

**Recurso 243/2018****Resolución 273/2018****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS  
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA.**

Sevilla, 28 de septiembre de 2018.

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **AVANTE COMUNICACIÓN, S.L.** contra la Resolución, de 19 de junio de 2018, del órgano de contratación por la que se adjudica el contrato denominado “Planificación y compra de espacios publicitarios en prensa, radio y televisión para la difusión de las actividades de la Consejería de Agricultura, Pesca y Desarrollo Rural” (Expte. 13/2018 SEAB), respecto a sus 2 lotes, convocado por la Secretaría General Técnica de la Consejería de Agricultura, Pesca y Desarrollo Rural, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

**RESOLUCIÓN****ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.** El 7 de marzo de 2018, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea, así como en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía, anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato de servicios indicado en el encabezamiento de esta Resolución. Asimismo, el citado anuncio se publicó, el 8 de marzo de 2018, en el Boletín Oficial de la Junta de



Andalucía núm. 47.

El valor estimado del contrato asciende a 3.018.181,83 euros y entre las empresas que presentaron sus proposiciones en el procedimiento se encontraba la ahora recurrente.

**SEGUNDO.** A la presente licitación le es de aplicación el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre. Igualmente, se rige por el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la citada Ley (en adelante Real Decreto 817/2009) y el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre. Asimismo, el procedimiento del recurso especial se rige por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), todo ello de conformidad con lo establecido en la disposición transitoria primera de la citada ley.

**TERCERO.** Mediante Resolución del órgano de contratación, de 19 de junio de 2018, se adjudica el mencionado contrato. Con fecha 22 de junio de 2018, dicho acto de adjudicación fue publicado en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía, siendo remitido a la entidad ahora recurrente mediante correo electrónico el 25 de junio de 2018.

**CUARTO.** El 4 de julio de 2018, la entidad AVANTE COMUNICACIÓN, S.L. (AVANTE, en adelante) presentó en el Registro del órgano de contratación escrito de recurso especial en materia de contratación contra la resolución de adjudicación del contrato.

Dicho escrito de recurso fue remitido por el órgano de contratación, teniendo entrada en el Registro de este Órgano el 9 de julio de 2018, junto con el informe al mismo, el expediente de contratación y el listado de entidades licitadoras en el procedimiento con los datos necesarios a efectos de notificaciones.



Finalmente, con fecha 19 de julio de 2018, tiene entrada en este Tribunal determinada documentación complementaria remitida por el órgano de contratación.

**QUINTO.** Mediante escritos de la Secretaría del Tribunal de 23 de julio de 2018, se dio traslado del escrito de recurso a los licitadores interesados en el procedimiento, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, habiéndolas presentado en plazo las entidades adjudicatarias de los lotes 1 y 2, BADEMEDIOS, S.L. y M&C SAATCHI MADRID, S.L. respectivamente.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.** Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP, en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía y en la Orden de 14 de diciembre de 2011, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, por la que se acuerda el inicio del funcionamiento del citado Tribunal.

**SEGUNDO.** Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso dada su condición de licitadora en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con lo previsto en el artículo 48 de la LCSP.

**TERCERO.** Visto lo anterior, procede determinar si el recurso se refiere a alguno de los contratos contemplados legalmente y si se interpone contra alguno de los actos susceptibles de recurso en esta vía, de conformidad con lo establecido respectivamente en los apartados 1 y 2 del artículo 44 de la LCSP.

El objeto de licitación es un contrato de servicios cuyo valor estimado asciende a 3.018.181,83 euros, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, y el objeto del recurso es la adjudicación, por lo que el acto



recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1.a) y 2.c) de la LCSP.

**CUARTO.** En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 50.1 d) de la LCSP establece que *“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles. Dicho plazo se computará: d) Cuando se interponga contra la adjudicación del contrato el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya notificado esta de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional decimoquinta a los candidatos o licitadores que hubieran sido admitidos en el procedimiento”*.

