

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

En Madrid, a 4 de abril de 2024

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de COMUNICA MEDIATRADER, S.L.U., (en adelante Meidatrader) contra la Resolución, de 14 de febrero de 2024, del Consejero Delegado de Madrid Cultura y Turismo por la que se adjudica el contrato de “Servicio de maquetación, adaptación y arte final para Madrid Cultura y Turismo S.A.U.” número de expediente 8/2023CM, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. - Mediante anuncios publicados el 14 de diciembre en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto simplificado con único criterio de adjudicación.

El valor estimado de contrato asciende a 138.832,23 euros y su plazo de duración será de doce meses.

A la presente licitación se presentaron quince empresas, entre ellas la

recurrente.

Segundo. - Realizada la apertura de la documentación administrativa y clasificación de las ofertas la mesa de contratación concluye que MEDIATRADER ha presentado la mejor oferta por lo que le solicita la documentación correspondiente que acredite el cumplimiento de los requisitos previos.

Presentada la documentación, la mesa en su sesión celebrada el 6 de febrero de 2024 acuerda:

..recibido el informe de la unidad promotora sobre la documentación aportada por la empresa COMUNICA MEDIATRADER para acreditar la solvencia técnica, se desprende del mismo que la empresa propuesta como adjudicataria no cumple con los requisitos de solvencia técnica exigido en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares.

Del informe se desprende que en la declaración de principales trabajos presentada por el licitador correspondientes a los tres últimos años, sólo en tres de los servicios relacionados aparece parte del objeto del contrato (maquetación), sin que se pueda saber qué parte del importe corresponde al servicio licitado. Dos de estos trabajos declarados no van acompañados de la correspondiente certificación y del tercero adjunta certificación cuyo contenido no hace referencia a la maquetación, adaptación y arte final.

De conformidad a la cláusula 13 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, se entiende que COMUNICA MEDIATRADER ha retirado su oferta imposibilitando la adjudicación a su favor y se propone al órgano de contratación la adjudicación a favor del licitador siguiente con mejor oferta, y así se requiere a la empresa MALPARTIDA PUBLICIDAD, para que en el plazo de 10 días hábiles...

El 14 de febrero de 2024 se adjudica el contrato a MALPARTIDA PUBLICIDAD.

Tercero. - El 7 de marzo de 2024 tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de MEDIATRADER, en el que solicita que se considere acreditada la solvencia técnica y subsidiariamente que se retrotraigan actuaciones a los efectos de concederle trámite de subsanación. También solicita la suspensión del procedimiento de licitación.

El 12 de marzo de 2024 el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP), solicitando la desestimación del recurso y que no se adopten medidas cautelares.

Cuarto. - La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida por haberse interpuesto recurso contra el acto de adjudicación, de conformidad con lo establecido en el artículo 53 de la LCSP, y el artículo 21 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos contractuales (RPERMC), aprobado por Real Decreto 814/2015 de 11 de septiembre.

El órgano de contratación en su informe al recurso interpuesto solicita la no adopción de medidas cautelares.

Ponderadas las circunstancias del caso, este Tribunal acordó, el 21 de marzo de 2024, mantener la suspensión del procedimiento de licitación hasta que se resuelva el recurso y se acuerde expresamente el levantamiento de la suspensión.

Quinto. - La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al adjudicatario de este contrato, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediéndole cinco días hábiles para formular alegaciones.

Dentro del plazo establecido el interesado presenta solicitud en la que indica que no aporta alegaciones.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. - De conformidad con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo. - El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica excluida del procedimiento de licitación “*cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso*” (Artículo 48 de la LCSP).

Asimismo, se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero. - El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue adoptado el 14 de febrero de 2024, practicada la notificación el 15 e interpuesto el recurso el 7 de marzo, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra el acuerdo de adjudicación en el marco de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.c) de la LCSP.

