte les empreses convidades per elaborar la seva proposta.

La cap del Servei d'Assessorament i Publicacions de l'Institut d'Estudis Balearics es va pronunciar sobre aquesta qüestió en l'informe de 7 de maig de 2015 complementari sobre el contingut del recurs, en el qual expressa que en l'informe de valoració de les ofertes "s'haurien d'haver valorat els descomptes dins l'oferta econòmica i no dins l'oferta tècnica, per tant, considera que s'hauria d'anul·lar la puntuació corresponent a aquest punt".

En definitiva, atès que, tal com s'ha indicat anteriorment, l'òrgan de contractació ha d'adjudicar el contracte amb plena subjecció als criteris d'adjudicació i a la forma de valoració que s'estableixen en el plec, s'ha de considerar que la valoració de la proposta tècnica dels licitadors feta pel tècnic que va assumir la Mesa de Contractació i, en definitiva, l'òrgan de contractació, no s'ajusta a dret.

Atès tot això, aquest motiu d'impugnació s'ha d'estimar.

6. El quart motiu d'impugnació es refereix a la manca de negociació. El recurrent afirma que no s'ha duit a terme la negociació dels aspectes que segons el plec són objecte de negociació, atès que només se n'ha negociat un, concretament l'aspecte relatiu a les millores.

Com ja hem dit, el contracte objecte del recurs s'ha tramitat per procediment negociat sense publicitat.

L'apartat 2 de l'article 138 del TRLCSP, referent al procediment d'adjudicació dels contractes, disposa que:

L'adjudicació es realitza, ordinàriament, utilitzant el procediment obert o el procediment restringit. En els supòsits que indiquen els articles 170 a



175, tots dos inclusivament, es pot seguir el procediment negociat, i en els casos que preveu l'article 180 es pot recórrer al diàleg competitiu.

L'article 169 del TRLCSP estableix els elements que caracteritzen aquest procediment, i en l'apartat 1 disposa que en el procediment negociat l'adjudicació recau en el licitador justificadament escollit per l'òrgan de contractació, després d'efectuar consultes amb diversos candidats i negociar les condicions del contracte amb un o diversos.

Per tant, el procediment negociat és un procediment específic d'adjudicació dels contractes que es configura com un procediment excepcional que només és aplicable en els casos que determina la Llei i que té com a elements diferenciadors respecte dels procediments oberts i restringits, que són els procediments d'adjudicació ordinaris, la consulta i la negociació prèvies a l'adjudicació del contracte.

L'article 176 del TRLCSP, sota l'epígraf "Delimitació de la matèria objecte de negociació", estableix que:

En el plec de clàusules administratives particulars s'han de determinar els aspectes econòmics i tècnics que, si s'escau, hagin de ser objecte de negociació amb les empreses.

Quant a la negociació dels termes del contracte, l'article 178 estableix, en l'apartat 4, que els òrgans de contractació han de negociar amb els licitadors les ofertes que hagin presentat per adaptar-les als requisits indicats en el plec de clàusules administratives particulars i en l'anunci de licitació, si s'escau, i en els possibles documents complementaris, amb la finalitat d'identificar l'oferta econòmicament més avantatjosa.

Aquesta mateixa previsió s'ha incorporat en la clàusula 15 del plec de clàusules administratives particulars que regeixen el contracte objecte del recurs.

A més, el plec de prescripcions tècniques preveu, just després d'explicar com s'han de valorar els aspectes econòmics i tècnics objecte de negociació, que es farà una primera valoració de les ofertes i, posteriorment, després de la negociació, s'elaborarà la segona valoració definitiva.

La Junta Consultiva de Contractació Administrativa de l'Estat, en l'Informe 21/1997, de 14 de juliol, va expressar el seu parer respecte del desenvolupament del procediment negociat i, en concret, va constatar la inexistència d'una licitació



en sentit estricte i tecnicojurídic i, en conseqüència, la inaplicabilitat dels formalismes derivats dels procediments de licitació estrictament considerats.