Por su parte, la citada disposición adicional decimoquinta en su apartado 1 establece que *“Las notificaciones a las que se refiere la presente Ley se podrán realizar mediante dirección electrónica habilitada o mediante comparecencia electrónica. Los plazos a contar desde la notificación se computarán desde la fecha de envío de la misma o del aviso de notificación, si fuera mediante comparecencia electrónica, siempre que el acto objeto de notificación se haya publicado el mismo día en el Perfil de contratante del órgano de contratación. En caso contrario los plazos se computarán desde la recepción de la notificación por el interesado”*.

En el supuesto analizado, la resolución de adjudicación fue publicada en el perfil de contratante del órgano de contratación el 22 de junio de 2018, siendo enviada mediante correo electrónico a la recurrente el 25 de junio posterior, sin que conste en el expediente documento que acredite la recepción por el interesado. No obstante, aun cuando fuera considerada como fecha efectiva de la notificación de la adjudicación del contrato el 25 de junio de 2018, al haberse presentado el recurso el 4 de julio de 2018, el mismo se ha interpuesto dentro del plazo legal señalado.

**QUINTO.** Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede examinar los motivos en que el mismo se sustenta, que se circunscriben a la adjudicación de los dos lotes que integran este contrato.



La recurrente interpone el presente recurso contra la resolución, de 19 de junio de 2018, del órgano de contratación por la que se adjudica el contrato, solicitando que, con estimación del mismo, se proceda a nueva valoración de las ofertas y se acuerde adjudicar a AVANTE los dos lotes del contrato, por ser su proposición la que mayor puntuación obtendría conforme a la valoración que entiende debería haber llevado a cabo el órgano de contratación y que incluye a modo de ejemplo en su escrito de recurso. Subsidiariamente solicita que se declare nula la licitación y que vuelva a convocarse el contrato con una nueva y más clara redacción de los pliegos.

Con carácter previo al análisis de los alegatos de las partes, y al objeto de centrar la cuestión, conviene hacer referencia a las estipulaciones del pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante, PCAP), así como a la actuación seguida por la mesa de contratación. En cuanto a las primeras, en lo que aquí interesa, el anexo VII del pliego establece:

*“CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN VALORADOS MEDIANTE LA APLICACIÓN DE FÓRMULAS: (LA DOCUMENTACIÓN PARA VALORAR ESTOS CRITERIOS DEBE SER APORTADA POR LA PERSONA LICITADORA EN EL SOBRE N° 3). Puntuación máxima: 100 puntos.*

*1.- Oferta económica. Hasta 90 puntos*

*El presupuesto deberá desglosarse con especificación de los descuentos y la comisión de cursado que se aplicarán sobre tarifas publicadas. Se presentarán por cada uno de los medios, sin especificar soportes.*

*Se entiende por descuento (incluido rappel) el porcentaje ofertado sobre las tarifas de los diversos medios publicitarios, excluido IVA.*

*Conforme a la siguiente tabla:*

<i>LOTES</i>	<i>MEDIOS</i>	<i>DESCUENTO OFERTADO</i>	<i>COMISIÓN OFERTADA</i>
<i>LOTE N°1</i>	<i>PRENSA IMPRESA</i>		
	<i>PRENSA DIGITAL</i>		
<i>LOTE N°2</i>	<i>RADIO</i>		
	<i>TELEVISIÓN</i>		



*Independientemente de los descuentos y comisiones ofertados por el licitador, el importe de adjudicación será siempre el importe correspondiente al presupuesto base de licitación*

*a) Descuento ofertado. Hasta 50 puntos.*

*A la empresa que oferte el mayor descuento, para cada uno de los medios, se le otorgará la máxima puntuación valorándose el resto proporcionalmente a la baja.*

*b) Comisión de tramitación de agencia (cursado): Hasta 40 puntos.*

*La Comisión a ofertar por las empresas licitadoras no podrá superar el 4%.*

*Se otorgará la puntuación más alta a la empresa licitadora que presente la comisión más baja y o puntos a la empresa cuya comisión sea del 4%. Para el resto, la puntuación se calculará proporcionalmente por regla simple inversa.”*

Es decir, de los 100 puntos establecidos como baremo para los criterios de adjudicación valorados mediante la aplicación de fórmulas, 90 corresponden a la oferta económica, de los cuales 50 se prevén para baremar los descuentos que las licitadoras decidan ofertar con respecto a las tarifas de los medios en los que se vayan a publicitar las acciones objeto de este contrato, mientras que hasta con 40 puntos se valorará la oferta de la licitadora que incluya una menor comisión. La ahora recurrente presentó su proposición indicando, para los dos lotes, una comisión de -4%.