Quinto. - En primer lugar la recurrente manifiesta que en la resolución de adjudicación no se resuelve de forme expresa el acto administrativo de considerar que ha retirado su oferta, de ello se desprende que la adjudicación del contrato a MALPARTIDA es improcedente, ya que no es la oferta más ventajosa conforme a los criterios de adjudicación del contrato establecidos en el Pliego de Cláusulas Administrativas

Particulares, si entendemos que MEDIATRADER no ha retirado su oferta, debido a que no se ha dispuesto en ningún caso su retirada de la oferta en la resolución de adjudicación del contrato, ni en ninguna otra resolución anterior.

En cuanto a la justificación de la solvencia técnica refiere que el PCAP señala que la forma de acreditarla es con trabajos de igual o similar naturaleza, como ha llevado a cabo ella misma.

En cuanto al motivo de exclusión que consta en el Acta de la Mesa de Contratación de 6 de febrero de 2024, considera que es erróneo pues explica que la maquetación es una tarea implícita al diseño y por lo tanto si no aparece en la descripción literal de los certificados de buena ejecución emitidos por los clientes, se debe básicamente porque en la profesión y en el sector de la comunicación y la publicidad se entiende que es una tarea implícita dentro del trabajo de diseño y creación de contenido.

La maquetación se considera una parte integral del proceso de diseño, especialmente cuando se trata de medios como libros, revistas, folletos, sitios web y otros proyectos donde la disposición y organización de los elementos visuales son fundamentales para el éxito del diseño. Por lo tanto, aunque la maquetación puede no estar explícitamente mencionada en todas las definiciones de diseño, está implícita dentro del ámbito del diseño gráfico y de otros tipos de diseño visual.

En el punto 4 del Pliego de Prescripciones Técnicas (RELACIÓN DE LA PREVISIÓN DE SERVICIOS A REALIZAR DURANTE LA DURACIÓN DEL CONTRATO) en solo dos de sus apartados se describe como maquetación, lo que indica que también el propio Pliego y técnicos redactores del mismo, lo consideran como diseño de soportes de comunicación.

Así mismo pone de manifiesto que ni siquiera se le ha permitido aclarar o subsanar la documentación presentada con objeto de acreditar su solvencia técnica, privándole de forma injustificada de una parte esencial del procedimiento, lo cual ha

conllevado que su oferta sea considerada como retirada y se haya adjudicado el contrato a otro licitador con una peor calificación en su oferta.

Por ello, ahora junto al escrito de recurso aporta documentación con el objeto de aclarar y subsanar la documentación previamente presentada para justificar su solvencia técnica.

Por su parte el órgano de contratación alega que el apartado 8 de la Cláusula 1 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares en relación con la cuestión planteada dice:

...Solvencia técnica o profesional según el artículo 90 de la LCSP

Apartado 1. a)

El empresario deberá acreditar la solvencia técnica o profesional con una relación de los principales servicios o trabajos realizados en los últimos tres años de igual o similar naturaleza, de los que constituyen el objeto del contrato, cuyo importe anual acumulado en el año de mayor ejecución sea igual a 97.182,55. Para cada servicio se indicará el importe, la fecha y el destinatario, público o privado de los mismos. Los trabajos realizados se acreditarán mediante certificado expedido o visado por el órgano competente, cuando el destinatario sea una entidad del sector público, cuando el destinatario sea una entidad privada, mediante certificado expedido por esta o, a falta de este certificado, mediante una declaración del licitador acompañado de los documentos en su poder que acrediten la prestación...

En este sentido refiere que el objeto del contrato aparece claramente determinado en el apartado 1, cláusula 1 del PCAP. *“Para desarrollar la difusión de la programación cultural gestionada por Madrid Cultura y Turismo, se hacen necesarios los servicios para la realización de los trabajos de maquetación, adaptación y arte final de los materiales de comunicación necesarios para hacer llegar al público la amplia oferta de actividades y programas que se desarrollan en los espacios culturales, incluirá los servicios necesarios, detallados en los pliegos de prescripciones técnicas”.*

Y que, requerida la documentación a la empresa, la misma aporta un listado de los principales trabajos realizados de los años 2015 a 2022, cuando lo que se solicita en el PCAP son los tres últimos años, por tanto el análisis de la documentación técnica se centra en los tres últimos años (2020, 2021 y 2022).