En l'Informe 48/2009, d'1 de febrer de 2010, la Junta Consultiva va reiterar el caràcter excepcional del procediment negociat, amb publicitat o sense, que és aplicable només en els casos que determina la Llei i que té un règim que difereix de les regles dels procediments oberts i restringits. En la consideració jurídica quarta la Junta Consultiva manifesta que:

De cuanto se expone se ha de obtener una clara conclusión como es que el elemento diferenciador del procedimiento negociado respecto de los procedimientos abierto y restringido es que mientras que en estos no existe posibilidad de entrar en negociación sobre la propuesta presentada por cada licitador, en el procedimiento negociado se exige que previamente se haya señalado cuál será el objeto de la negociación y que, una vez verificada ésta, se han de fijar los términos del contrato, o dicho de otra manera se cerrará el contenido de los pliegos como soporte en el que se fijan los derechos y obligaciones de las partes y se definen los pactos y condiciones propios del contrato, como consecuencia de tal negociación y de manera consecuente con la adjudicación provisional, como dispone el citado artículo 135.3.

En definitiva, el procediment negociat es caracteritza perquè el contracte s'adjudica amb la consulta i la negociació prèvies dels termes del contracte amb un o diversos candidats, sent la consulta i la negociació els elements essencials definidors d'aquest procediment. Per tant, l'absència d'aquesta negociació desnaturalitza el procediment i contravé el TRLCSP.

En aquest sentit s'ha pronunciat el Tribunal Administratiu Central de Recursos Contractuals, entre d'altres, en les resolucions 50/2011, de 24 de febrer, 829/2014, de 7 de novembre, i 453/2013, de 16 d'octubre. En aquesta darrera va manifestar que:

En nuestra Resolución 50/2011, de 24 de febrero, recogiendo la doctrina del Informe 21/97, de 14 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, ratificada en el Informe 48/09, de 1 de febrero de 2010, señalamos respecto de la entonces vigente Ley de Contratos del Sector Publico, hoy TRLCSP, que el elemento diferenciador del procedimiento negociado respecto de los procedimientos abierto y restringido, es que mientras en éstos no es posible negociar la propuesta presentada por el licitador, en el procedimiento negociado se exige la negociación, debiendo de fijarse previamente en el pliego y, en su caso, en el anuncio, cuál será el objeto de la negociación, o como señala el artículo 176 del TRLCSP, los aspectos económicos y técnicos que hayan de ser objeto de negociación.



Por otro lado, con carácter general debe afirmarse que en el procedimiento negociado no existe una licitación en sentido estricto como existe en el procedimiento abierto, ya que las ofertas a que se refiere el artículo 178 del TRLCSP no son equiparables a las proposiciones del artículo 145 de la citada Ley, entre otras razones y como fundamental, porque el precio u oferta económica es uno de los elementos que debe de ser objeto de negociación sin que pueda quedar fijado con carácter inalterable en la oferta a diferencia de lo que ocurre en las proposiciones. Consideraciones que en nuestra Resolución 269/2011, de 10 de noviembre, declaramos igualmente aplicables al procedimiento negociado configurado en los artículos 58.4, 80 y 81 de la LCSE.

Así el carácter diferenciado del procedimiento negociado respecto de los demás procedimientos de adjudicación, que permite tener en cuenta, tanto en la valoración técnica como en la económica, no sólo la oferta inicial, sino también los aspectos que hayan sido objeto de negociación a fin de seleccionar la propuesta más ventajosa, determina, como señala la Junta Consultiva en el ya referido Informe 21/97, la presencia en la licitación del *“principio de flexibilidad derivado de la negociación [lo] que caracteriza a este procedimiento de adjudicación”*. De modo que cualquier interpretación formalista que impidiese la negociación sobre los términos de la oferta inicial, vaciaría de contenido el procedimiento negociado y lo convertiría en abierto o restringido.

La Resolució que s'impugna indica, en els antecedents de fet, que s'ha negociat amb les empreses licitadores per correu electrònic els termes de les seves ofertes.

No obstant això, de la documentació de l'expedient es desprèn que l'únic aspecte que es va negociar, per mitjà d'un missatge electrònic, va ser l'aspecte relatiu a les millores, concretament la part de l'oferta relativa a “la inserció d'anuncis de la campanya en mitjans escrits no diaris de temàtica cultural, especialment en publicacions que disposin d'indicadors de difusió certificada”. De fet, no hi ha cap informe sobre la negociació de les ofertes amb els licitadors ni cap altre document que posi de manifest l'existència d'una negociació —més enllà del missatge electrònic esmentat—, sinó que l'únic document que hi ha és l'informe de valoració de les ofertes, motiu pel qual es dedueix que simplement s'han valorat les ofertes presentades d'acord amb els criteris de valoració continguts en el plec de prescripcions tècniques, com si es tractàs d'un procediment obert.

