



Recurso nº 265/2015 C.A Melilla 3/2015

Resolución nº 394/2015

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, 24 abril de 2015

VISTO el recurso interpuesto por D. Dionisio Muñoz Pérez en su condición de concejal-diputado de la Asamblea de la Ciudad de Melilla, contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y Pliego de Prescripciones Técnicas que han de regir en el contrato administrativo del "*Servicio de difusión de la publicidad institucional de la Ciudad Autónoma de Melilla en medios radiofónicos*", expediente 24/2015 convocado por la Ciudad Autónoma de Melilla, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. Mediante Orden de la Consejera de Presidencia y Participación Ciudadana número 193 de fecha 19 de febrero de 2015 se aprobó el expediente de contratación, incluyendo los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas del servicio referido, publicándose la convocatoria en el DOUE el 20 de febrero de 2015, en el BOE de 3 de marzo y los Pliegos en el Perfil de Contratante de la Ciudad Autónoma de Melilla.

Se trata de un contrato de servicios, categoría 13, servicios de publicidad para la publicidad institucional de la ciudad autónoma en medios de prensa escrita, con un valor estimado de 288.461,54 euros, y dividido en lotes.



Segundo. Frente a dichos pliegos se interpuso recurso especial en materia de contratación, mediante escrito con entrada en el Registro General de la Ciudad de fecha 10 de marzo de 2015.

Su extenso recurso puede sistematizarse en cuanto a los motivos de impugnación, como sigue:

- Falta de justificación técnica para adjudicar el contrato en lotes, siendo las prestaciones sustancialmente idénticas. Sostiene que lo que realmente existe es una división del presupuesto disponible para favorecer a dos empresas, sin que exista una auténtica división del contrato.
- Incompetencia del Jefe de gabinete de Prensa de la Consejería para la emisión del informe justificativo de la división en lotes.
- La limitación de que los licitadores solo puedan ser adjudicatarios de un solo lote vulnera el art.150 de la Ley de Contratos al no ser adjudicada a la propuesta económicamente más ventajosa.
- Ilegalidad en la fijación del módulo como precio unitario y la fijación de su importe en sesenta euros. Así no se fija en el pliego un precio unitario máximo que no podrán superar los licitadores.
- Exigencia de una solvencia técnica y financiera desproporcionada que restringe la competencia.
- El criterio de valoración en función del número de puestos de trabajo en el centro de trabajo de la emisora en Melilla supone una discriminación por razón del territorio y una violación del principio de igualdad. En particular este criterio de valoración ni siquiera tiene relación con el objeto del contrato.
- La medición de la difusión como un criterio de adjudicación es asimismo contraria a derecho, ya que es en realidad un criterio de solvencia, pero no de adjudicación.
- Error en la fórmula para la valoración de la oferta económica al incorporar una base de cálculo ajena al contrato.



Tercero. Recibido en el Tribunal el expediente remitido por el Ayuntamiento, se acompaña informe en el que se solicita la desestimación del recurso sobre la base de los siguientes argumentos:

- La división en lotes tiene un doble objetivo, asegurar el reparto de la publicidad institucional entre los medios del ramo con implantación en la ciudad y que son los únicos idóneos para la prestación del servicio, y como consecuencia de lo anterior, garantizar la mayor difusión de la publicidad entre el conjunto de la ciudadanía melillense, al incluir las campañas en todos los medios radiofónicos de la ciudad, si bien en proporción al resultado de la licitación. Por lo tanto, consta sobradamente acreditada la conveniencia de dicha distribución, que como el Tribunal ha señalado es una potestad del órgano de contratación.
- En cuanto a la ilegalidad del informe de necesidad por incompetencia del firmante, señala el informe que tal pretensión no puede tener favorable acogida puesto que ninguno de los actos realizados por dicho Jefe de Gabinete son de los reservados por el Estatuto Básico del Empleado Público a funcionarios; tanto la necesidad de la contratación como el resto del expediente en su totalidad ha sido aprobado por el órgano de contratación, la Consejera de Presidencia y Participación Ciudadana, mediante Orden número 1.265 de fecha 15 de diciembre de 2014, de inicio del procedimiento y en la Orden número 76 de 30 de enero de 2015, antes reseñada, por lo que se cumple con lo establecido en el artículo 109 del TRLCSP. En cualquier caso, la aprobación de las actuaciones por parte del órgano competente, superior jerárquicamente al Jefe del Gabinete de Prensa, convalidaría la pretendida irregularidad conforme a lo establecido en el artículo 67 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común. Y finalmente porque la doctrina del Tribunal excluye un pronunciamiento anulatorio en supuestos como el que nos ocupa.
- En cuanto a las restricciones en la adjudicación de lotes, el informe defiende la legalidad de su texto al manifestar que el motivo de tal limitación no es caprichoso, sino la única fórmula que permite atender a las jurisprudencia emanada del Tribunal Supremo y a la doctrina administrativa impuesta por el Tribunal de Cuentas en relación con este especial campo en el que nos movemos, el de reparto de la



publicidad institucional. La pretensión de la licitación objeto del presente recurso es proceder a un reparto que permita una distribución de la publicidad institucional destinada a los ciudadanos de Melilla entre los medios capacitados para ello.

- En relación a los vicios sobre la fijación del precio, manifiesta que procede la desestimación del recurso puesto que, dado que el importe presupuestado se correspondía exactamente con las necesidades de publicidad institucional de esta administración, la cuantificación del presupuesto de licitación tiene una correspondencia absoluta con dichas necesidades, trasladándose dicha cuantificación a un número de módulos resultantes de la determinación de un precio (30 euros módulo), que si bien no se especifica en dicho informe, es un precio medio obtenido del conocimiento del Gabinete de Prensa de las distintas tarifas que perciben los diarios de la ciudad por inserción de la publicidad institucional, por lo que se atiende a lo dispuesto en el artículo 302 del TRLCSP que, por otra parte, permite la posibilidad de determinar el presupuesto "a tanto alzado". Igualmente señala que la comprobación de la corrección de la estimación del presupuesto excede el ámbito de jurisdicción del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, que ha sentado doctrina en el sentido de circunscribir su actuación al control de la correcta aplicación de la normativa de contratación pública.
- En cuanto a la exigencia de solvencia reconoce la posible existencia de errores en la redacción
- En cuanto a la disposición de medios humanos en los centros de trabajo de Melilla, como criterio de adjudicación se remite al informe de necesidad en el que se manifiesta la labor social que se pretende conseguir fomentando el mantenimiento y la creación de puestos de trabajo
- Finalmente, en cuanto a la impugnación de la difusión como un criterio de adjudicación, el órgano de contratación sostiene que el recurso contradice lo señalado al respecto tanto por el Tribunal Supremo, como por el Tribunal de Cuentas, además de ir contra la mera lógica, pues es evidente que debe ser objeto de valoración la mayor o menor difusión del medio para así ajustarse a las jurisprudencia y doctrina, que señalan que debe tenerse en cuenta dicha difusión



pero no que deban ser un requisito ineludible de acceso, pues en ese caso podría utilizarse la exigencia de una determinada difusión para excluir a medios que estarían capacitados para realizar la prestación pues tendrían solvencia suficiente para la realización del servicio.

- Reconoce del mismo modo la inconveniencia de la definición de la base de cálculo formulada.

Cuarto. En fecha 8 de abril de 2015 la Secretaria del Tribunal, por delegación de éste, resuelve adoptar la medida cautelar de suspensión del procedimiento en tanto se resuelva en mismo definitivamente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.3 del Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en lo sucesivo, TRLCSP) y en el Convenio de Colaboración suscrito entre el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y la Ciudad Autónoma de Melilla el 9 de julio 2012, que fue publicado en el Boletín Oficial del Estado de 9 de agosto de 2012.

