



Expte.: R-27/2015

ACUERDO 22/2015, de 20 de marzo, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por la que se estima parcialmente la reclamación en materia de contratación pública interpuesta por don J.M.N.L., en representación de “SORTZE LANA, S.L. y CARMEN DIESTE CAMPOS, S.L.”, frente a la Resolución 8/2015, de 13 de febrero, de la Directora de Comunicación-Oficina Portavoz del Gobierno, por la que se selecciona a la empresa “GAP’S Comunicación Pamplona, S.L.” para el acuerdo Marco de la Publicidad con Creatividad del año 2015, promovido por el Departamento de Cultura, Turismo y Relaciones Institucionales del Gobierno de Navarra.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 12 de diciembre de 2014 se publicó en el Portal de Contratación de Navarra el anuncio de licitación del Acuerdo Marco de asistencia de los Trabajos de gestión de la publicidad ordinaria con creatividad durante el año 2015. Dicho anuncio de licitación fue publicado en el DOUE el día 16 de diciembre de 2014.

SEGUNDO.- Según consta en el expediente, con fecha 19 de febrero de 2015 fue notificada al reclamante la Resolución 8/2015, de 13 de febrero, de la Directora de Comunicación-Oficina Portavoz del Gobierno, por la que se selecciona a la empresa GAP’S Comunicación Pamplona para el acuerdo Marco de la Publicidad con Creatividad en el año 2015.

TERCERO.- Con fecha 27 de febrero de 2015, don J.M.N.L., en representación de “SORTZE LANA, S.L. y CARMEN DIESTE CAMPOS, S.L.”, (abreviadamente, «CDC»), interpone reclamación en materia de contratación pública en la que se alega indebida exclusión de la reclamante en el procedimiento de licitación, encontrarse el adjudicatario (en este caso la empresa seleccionada para el Acuerdo Marco) en causa de

exclusión, falta de motivación de la viabilidad de la oferta económica de la empresa seleccionada y vulneración de los principios de la contratación pública recogidos en el artículo 21 de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos (en adelante, LFCP), todos ellos motivos contemplados por el artículo 210.3 de la misma norma para fundar la reclamación en materia de contratación pública.

Por todo ello solicita que se estime su reclamación y se retrotraiga el procedimiento de licitación al momento de apertura de las propuestas económicas.

CUARTO.- Con fecha 3 de marzo de 2015 el Departamento de Cultura, Turismo y Relaciones Institucionales aporta el expediente administrativo y presenta escrito de alegaciones en el que señala que la exclusión de la reclamante es acorde a Derecho porque lo contrario infringiría el principio de igualdad y que los errores en la oferta económica no son subsanables. Por contra, entiende que la oferta de la empresa seleccionada fue correctamente admitida porque cumplía el condicionado, que la decisión de admitirla está suficientemente motivada con el criterio técnico de la Mesa de Contratación, a la vista de la información aportada, constando dicha motivación en la Resolución frente a la que se reclama, y que dicha decisión no vulnera los principios de la contratación porque la empresa seleccionada acredita que los resultados económicos de su oferta son siempre positivos para ella.

En consecuencia el Departamento de Cultura, Turismo y Relaciones Institucionales solicita la desestimación de la reclamación, así como también el levantamiento de la suspensión de la resolución impugnada porque considera que el mantenimiento de la misma y el retraso en la finalización del expediente podrían producir importantes perjuicios económicos para los intereses de la Comunidad Foral.

QUINTO.- Con fecha 4 de marzo de 2015 se da traslado del expediente a los interesados para que en el plazo de tres días hábiles aporten las alegaciones que consideren interesar a su derecho. Transcurrido el plazo, ninguno de los interesados ha hecho uso de esta facultad.

SEXTO.- Mediante Acuerdo 19/2015, de 13 de marzo, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, se inadmite la solicitud de levantamiento de la suspensión a que se encuentra sometida la Resolución 8/2015, de 13 de febrero, de la Directora de Comunicación-Oficina Portavoz del Gobierno, por la que se selecciona a la empresa “GAP’S Comunicación Pamplona, S.L.” para el acuerdo Marco de la Publicidad con Creatividad del año 2015, promovido por el Departamento de Cultura, Turismo y Relaciones Institucionales del Gobierno de Navarra, motivando tal decisión en que la suspensión está prevista de forma automática por la LFCP y la misma no contempla su levantamiento, todo ello también de conformidad con artículo el artículo 3.1 del Código Civil.

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 forma parte el Departamento de Cultura, Turismo y Relaciones Institucionales, 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 de uno de los licitadores participantes en el procedimiento de adjudicación, cumpliendo con ello el requisito establecido en el artículo 210.1 de la LFCP de estar interesado 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 8/2015, de 13 de febrero, de la Directora de Comunicación-Oficina Portavoz del Gobierno, por la que se selecciona a la empresa “GAP’S Comunicación Pamplona, S.L.” para el acuerdo Marco de la Publicidad con Creatividad del año 2015 que a juicio del reclamante ha sido dictada con infracción de

los principios de 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.- Con carácter previo al análisis de las pretensiones suscitadas en el escrito de reclamación formulada, debe destacarse que el objeto del acto impugnado es la Resolución en la que se selecciona a la empresa “GAP’S Comunicación Pamplona, S.L.” para el acuerdo marco de la publicidad con creatividad para el año 2015. Los acuerdos marco suponen una técnica de contratación tendente a racionalizar la contratación pública, regulada por la Directiva 2004/18, que los define en su artículo 1. 5 como *"un acuerdo entre uno o varios poderes adjudicadores y uno o varios operadores económicos, cuyo objeto consiste en establecer las condiciones que rijan los contratos que se vayan a adjudicar durante un período determinado, en particular las relativas a los precios y, en su caso, a las cantidades previstas"*,

En el ordenamiento jurídico foral, esta técnica se encuentra regulada en los artículos 77 y ss de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos, que permite celebrar acuerdos iniciales con uno o varios empresarios – seleccionados a través de un procedimiento de licitación conforme a las reglas de los procedimientos abiertos o restringidos, donde como criterios de selección se aplicarán los criterios de adjudicación previstos en dicha norma jurídica -, cuyo objeto es establecer las condiciones a las que se ajustarán los contratos que puedan celebrarse durante su vigencia, en particular las relativas a los precios y, en su caso, a las cantidades previstas. El acuerdo se encuentra sujeto a requisitos temporales especiales, puesto que su duración máxima no podrá superar los cuatro años, salvo casos excepcionales debidamente justificados, y a una cautela especial, como es la de que su celebración no obstaculice, restrinja o falsee la competencia. Asimismo, se establece como regla general que el acuerdo marco se celebrará con al menos tres empresas, siempre que haya número suficiente de empresas admisibles o de empresas que respondan a los criterios de selección, y sin perjuicio de la posibilidad de celebrarse con una sola cuando la naturaleza del objeto así lo exija.