Així doncs, sembla evident que s'ha omès el tràmit corresponent a la negociació dels termes del contracte, que és essencial en aquest tipus de procediment i, per tant, aquest motiu d'impugnació s'ha d'estimar.

7. L'article 31 del TRLCSP disposa que:



A més dels casos en què la invalidesa derivi de la il·legalitat de les seves clàusules, els contractes de les administracions públiques i els contractes subjectes a regulació harmonitzada, inclosos els contractes subvencionats a què es refereix l'article 17, són invàlids quan ho sigui algun dels seus actes preparatoris o el d'adjudicació, perquè hi concorre alguna de les causes de dret administratiu o de dret civil a què es refereixen els articles següents.

L'article 32 enumera les causes de nul·litat de dret administratiu, entre les quals cal destacar la següent:

a) Les indicades a l'article 62.1 de la Llei 30/1992, de 26 de novembre.

L'article 62.1 de la Llei 30/1992 recull les causes de nul·litat dels actes administratius i disposa que són nuls de ple dret, entre altres, els actes següents:

e) Els que es dictin prescindint totalment i absolutament del procediment establert legalment o de les normes que contenen les regles essencials per a la formació de la voluntat dels òrgans col·legiats.

S'ha de dir que, d'acord amb la jurisprudència, l'omissió d'un tràmit essencial en un procediment s'equipara a la manca total i absoluta del procediment establert legalment.

L'article 33 del TRLCSP disposa que:

Són causes d'anul·labilitat de dret administratiu les altres infraccions de l'ordenament jurídic i, especialment, les de les regles contingudes en aquesta Llei, de conformitat amb l'article 63 de la Llei 30/1992, de 26 de novembre.

En conseqüència, la Resolució per la qual s'adjudica el contracte de serveis per dur a terme una campanya publicitària per divulgar els esdeveniments i els espais culturals de les Illes Balears incorre en una causa d'anul·labilitat, atès que la Resolució s'ha dictat basant-se en un informe de valoració que no s'ajusta a dret, i també incorre en una causa de nul·litat, atès que s'ha dictat obviant un tràmit essencial en els procediments negociats, com és la negociació amb els licitadors. Per tant, aquesta Resolució està afectada per diverses causes d'invalidesa.

Atès que l'execució del contracte ja ha acabat, és impossible retrotreure les actuacions administratives al moment immediatament anterior al de la valoració de les ofertes perquè es dugui a terme la negociació.



Quant a la possibilitat de reconèixer una indemnització al recurrent en virtut de l'apartat 4 de l'article 102 de la Llei 30/1992, s'ha de dir que, com que és una qüestió que haurà d'analitzar l'òrgan competent en cas que hi hagi una sol·licitud en aquest sentit, no és procedent ara reconèixer-li'n cap.

Per tot això, dict el següent

Acord

1. Estimar parcialment el recurs especial en matèria de contractació interposat per Di7, SL, contra la Resolució del director de l'Institut d'Estudis Baleàrics per la qual s'adjudica el contracte de serveis per dur a terme una campanya publicitària per divulgar els esdeveniments i els espais culturals de les Illes Balears i, en conseqüència, anul·lar l'acte.
2. No fer cap pronunciament sobre la retroacció de les actuacions administratives perquè es dugui a terme la negociació, atès que el contracte ja està executat.
3. Notificar aquest Acord a les persones interessades i al director de l'Institut d'Estudis Baleàrics.

Interposició de recursos

Contra aquest Acord —que exhaureix la via administrativa— es pot interposar un recurs contenciós administratiu davant la Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Superior de Justícia de les Illes Balears, en el termini de dos mesos comptadors des de l'endemà d'haver-ne rebut la notificació, d'acord amb els articles 10.1 *a* i 46 de la Llei 29/1998, de 13 de juliol, reguladora de la jurisdicció contenciosa administrativa.