Segundo. En cuanto a la legitimación del actor para la interposición del recurso debe ser objeto de un análisis detallado, partiendo del hecho de que, en su encabezamiento, se identifica como Concejal-Diputado de la Asamblea de Melilla.

Sobre la legitimación de los concejales y de los grupos municipales constituidos en las Corporaciones Municipales, este Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse en diversas ocasiones, entre las que cabe citar las resoluciones 057/2013 y 203/2013.

En la primera de las citadas resoluciones (de la que es tributaria y a la que se remite la 203/2013), se sientan, tras analizar detenidamente la doctrina jurisprudencial y del propio Tribunal en relación con el concepto de “interés legítimo” en caso de terceros no licitadores -como sería el caso-, las siguientes conclusiones:



“i) El grupo municipal, si bien tiene “capacidad para ser parte” a pesar de carecer de personalidad jurídica distinta de sus integrantes -debiendo acreditarse la representación del grupo a través del apoderamiento otorgado por todos sus integrantes a uno de ellos-, no está legitimado para recurrir los pliegos aprobados por el Ayuntamiento en un expediente de contratación.

ii) Los concejales, a título individual, por el contrario, sí estarían legitimados para recurrir los pliegos, al amparo de lo dispuesto en el artículo 63.1.b) LBRL, salvo en el caso de que, formando parte del órgano colegiado que haya adoptado el acuerdo aprobatorio de los mismos, no hayan votado en contra de la adopción del mismo.”

Se plantea en este caso una situación singular en tanto que el concejal recurrente no es miembro del órgano que ha dictado el acuerdo aprobatorio (la Consejería de Presidencia y Participación ciudadana) y que solo podremos resolver acudiendo a la interpretación de las reglas contenidas en el resolución 57/2013 de este Tribunal, la cual sostiene que *“Ahora bien, es cierto que el art. 63.1 b de la LBRL contempla un supuesto especial de legitimación en caso de acuerdos municipales. La interpretación que la Sala Tercera del Tribunal Supremo ha hecho del artículo 63.1.b) de la LBRL ha sido unánime en el sentido de considerar que solo los miembros que forman parte de un órgano colegiado del Ayuntamiento y que votan en contra del acuerdo adoptado están legitimados para impugnar tal acuerdo ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, afirmando que dicha norma no afecta a los concejales que no forman parte del órgano en concreto, los cuales podrían impugnarlo atendiendo a las reglas generales de legitimación; no obstante, no pueden ignorarse las Sentencias del Tribunal Constitucional que sientan una doctrina general sobre el alcance de la legitimación de los miembros de las Corporaciones Locales para impugnar los acuerdos de sus órganos, que excede de lo expuesto, reconociendo la legitimación de los Concejales, aunque no pertenezcan a los órganos municipales que adopten el acuerdo, por su mera condición de miembro del Ayuntamiento interesado en el correcto funcionamiento de la Corporación Municipal, en virtud del mandato representativo que ostenta, con la sola excepción de que formando parte del órgano colegiado en cuestión, no vote en contra de la adopción del acuerdo de que se trate”.*



Por lo tanto, en aplicación de la doctrina apuntada en esta resolución, debe reconocerse legitimación al actor aunque no pertenezca al órgano que dicta el acuerdo.

Tercero. El recurso especial en materia de contratación resulta admisible ya que se interpone contra los pliegos que han de regir la licitación de un contrato administrativo de servicios (categoría 13) sujeto a regulación armonizada por el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), con valor estimado igual o superior a 207.000 euros por lo que ha sido interpuesto conforme a lo dispuesto en el artículo 40.1 y 40.2 c) del Texto Refundido.

Cuarto. Procede pues a entrar ya en el análisis de los distintos motivos de impugnación que sostienen el recurso formulado.

La primera de las alegaciones es relativa a la distribución por lotes realizada, que para el recurrente resulta contraria a derecho en tanto que no responde a la naturaleza de las prestaciones a realizar y que esconde realmente un reparto del presupuesto entre las tres empresas adjudicatarias.

En el informe de necesidad del contrato obrante en el expediente se trata de justificar la división por lotes de la siguiente manera: *“Así las cosas, la ponderación conjunta de unos y otros principios -eficacia y eficiencia de la contratación pública, y, más concretamente, los aspectos antes indicados, de una parte, y libertad de acceso a las licitaciones, no discriminación y salvaguarda de la competencia, de otra parte-, junto con la particular composición del mercado de los medios de comunicación y todo ello debiendo interpretarse conforme los principios de igualdad entre medios y del derecho de a enviar y recibir información veraz consagrado constitucionalmente, determinan a nuestro entender la conveniencia del fraccionamiento en lotes antes propuesto, debiendo cumplirse en todo caso con los siguientes requisitos:*

1.- Los lotes deben ser susceptibles de utilización o aprovechamiento separado y constituir una unidad funcional, lo que se consigue al suponer cada anuncio correspondiente a cada campaña un encargo con entidad independiente.



2.- La decisión de la separación en lotes del objeto del contrato debe estar debidamente justificada en el expediente, lo que se realiza en el presente informe.

3.- Se deberá tener en cuenta el valor global estimado de la totalidad de dichos lotes, con las particularidades previstas en las normas de cuantificación a efecto de umbral de los contratos.

Asimismo y en aras a la pluralidad antes referida, la adjudicación de los lotes debe ser excluyente, es decir, al que haya realizado la mejor oferta se le adjudicará o el lote con mayor valor o el que libremente elija, al segundo el segundo lote en valoración o el que elija de los restantes y así sucesivamente. Este sistema concuerda además con el debate actualmente vigente respecto a la modificación de la legislación de contratos a fin de favorecer a PYMES que no puedan acceder a la contratación pública debido a los elevados importes que se alcanza en la misma.

El contenido de lotes, con el fin de aunar la consabida pluralidad con el objetivo de mayor difusión de la publicidad, consistirá en la atribución proporcional a cada lote de un porcentaje de cada campaña publicitaria, lo que supone que al mayor lote le corresponderá un mayor número de módulos de los que se destinen a dicha campaña, al segundo lote un número de módulos inferior al primero pero superior al tercero y al tercer lote el menor número de módulos, lo que se traducirá ordinariamente en que las campañas estarán presentes en dichos medios en mayor o menor espacio temporal”.

En definitiva sustenta la división en lotes en la voluntad de garantizar el máximo de difusión posible sobre la base de que la misma exige la atribución a licitadores diversos lo que permita llegar a un público más numeroso, más plural y más diverso. Del mismo modo se desprende de esta motivación que las diferentes cuantías de los lotes buscan abrir la licitación a medios más pequeños que solo puedan ofrecer un número más limitado de emplazamientos o módulos.

Al respecto conviene recordar que, aunque el nuevo paquete de directivas sobre contratación pública y en especial la Directiva 2014/24/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, establece un principio general favorable al fraccionamiento en lotes



del objeto del contrato, siempre que no existan razones que lo impidan o desaconsejen (Vid. art. 46), en la actualidad continúa vigente el sistema implantado al amparo de la Directiva 2004/18/CE, que recoge el artículo 86 TRLCSP de conformidad con el cual *“2. No podrá fraccionarse un contrato con la finalidad de disminuir la cuantía del mismo y eludir así los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que correspondan. 3. Cuando el objeto del contrato admita fraccionamiento y así se justifique debidamente en el expediente, podrá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes, siempre que éstos sean susceptibles de utilización o aprovechamiento separado y constituyan una unidad funcional, o así lo exija la naturaleza del objeto”*.