La regulación foral citada diferencia entre los acuerdos marco celebrados con una única empresa - en cuyo caso los contratos basados en dicho acuerdo se adjudicarán con arreglo a los términos establecidos en el mismo, sin perjuicio de la posibilidad de solicitarle que complete su oferta -, y aquellos celebrados con varias empresas, pudiendo éstos, a su vez, tratarse de acuerdos marco en los que se establecen todos los términos de los futuros contratos, en cuyo caso la adjudicación de los contratos derivados se realiza sin convocar a las partes a nueva licitación conforme a los términos del acuerdo, o pudiendo tratarse de acuerdos marco en que se deja sin determinar alguno de tales términos, en cuyo caso nos encontramos ante lo que se denomina acuerdo marco stricto sensu y donde la adjudicación de los contratos derivados se realiza a través de la tramitación del procedimiento de adjudicación, convocando a las partes o empresarios preseleccionados a una nueva licitación conforme a las reglas detalladas en el artículo 78.3 LFCP.

Sentado lo anterior, no puede perderse de vista la limitación que, en relación con la adjudicación de los contratos derivados del acuerdo marco, recoge el artículo 78.1 LFCP que, aplicable a todas las modalidades citadas, establece que *“Para la adjudicación de los contratos basados en un acuerdo marco las partes no podrán, en ningún caso, introducir modificaciones sustanciales en los términos de éste”*; de donde se deduce que, en la adjudicación de los contratos derivados, obviamente no se pueden modificar o desvirtuar los términos previstos en el acuerdo marco, aunque sí concretarlos de manera más precisa, de forma que, en caso de ser necesaria nueva licitación en los términos citados, los criterios de adjudicación a aplicar serán los detallados en el pliego del acuerdo marco, cohonestando la necesidad de garantizar la flexibilidad en el procedimiento y el respeto de los principios generales, incluido el principio de igualdad de trato.

SEXTO.- La primera de las cuestiones planteadas en el escrito de reclamación exige analizar la adecuación a derecho de la exclusión de la empresa “CDC” del procedimiento de licitación del Acuerdo Marco de asistencia de los Trabajos de gestión de la publicidad ordinaria con creatividad durante el año 2015, por haber presentado en su oferta económica, para el sub-apartado correspondiente al servicio de adaptación de

un original a banner, un precio de 126 euros/unidad, IVA excluido, que supera el precio máximo establecido para el mismo en el PCAP (120 euros/unidad, IVA excluido).

Aduce el reclamante que el PCAP en ningún momento establece que superar el precio máximo de licitación de cada uno de los apartados comporte necesariamente la exclusión del procedimiento; motivo por el cual sostiene que dicha circunstancia debió comportar no obtener ninguna puntuación en ese sub-apartado concreto, máxime cuando la oferta económica presentada no supera el importe de licitación señalado en el pliego. Fundamenta, asimismo, su reclamación en un error aritmético en la oferta del precio correspondiente a dicho sub-apartado, en relación al cual no se la ha concedido posibilidad de subsanación.

Por su parte, la entidad contratante reconoce expresamente que la exclusión por el motivo alegado no está expresamente prevista en el PCAP, si bien la cláusula 15 del mismo señala precios máximos para cada servicio, constituyendo éstos una frontera infranqueable para el contratista, quien en ningún caso puede ofertar un precio superior. Por ello, estima ajustada a derecho la exclusión de la oferta del reclamante, toda vez que lo contrario supondría una conculcación del principio de igualdad.

La resolución de la pretensión formulada exige examinar si la exclusión de la reclamante basada en la concurrencia de la causa a que se ha hecho referencia se ajusta al marco jurídico de aplicación; marco conformado por la normativa legal sobre contratación pública y por los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas Particulares reguladores del acuerdo marco que constituyen la ley del contrato, configurando – tal y como pone de manifiesto el Acuerdo 58/2013, de 23 de octubre, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, - un auténtico bloque normativo al que quedan sujetos tanto la Administración como los particulares.

El Tribunal Supremo en su Sentencia de 29 de septiembre de 2009 recuerda que los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares conforman la ley del contrato y vinculan en sus propios términos, tanto a los licitadores que concurren a la licitación

aceptando su contenido, como a los órganos de contratación. Por su parte, el artículo 45.1 LFCE, establece que *“En todo procedimiento de licitación se fijarán previamente los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes, en sus aspectos, jurídicos, administrativos y económicos, que se denominarán pliegos de cláusulas administrativas particulares, salvo las especialidades previstas en la presente Ley Foral”*. En desarrollo de esta previsión, conforme al artículo 52 del mismo cuerpo legal las proposiciones de los interesados se presentarán conforme al modelo que se establezca en el pliego de cláusulas administrativas particulares. Finalmente, y en atención a dicho carácter, el PCAP del acuerdo marco que nos ocupa, determina en su cláusula 11.1 in fine que *“La presentación de las proposiciones presume por parte del licitador la aceptación incondicional de las cláusulas de este Pliego, así como la declaración responsable de la exactitud de todos los datos presentados y de que reúne todas y cada una de las condiciones exigidas para la contratación de los trabajos”*.

Así pues, los licitadores deben presentar sus proposiciones en la forma y con los requisitos que en cada caso determinen los pliegos, y dicha presentación presume la aceptación de sus cláusulas sin salvedad alguna.

Tal y como pone de manifiesto la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 64/2012, de 7 de marzo, la necesidad de adaptación de las proposiciones al contenido de los pliegos es más evidente en relación a la oferta económica, la cual está sujeta a dos requisitos, uno material, puesto que no puede exceder del presupuesto base de licitación, y otro formal, ya que debe atenerse al modelo establecido en los pliegos sin introducir en él variaciones sustanciales. El límite material es estricto y no admite flexibilidad salvo en aquellos supuestos en que los propios pliegos hayan permitido variantes y, específicamente, hayan previsto que las mismas podrán superar el presupuesto de licitación; opción de marcado carácter excepcional, en tanto se dificulta el elemento de comparación de ofertas.