Por su parte, la mesa de contratación, tal y como se expone en el acta de su tercera sesión, de fecha 7 de mayo de 2018, tras el acto público de lectura de las proposiciones determinó:

*“Se da por concluido el acto público y la mesa procede a debatir si resulta aceptable y, en su caso, en qué términos, la comisión de intermediación con carácter negativo presentada por la licitadora Avante comunicación. De acuerdo con una interpretación lógica no resulta posible admitir comisiones de tramitación de agencia negativas al entenderlo incompatible con el propio concepto de comisión, constituyendo ésta la retribución en porcentaje que obtiene o percibe un tercero con motivo del servicio prestado por éste. Por otro lado, desde la perspectiva de una interpretación sistemática del pliego tampoco resulta posible su admisión, ya que sería reconocer un descuento sobre el precio ofertado por los licitadores, descuentos que ya son objeto de valoración en el criterio de adjudicación “descuento*



*ofertado”. Todo ello encuentra apoyo en los argumentos recogidos en la resolución 191/2012 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.*

*Por tanto, en la valoración de las ofertas presentadas para el lote 1 y lote 2 y, por acuerdo de la mesa de contratación, la comisión de intermediación de la empresa Avante comunicación del -4% se considerará 0%.”*

Una vez expuesto lo anterior, procede describir en síntesis los planteamientos de las partes. Para fundar su pretensión, la recurrente parte de un supuesto error conceptual de la mesa de contratación al aplicar los pliegos para valorar las ofertas. En este sentido señala que a su juicio no queda claro o expresamente definido en los pliegos a qué tipo de comisión se están refiriendo cuando se establece el subcriterio de adjudicación “comisión de tramitación de agencia (cursado)”. Al respecto indica que la mesa de contratación ha considerado que se trata de una “comisión de agencia”, es decir, siguiendo la definición que aporta del Diccionario de la Real Academia Española, comisión entendida como porcentaje que percibe un agente sobre el producto de una venta o negocio. Sin embargo frente a ello entiende la recurrente que en los pliegos se hace referencia expresa a “comisión de tramitación de agencia (cursado)”, que sería otro tipo de comisión mediante la cual el medio publicitario retribuye a la agencia por determinados servicios y que esta última puede decidir compartir o retornar a su cliente. Por este motivo se deduce del escrito de recurso, aunque no se afirma de manera expresa, que AVANTE pudo ofertar en su proposición una comisión negativa.

Para fundamentar la interpretación que lleva a cabo de los pliegos en lo relativo a este criterio de adjudicación, la recurrente sostiene los siguientes argumentos. En primer lugar alega que en ninguna parte del clausulado de los pliegos se establece de manera expresa que la “comisión de tramitación de agencia (cursado)” sea la remuneración de la agencia adjudicataria del contrato. Avala esta tesis con la incorporación en su escrito de recurso de referencias a pliegos en los que sí figura expresamente el tipo de contraprestación prevista para la agencia adjudicataria; bien en forma de comisión abonada por el poder adjudicador, bien mediante retribución del medio de comunicación con el que se contraten las distintas acciones publicitarias.



Continúa la recurrente afirmando que tampoco los pliegos indican que la comisión se vaya a facturar por la agencia al cliente. Al respecto señala que se trata de una comisión que se oferta, no que se solicita, a lo que cabría añadir que, según la recurrente, la fórmula prevista en los pliegos para este subcriterio de adjudicación dentro de la oferta económica coincide con la del otro subcriterio denominado “descuento ofertado”, pues ambos importes se determinan a partir de las tarifas publicadas de los diversos medios publicitarios.