De lo cual debe deducirse que la Ley se opone al fraccionamiento del objeto precisamente para evitar que se eludan los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que correspondan. Pero además de la necesidad de cumplir este requisito, debe cumplirse otro relativo a las características intrínsecas de la propia prestación a licitar: Que los lotes a formar constituyan una unidad funcional, sean susceptibles de utilización por separado o lo exija la naturaleza del objeto. Bien entendido que estos requisitos no son acumulativos, sino alternativos de tal forma que concurriendo cualquiera de ellos, junto con el relativo a la cuantía (primero de los indicados), el fraccionamiento será posible desde el punto de vista legal.

En relación con la cuestión de la distribución por lotes del objeto del contrato, este Tribunal se ha manifestado reiteradamente. Por todas podemos citar la resolución 756/2014 de 15 de octubre que en relación con la configuración del objeto del contrato, establece: *“Debe tenerse presente (...) lo dispuesto en los artículos 86 y 117.2 del TRLCSP, con arreglo a los cuales el contrato debe ajustarse a los objetivos que la Administración contratante persigue para la consecución de sus fines, correspondiendo a ésta apreciar las necesidades a satisfacer con el contrato y siendo la determinación del objeto del contrato una facultad discrecional de la misma, sometida a la justificación de la necesidad de la contratación y a las limitaciones de los artículos 22 y 86 del TRLCSP”*.

Pero junto con esta facultad discrecional relacionada con la configuración del objeto del contrato, debe tenerse en cuenta la potestad correlativa en cuanto a la posibilidad de

fraccionarlo, en los casos en que se su cumplan los requisitos legales antes mencionados. Al respecto, *“este Tribunal ha manifestado en diversas ocasiones (como en las Resoluciones 138/2012, 143/2012, 187/2012, 210/2012, 220/2012 o 227/2012) que ha de respetarse, en principio, la discrecionalidad del órgano de contratación para elaborar los lotes de acuerdo con sus necesidades y las funcionalidades que se cubran, desestimando así las pretensiones destinadas a que se elaborasen los lotes del modo sugerido por el en cada caso recurrente”* (Resolución 803/2014 de 31 de octubre).

A la vista de lo expuesto, el Tribunal entiende que, en el momento actual, la posibilidad de la distribución en lotes está amparada por la normativa aplicable en función de la necesidad que pretende cubrir el contrato y del cumplimiento de los requisitos legales.

Con respecto al caso que nos ocupa, es razonable, y así se refleja en el informe, considerar que el objeto del contrato precise de una pluralidad de adjudicatarios, ya que esta publicidad permitirá acceder a un público más heterogéneo. Sin embargo, el modo escogido a la hora de fraccionar el objeto contractual no se corresponde con las exigencias legales. Es cierto que desde el punto de vista cuantitativo no existe obstáculo para admitirlo en la forma que se pretende hacer pues no afecta ni a la publicidad del contrato ni al procedimiento aplicable, sin embargo es claro que no concurre el cumplimiento de ninguno de los restantes requisitos antes enunciados. Y no cabe frente a este criterio argumentar, como lo hace el informe sobre necesidad de medios que cada anuncio es un acto independiente, pues, en primer lugar el pliego prevé que a cada uno de los medios adjudicatarios se le remita toda la campaña de publicidad anual para la inserción de los anuncios en las fechas previstas en ella, y, en segundo lugar, porque si cada anuncio fuera una unidad funcional ello justificaría hacer tantos lotes como anuncios, pero no lotes basados, pura y simplemente, en el volumen a invertir en cada uno de los medios.

En consecuencia, las fracciones del objeto que se hacen en los pliegos no se corresponden con unidades funcionales ni susceptibles de aprovechamiento por separado ni, constituyen tampoco una exigencia de la propia naturaleza del objeto contractual. Se trata de una mera división cuantitativa sin más que no encaja en las previsiones del artículo 86 TRLCSP.



Al respecto interesa indicar que la normativa contractual no se opone a la consecución del objetivo perseguido por el contrato que se pretende celebrar, cual es establecer un sistema de publicidad institucional que no se limite a la encomienda de la misma a uno sólo de los medios existentes. Lo que ocurre es que la fórmula elegida no resulta ser adecuada a la misma. Desechada la posibilidad de acudir a la celebración de un contrato con una agencia publicitaria, y habiendo optado por celebrar directamente el contrato de difusión publicitaria con cada uno de los medios, debe elegirse otro procedimiento para conseguir tal resultado, no siendo función de este Tribunal pronunciarse sobre cuál sería el método correcto.

Se estima pues la presente alegación.

Quinto. En cuanto al segundo de los motivos de impugnación alegados, es decir el relativo a la incompetencia del Jefe de Gabinete de prensa de la Consejería para la emisión del informe, por el contrario, no cabe su estimación, pues que no corresponde a este Tribunal hacer valoración alguna sobre alegaciones de tal naturaleza.

Así se recogió ya en la resolución 120/2014 de 14 de febrero que estableció que *“Planteada así la cuestión, ha de advertirse, de antemano, que este Tribunal ha declarado reiteradamente que son ajenas al ámbito de su competencia aquellas cuestiones relacionadas con el estricto aspecto organizativo o competencial de los distintos entes del sector público contratantes, dada la naturaleza y finalidad de este recurso especial. No debe, en este sentido, dejar de recordarse que el preámbulo de la Ley 34/2010 (que introdujo el recurso especial, bajo su actual fisonomía, en nuestro ordenamiento) hace explícito que con la reforma en ella incorporada se pretendía “reforzar los efectos del recurso permitiendo que los candidatos y licitadores que intervengan en los procedimientos de adjudicación puedan interponer recurso contra las infracciones legales que se produzcan en la tramitación de los procedimientos de selección contando con la posibilidad razonable de conseguir una resolución eficaz.”; todo ello con la finalidad última de aplicar lo dispuesto en la normativa de la UE sobre contratación, que, como dice en el preámbulo la Directiva 2007/66/CE, se orienta a garantizar “la transparencia y no discriminación” o “apertura de los contratos públicos a la competencia” (como señalaba la previa Directiva 1989/665).*

En este sentido, ya dijimos en nuestra Resolución 134/2012 en relación con un alegato de similar tenor al ahora examinado, que “habría que plantearse si esta cuestión sobre la competencia del órgano de contratación para llevar a cabo la licitación impugnada puede ser objeto del recurso especial en materia de contratación y si compete a este Tribunal pronunciarse sobre la misma”. Y por ello se concluyó entonces que “como se ha señalado en el fundamento segundo de la presente Resolución, el artículo 40 del TRLCSP delimita tanto los contratos como los actos que son susceptibles de impugnación a través del citado recurso especial y, entre estos últimos, la Ley se refiere concretamente a los anuncios, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones de la contratación. Al plantearse los presentes recursos como impugnación de los pliegos, el Tribunal considera que concurren los requisitos materiales legalmente establecidos para la admisión de los mismos. Ahora bien, la alegación de las recurrentes sobre la competencia del órgano de contratación para acometer la licitación impugnada no tiene relación alguna con los pliegos ni con el resto de documentos que establecen las condiciones que han de regir la presente licitación, y tampoco se encuentra entre los otros actos recurribles por esta vía y especificados igualmente en el citado artículo 40.2 del TRLCSP, a la vista de lo cual, este Tribunal estima que no debe admitirse un recurso sobre dicha cuestión.”