Al hilo de lo anterior, debe analizarse el contenido del pliego relativo a las proposiciones económicas. En este sentido, la cláusula cuarta del PCAP relativa al importe de licitación y valor estimado del acuerdo marco establece que *“El importe*

total estimado para todos los contratos que van a ser adjudicados durante el año 2015 al amparo de este acuerdo marco asciende a SETECIENTOS CINCUENTAMIL EUROS (750.000) euros, IVA excluido.

El valor estimado del acuerdo marco por el primer año y las tres eventuales prórrogas es de 3.000.000 de euros.

La cifra reseñada es estimativa, sin que suponga un compromiso de gasto por parte del Gobierno de Navarra. Únicamente generarán obligación de pago los trabajos encargados y efectivamente realizados por el adjudicatario”.

A su vez, la cláusula undécima, en relación con la formulación de la oferta económica, establece que “...*“Sobre Número 3-Proposición Económica”: La proposición se ajustará al modelo establecido en el Anexo IV del presente condicionado. La oferta económica se expresará en euros. Se entenderá que en ella NO ESTÁ INCLUIDO el importe del IMPUESTO SOBRE EL VALOR AÑADIDO. A todos los efectos se entenderá que la proposición económica de los licitadores comprende todos los factores de valoración, gastos que el adjudicatario deba realizar para el normal cumplimiento de la prestación contratada y demás tributos de cualquier índole, A EXCEPCIÓN DEL IMPUESTO SOBRE EL VALOR AÑADIDO, que sean de aplicación según las disposiciones vigentes...”.*

Por su parte, la cláusula decimoquinta dispone, al regular los criterios de selección de las empresas, que “*B. Valoración propuestas económicas: el precio ofertado, de 0 a 500 puntos, teniendo en cuenta:*

1. Importes de creatividad y realización de originales, IVA excluido: 0 a 200 puntos.

1.- Medios impresos: 145 puntos

• Creatividad y realización de originales para medios impresos que requieran elementos de texto, dibujos y o fotografías aportadas por el contratista. Precio por unidad. 55 puntos. Máximo 1.100 euros, IVA excluido.

• Adaptación de un original a otros tamaños y soportes de papelería y publicidad impresa. Precio por unidad. 40 puntos. Máximo 200 euros, IVA excluido.

- *Adaptación del original a banner. Precio por unidad. 4 puntos. Máximo 120 euros, IVA excluido.*

- *Adaptación de un original a una cuña de radio (creatividad): 4 puntos. Máximo 75 euros, IVA excluido.*

- *Creatividad y realización de originales a partir de elementos creativos aportados por la DGCOM (textos, fotos y/o dibujos). Precio por unidad. 12 puntos. Máximo 600 euros, IVA excluido.*

- *Adaptación o modificación de originales anteriores, realizados por la empresa adjudicataria del acuerdo marco o por otra distinta para la DGCOM, para su nueva publicación. Precio por unidad, 10 puntos. Máximo 200 euros, IVA excluido.*

- *Creatividad, diseño y maquetación (no impresión) de un folleto 15x15 especificando, en su caso, el coste de adaptación a textos en otros idiomas. Precio por página. 20 puntos. Máximo 100 euros, IVA excluido.*

2.- Medios audiovisuales: 15 puntos.

- *Creatividad de una cuña de radio con un máximo de dos locutores locales, música de librería y grabada en estudio profesional. 4 puntos. Máximo 100 euros, IVA excluido.*

- *Creatividad y producción de un vídeo de 1 minuto. 11 puntos. Máximo 1.100 euros, IVA excluido.*

3.- Publicidad on line: 24 puntos.

- *Creatividad y producción de una campaña en redes sociales. 14 puntos. Máximo, 1.100 euros, IVA excluido.*

- *Creatividad y diseño de un newsletter (envío de información a través del mail). 2 puntos. Máximo, 150 euros, IVA excluido.*

- *Creatividad y producción de un banner de 468x60 pixeles de tamaño, de 10 segundos aproximadamente de duración, 4 puntos, Máximo 200 euros, IVA excluido.*

- *Adaptación de banner a otros tamaños. 4 puntos. Máximo 75 euros, IVA excluido.*

4.- Otros: 16 puntos.

- *creatividad de una acción de street marketing, 16 puntos. Máximo 1.100 euros, IVA excluido.*

2. Importes de contratación de espacios en prensa de la Comunidad Foral. Se especificará en cada caso el porcentaje concreto de descuento a aplicar sobre las tarifas vigentes: 0 a 200 puntos. El descuento mínimo para todas las categorías es del 0%.

- Prensa: Diario de Navarra (128 puntos) y Diario de Noticias (62 puntos). 190 puntos.

- Revistas y publicaciones locales y/o regionales, entendiendo por éstas aquellas publicaciones de carácter periódico y cualquier tipo de temática que se difunden fundamentalmente en el territorio de la Comunidad Foral: 10 puntos.

3.- Importes de contratación de espacios en otros medios, tanto fuera como dentro de la Comunidad Foral. Se especificará en cada caso el porcentaje concreto de descuento a aplicar sobre las tarifas vigentes: 0 a 100 puntos. El descuento mínimo para todas las categorías es del 0%.

- Resto de periódicos regionales o nacionales. 7 puntos.

- Resto de revistas y publicaciones de fuera del territorio de la Comunidad Foral, nacional o internacional: 3 puntos.

- Marquesinas Comarca Pamplona, Estella y Tudela: 15 puntos. Televisiones locales y regionales: Navarra TV. 7 puntos. Resto de televisiones regionales o nacionales: 3 puntos.

- Radio: Ser (6,4 puntos), Onda Cero (4,8 puntos), Cope (3,8 puntos). 15 puntos.

- Resto de emisoras de radio locales, regionales o nacionales: 15 puntos.

- Medios digitales :www.diarionavarra.es (17,5 puntos) y www.noticiasdenavarra.es (12,5 puntos) 30 puntos.

- Resto de medios digitales y redes sociales: 5 puntos.

El descuento aplicable en cada medio será una cifra concreta para cualquier volumen contratado, no admitiéndose aumentos del porcentaje de descuento en función del volumen de contratación.

Para puntuar las ofertas económicas, en cada módulo se dará el total de puntos a la mejor oferta (la más barata). Acto seguido, se aplicará una regla de tres inversamente proporcional para calcular los puntos del resto de ofertas. Una vez calculados los puntos de cada módulo, se sumarán para obtener el total de puntos de la

oferta en el apartado económico. En la valoración se utilizarán como máximo dos decimales.

Como puede observarse, la única referencia que el PCAP realiza sobre el hecho de que los precios de cada sub-apartado constituyen precios máximos es la contenida en la cláusula relativa a los criterios de selección; sin que, tal y como reconocen expresamente las partes, se prevea que superar dichos máximos conlleve el rechazo de la proposición económica formulada.