Finaliza la recurrente sus alegatos exponiendo que tampoco los pliegos en ningún apartado limitan al 0% la comisión mínima que puedan ofertar las entidades licitadoras. A tal efecto nuevamente acoge en su escrito ejemplos de pliegos en los que sí se cita de manera expresa el límite inferior del porcentaje de comisión de agencia. Por tanto, dado que el PCAP es ley entre las partes, si su defectuosa redacción indujo a error, no resulta admisible que tal confusión se traduzca en una modificación a la baja de la oferta realizada por AVANTE.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso pone en duda que resulte posible establecer una diferenciación conceptual tal y como se plantea en el recurso entre dos tipos de comisiones, “de agencia” y “de tramitación de agencia (cursado)”. En cualquier caso entiende que los pliegos no inducen a confusión, y para ello plantea que una lectura completa y sistemática de toda la documentación que integra la licitación permite afirmar que cuando el órgano de contratación emplea los términos “comisión de cursado” o “de tramitación de agencia”, se está refiriendo a la comisión con la que se prevé remunerar a la entidad que resulte adjudicataria, interpretación que habría quedado confirmada con la presentación de las ofertas por el resto de licitadoras, pues en ninguna de ellas se incluye una comisión negativa como así sucede en la de la ahora recurrente.

Asimismo alega el órgano de contratación que resulta de difícil comprensión que los pliegos puedan exigir a la agencia adjudicataria la entrega de una comisión que supuestamente abonarían los medios donde se realizaran las acciones de



comunicación, y prueba de ello es que en ninguno de los documentos que integran la licitación se llega siquiera a sugerir que el pago se efectúe por tales medios.

Concluye el órgano de contratación en su informe haciendo referencia a la Resolución 191/2012, de 12 de septiembre, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en la que también se basó la mesa de contratación para valorar la oferta de AVANTE. En ella, ante un supuesto idéntico, se determinó que no procedía admitir una comisión de agencia negativa atendiendo a una interpretación sistemática y lógica de los pliegos. En virtud de la primera, considerando los pliegos como un conjunto de normas, la interpretación de una cláusula debe efectuarse con aquellas con las que se halle relacionadas. Por tanto, teniendo en cuenta que ya existía un criterio de adjudicación con el que se valoraba el descuento ofertado por las licitadoras, como en el presente supuesto, no tenía sentido proponer una comisión negativa pues supondría que un mismo concepto sería evaluado en dos criterios diferentes. Y atendiendo a una interpretación lógica, solo cabe entender el concepto comisión como *“la retribución en porcentaje que obtiene o percibe un tercero con motivo del servicio prestado por este.”*

En definitiva entiende el órgano de contratación, al igual que alegaba la recurrente, que los pliegos son la ley entre las partes. Sin embargo, considera que la presentación de oferta por parte de AVANTE supuso la aceptación incondicionada de los mismos, por lo que no cabe alegar ahora confusión jurídica por una defectuosa redacción si no fueron impugnados en el momento procedimental oportuno.

Por otra parte M&C SAATCHI MADRID, S.L. y BADEMEDIOS, S.L., como entidades interesadas, en sus alegaciones al recurso se oponen al mismo afirmando que AVANTE lleva a cabo una interpretación interesada del pliego de condiciones, pues desvirtúa el concepto de comisión al ofertar un porcentaje negativo, con la única intención de que su proposición sea la mejor valorada por este criterio y así poder lograr la adjudicación del contrato sin haber llegado a presentar la oferta económicamente más ventajosa. Para apoyar este alegato acompañan con sus alegaciones la Resolución 11/2018, de 1 de junio, del Tribunal Administrativo de



Recursos Contractuales de la Diputación Provincial de Jaén. En ella se desestima un recurso interpuesto precisamente por AVANTE tras haber sido excluida su oferta de una licitación similar a la del presente supuesto, por haber ofertado un porcentaje de descuento sobre la comisión de agencia superior al 100%, lo que acababa convirtiendo también esta en una comisión de agencia negativa.