Y es que, tal y como ya advertimos, entre otras, en la resolución 57/2013, nuestra legislación ha seleccionado como recurribles por esta especial vía aquellos actos que pueden suponer una restricción indebida de la transparencia y la igualdad en la concurrencia entre licitadores que consagra la normativa UE. No se trata, en consecuencia, de depurar por esta vía todas las posibles infracciones que se hayan podido cometer en la contratación, que tendrán otras formas de tutela, sea la del art 39 del TRLCSP, sea el recurso administrativo o judicial que cupiera contra los actos de que se trate.

Sentado lo anterior, es evidente que cuestiones tales como la estricta competencia del órgano que haya emitido el informe jurídico previo a la aprobación de los pliegos impugnados no atañen al ámbito que trata de depurar este recurso especial y, por tanto, no corresponde a este Tribunal emitir un pronunciamiento sobre tal particular”.



Es obvio que tal planteamiento es perfectamente reproducible en el presente caso en el que el actor cuestiona la competencia del emisor del informe de necesidad. Nada corresponde decir a este Tribunal sobre tal alegación por quedar fuera de sus atribuciones.

Debe pues inadmitirse este motivo de impugnación.

Sexto. Diferente suerte ha de correr la alegación relativa a la limitación de adjudicación que establece el pliego en razón a la distribución de los lotes. Así el apartado 1 del anexo I del Pliego de Cláusulas administrativas, tras definir el contenido de los lotes, dispone que: “Los licitadores sólo podrán ser adjudicatarios de un único lote. A la mejor oferta se le concederá el lote nº 1, a la segunda mejor oferta el lote nº 2 y a la tercera el lote nº 3”.

El informe de necesidad justifica esta regla manifestando que *“Asimismo y en aras a la pluralidad antes referida, la adjudicación de los lotes debe ser excluyente, es decir, al que haya realizado la mejor oferta se le adjudicará o el lote con mayor valor o el que libremente elija, al segundo el segundo lote en valoración o el que elija de los restantes y así sucesivamente”*.

Frente a estos argumentos, la parte recurrente defiende que esta previsión implica un incumplimiento de los arts. 150.1 y 151.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público por implicar que los lotes no se adjudicaran necesariamente a la oferta económicamente más ventajosa, sino por descarte, y trae a colación un informe de la Abogacía General del Estado de 28 de julio de 2007.

En este informe se sostiene que, a diferencia del art. 67 del Reglamento General De Contratación De Las Administraciones Públicas que permite limitar la posibilidad de licitar a uno o varios lotes en los pliegos, la limitación de adjudicaciones no está amparada por precepto alguno. Señala que supondría la posible exclusión de ofertas de licitadores admitidos a licitación y que hayan acreditado cumplir con los requisitos exigidos, basando tal exclusión en la mera circunstancia de haber resultado adjudicatarios de uno de los lotes que integran el contrato, y que tal exclusión se haría sin soporte normativo alguno. Concluye que ineludiblemente la adjudicación deberá producirse a favor de aquellos empresarios admitidos a licitación que presenten la oferta más ventajosa de acuerdo con los criterios de valoración establecidos en los pliegos, pudiendo en el caso de admisión de

licitación producirse el resultado de que sean adjudicados varios lotes al mismo empresario.

Frente a estas argumentaciones sostiene el órgano de contratación que tal forma de actuar es una exigencia de garantía de difusión de la publicidad a través de la distribución entre los medios, y que en cualquier caso tanto el art. 67 del Reglamento, como el Anexo VII A de la Directiva 2004/18/CE permite tal forma de adjudicar.

Entrando en el análisis de la cuestión lo que el art. 67.7.a) del Reglamento dice es que: *“En los contratos de servicios los pliegos de cláusulas administrativas particulares, además de los datos expresados en el apartado 2, contendrán los siguientes: a) Posibilidad de licitar, en su caso, por la totalidad del objeto del contrato o por los lotes que se establezcan”*.

Y la directiva a lo que se está refiriendo es a que *“Cuando los contratos estén divididos en lotes, se indicará si los operadores económicos pueden licitar por uno, varios o la totalidad de estos lotes”*.

Así pues de lo que hablan los preceptos en los que el órgano de contratación pretende sostener su previsión es de la posible limitación de la formulación de ofertas a uno o varios lotes, lo que no se corresponde con la previsión del pliego que afecta no a la admisibilidad de las ofertas sino a la adjudicación del contrato. Y debemos remarcar que en este punto no se discute sobre si se puede licitar a uno o varios lotes, es decir sobre la admisibilidad de las propuestas, sino que el objeto litigioso es la adjudicación de las mismas, es decir si es conforme a derecho que por el hecho de haber obtenido la adjudicación de un lote, los restantes se hayan de adjudicar automáticamente a las siguientes ofertas por su orden de clasificación.

No puede confundirse la admisión de la limitación a presentar ofertas a uno o varios lotes, con la exclusión de la oferta económicamente más ventajosa en trámite de adjudicación, que es precisamente ante lo que nos encontramos. Lo que hace el pliego no es determinar si se puede licitar a uno, a varios, o a todos los lotes, sino que lo que establece en esa regla es una norma de adjudicación. Y una norma de adjudicación debemos decir, que contradice los arts. 150 y 151 de la ley y el principio básico de se ha de adjudicar a la oferta económicamente más ventajosa, ya que una vez adjudicado un lote anterior, el



licitador queda automáticamente excluido de las restantes adjudicaciones aun cuando la suya fuera la oferta económicamente más ventajosa para ese lote.

Se antepone en consecuencia un criterio principal distinto al de ser la oferta económicamente más ventajosa, y es el de no haber sido adjudicatario de otro lote en el procedimiento. En este sentido con el sistema propuesto en el pliego, los lotes dos y tres se pueden adjudicar a ofertas que no sean la económicamente más ventajosa, si tal oferta ha sido presentada por el adjudicatario del lote uno, y ello implica un incumplimiento del art. 150.1 y del art. 151.2 del Texto Refundido.

Es más, la regla de adjudicación comentada no solo supone un incumplimiento de la normativa de adjudicación, sino conlleva la exclusión de una oferta en unos términos claramente discriminatorios y contrarios a derecho. Y es que aun siendo legítimo que por los motivos que el órgano de contratación expone, sea necesario evitar que un solo licitador resulte adjudicatario de todos los lotes para que el objeto del contrato se cumplimente, no es conforme a derecho actuar sobre la adjudicación de la oferta más ventajosa, ya que ello va contra el texto y el espíritu de la norma. Si lo que se pretende es evitar que un solo adjudicatario monopolice todos los lotes, lo que la normativa ampara es que se actúe vía limitación de licitación a los lotes, obligando al licitador a elegir sobre que lote o lotes determinados prefiere ofertar, garantizando simultáneamente una pluralidad de adjudicatarios, con la adjudicación a la oferta económicamente más ventajosa para cada lote.

En cuanto a la posibilidad de limitar los lotes a los que se puede tener acceso, la resolución 803/2014 de 31 de octubre que establece que *“A modo de recapitulación cabe señalar que resulta admisible, al amparo de lo dispuesto en los artículos 67.5.a), 67.6.a) y 67.7.a) del RGCAP, establecer, en los pliegos de cláusulas administrativas particulares de los contratos de suministro, consultoría y asistencia y servicios, limitaciones a la posibilidad de licitar de los empresarios, circunscribiendo ésta a uno, varios o todos los lotes en los que se divida un contrato administrativo, haciendo constar dichas limitaciones en el correspondiente anuncio de licitación, que habrá de ajustarse al modelo establecido en el Anexo VIII del propio RGCAP. “ Este Tribunal comparte las consideraciones de la Abogacía General del Estado sobre la posibilidad de inclusión en los pliegos de esta*

limitación a la concurrencia en un número determinado de lotes siempre que conste en el pliego y en el anuncio de licitación como es el caso. Con relación a la alegación de ausencia de regulación debe citarse por un lado el Anexo VII A. 7 de la Directiva 2004/18/CE del Consejo y del Parlamento Europeo, de 31 de marzo, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y servicios que señala: "7. Cuando los contratos estén divididos en lotes, se indicará si los operadores económicos pueden licitar por uno, varios o la totalidad de estos lotes." La Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE en su artículo 46.2 va más allá y prevé el establecimiento de la limitación tanto en la licitación como en la adjudicación: "Los poderes adjudicadores precisarán, en el anuncio de licitación o en la invitación a confirmar el interés, si las ofertas pueden presentarse para uno, varios o todos los lotes.