Esta falta de previsión en el PCAP determina la necesidad de analizar si por ello la oferta debió ser admitida a pesar de superar el precio máximo, habida cuenta que en el caso de que el pliego hubiera previsto tal circunstancia – previsión a todas luces más que conveniente - ninguna duda se suscitara en relación a la procedencia del rechazo de la oferta dado el carácter vinculante de sus cláusulas.

Dicho de otro modo, este Tribunal debe pronunciarse sobre si las causas o motivos de rechazo de las proposiciones previstos en la normativa para poder ser de aplicación deben recogerse obligatoriamente en los pliegos; cuestión que debe ser resuelta en sentido negativo, toda vez que dada a naturaleza jurídica de éstos, es claro su sometimiento a la norma jurídica que le sirve de fundamento, de modo que al igual que no pueden contravenir sus postulados, y tampoco pueden consistir en una mera reproducción de los mismos. La ausencia de referencias a la posible o no subsanación de las ofertas no deja de ser de aplicación en función de las circunstancias en cada caso concurrentes.

Lo cierto es que la cláusula decimoquinta del pliego es clara al establecer precios máximos en cada uno de los sub-apartados, como también lo es que la parte recurrente presentó una oferta económica que superaba, en uno de los sub-apartados el límite fijado en el PCAP.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 24.10 LFCP el valor estimado de los acuerdos marco se determina teniendo en cuenta el valor máximo estimado, excluido

el IVA, del conjunto de contratos contemplados durante la duración total del acuerdo marco; siendo ésta la razón de que la oferta económica se desglose en cada una de las distintas prestaciones que configuran los mismos, constituyendo, a su vez, el importe delimitador de las obligaciones a asumir por el órgano de contratación y el límite en el que el licitador puede formular su oferta económica.

Este carácter limitativo del precio máximo de cada una de las prestaciones a contratar adquiere especial relevancia cuando nos encontramos ante acuerdos marco, toda vez que, conforme a lo dispuesto en el artículo 77.1 LFCP se trata de *“un negocio jurídico celebrado entre una o varias Administraciones y una o varias empresas, cuyo objeto consiste en establecer las condiciones que regirán en determinados contratos de obras, suministro o asistencia que se vayan a adjudicar durante un periodo determinado, en particular las relativas a los precios y, en su caso, a las cantidades previstas”*.

Acoger la tesis de la reclamante en el sentido de atribuirle cero puntos en el sub-apartado de su oferta que excede de su precio máximo llevaría aparejada la consecuencia de que en caso de resultar seleccionada, los contratos derivados del citado acuerdo marco en lo relativo a la citada prestación serían adjudicados por un precio superior al determinado como máximo por la entidad contratante en la fase de preparación del procedimiento de licitación para la selección de las empresas a participar del acuerdo marco correspondiente; consecuencia contraria a los principios rectores de la contratación proclamados en el artículo 21 LFCP.

El PCAP regulador del acuerdo marco que nos ocupa, en su cláusula decimotercera, prohíbe la presentación de soluciones, variantes o alternativas, y tampoco prevé la posibilidad de que las ofertas superen los precios máximos de cada uno de los sub-apartados, de donde debe concluirse, en atención a lo razonado, que éstos constituyen el límite material a respetar, de forma ineludible, por los licitadores en sus ofertas; límite que en caso de no ser observado por las ofertas económicas realizadas por las empresas interesadas conlleva el rechazo de las mismas, tal y como razona la Resolución 874/2014, de 28 de noviembre, del Tribunal Administrativo Central de

Recursos Contractuales, - expresamente citada en la parte expositiva del acto impugnado – que pone de relieve que es doctrina reiterada de dicho Tribunal la que entiende que ha de considerarse correctamente rechazada aquella oferta que supere el precio de licitación en cualquiera de sus partidas.

Especialmente reveladora resulta, en este sentido, la Resolución 726/2014, de 3 de octubre, de Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, que estima ajustado a derecho el rechazo de proposiciones económicas por exceder de alguno de los precios unitarios máximos establecidos en el pliego; dice así la Resolución citada: *“(…)Veamos, a continuación, qué es lo que el pliego prevé respecto de los precios, y así a este respecto, como ya hemos visto en los antecedentes de hecho de esta licitación, la cláusula V.4 del pliego establece que "el sistema de determinación del precio aplicable a este contrato, que se formula en términos establecidos en el art. 87 del TRLCSP, es por precios unitarios, referidos a los componentes de las unidades de los artículos que se entreguen, siendo los precios unitarios máximos de licitación los establecidos en los Anexos del Pliego de Prescripciones Técnicas." además en la cláusula 2.3 del pliego técnico se prevé de forma expresa que "los precios que se oferten se harán por unidades de los productos y artículos"*.

De lo establecido en el pliego resulta con claridad la circunstancia de que los pliegos del contrato establecen como precios máximos, topes de licitación los precios unitarios establecidos respecto de cada uno de los productos que componen el pliego. La dicción de las cláusulas no deja lugar a dudas en ese sentido, y sólo así cabe interpretar que se hable de precios unitarios, como sistema de determinación del precio aplicable al contrato y que tales precios se refieran a los artículos que se refieren en los anexos correspondientes de los pliegos, y además estos artículos, tal y como establece la cláusula transcrita, se consideran por unidades, en referencia a cada una de las cuales se establece ese precio unitario. Además de esto, el propio pliego en sus anexos establece, respecto de cada lote, los productos individualizados, su descripción y en la tabla final, respecto de cada uno de esos productos, una columna en la que se especifica, y así lo hemos visto antes, "Importe máximo de licitación por unidad" y otra posterior en la que también se especifica "Precio máximo por producto", es decir que ese precio respecto de cada producto es el máximo que puede ofertarse, siendo este

precio unitario el precio del contrato y que da lugar, mediante la multiplicación de su importe por el de unidades previstas o indicativas en el contrato, el importe total del producto de que se trate, siendo superados ambos por estos licitadores excluidos. Esta referencia, unida a los extremos indicados antes, no deja lugar a dudas, en cuanto a la claridad de la previsión de que estos importes no pueden ser transgredidos libremente por el contratista, y deben por tanto de tener su lógica consecuencia, y como los precios de referencia, por unidad, son los referentes al precio del contrato, entendiéndose éste último como precio del lote, el que sobrepasa la referencia debe ser excluido en donde esa misma tiene su reflejo práctico que es precisamente, en el lote del producto cuyo precio unitario se sobrepasó.