Por ello se procedió al análisis de estos tres años. En la declaración de los trabajos de 2020, en la descripción de los trabajos aparecen los de una agencia de comunicación como “*campaña de content, comunicación, estrategia de comunicación, gestión de RRSS.*” por citar algunos.

Sólo en dos de los dos destinatarios: Sedigas y Unión Fenosa, aparecen parcialmente el objeto de los servicios requeridos: “Diseño y maquetación de la Revista Gas Actúa e Informes corporativos”, en la primera y “Diseño y maquetación de Informes corporativos” en la segunda. Recuerda que el diseño no es objeto de la prestación de este contrato, sino sólo la maquetación. Los importes acumulados de estos dos servicios (91.689 euros) no alcanzan el importe de 97.182,55 euros requeridos en el pliego.

En el año 2021, aparecen declarados los trabajos de Sedigas, (Diseño y maquetación de Revista Gas Actual e informes corporativos) en el que sólo coincidirían la maquetación por un importe de 72.172,00 y otro de Viamed (Gestión web, contenidos, redes sociales y gabinetes de comunicación, informes corporativos. Diseño y maquetación revista VIA) en el que parecen describirse los servicios de agencia de comunicación y dónde sólo coincidiría la maquetación de la revista, y donde no se indica la cantidad referida a esa maquetación.

En el año 2022, ocurre lo mismo que en el año anterior y con los mismos destinatarios, esta vez Sedigas con 84.257,55 y Viamed con idéntica descripción de los servicios realizados del año anterior.

En cuanto a que la recurrente alega que no se le ha concedido trámite para

subsana la solvencia técnica, el órgano de contratación dice que no se trata de una subsanación de un defecto formal de la documentación acreditativa, es decir un error o una omisión de la documentación, sino que la subsanación implicaría la posibilidad de modificarla después de haber sido presentada, es decir, modificar la relación de los principales trabajos.

Vistas las alegaciones de las partes, es preciso contestar en primer lugar la alegación de la recurrente en cuanto a que el órgano de contratación en la resolución de adjudicación no resuelve de forma expresa que MEDIATRADER ha retirado su oferta al no cumplir con los requisitos de solvencia técnica una vez propuesta adjudicataria.

Al respecto el artículo 326 de la LCSP, establece las funciones de la mesa de contratación entre la que se encuentra: Apartado 2.a): *“La calificación de la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos a que se refieren los artículos 140 y 141, y, en su caso, acordar la exclusión de los candidatos o licitadores que no acrediten dicho cumplimiento, previo trámite de subsanación.”*

Así la mesa de contratación en el uso de sus funciones acordó la exclusión de la recurrente por no cumplir con la solvencia técnica.

Pero es más, no entiende este Tribunal la alegación de la recurrente pues en la propia resolución de adjudicación en los antecedentes de hecho consta: *“La Mesa de contratación propuso como adjudicatario a la empresa COMUNICA MEDIATRADER, recibido el informe de la unidad promotora sobre la documentación aportada para acreditar la solvencia técnica, se desprende del mismo que la empresa no cumple con los requisitos de solvencia técnica exigidos en el PCAP, entendiéndose que la misma retira su oferta imposibilitando la adjudicación a su favor.”*, no siendo necesaria un acuerdo expreso de exclusión por ser competencia de la mesa de contratación.

En cuanto al cumplimiento de la solvencia técnica el PCAP exige una relación

de los principales servicios o trabajos realizados en los últimos tres años de igual o similar naturaleza, de los que constituyen el objeto del contrato, cuyo importe anual acumulado en el año de mayor ejecución sea igual a 97.182,55 euros.

El objeto del contrato son los servicios para la realización de los trabajos de maquetación, adaptación y arte final e incluirá los servicios necesarios, detallados en los pliegos de prescripciones técnicas. Según indica el PPT el servicio se concreta en la adaptación y maquetación de un diseño plasmado en un arte final.

A pesar de estar determinados los servicios a prestar en este contrato, como no puede ser de otra manera, lo cierto es que a efectos de acreditar la solvencia técnica no se indica que servicios son de *“igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto del contrato”*, podremos saber los que son iguales pero no los similares.