Los poderes adjudicadores estarán facultados para limitar el número de lotes que puedan adjudicarse a un solo licitador, incluso en el caso de que se puedan presentar ofertas para varios o todos los lotes, siempre que en el anuncio de licitación o en la invitación a confirmar el interés se indique el número máximo de lotes por licitador. Los poderes adjudicadores indicarán en los pliegos de la contratación los criterios o normas objetivos y no discriminatorios que se proponen aplicar para determinar qué lotes serán adjudicados, en caso de que la aplicación de los criterios de adjudicación pueda dar lugar a que a un solo licitador se le adjudique un número de lotes superior al máximo indicado." El que esta última Directiva citada no se haya transpuesto todavía, al no haber expirado el plazo, no es óbice al reconocimiento de esta limitación en la Directiva 2004/18/CE y que se ha reflejado en el artículo 67 del RGCAP como antes se ha expuesto".

La conclusión que extrae finalmente este Tribunal es que el pliego en esta cláusula es contrario a derecho y debe anularse, por ser improcedente y contraria a derecho la previsión de la adjudicación del lote a la siguiente oferta clasificada, cuando la oferta económicamente más ventajosa presentada para dicho lote, corresponda a un licitador que ya ha resultado adjudicatario de un lote anterior de los integrantes del contrato.



Séptimo. Impugna el recurrente a continuación la fórmula de cálculo del precio, señalando que no se contiene un estudio de precios de mercado reales, siendo su estimación arbitraria, y que además el precio base del módulo no puede asimilarse al precio unitario del contrato, ya que no se fija en el pliego un precio unitario máximo del módulo, el cual no podrán superar los licitadores.

En cuanto a la alegación relativa a la fórmula y justificación del cálculo del precio, su enjuiciamiento queda extramuros de la competencia de este Tribunal, cuya función ya fue definida en la Resolución 145/2015 de 15 de febrero *“Así, como ya pusimos de manifiesto respecto al recurso especial en materia de contratación administrativa, en la resolución número 57/2013 de 6 de febrero, “el preámbulo de la Ley 34/2010, que lo introdujo en nuestro ordenamiento, señala que la finalidad de la reforma en la normativa de la Unión Europea que incorpora no fue otra que “reforzar los efectos del recurso permitiendo que los candidatos y licitadores que selección contando con la posibilidad razonable de conseguir una resolución eficaz”; todo ello, con la finalidad última de aplicar lo dispuesto en la normativa de la UE sobre contratación, que, como dice en el preámbulo la Directiva 2007/66/CE, se orienta a garantizar “la transparencia y no discriminación” o “apertura de los contratos públicos a la competencia” (como señalaba la previa Directiva 1989/665).*

Por tanto, nuestra legislación ha seleccionado como recurribles por esta especial vía aquellos actos que pueden suponer una restricción indebida de la transparencia y la igualdad en la concurrencia entre licitadores que consagra la normativa UE: No se trata, en consecuencia, de depurar por esta vía todas las posibles infracciones que se hayan podido cometer en la contratación, que tendrán otras formas de tutela, sea la del art 39 del TRLCSP (que, además, aquí consta iniciada), sea el recurso administrativo o judicial que cupiera contra los actos de que se trate.”

Sentado lo anterior, entendemos que carecemos de competencia para conocer respecto a las cuestiones suscitadas por el recurrente, cuestiones respecto de las cuales, aunque pueda aparecer alguna mención en los pliegos como presupuesto de su redacción, no atañen al ámbito que trata de depurar este recurso especial”.

Por ello sin prejuzgar su contenido ni hacer manifestación alguna, para la que quedan las vías de impugnación procedentes que no son este recurso especial, el tribunal declina conocer de la impugnación en este punto.

En cuanto a la consideración del precio unitario, el Pliego de Cláusulas administrativas establece en un primer lugar el porcentaje de módulos de inserción que obligatoriamente corresponderá a cada lote sobre el importe total del contrato, para después especificar el importe máximo correspondiente al presupuesto de licitación de cada uno de los lotes, de tal manera que el presupuesto total (sumatorio de los presupuestos de los tres lotes) se corresponde con el importe total del contrato, y éste a su vez con el valor del sumatorio del porcentaje de módulos correspondiente a cada uno de los lotes.

A este respecto el apartado 3 del Pliego de Cláusulas Administrativas dispone que *"Dicho presupuesto se ha convertido en un número de cuñas, unidad utilizada para la cuantificación del importe de los anuncios en radio y que corresponde con veinte segundos de emisión, sin que se hayan tenido en cuenta una serie de factores que pueden suponer el incremento del precio de las mismas tales como el día de la semana, la hora, la emisión en el espacio de determinados programas con mayor o menor audiencia, etc, que no podrán ser repercutidos por los adjudicatarios. Por lo tanto el precio está referido a la cuña básica de veinte segundos, que cuantificado en la cantidad de 30 €, IPSI incluido, supone un total de 10.000 módulos a distribuir"*.

Ciertamente no es un sistema sencillo, y solo resulta admisible en tanto el porcentaje al que se refiere cada uno de los lotes sobre el total de módulos se considere necesariamente referenciado al número de módulos que constituyen el objeto del contrato, y que del punto 3 parece desprenderse que son 10000, aun cuando no existe una manifestación imperativa en el pliego.

No obstante la confusa redacción del pliego queda clarificada desde el momento en el que la fórmula de la oferta económica está cuantificada en euros de rebaja sobre el precio del módulo a valorar, al señalar que *"Se valorará la mejor oferta económica realizada respecto al precio base del módulo de publicidad al que se refiere el apartado segundo, entendido como módulo básico"*.



Así pues debemos entender que sí hay un precio unitario máximo por módulo, que es de sesenta euros, y que la oferta económica se calcula en razón de la rebaja sobre ese precio. Ello supone necesariamente partir de la base que el porcentaje de módulos que corresponde a cada lote se calculó sobre los ocho mil a los que se refiere el apartado 3 del anexo de los pliegos, y que este número de módulos son de oferta obligatoria, pues de lo contrario careciendo de referencia de objeto, sería imposible ajustar la oferta al precio.

En conclusión no se aprecia infracción alguna en este caso, partiendo de la interpretación que este Tribunal sostiene, es decir que el objeto del contrato es el de 8000 módulos, distribuidos entre los lotes en la proporción que los propios pliegos establecen y que son de oferta obligatoria, con un valor unitario máximo por módulo de sesenta euros.

Octavo. Se impugna por el actor la solvencia económica y financiera por ser desproporcionada teniendo en cuenta que se exige un volumen de negocios superior a 200.000 euros, cuando el más cuantioso de los lotes alcanza los 98.076,92 euros.

Reconoce el órgano de contratación que puede existir un error pues existe una discrepancia con el informe que lo cifra en 100.000 euros.