Así, lo que está claro es que los dos recurrentes están ofertando por encima del tope máximo establecido en los pliegos respecto de los productos indicados, y que estos topes establecidos en los pliegos del contrato, conocidos por ambos y por todos los licitadores, son los que sirven de base para determinar el precio del contrato, y ello además, por una razón muy simple, que es la de que las cantidades máximas previstas para cada producto funcionan como estimación del contrato, normalmente referido a otros periodos distintos y anteriores al que es objeto de licitación, de manera tal que estos productos pueden ser pedidos durante la vigencia del contrato por encima de esas cantidades estimadas, de manera tal que en esos casos, los precios podrán dar lugar a que el propio tope establecido en el lote, resultase insuficiente si existiese una cantidad determinada de productos demandados superior a aquella que sirve como estimatoria o de referencia en el pliego para establecer las cantidades totales aproximadas solicitadas.

Lo que establece el precio del contrato es el precio individual del producto que se conoce por todos los licitadores, a la luz de los Anexos del pliego, y lo que también se conoce por estos licitadores es que esos precios individuales son los precios del contrato en su conjunto, fijándose en los pliegos del contrato, lex inter partes, en todo lo que se refiere al precio del contrato una división en lotes del contrato, un precio por productos unitarios, con referencia expresa a cada uno de los productos que se incluyen en el lote, en ejecución de la previsiones del TRLCSP, en sus artículos 86, respecto de la división del objeto del contrato en lotes, y 87 en lo que se refiere a la posibilidad de establecer precios unitarios.

Entendemos que la consecuencia no puede ser otra que la que se ha adoptado, por tanto de forma correcta, por el órgano de contratación, es decir, la de que superar los topes máximos de diversos productos de un lote, al suponer no respetar ese precio de licitación, por lo que superándolo, ello debe dar lugar a la exclusión del licitador que lo hace, y la consecuencia debe ser la de la exclusión en el conjunto del lote, que es el tipo del contrato en el que ese incumplimiento se concreta, pues es el que se ha determinado por el pliego como tipo del contrato. También como referencia normativa, debemos resaltar que esta consecuencia directa de exclusión tiene su amparo reglamentario, por cuanto el artículo 84 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, dispone que "si alguna proposición...excediese del presupuesto base de licitación...será desechada por la mesa, en resolución motivada", dejando claro cuál es la consecuencia del incumplimiento al que venimos haciendo referencia, esto es la transgresión de los importes de licitación, la exclusión de la proposición correspondiente. Siendo el lote, el que establece el importe del contrato, y es determinado a su vez por el precio unitario a que venimos haciendo referencia, la transgresión del primero, supone la automática exclusión del segundo.

Una consecuencia distinta, como sería la de no considerar tales ofertas, sin dar lugar a la exclusión del contratista, sería no respetar un principio básico de la contratación, como es el de igualdad de trato a los licitadores, porque ello supondría sin más equiparar al que ha respetado ese tope pero ha conseguido un cero en la puntuación correspondiente a ese producto concreto, al no rebasar el tope pero establecer como oferta el tope mismo, con quienes como ocurre con el recurrente, lo superan, e igualaríamos, en este caso y con aplicación de la no exclusión a quien incumple con quien no lo hace, lo cual determinaría una discriminación evidente entre los licitadores, que no resulta admisible en este ámbito (...)"

En el mismo sentido se pronuncia el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid en su Resolución 92/2011, de 28 de diciembre, que analizando un contrato de suministro en el que el precio de los lotes se establece en función de los componentes diferenciados del suministro por tratarse de artículos netamente específicos y cuyo precio puede ser descompuesto con referencia diferenciada a cada

uno de ellos, concluye que, definido el precio del contrato a través de dicha modalidad, resulta inevitable que la superación de los precios previstos para cada una de las unidades que integran el producto a suministrar, aunque no supere el presupuesto estimado total del lote, constituye causa de rechazo de las proposiciones que superen dichos precios.

Alega el reclamante la concurrencia en su oferta de un error material, toda vez que, según señala en el escrito de reclamación, *“Analizando el conjunto de las ofertas económicas para cada uno de los sub-apartados se observa que todas están por debajo del límite máximo de licitación salvo una de ellas, de lo cual se infiere que era intención del licitador sujetarse al límite máximo de cada uno de los sub-apartados, lo contrario carecería de lógica”*; y en base a ello estima que la mesa de contratación debió sustanciar el trámite oportuno en orden a su subsanación.

El artículo 52.4 LFCP establece que *“En los procedimientos cuyo criterio de adjudicación sea el de la oferta más ventajosa, si la Administración considera que la oferta presentada adolece de oscuridad o de inconcreción, podrá solicitar aclaraciones complementarias, respetando en todo caso el principio de igualdad de trato de los licitadores, que no podrán modificar la oferta presentada. El plazo de contestación no podrá ser inferior a cinco días ni exceder de diez. 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 integran”*.

Así las cosas, resulta que en relación con la posible subsanación de los errores que puedan advertirse en las proposiciones presentadas, debe ser respetado el límite que la norma prevé en el sentido de respetar el principio de igualdad de trato y la imposibilidad de modificar la oferta presentada; resultando que en el caso concreto que nos ocupa, además de no concurrir las premisas indicadas en el artículo 52.4 in fine, la subsanación del error en el precio de uno de los sub-apartados conllevaría ajustar el mismo al precio máximo previsto en el PCAP y, por ende, supondría una modificación de la oferta presentada por la reclamante.

En consecuencia, no siendo posible tal y como establece el artículo 52.4 de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, ejercer facultad de aclaración alguna sobre el precio ofertado, puesto que lo contrario vulneraría el principio de igualdad y no discriminación que debe regir todo proceso de contratación pública, el rechazo de la oferta económica del reclamante resulta ajustado a derecho.

SÉPTIMO.- Alega la reclamante que la empresa seleccionada en el acto objeto de impugnación debió ser excluida por cuanto la oferta económica por ella presentada, en varios de los sub-apartados ofrecía un precio de “sin cargo”; de manera que la admisión de dicha propuesta vulnera lo dispuesto en el artículo 35 LFCP que establece la obligatoriedad de que el precio de los contratos sea cierto.

La entidad contratante, sobre este extremo manifiesta, en su escrito de alegaciones, que *“sin cargo equivale a cero euros. No queda duda de dicha cuestión y resulta baladí ahondar en más explicaciones al respecto. (...) No se puede, tal y como pretende el reclamante, otorgarse un valor formalista exacerbado a las palabras a la hora de interpretar la oferta económica en un procedimiento de licitación: sin cargo equivale a cero euros”*.

El Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares del Acuerdo Marco para la publicidad con creatividad año 2015, en su cláusula primera determina que *“El presente condicionado tiene por objeto estipular las prescripciones técnicas conforme a las que ha de llevarse a cabo la ejecución de los contratos de publicidad con creatividad para la Administración de la Comunidad Foral y otros entes dependientes de ella (organismos autónomos, sociedades públicas o fundaciones), que consistirá en la creación, preparación y realización de originales gráficos, sonoros o audiovisuales, on line o acciones de calle, así como en la contratación de espacios para su inserción en distintos medios o soportes comunicativos.*

La Administración Foral divide la publicidad con creatividad en dos categorías: publicidad ordinaria (programas y acciones publicitarias de temporada; acciones sueltas; o nuevas campañas) y publicidad de la marca turística Reyno de Navarra.

La publicidad objeto del contrato es la que se efectúe en los siguientes casos:

- *En prensa, a través de anuncios que se ajusten al diseño publicitario del Gobierno de Navarra, o que no sigan el diseño establecido para los ordinarios.*
- *En las revistas de información o especializadas.*
- *En los medios de comunicación electrónicos y en redes sociales.*
- *En radios y televisiones.*
- *En cualquier otro medio o soporte que el Gobierno de Navarra considere que se ajusta al fin perseguido.*

La Administración Foral determinará qué anuncios se publican o emiten, en qué medios de comunicación y con qué frecuencia. Además, supervisará y dará el visto bueno a todos los anuncios publicitarios que contrate a través de la empresa contratista en los diferentes medios o soportes de comunicación”.

En atención a dicho objeto, la cláusula decimoquinta en relación a la valoración de las propuestas económicas y el Anexo IV del PCAP relativo al modelo de proposición económica, diferencia entre los importes de creatividad y realización de originales gráficos, on line y audiovisuales – desglosados en diversos sub-apartados -, los importes de contratación de espacios en prensa de la Comunidad Foral y los importes de contratación en espacios en otros medios de dentro y fuera de la Comunidad Foral.

Tal y como reconoce la entidad contratante, la oferta económica de la empresa seleccionada recoge que las prestaciones correspondientes a siete de los catorce sub-apartados correspondientes a los importes de creatividad y realización de originales, gráficos, on line y audiovisuales de la proposición, se realizan “sin cargo”, es decir, a precio cero.

Pues bien, asiste razón al reclamante cuando afirma que dicha circunstancia vulnera lo dispuesto en el artículo 35 LFCP, habiendo optado la Administración por fijar el precio mediante el desglose de los distintos servicios a contratar, todos y cada uno de los sub-apartados previstos en el PCAP deben contar, a su vez, con un precio

cierto, puesto que constituyen prestaciones de los contratos de asistencia a formalizar al amparo de las previsiones contenidas en el acuerdo marco.

Tal y como se indica en el Acuerdo de este Tribunal 29/2014, de 6 de junio, *“la diferencia entre los contratos y otras figuras como convenios de colaboración, donación,... es, precisamente, la onerosidad. En la contratación pública existe contraposición de intereses. Mientras que el órgano de contratación persigue la recepción de una serie de actuaciones realizadas por la otra parte contratante, ésta última realiza dicha labor a cambio de un precio. La inexistencia de interés patrimonial es contraria a la realización de contratos onerosos.*

Por lo anterior, no cabe aducir que la legislación no recoge la obligación de onerosidad pues ésta es su característica esencial. De ahí la obligación irrenunciable de que exista un precio cierto contenida en el artículo 35 de la LFCP. Cuestión distinta sería que la satisfacción del coste del servicio proviniera de las tarifas que los usuarios abonaran, subvenciones, o de otros medios de explotación, como pone de relieve el Informe 5/2011, de 16 de noviembre, de la Junta Consultiva de la Comunidad de Madrid. Sin embargo, en este caso, esta circunstancia no queda justificada ni en la oferta de la adjudicataria ni en las actuaciones de la Mesa de Contratación. Ello además desvirtuaría su naturaleza como contrato de asistencia que figura en el anuncio de licitación (página 15 del expediente).

No puede obviarse que el contrato de asistencia es aquel "mediante el que se encarga por un precio a un empresario o profesional, denominado contratista, la prestación de uno de los servicios señalados en el Anexo II de la presente Ley Foral, bien al contratante o bien, por cuenta del contratante, a un tercero o al público en general." (Artículo 4.3 de la LFCP).

En definitiva, los contratos públicos son siempre onerosos. Es decir la Administración (poder adjudicador) abonará un precio (de mercado) como consecuencia de la adecuada realización de la prestación contratada. La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 25 de marzo de 2010, asunto C-451/08, Helmut Müller GmbH, considera que, para que pueda hablarse de la existencia de un contrato público es necesario que el poder adjudicador reciba una prestación a cambio de una contraprestación.

La existencia de un precio máximo a abonar por la Administración no determina la existencia de un precio cierto. El precio cierto se determina con la oferta del licitador para cada tramo. No puede tampoco justificarse esta existencia en que la cifra que sirve de referencia para calcular la puntuación sí tenga un valor cierto (la media de los precios de los tres tramos para cada lote). Lo relevante es que no se contiene oferta para dos de los tramos de posible ejecución. En caso de que el argumento de la Administración fuera que no van a ejecutarse esos tramos, para poder ser aceptado, dichos tramos debieran haber figurado con valor cero en la cláusula 7 del Pliego.

Ello es lo que se desprende sensu contrario del Acuerdo 15/2012, de 27 abril, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón en que no se ofertó por parte de varios licitadores precio alguno para diferentes suministros de los que era obligado hacerlo.

Reiteramos que no es válido el argumento que se recoge en el acta de la Mesa de 5 de marzo de 2014 relativo a que los licitadores consideran que no se van a programar esos tramos, aunque el propio órgano de contratación en sus alegaciones y en las actas que conforman en el expediente afirma claramente que pudiéramos estar ante una maniobra para reducir sustancialmente el precio medio y obtener una mejor valoración de ese aspecto: “ Se discute sobre la oferta presentada por algunos licitadores cuyo importe es cero euros en aquellos recorridos que ellos consideran no van a programarse. El objeto de estas ofertas es bajar ostensiblemente el precio medio, obteniendo ventaja en la puntuación de su oferta económica. Se plantea por parte de algunos miembros de la Mesa que estas ofertas deben considerarse como anormalmente bajas y no deben ser tenidas en cuenta en la valoración”.