En este sentido el artículo 90 de la LCSP , apartado 1.a) , párrafo segundo indica: *Para determinar que un trabajo o servicio es de igual o similar naturaleza al que constituye el objeto del contrato, el pliego de cláusulas administrativas particulares podrá acudir además de al CPV, a otros sistemas de clasificación de actividades o productos como el Código normalizado de productos y servicios de las Naciones Unidas (UNSPSC), a la Clasificación central de productos (CPC) o a la Clasificación Nacional de Actividades Económicas (CNAE), que en todo caso deberá garantizar la competencia efectiva para la adjudicación del contrato. En defecto de previsión en el pliego se atenderá a los tres primeros dígitos de los respectivos códigos de la CPV. La Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado podrá efectuar recomendaciones para indicar qué códigos de las respectivas clasificaciones se ajustan con mayor precisión a las prestaciones más habituales en la contratación pública.”*

Como hemos visto el pliego no dice nada en cuanto a qué se entiende por servicios de igual o similar naturaleza por lo que *“En defecto de previsión en el pliego se atenderá a los tres primeros dígitos de los respectivos códigos de la CPV.”*

Consta en el PCAP el “CPV 79822500-7 Diseño gráfico” por lo que a efectos de acreditar la solvencia técnica se atenderá a los tres primeros dígitos, circunstancia que este Tribunal no ha podido comprobar con la documentación aportada.

En cuanto a si procede conceder trámite de subsanación a la recurrente para que aporte documentación que pueda acreditar su solvencia técnica, tenemos que decir categóricamente que sí procede. En este sentido nos hemos pronunciado en múltiples resoluciones.

El órgano de contratación en su informe cita diversas resoluciones del Tribunal Administrativo Central para defender la improcedencia del trámite de subsanación, pero en este caso está confundiendo la oferta, sea la parte técnica o económica, - en la que este trámite solo procede en circunstancias muy concretas, pues no puede implicar la modificación de la oferta, - con la acreditación del cumplimiento de requisitos previos en trámite del artículo 150.2 de la LCSP. En este momento del procedimiento no nos encontramos en una fase competitiva, pues ya se ha determinado cuál es la mejor oferta. Así una vez aceptada la propuesta de la mesa por el órgano de contratación se le requerirá para que acredite el cumplimiento de lo establecido en las letras a) a c) en el que se encuentra que *“cumple los requisitos de solvencia económica, financiera y técnica o profesional exigidos, en las condiciones que establezca el pliego”*

En nuestra Resolución 388/2022, de 6 de octubre, decíamos: *“Es evidente que el requerimiento de documentación no fue cumplido, siendo evidente también de los hechos narrados que Leonvet, S.L., conocía la relación completa de dicha documentación.*

Llegados a este punto y comprobada la no presentación por parte de la recurrente de la documentación solicitada, debemos abordar la posible subsanación de este defecto y concretamente la obligación por parte del órgano de contratación de solicitar dicha subsanación.

Siguiendo el criterio establecido por el Tribunal Central de Recursos Contractuales, valga por todas la 806/2019, de 11 de junio, se establecen:

“Llegados a este punto, este TACRC considera que, aunque pueden existir argumentos jurídicos en favor de la insubsanabilidad de la documentación presentada en este trámite, la doctrina contraria, esto es, no sólo la posibilidad sino el derecho subjetivo del licitador propuesto como adjudicatario a que se le conceda un trámite de subsanación de la documentación presentada, cuenta con más sólidas razones.

Además de las expuestas en el Fundamento de Derecho Sexto anterior, se formulan las siguientes:

1.- En primer lugar, no tiene sentido que tras un relativamente largo y costoso procedimiento para elegir al licitador que ha realizado la oferta económicamente más ventajosa, se le rechace de plano por existir algún error en la documentación presentada para poder realizar la adjudicación a su favor. Esta forma de actuar va en contra del interés general, que debe guiar siempre la forma de actuar de la Administración y con arreglo al cual deben interpretarse las leyes (artículo 103.1 de la Constitución). (...)