Esta circunstancia ya de por sí sería causa de anulación, en tanto que ni siquiera existe la certeza de la solvencia exigida. En cualquier caso, la doctrina de este Tribunal se condensa en resoluciones como la 287/2014 de 4 de abril en la que se sostiene que *“Así las cosas, lo primero que debe de recordarse es que la exigencia de la solvencia económica-financiera y la técnica o profesional como requisito para contratar ha de ser modulada en los pliegos, de conformidad con los criterios marcados en los artículos 74 y siguientes del TRLCSP. Es doctrina reiterada de este Tribunal (por todas, Resolución 16/2012) la que considera que los requisitos de solvencia deben figurar en el pliego de cláusulas y en el anuncio de licitación, han de ser determinados, han de estar relacionados con el objeto y el importe del contrato y no producir efectos de carácter discriminatorio, sin que pueda identificarse la discriminación con la circunstancia de que unos licitadores puedan cumplir las exigencias establecidas y otros no.*

Ya desde la Resolución 60/2011, en la que se interpretaba el artículo 51.2 de la Ley

*30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (art. 62.2 TRLCSP), pero perfectamente trasladable al caso que nos ocupa, estableció este Tribunal "las condiciones a las que han de sujetarse los criterios que acrediten la solvencia de la empresa para ejecutar la prestación: que figuren en el pliego del contrato y en el anuncio de licitación; que sean determinados; que **estén relacionados con el objeto y el importe del contrato**; que se encuentren entre los establecidos en la Ley según el contrato de que se trate, -en este caso, el artículo 67 de la Ley que se refiere a la solvencia técnica o profesional de los contratos de servicios-; y además, como consecuencia lógica de los principios de igualdad y no discriminación que rigen la contratación pública, que, **en ningún caso, dichos criterios puedan producir efectos discriminatorios.**"*

Y en este sentido de ser, como apunta el órgano de contratación, 100.000 euros el volumen de negocio exigido, no parece que existiera lo que este Tribunal apreció en resoluciones como la 228/2011, una amplia desproporción entre las cifras de solvencia y el importe del mayor de los lotes, lo cual no obsta a que el órgano de contratación deberá modificar el pliego para determinar indubitadamente cual es el volumen de negocio exigido como solvencia, ya que este pronunciamiento no deja de ser un obiter dicta ante la imposibilidad de saber cuál es la verdadera cifra de volumen de negocios exigida como solvencia.

Noveno. Por otro lado, como apuntábamos, impugna del mismo modo el criterio de adjudicación consistente en la declaración de puestos de trabajo, y que se cuantifica en veinte puntos.

Así establece el pliego en su apartado 20.3 *"Este criterio se justifica en el interés social que supone el mantenimiento y creación de puestos de trabajo, escasos de por sí y más respecto al sector periodístico en un entorno tan reducido como el de Melilla. Además, el mayor número de trabajadores es un criterio que se relaciona con el objeto del contrato, en un doble sentido: primero, porque un medio con mayor plantilla tiene más capacidad para ejercer su actividad con más calidad, lo que a su vez redundará en una mayor y mejor percepción por parte de los lectores; y segundo, porque es más fácil que las órdenes de publicidad se atiendan con mayor prontitud y con mejor sujeción a lo que se exija desde el Gabinete de Prensa si la plantilla del medio es más amplia.*



Para ello los licitadores deberán aportar "informe de plantilla media de trabajadores en alta" emitido por la Seguridad Social, referido a los últimos tres años y correspondiente al centro de trabajo de la emisora en Melilla. La fecha de dicho informe deberá ser posterior al inicio del plazo de presentación de ofertas y anterior a la finalización del mismo".

Sostiene el recurrente que este criterio es contrario tanto al art. 78 del Texto refundido como al art. 150 del mismo, ya que ni tiene relación con el objeto del contrato, ni puede admitirse que sea algo distinto a un medio de acreditación de la solvencia.

Respecto de la admisibilidad de los criterios de adjudicación procede citar el art. 150 del TRLCSP que dispone que *"1. Para la valoración de las proposiciones y la determinación de la oferta económicamente más ventajosa deberá atenderse a criterios directamente vinculados al objeto del contrato, tales como la calidad, el precio, la fórmula utilizable para revisar las retribuciones ligadas a la utilización de la obra o a la prestación del servicio, el plazo de ejecución o entrega de la prestación, el coste de utilización, las características medioambientales o vinculadas con la satisfacción de exigencias sociales que respondan a necesidades, definidas en las especificaciones del contrato, propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los usuarios o beneficiarios de las prestaciones a contratar, la rentabilidad, el valor técnico, las características estéticas o funcionales, la disponibilidad y coste de los repuestos, el mantenimiento, la asistencia técnica, el servicio postventa u otros semejantes".*

En relación a la admisibilidad de los criterios de adjudicación, la resolución 198/2014 de 7 de marzo sostiene que: *"Se analizará sucesivamente la adecuación o no a Derecho de cada uno de dichos criterios de adjudicación, partiendo de la premisa de que, aunque el órgano de contratación goza de una amplia discrecionalidad a la hora de seleccionar los criterios de adjudicación que considere más idóneos en cada caso, dicha libertad de elección tiene su límite en la exigencia, derivada del artículo 150.1 del TRLCSP, de que los criterios de adjudicación seleccionados guarden una vinculación directa con el objeto del contrato y no con características o circunstancias de la empresa licitadora considerada en su conjunto (Resolución 643/2013, de 19 de diciembre). Como ha señalado reiteradamente este Tribunal, (por todas, Resoluciones 130/2011, de 27 de abril, ó 264/2012, 21 de noviembre) "los criterios que enumera el artículo 150.1 TRLCSP presentan la característica*



común de que todos ellos constituyen circunstancias referidas a la prestación (calidad, precio, cantidad, plazo de ejecución, coste de utilización o rentabilidad técnica), de tal forma que, aunque la enumeración de dicho artículo no es exhaustiva, pues termina con una referencia a 'otros semejantes', es evidente que no deja de ser una pauta para determinar cuáles deben ser estos otros criterios. De ahí que, conforme a la jurisprudencia del TJUE (sentencia de 20 de septiembre de 1988, caso Beentjes, posteriormente reiterada por las sentencias de 26 de septiembre de 2000 (asunto C-225/98), de 18 de octubre de 2001 (asunto C 19/00), de 17 de septiembre de 2002 (asunto C 513/99) y de 19 de junio de 2003 (asunto C-315/01)) y la doctrina de la JCCA (dictámenes 22/94, de 16 de diciembre de 1994 y 28/95, de 24 de octubre de 1995, entre otros muchos), no pueden utilizarse como criterios de adjudicación 'características' de la empresa no relacionadas con el objeto del contrato".

(...)

Como se señaló en la Resolución 264/2012, de 21 de noviembre Partiendo de la necesaria distinción entre criterios de selección y criterios de adjudicación, que han de ser aplicados en fases distintas de la licitación, la JCCA viene admitiendo, con base en la jurisprudencia comunitaria, la posibilidad de utilizar como criterio de adjudicación un mayor número de medios personales y materiales que los exigidos en el pliego para valorar la aptitud y la solvencia (dictámenes 56/2004, y 59/2004, ambos de 12 de noviembre de 2004), pues la calidad y la cantidad de los medios ofertados por los licitadores son elementos cualitativos de la oferta que influyen en su valor técnico, lo que justifica que pueden ser utilizados como criterios de adjudicación. Como se indica en el dictamen 59/2004 de la JCCA, 'el examen de la legislación española conduce por tanto a la conclusión de que los elementos personales y materiales pueden utilizarse como criterio para determinar la solvencia técnica o profesional, y que el número mayor de los exigidos puede ser utilizado como criterio de adjudicación, dado que la enumeración del artículo 86 de la Ley (actual artículo 150.1 TRLCSP) no es exhaustiva y es un criterio objetivo cuyo posible efecto discriminatorio quedará eliminado si, como exige el artículo 86 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, el criterio se consigna expresamente en el pliego'. De acuerdo con lo indicado, desde un punto de vista teórico resulta jurídicamente admisible que el PCAP establezca, como criterio de adjudicación, y con carácter adicional a los



requisitos de solvencia exigidos, determinadas circunstancias relativas a los medios personales y materiales de los licitadores.”