Si la Administración consideraba que esos recorridos no van a programarse debió bien no exigir oferta para esos tramos del respectivo lote, o bien, transcurrido ese momento, desistir de la contratación y efectuar una nueva licitación modificando el PCAP en este sentido.

En definitiva, de lo anterior se desprende la procedencia de estimar la reclamación en lo que se refiere a la ilicitud de la adjudicación de las rutas frente a las que se reclama (...).”

Pero es más, la imposibilidad de admitir una oferta a precio cero adquiere mayor relevancia en el caso de un acuerdo marco como el que nos ocupa, en el que los sub-apartados reflejados en el PCAP en relación con la proposición económica, se corresponden con las distintas prestaciones que constituirán el objeto de los contratos derivados a adjudicar al amparo del mismo, de forma que pudiera darse el caso de que uno o varios de dichos contratos derivados, en la medida en que se correspondan exclusivamente con servicios sobre los que se ha ofertado sin cargo, resultarían gratuitos e incumplirían la obligación impuesta por el artículo 35 LFCP de que todos los contratos tengan un precio cierto.

Así pues, en la medida en que la oferta económica de la empresa seleccionada ofrecía en varios de los sub-apartados un precio de cero euros, y teniendo en cuenta que el objeto del acuerdo marco no se encontraba subdividido en lotes sino que la oferta debe comprender todos y cada uno de los servicios que constituyen las prestaciones de los futuros contratos derivados, la mesa de contratación debió, en atención a lo expuesto, rechazarla, sin que sea posible, considerar, como oferta anormalmente baja, una oferta en la que parte de los conceptos en que la misma se desglosa aparecen sin valor o con valor cero.

Y ello es así toda vez que, además de incumplir el requisito de onerosidad citado, su admisión, sin que el pliego prevea tal posibilidad, vulnera los principios de igualdad y transparencia, tal y como pone de manifiesto la Resolución 137/2013, de 19 de septiembre, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, cuando dice que *"(...) la oferta efectuada por Sorin Group contempla los precios unitarios para cada producto, señalando para cada lote que una unidad será sin cargo, añadiendo al final de la oferta, "en caso de no alcanzarse los consumos previstos, el descuento en unidades sin cargo se realizará de forma proporcional al consumo realizado". Aduce la recurrente que dicha oferta es incierta y por tanto no debió ser valorada. A la vista de la misma este Tribunal considera que efectivamente al establecer un precio unitario en función del número de unidades a suministrar, la oferta presentada por Sorin Group implica la admisibilidad de ofertas alternativas, esto es de variantes. Así, solo en el caso de que para cada lote se conozca la cantidad total*

finalmente solicitada se puede establecer el precio final del producto según la oferta. (...) Por lo tanto esta oferta debe considerarse que contiene una variante no prevista en el documento de condiciones generales de la licitación. Sin perjuicio de la loable intención que pueda haber tenido el órgano de contratación al admitir la presentación de las indicadas variantes, logrando un ahorro en el precio, lo cierto es que su valoración atentaría contra los principios de igualdad y de transparencia puesto que al no hacerse constar dicha posibilidad en el documento de condiciones generales de licitación, el resto de los licitadores, (a excepción de St Jude Medical), no han presentado variantes por lo que su admisibilidad determinaría un trato desigual para los mismos. Por lo expuesto procede estimar la pretensión de la recurrente en este punto y anular la adjudicación de los lotes efectuada a favor de Sorin Group (...)”.

Así pues, debe estimarse, en este extremo, la reclamación formulada; sin perjuicio de lo cual resta indicar que asiste igualmente razón al reclamante en lo referente a la defectuosa motivación que la Mesa de Contratación realiza en relación con la justificación de la viabilidad económica de la oferta presentada por la empresa seleccionada. Sin entrar a analizar la justificación concreta que realiza la empresa seleccionada, lo cierto es que la Mesa de Contratación se limita a admitir la misma en atención a considerar que “la explicación del porqué ha presentado una oferta con un precio tan bajo resulta razonada y razonable”.

Del expediente administrativo se desprende que la Mesa de Contratación, al apreciar que la oferta económica formulada por la empresa seleccionada estaba incurso en presunción de temeridad evacuó el preceptivo trámite de audiencia previsto en el artículo 91 de la LFCP. Sin embargo, el apartado primero de dicho precepto determina que “A la vista de las alegaciones de los licitadores y previo el asesoramiento técnico oportuno se resolverá motivadamente sobre la admisión de la oferta, pudiendo solicitarse un informe de la Junta de Contratación Pública en circunstancias excepcionales”.

En este sentido, si bien es cierto que el precepto no impide expresamente que el asesoramiento técnico lo realicen, en su caso, los miembros que con tal carácter

participen en la mesa de contratación, no lo es menos que la decisión de la admisión de la justificación realizada debe ser motivada, de forma que no puede suponer la aceptación de plano del informe presentado por el licitador ni reproducir sin más su contenido; resultando preciso un análisis detallado, en atención a parámetros de razonabilidad y racionalidad, de las razones expuestas, sin que resulte, en consecuencia, suficiente a tales efectos la mera referencia a que la justificación realizada por el licitador resulta razonable.

OCTAVO.- La estimación parcial de la reclamación en atención a lo razonado en el fundamento de derecho anterior determina la anulación de la Resolución 8/2015, de 13 de febrero, de la Directora de Comunicación-Oficina Portavoz del Gobierno, por la que se selecciona a la empresa “GAP’S Comunicación Pamplona, S.L.” para el acuerdo Marco de la Publicidad con Creatividad del año 2015, con retroacción del procedimiento, en principio, al momento de la apertura de las proposiciones económicas presentadas; debiéndose dictar nueva Resolución en cuya virtud se rechace la oferta presentada por la empresa seleccionada, en atención a que la misma infringe lo dispuesto el artículo 35 LFCP, así como los principios de igualdad y transparencia.

Al hilo de lo anterior, y teniendo en cuenta que la Resolución impugnada finalizó el procedimiento de selección de empresas para ser parte en el acuerdo marco de referencia con una única empresa seleccionada, la ejecución del Acuerdo de este Tribunal estimando parcialmente la reclamación determinará la declaración de desierto del procedimiento de selección de referencia; motivo por el cual este Tribunal estima oportuno, ante la posibilidad de que la entidad contratante inicie un nuevo procedimiento de selección, realizar alguna precisión de especial relevancia sobre el PCAP regulador del acuerdo marco, tal y como se expone a continuación.