2.- El artículo 150.2 de la nueva Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, establece en relación con este trámite, que ‘de no cumplimentarse adecuadamente el requerimiento en el plazo señalado, se entenderá que el licitador ha retirado su oferta, procediendo a exigirle el importe del 3 por ciento del presupuesto base de licitación, IVA excluido, en concepto de penalidad’. Por tanto, con la nueva LCSP el licitador que fracasa en este trámite no sólo pierde la posibilidad de que se le adjudique el contrato (siendo la empresa mejor valorada), sino que además se le puede imponer una penalidad del 3% del presupuesto base de licitación (entiende este Tribunal que la penalidad sólo procede cuando el incumplimiento de los requisitos para ser adjudicatario es grave y claro, y el licitador no ha actuado de buena fe y media dolo, culpa o negligencia).

La existencia de esta penalidad hace necesario, más que nunca, que se conceda al licitador propuesto como adjudicatario la posibilidad de subsanar los errores cometidos al presentar su documentación.

3.- La disposición final Tercera del TRLCSP dispone que “los procedimientos regulados en esta Ley se regirán, en primer término, por los preceptos contenidos en ella y en sus normas de desarrollo y, subsidiariamente, por los de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre, y normas complementarias”.

El artículo 151.2 del TRLCSP (así como el artículo 150.2 de la LCSP) establecen para el trámite que nos ocupa un plazo de diez días hábiles, sin hacer referencia a la posibilidad de subsanación y sin prohibirla o excluirla. Por tanto, esta regulación debe ser colmada, conforme a la mencionada disposición final tercera del TRLCSP, por la Ley 39/2015, cuyo artículo 73.2 dispone que: “en cualquier momento del procedimiento, cuando la Administración considere que alguno de los actos de los interesados no reúne los requisitos necesarios, lo pondrá en conocimiento de su autor, concediéndole un plazo de diez días para cumplimentarlo”.

En el ámbito de la contratación pública, el RGLCSP, en su artículo 81, y la LCSP, en el artículo 141.2 párrafo segundo, tiene una regulación especial sobre el plazo de subsanación, que lo fija en tres días hábiles.

4. Las Leyes de Contratos siempre han establecido la subsanabilidad de la documentación administrativa presentada en el sobre número 1. En la actualidad, una vez establecida la obligatoriedad del DEUC (artículo 140.1.a) de la LCSP) esta documentación ya no se presenta en dicho sobre, sino sólo por el licitador propuesto como adjudicatario. Por tanto, también ahora debe permitirse la subsanación.

5. Admitir la subsanabilidad de la documentación presentada por el licitador propuesto como adjudicatario no se considera que infrinja el principio de igualdad entre

licitadores, pues es un trámite obligado para la Administraciones Públicas por la LPAC, y que por ello siempre se aplicará en el mismo sentido [...]”.

En definitiva, se admite la posibilidad de subsanar las omisiones o defectos cometidos en la cumplimentación del requerimiento realizada en el plazo concedido, pero de forma defectuosa.”

A la vista de lo expuesto, se estima el recurso, anulando la adjudicación y ordenando la retroacción de actuaciones a los efectos de que se valore la solvencia técnica con los criterios expuestos anteriormente y en el supuesto de que no se considere acreditada la misma se deberá conceder un trámite de subsanación, siendo indiferente que MEDIATRADER presente documentación diferente a la inicialmente presentada. La mesa al analizar la documentación presentada para acreditar la solvencia técnica deberá indicar aquellos trabajos que computan y los que no, indicando en su caso, los motivos de su no aceptación.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3.5 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero. - Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de COMUNICA MEDIATRADER, S.L.U., contra la Resolución, de 14 de febrero de 2024, del Consejero Delegado de Madrid Cultura y Turismo por la que se adjudica el contrato de “Servicio de maquetación, adaptación y arte final para Madrid Cultura y Turismo S.A.U.” número de expediente 8/2023CM, en los términos del fundamento de derecho quinto.

Segundo. - Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la

interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la multa prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Tercero. - Levantar la suspensión del procedimiento de licitación acordada por este Tribunal el 21 de marzo de 2024.

Cuarto. - Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 59 de la LCSP.