La conclusión que extraemos es que sería admisible como criterio de adjudicación un mayor número de medios personales y materiales que los utilizados como criterio para determinar la solvencia siempre que tuviera una relación directa con el objeto del contrato, y no con las características propias de la empresa.

A la vista de esta doctrina aplicada al concreto caso que nos ocupa es evidente la improcedencia de este criterio de adjudicación, siendo contrario a derecho, y debiendo por lo tanto quedar fuera del pliego.

Procede traer a colación la doctrina relativa a las limitaciones legales a la inclusión de exigencias o criterios de implantación local de las empresas, y que lógicamente son plenamente aplicables aquí en tanto que, conforme al pliego, solo se valoran los medios personales del centro de trabajo de Melilla, con lo que incluso si una empresa tuviera implantación local, pero su centro de trabajo estuviera fuera de la ciudad autónoma quedaría con cero puntos, lo que ya de por sí, y sin entrar en mayores análisis, sería discriminatorio, pues en nada debería afectar la bondad de la oferta que los trabajadores estuvieran radicados en Melilla, en Málaga o en Ceuta, siempre que la prestación se realizara en sus propios términos.

En cuanto a las exigencias de arraigo territorial existe copiosa doctrina de este Tribunal que puede condensarse en la Resolución 438/2014 de 6 de junio, la cual manifiesta que *“Este Tribunal ha tenido ocasión de manifestar en reiteradas ocasiones (así, por ejemplo, en la resolución 526/2013, de 15 de noviembre, 217/2012, de 3 de octubre, así como en las 138/2011 y 139/2011, ambas de 11 de mayo), que “tanto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa como la Jurisprudencia se han pronunciado acerca de la proscripción de previsiones en los Pliegos que pudieran impedir la participación en las licitaciones o la obtención de ventajas injustificadas en la valoración de las ofertas, si estas circunstancias se fundan únicamente en razones de arraigo territorial”, “siendo nulas las previsiones de los pliegos fundadas únicamente en razones de arraigo territorial que pudieran impedir la participación en las licitaciones””*.



En este mismo sentido, la Resolución 101/2013, de 6 de marzo, con cita de la Resolución 29/2011, de 9 de febrero y del Informe 9/2009, de 31 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, indicaba que "el origen, domicilio social o cualquier otro indicio del arraigo territorial de una empresa no puede ser considerado como condición de aptitud para contratar con el sector público". De igual modo la "Guía sobre contratación pública y competencia" de la Comisión Nacional de la Competencia recoge la prohibición de exigir como criterio de solvencia la ubicación de instalaciones de los posibles adjudicatarios en el territorio en el que se tenga que ejecutar el contrato, por ser una previsión contraria a la competencia y al principio de no discriminación e igualdad de trato.

La citada doctrina ha venido a tener plasmación positiva en el artículo 18.2.a) de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado, expresamente invocado por la actora, en el que, efectivamente, se afirma que serán consideradas "actuaciones que limitan la libertad de establecimiento y la libre circulación" los "requisitos discriminatorios (...) para la adjudicación de contratos públicos basados directa o indirectamente en el lugar de residencia o establecimiento del operador" y, en particular, "que el establecimiento o el domicilio social se encuentre en territorio de la autoridad competente o que disponga de un establecimiento físico dentro de su territorio".

Sobre la base de las tales consideraciones, este Tribunal ha manifestado un criterio contrario a que las condiciones de arraigo territorial sean tenidas en cuenta como criterios de adjudicación de los contratos administrativos (Resolución 29/2011, de 9 de febrero). En definitiva, y tal y como se concluye en el informe de la JCCA 9/09, antes citado, "el origen, domicilio social o cualquier otro indicio de arraigo territorial de una empresa no puede ser considerado como condición de aptitud para contratar con el sector público", circunstancias que "igualmente no pueden ser utilizadas como criterio de valoración".

Sin embargo, lo cierto es que, en el supuesto examinado, dicho arraigo territorial no se configura en los pliegos de aplicación ni como condición de solvencia (tal y como puede comprobarse en la cláusula 5.1.A del Pliego de Cláusulas Particulares, en el que no existe mención alguna a la ubicación de la sede social o de las instalaciones de los adjudicatarios) ni como criterio de adjudicación (de acuerdo con la cláusula 6 del PCP lo son el precio y la organización del servicio, concepto este último que no se vincula al



arraigo territorial preexistente del licitador).

En rigor, la previsión del PPT objeto de impugnación incorpora una exigencia de compromiso de adscripción de medios (artículo 64.2 de TRLCSP) durante la ejecución del contrato, cuya admisión, como ha señalado este Tribunal, no cabe descartar a priori, siempre que su establecimiento no sea contrario a los principios de concurrencia e igualdad de obligada observancia, ex artículo 1 TRLCSP, en el ámbito de la contratación pública ni resulte contrario al principio de proporcionalidad.

En este sentido, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en la sentencia de 27 de octubre de 2005 (Asunto C- 234/03), señaló que, si bien la exigencia de tener abierta una oficina en el momento de presentar las ofertas, por mucho pudiera considerarse adecuada para garantizar la prestación correcta del contrato, era manifiestamente desproporcionada, no existía ningún obstáculo para establecerla como una condición a cumplir durante la ejecución del contrato, requiriéndose en fase de adjudicación únicamente el compromiso de tenerla. De acuerdo con lo anteriormente expuesto, la Resolución 101/2013 de este Tribunal afirmó que, "la exigencia de 'Delegaciones de Zona", como modalidad de arraigo territorial, sería admisible bien como compromiso de adscripción de medios a incluir en el pliego de cláusulas administrativas particulares, o bien como condición de ejecución del contrato-en el pliego de prescripciones técnicas. Y ello en el bien entendido de que dicha exigencia de un compromiso de adscripción de medios a la ejecución del contrato encontraría su límite en el principio de proporcionalidad, atendida su relación con el objeto y el importe del contrato, así como en los principios de concurrencia, igualdad y no discriminación que rigen la contratación pública.

Por otro lado, es patente que dicha exigencia, si proyectada sobre la ejecución del contrato, que no sobre su adjudicación y como requisito de la misma, no puede comportar infracción ni quebrantamiento del referido artículo 18.2.a) de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado, cuya previsión se contrae, explícitamente, a los "requisitos discriminatorios (...) para la adjudicación de contratos públicos".

(...)



Por tanto, en la medida en que dicha previsión puede considerarse como una necesidad derivada de la propia naturaleza del contrato (en los términos que indica la Resolución 139/2011, de 11 de mayo), no limita la concurrencia (ya que no se establece en el PCAP ni como criterio de solvencia ni como criterio de adjudicación, sino en el PPT como condición de ejecución del contrato), y no resulta desproporcionada, no se hace acreedora a su anulación, debiendo por tal razón desestimarse el recurso interpuesto. Y ello en el bien entendido de que la literal dicción del Pliego de Prescripciones Técnicas examinado no comporta la estricta exigencia, pese a lo manifestado por la actora, de que absolutamente todas las prestaciones, a saber, impresión, manipulación y distribución, se centralicen en Gijón (sería dable el desarrollo en otras sedes de tareas auxiliares, supuesta la correcta prestación del servicio), pero tampoco quedaría colmada, como pretende la recurrente, por la mera apertura de una "oficina en Gijón a los efectos de atender posibles recogidas de correspondencia por ciudadanos".