Tal y como se ha expuesto anteriormente, el acuerdo marco no es un procedimiento de adjudicación sino una técnica de racionalización de la contratación pública, en la que cabe distinguir dos modalidades, en función de si establece todos los términos de los contratos derivados del mismo.

De acuerdo con el artículo 32 de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, “*«Los contratos basados en un acuerdo marco se adjudicarán según los procedimientos previstos en los apartados 3 y 4. Estos procedimientos sólo serán aplicables entre poderes adjudicadores y operadores económicos que sean originariamente partes en el acuerdo marco»*”. Esta previsión, inherente a la naturaleza de los acuerdos marco, se recoge, igualmente, en el artículo 78.1 LFCP que, al regular el régimen de la adjudicación de los contratos derivados se refiere a las partes del acuerdo marco, es decir, la entidad contratante y la empresa o empresas seleccionadas.

Así pues, los presupuestos para la celebración de los contratos basados en un acuerdo marco es que se suscriban entre la entidad contratante y las empresas que hayan sido originariamente partes en dicho acuerdo, y que no se introduzcan en los contratos modificaciones sustanciales respecto de los términos establecidos en el mismo.

La cláusula segunda del PCAP regulador del acuerdo marco que nos ocupa, establece lo siguiente: “*Se procederá a la selección de un máximo de tres empresas siguiendo las normas del procedimiento abierto (artículo 77 de la Ley Foral de Contratos Públicos). La citada selección no implica exclusividad, pudiendo la Administración realizar contrataciones con otros empresarios cuando circunstancias excepcionales así lo determinen*”. Es decir, se contempla la posibilidad de que prestaciones objeto del contrato marco sean contratadas con operadores distintos a los seleccionados; previsión que, en atención a lo expuesto, por vulnerar lo dispuesto en el artículo 78.1 LFCP, no resulta ajustada a derecho.

Por otro lado, la cláusula citada del PCAP prevé que “*Tal y como se detalla en la cláusula 17 del presente pliego, la administración adjudicará de forma ordinaria los diferentes contratos que deriven del presente acuerdo marco únicamente a aquella empresa que haya obtenido la mayor puntuación en su oferta*”. Concretando la cláusula decimoséptima, al regular el procedimiento de adjudicación de los contratos derivados del acuerdo marco entre las empresas seleccionadas que “*El órgano de contratación*

adjudicará de forma ordinaria los diferentes contratos que deriven del presente acuerdo marco a la empresa que haya sido seleccionado y haya obtenido la mayor puntuación en su oferta por haber presentado la mejor oferta.

No obstante, para la adjudicación de determinados contratos de cuantía superior a 25.000 euros IVA incluido que requieran, por la necesidad de impacto de la campaña, un contraste de ideas creativas y un adecuado planteamiento del plan de medios, la administración contratante podrá convocar a las empresas seleccionadas a una nueva licitación con el objeto de negociar mejores condiciones económicas siguiendo este procedimiento:

En primer lugar, los técnicos de la unidad gestora del contrato comunicarán por correo electrónico el encargo concreto que desean realizar y pedirán oferta creativa y económica por ese encargo. En ningún caso los contratistas podrán presentar una oferta económica por importe superior a la que presentaron para ser seleccionados en el acuerdo. Las empresas seleccionadas en cada encargo podrán mejorar el precio ofertado en el Acuerdo Marco.

El contrato se adjudicará a la empresa que finalmente haya presentado la oferta más ventajosa, en consonancia con los mismos criterios de selección expresados en el punto 15 de este pliego (500 puntos para la propuesta técnica y 500 para la económica).

La resolución de selección y adjudicación se notificará a las empresas que hayan participado en el procedimiento de negociación y el expediente deberá contener las diversas peticiones de ofertas que se hayan cursado y todas las ofertas presentadas

La Resolución se notificará a todas las empresas que han participado en el procedimiento, especificará las cuantías de las propuestas seleccionadas y, en caso de haberse rechazado alguna propuesta, los motivos por los que se ha hecho. La eficacia de la selección quedará suspendida durante el plazo de 10 días naturales, contados desde la fecha de remisión de la notificación de la adjudicación”.

Ningún obstáculo legal se aprecia en el hecho de prever que la adjudicación de los contratos derivados se realice sin nueva licitación entre las empresas seleccionadas, pero siempre y cuando el PCAP regule todos los términos de los contratos derivados, es decir, siempre que el acuerdo marco contemple tanto los elementos estructurales como

el contenido obligacional del mismo; requisitos que tampoco se recogen en el caso que nos ocupa.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su Informe 43/2008, de 28 de julio, afirma que: *“...Con ello resulta que es perfectamente posible, de conformidad con lo establecido en la Ley, que como consecuencia de la celebración de un acuerdo marco puedan haberse seleccionado varias ofertas de características similares, aunque no idénticas. En tales casos será discrecional para el órgano administrativo destinatario de la prestación en que consista el contrato elegir entre cualquiera de las seleccionadas. Naturalmente esta discrecionalidad puede estar condicionada por la existencia de normas de actuaciones propias del órgano destinatario o aprobadas con carácter general para toda la Administración de cara a establecer en que condiciones debe hacerse la elección entre las diferentes ofertas seleccionadas”*; resultando posible introducir en los pliegos de cláusulas administrativas particulares que rijan el concreto acuerdo marco, un procedimiento ordinario para la adjudicación de contratos derivados en función de la cuantía como el previsto en la trascrita cláusula decimoséptima que, además, respeta las previsiones que al efecto contempla el artículo 78 LFCP.

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 parcialmente la reclamación en materia de contratación pública interpuesta por don J.M.N.L. en representación de “SORTZE LANA S.L., y CARMEN DIESTE CAMPOS, S.L.”, anulando la Resolución 8/2015, de 13 de febrero, de la Directora de Comunicación-Oficina Portavoz del Gobierno, por la que se selecciona a la empresa “GAP’S Comunicación Pamplona, S.L.” para el acuerdo Marco de la Publicidad con Creatividad del año 2015, promovido por el Departamento de Cultura, Turismo y Relaciones Institucionales del Gobierno de Navarra, y declarando que la

oferta presentada por “GAP’S Comunicación Pamplona, S.L.” incurre en causa de exclusión de la licitación.

2º. Notificar este acuerdo al reclamante, al Departamento de Cultura, Turismo y Relaciones Institucionales del Gobierno de Navarra 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.

3º. 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, 20 de marzo de 2015. EL PRESIDENTE, Javier Martínez Eslava. LA VOCAL, Marta Pernaut Ojer. LA VOCAL, Ana Román Puerta.