Asimismo las entidades interesadas acogen en sus escritos resoluciones de este Tribunal, como la 175/2015, de 12 de mayo, o la 219/2016, de 16 de septiembre que, como más adelante se expondrá, son de aplicación al supuesto aquí examinado.

**SEXTO.** Vistas las alegaciones de las partes procede analizar el fondo de la controversia. Al respecto, la verdadera cuestión a dilucidar es si del tenor de los pliegos cabe extraer, como pretende la recurrente, que resultaba posible la presentación y posterior valoración de ofertas con una comisión negativa.

No es posible, en primer lugar, admitir las alegaciones de AVANTE con respecto a una hipotética confusión del tipo de comisión establecida en los pliegos, pues la recurrente solo efectúa manifestaciones que carecen de valor probatorio y que no vinculan a este Tribunal, máxime cuando en los pliegos no existe ningún apartado que induzca a efectuar una interpretación en tal sentido.

Igualmente tampoco se comparte la justificación de la recurrente relativa a que se trata de una comisión que se oferta y que no se solicita, y que por ello no implicaría una facturación de la entidad adjudicataria al órgano de contratación. Este razonamiento carece de sentido si atendemos al criterio de adjudicación “oferta económica” que incluye como subcriterios “descuento ofertado” y “comisión de tramitación de agencia (cursado)”. Con respecto a aquel criterio de manera generalizada nunca se discute que conlleve un pago o contraprestación a abonar por el órgano de contratación a la entidad adjudicataria, a pesar de que también incorpora el término “oferta”.



De igual forma, tampoco avala la tesis de la recurrente para excluir tal facturación el alegato relativo a que los pliegos imponen la misma fórmula para los dos subcriterios citados. Si bien en ambos subcriterios deben tenerse en cuenta las tarifas oficiales publicadas por los medios, lo cierto es que mientras que el “descuento ofertado” opera, como su nombre indica, descontando o minorando el importe de las tarifas, el otro subcriterio, una vez determinada la comisión por la licitadora en su oferta, consiste en un porcentaje que se traduce en un importe que no minorará, sino que, desde la perspectiva del órgano de contratación, debe adicionarse al precio de las tarifas como más adelante se expondrá.

En cualquier caso todo lo anterior responde a cuestiones previas planteadas por AVANTE en su escrito con respecto a la verdadera controversia suscitada en el recurso, esto es, si la comisión a ofertar por las licitadoras queda limitada por los pliegos a un mínimo del 0%. Al respecto este Tribunal considera que, aunque no quede establecido expresamente en los pliegos, no se podrá ofertar una comisión inferior al 0% del precio de las tarifas oficiales de los diversos medios publicitarios, pues ello resulta connatural a la configuración del criterio.

En este sentido hemos de tener en cuenta la doctrina sentada por este Tribunal en su Resolución 175/2015, de 12 de mayo, posteriormente reiterada en la Resolución 179/2015, de igual fecha, y en la 219/2016, de 7 de abril. En ellas se analizaba la posibilidad de ofertar un porcentaje superior al 100% en relación con un criterio de adjudicación que valoraba los descuentos sobre los precios ofertados. El supuesto resulta de aplicación al presente, pues tampoco establecían expresamente los pliegos que no se pudiera ofertar ese porcentaje superior. Es decir, se trata de supuestos análogos pues, mientras que en las resoluciones citadas los pliegos no concretaban un límite máximo para los descuentos, para la presente licitación el PCAP no fija de manera expresa el límite mínimo para las comisiones de las agencias. Y en ambos casos el resultado acaba siendo el mismo, ya que la superación de esos límites conllevaría que la adjudicataria “abonara” una cantidad al órgano de contratación en relación con estos criterios, sin perjuicio de que tal cantidad pudiera quedar



“compensada” posteriormente con las cantidades relativas a otros criterios de adjudicación.

Pues bien, en las resoluciones citadas concluyó este Tribunal que *“el porcentaje máximo de descuento tiene un límite natural infranqueable que es el 100%, al igual que ocurre con la oferta económica que, con independencia de los supuestos de valores anormales o desproporcionados, carece de límites legales en cuanto a su bajada”*.