La doctrina es clara, los criterios de arraigo territorial no pueden ser ni requisitos de solvencia ni criterios de adjudicación. Solo por este extremo debe entenderse contraria a derecho e ilegal la cláusula impugnada, en tanto que discriminatoria y contraria al principio de igualdad.

Pero además, no se adivina cual es la relación con el objeto de la prestación del volumen de la plantilla del licitador, de tal manera que sea relevante para una adecuada ejecución de la misma. En este sentido las argumentaciones que constan en el pliego son vagas e inconsistentes, en tanto que no se justifica que una plantilla mayor redunde en una mejor ejecución del servicio, y ni siquiera se exige un compromiso de adscripción de medios, sino que, a efectos de la valoración, se considera la plantilla en su conjunto con lo que se favorece a las empresas más grandes frente a las pequeñas, con independencia de que destinen tales medios personales o no a la oferta, y desde luego sin justificar que tales medios resulten convenientes o se traduzcan en una mejor ejecución del servicio.

Procede por tanto la estimación del recurso en este punto también, ya que no existe conexión entre el criterio de adjudicación y el objeto de la oferta, como exige el art. 150, y además resultaría discriminatorio en su configuración, al computar únicamente los centros de trabajo radicados en Melilla.



Décimo. Finalmente el recurrente sostiene que tampoco puede considerarse como criterio de adjudicación la medición de difusión del medio, al considerarlo el mismo un criterio de solvencia y no de adjudicación.

El órgano de contratación sostiene que este planteamiento contradice lo señalado al respecto tanto por el Tribunal Supremo como por el Tribunal de Cuentas, además de ir contra la mera lógica, pues es evidente que debe ser objeto de valoración la mayor o menor difusión del medio para así ajustarse a las referidas jurisprudencia y doctrina que señalan que debe tenerse en cuenta dicha difusión pero no que deban ser un requisito ineludible de acceso, pues en ese caso podría utilizarse la exigencia de una determinada difusión para excluir a medios que estarían capacitados para realizar la prestación pues tendrían solvencia suficiente para la realización del servicio.

Para valorar adecuadamente esta alegación se hace necesario determinar con precisión el objeto del contrato enjuiciado, lo que se desarrolla en la cláusula primera del Pliego de Prescripciones Técnicas en los siguientes términos *“La Ciudad Autónoma de Melilla, como Administración Pública, es sujeto emisor de publicidad institucional entendida como aquella que a través de contratos de publicidad, difusión publicitaria, creación publicitaria y patrocinio, que tiene fundamentalmente los siguientes objetivos:*

- *Informar sobre la existencia, composición y funcionamiento de las instituciones públicas; e informar a los ciudadanos sobre sus derechos y obligaciones legales.*
- *Promover el ejercicio de derechos o el cumplimiento de deberes en condiciones de igualdad y fomentar comportamientos de los ciudadanos en relación con bienes o servicios públicos de carácter educativo, cultural, social, sanitario, de fomento de empleo u otros de naturaleza análoga.*
- *Difundir las actividades, proyectos ejecutados y resultados obtenidos, respecto de los servicios prestados por cada Administración pública en el ámbito de sus atribuciones y competencias, constituyendo un instrumento útil para el desarrollo del territorio al que va dirigida.*

- *La sensibilización de los ciudadanos, fomentando conductas o hábitos para la convivencia, el bienestar social, la salud pública, y los valores de libertad, democracia y el pluralismo político*”.

Es decir, nos encontramos esencialmente ante un contrato dirigido al desarrollo de la publicidad institucional de un ente público. En este sentido, y aun cuando no resulta aplicable la ley 29/2005 de 29 de diciembre de publicidad y comunicación institucional por destinarse sus mandatos exclusivamente a la Administración General del Estado y su sector público, sí resulta interesante traer a colación algunos conceptos recogidos en la misma, como la definición de campaña institucional de publicidad de su art. 4, *“aquella actividad orientada y ordenada a la difusión de un mensaje u objetivo común, dirigida a una pluralidad de destinatarios, que utilice un soporte publicitario pagado o cedido”*. Señala asimismo en la exposición de motivos que *“el propósito de la Ley es que toda la información llegue a todos los ciudadanos. Para ello, se ordena la utilización de medios, soportes o formatos que, por un lado, aseguren el acceso a la información de las personas con discapacidad y, por otro, atendiendo a criterios objetivos, garanticen mejor la difusión de los mensajes”*.

Así pues puede concluirse con facilidad que el aseguramiento de la difusión del mensaje y el objetivo de que llegue a todos los ciudadanos, es consustancial a la propia actividad institucional de publicidad. Por lo tanto este Tribunal entiende que más allá de un requisito de solvencia, la difusión entendida como el número de impactos publicitarios susceptibles de ser conseguidos por cada una de las ofertas sí puede considerarse como un criterio de adjudicación válido. Ello es así en tanto que precisamente el objeto del servicio contratado es conseguir que la información publicitada llegue al mayor número de gente posible, por lo que la capacidad de penetración en la sociedad del prestador del servicio es esencial para valorar el potencial cumplimiento del objeto del contrato, de la prestación en definitiva.

Por ello, y sin perjuicio que la capacidad de difusión sea un potencial criterio de solvencia en este u otros servicios, es evidente que en el caso que nos ocupa el éxito en la ejecución de la prestación estará indisolublemente ligado a la capacidad de generar impactos publicitarios y a la capacidad de penetración en la sociedad del licitador, lo que se traduce en definitiva que cuanto mayor sea su público, mayor será su capacidad real de hacer

llegar el mensaje institucional a los ciudadanos de Melilla, lo que precisamente constituye el objeto de la prestación que justifica el presente contrato.

Debe desestimarse pues la alegación formulada en el recurso respecto de este criterio de valoración en concreto.

Décimo primero. Procede igualmente la estimación del recurso por los errores (reconocidos por el propio órgano de contratación) en la base de cálculo de la oferta económica, es decir en la definición de módulo a los efectos de la fórmula, que deberá ser corregido y adaptado a las especificidades del presente contrato.

Décimo segundo. La conclusión es que habiéndose estimado varios de los motivos de impugnación hechos valer por el recurrente procede la anulación de los pliegos de conformidad a los fundamentos expuestos a lo largo de esta resolución.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada el día de la fecha **ACUERDA**:

Primero. Inadmitir el recurso interpuesto por D. Dionisio Muñoz Pérez en su condición de concejal-diputado de la Asamblea de la Ciudad de Melilla en cuanto a las impugnaciones relacionadas con la competencia del Jefe del Gabinete de Prensa para formular el contenido de los pliegos y con el criterio para la fijación del precio, por ser cuestiones que exceden de las cuestiones susceptibles de ser recurridas en esta vía.

Segundo. Estimar parcialmente, en los términos que resulta de los anteriores fundamentos de derecho, el recurso formulado contra los pliegos impugnados, anulando los mismos de conformidad con los mencionados fundamentos.

Tercero. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación.



Cuarto. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición de la reclamación, por lo que no procede la imposición de la multa prevista el artículo 107.5 de la ya citada Ley 31/2007, de 30 de octubre.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta 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.