Por tanto, conforme a la doctrina expuesta, debe entenderse que el porcentaje mínimo de comisión tiene un límite natural infranqueable que es el 0%. Es por ello que resulta intrascendente, a pesar de lo alegado por la recurrente basándose en ejemplos de pliegos de otras licitaciones, que tal límite hubiera quedado definido en el PCAP de manera expresa pues no aportaría nada nuevo. Admitir un exceso en forma de porcentaje negativo desvirtuaría el propio concepto de comisión, entendida esta como retribución en porcentaje que se abona a un tercero por los servicios prestados y que conforma el criterio de valoración establecido en los pliegos para poder calificar en pie de igualdad a todos los licitadores. En definitiva implicaría una mejora que ni ha sido solicitada ni puede ser valorada, pues ello atentaría contra el principio de trato igualitario a los licitadores.

Al respecto, es también doctrina reiterada de este Tribunal (v.g. Resoluciones 242/2017, de 13 de noviembre, 28/2018, de 2 de febrero y 251/2018, de 13 de septiembre) la necesidad de que la oferta se ajuste a las especificaciones de los pliegos, constituyendo ambos, el de cláusulas administrativas particulares y el de prescripciones técnicas, *lex contractus* o *lex inter partes* que vinculan no solo a los licitadores que concurren al procedimiento aceptando incondicionalmente sus cláusulas (artículo 145.1 del TRLCSP), sino también a la Administración o entidad contratante autora de los mismos.

El Tribunal General de la Unión Europea, Sala Segunda, en Sentencia de 28 de junio de 2016 (asunto T-652/14), afirma en su apartado 78 que *“(…) si la EUIPO [entidad*



*contratante] no se hubiera atendido a las condiciones que ella misma había fijado en los documentos del procedimiento de licitación, habría vulnerado el principio de igualdad de trato entre los licitadores y su actuación habría afectado negativamente a una competencia sana y efectiva. En este sentido, la jurisprudencia ha precisado que, cuando, en el marco de un procedimiento de licitación, el órgano de contratación define las condiciones que pretende imponer a los licitadores, se autolimita en el ejercicio de su facultad de apreciación y no puede ya apartarse de las condiciones que de este modo ha definido con respecto a cualquiera de los licitadores sin vulnerar el principio de igualdad de trato entre los licitadores (sentencia de 20 de marzo de 2013, Nexans France/Empresa Común Fusion for Energy, T-415/10, EU:T:2013:141, apartado 80).”*

Así, la jurisprudencia comunitaria viene reiterando que el principio de igualdad de trato implica que todos los licitadores deben hallarse en pie de igualdad tanto en el momento de presentar su oferta como al ser valoradas estas por la entidad adjudicadora (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 25 de abril de 1996, Comisión/Bélgica). Asimismo, este principio es la piedra angular sobre la que se hacen descansar las Directivas relativas a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de diciembre de 2002, Universidad Bau y otros).

Por tanto, ha de rechazarse también el alegato relativo a una defectuosa redacción de los pliegos que haya podido inducir a error. Como expone el órgano de contratación en su informe al recurso, si AVANTE detectó cierta oscuridad en la redacción de los pliegos su momento procedimental para impugnarlos ya pasó. Pero en cualquier caso, del tenor de los pliegos solo cabía deducir la existencia del límite natural del 0% a la hora de ofertar la “comisión de tramitación de agencia”, por lo que la actuación del órgano de contratación ha ido encaminada a velar por la igualdad de trato entre licitadores, incluida, claro está, la ahora recurrente.

En este sentido, analizando en concreto la actuación del órgano de contratación con respecto al tratamiento otorgado a la oferta de AVANTE, se aprecia por este Tribunal



un proceder ajustado a Derecho. Como se ha indicado, la proposición de la recurrente superó el límite natural mínimo del criterio “comisión de tramitación de agencia”, por lo que cabe cuestionarse qué repercusión pudiera tener este exceso en forma de comisión con porcentaje negativo para la valoración de su oferta.

Esta cuestión ha sido ya tratada por este Tribunal en sus Resoluciones 183/2018 y 184/2018, de 14 de junio. En concreto, en la primera de estas se analizaba el alegato de la recurrente que planteaba que la entidad adjudicataria había superado en su proposición, entre otros, el importe máximo previsto en el pliego para el criterio “mejoras”, al ofertar por encima del porcentaje del importe de licitación que había quedado establecido como límite. Pues bien, este Tribunal determinó en la Resolución 183/2018 que *“la superación de tales límites máximos solo puede acarrear, como regla general, que no se valore el exceso.”*

Aun cuando en el presente supuesto estemos ante un límite con carácter de mínimo, se trata de un caso análogo al de la resolución citada, pues la oferta de AVANTE sobrepasó el porcentaje mínimo que podía ser valorado. Por tanto tal superación, al igual que en el caso anterior, solo puede suponer que a efectos de valoración no se tenga en cuenta el exceso.

De esta forma, como se indicaba en nuestra Resolución 184/2018, *“se ha de tener en cuenta que, una vez se ha concluido que dicha proposición no puede ser excluida, el hecho de no valorarla podría suponer un claro perjuicio para el interés público, pues se estaría dando valor cero o no puntuando a una oferta que podría ser realmente ventajosa. Además, tal decisión sería poco acorde al principio de proporcionalidad -reconocido por la jurisprudencia europea (sentencia del Tribunal General de la Unión Europea, de 10 de diciembre de 2009, asunto T-195/08) y elevado a rango de principio de la contratación en los artículos 18 de la Directiva 2014/24/UE y 132 de la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público- que exige que los actos de los poderes adjudicadores no rebasen los límites de lo que resulta apropiado y necesario para el logro de los objetivos perseguidos, debiéndose entender que, cuando se ofrezca una elección*



*entre varias medidas adecuadas, deberá recurrirse a la menos onerosa y que las desventajas ocasionadas no deben ser desproporcionadas con respecto a los objetivos perseguidos.”*

Es por ello que la solución más adecuada al interés público, así como a los principios de proporcionalidad y de adjudicación a la oferta económicamente más ventajosa impone valorar la oferta de AVANTE en el criterio examinado como así hizo el órgano de contratación. Ello supone que no se tome en consideración a efectos de valoración el exceso, es decir, el tramo que iría del 0% al -4%, sin perjuicio de que dicho exceso debiera quedar integrado en la oferta de AVANTE para el supuesto de que fuese la adjudicataria del contrato.

Todo lo anterior determina la desestimación del alegato principal del recurso.

Por tal razón, sería necesario abordar la pretensión articulada con carácter subsidiario pues procede para el caso de desestimación de la principal, si bien hemos de señalar que tampoco aquella podría prosperar, dado que al solicitar subsidiariamente que se declare nula la licitación y vuelva a convocarse explicitando de forma clara en los pliegos el carácter remuneratorio de la comisión a ofertar por las agencias y sus límites superior e inferior, a contrario sensu se debe entender que está alegando cierta oscuridad en la redacción de los pliegos que los haría incurrir en vicio de nulidad, por lo que procede igualmente su desestimación en virtud de los motivos ya expuestos en el presente fundamento de derecho.

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

## **ACUERDA**

**PRIMERO.** Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **AVANTE COMUNICACIÓN, S.L.** contra la Resolución, de 19 de junio de 2018, del órgano de contratación por la que se adjudica el contrato



denominado “Planificación y compra de espacios publicitarios en prensa, radio y televisión para la difusión de las actividades de la Consejería de Agricultura, Pesca y Desarrollo Rural” (Expte. 13/2018 SEAB), respecto a sus 2 lotes, convocado por la Secretaría General Técnica de la Consejería de Agricultura, Pesca y Desarrollo Rural.

**SEGUNDO.** Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión automática del procedimiento de adjudicación.

**TERCERO.** Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 58.2 de la LCSP.

**CUARTO.** Notificar la presente resolución a las partes interesadas en el procedimiento.

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

