

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

En Madrid, a 20 de junio de 2024

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de COMUNICA MEDIATRADER, S.L.U. (en adelante MEDIATRADER) contra la Resolución de 22 de abril 2024, del Consejero Delegado de Madrid Cultura y Turismo, S.A.U., por la que se adjudica el contrato de “Servicio de maquetación, adaptación y arte final para Madrid Cultura y Turismo S.A.U” de la Consejería de Cultura, Turismo y Deporte, número de expediente 8/2023CM, este Tribunal ha adoptado lo 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. Analizada la misma no cumple con los requisitos exigidos. Así, se solicita la documentación al siguiente licitador clasificado, dando como resulta la adjudicación a favor de MALPARTIDA PUBLICIDAD (en adelante MALPARTIDA) el 14 de febrero de 2024.

El 7 de marzo MEDIATRADER interpuso recurso especial en materia de contratación solicitando que se considere acreditada su solvencia técnica. Mediante la Resolución 139/2024, de 4 de abril, de este Tribunal se acordó estimar el recurso ordenando la retroacción a los efectos de valorar la solvencia de acuerdo con lo allí expuesto, y en su caso, se concediera a MEDIATRADER en trámite de subsanación.

El 22 de abril se adjudica el contrato nuevamente a MALPARTIDA.

Tercero.- El 15 de mayo 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 la práctica de prueba cuyos detalles se expondrán más adelante.

El 30 de mayo 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.

Cuarto. - La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida por haberse interpuesto el 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, sin que sea necesario adoptar acuerdo de mantenimiento de la suspensión en virtud del Acuerdo adoptado por este Tribunal el 5 de diciembre de 2018, dado que el órgano de contratación en su informe no se pronuncia sobre la suspensión del procedimiento.

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, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones que han sido presentadas dentro del plazo establecido.

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 22 de abril de 2024, practicada la notificación el 23, e interpuesto el recurso el 15 de mayo de 2024, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto. - El recurso se interpuso contra la adjudicación del contrato, 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. - Alega la recurrente que en la Resolución, de 22 de abril de 2024, por la que se acuerda la adjudicación del contrato consta lo siguiente: *“La Mesa de contratación propuso como adjudicatario a la empresa COMUNICA MEDIATRADER, requiriendo la documentación para acreditar la solvencia técnica. De la misma se observa que la empresa no ha aportado los certificados de ejecución requeridos a fin de acreditar los servicios de igual o similar naturaleza requeridos para la acreditación de la solvencia técnica. En ninguno de ellos se indica el código CPV, tal y como se le requirió a la empresa en fecha 12 de abril de 2024, lo que impide apreciar si existe coincidencia con los tres primeros dígitos del código CPV indicado en el apartado 1 de la cláusula 1 del PCAP y no queda acreditada la solvencia técnica requerida.”*

Al respecto señala que el apartado 7.1. del PCAP relativo a la solvencia técnica, no exige que tengan que constar los CPV en los certificados que se presenten para acreditar la solvencia técnica y que ha dado debido cumplimiento al requerimiento efectuado por lo que su solvencia está acreditada.

A mayor abundamiento, pone de relieve que ninguna empresa, entidad pública o administración emite certificados en los que figure el código CPV requerido por lo que se ve imposibilitada a presentarlos por causas ajenas a su voluntad. Además, consta en los certificados aportados los servicios prestados, siendo lo más específicos posibles y que se corresponde con el objeto del contrato.

Continúa en sus alegaciones haciendo referencia a la solvencia técnica y al principio antiformalista con idénticos argumentos a los que presentó en su anterior recurso.

Por último, solicita la práctica de prueba para que se dé traslado a este Tribunal el requerimiento llevado a cabo por el órgano de contratación relativos a la aportación de los códigos CPV en los certificados para acreditar la solvencia, así como los certificados aportados por el licitador donde aparezcan los citados códigos CPV y dónde se puede acreditar la solvencia técnica exigida respecto a MALPARTIDA.

Opone el órgano de contratación que en cumplimiento de la Resolución 139/2022 de este Tribunal, concedió trámite de subsanación al interesado para que aportara: *“relación de los principales trabajos de los últimos tres años de igual o similar naturaleza de los que constituyen en objeto del contrato, aportada en su día se solicita acreditación de los mismos 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. Al no aparecer en el PCAP definidos lo que se entiende por servicios de igual o similar naturaleza, según la resolución nº 139/2024 del TACP, se atenderá a los tres primeros dígitos de los respectivos códigos de la CPV”*.

Alega que la mesa de contratación siguió las indicaciones establecidas en la Resolución 139/2024 de este Tribunal y que la recurrente no aporta los certificados de ejecución requeridos, en ninguno de ellos se indica el código CPV, lo que impide a la Mesa de Contratación apreciar si existe coincidencia con los tres primeros dígitos del código. No quedando acreditada la solvencia requerida.

Por su parte el adjudicatario opone que la maquetación no es una tarea implícita al diseño. Y que como bien se explica en el objeto del contrato, estamos hablando de la adecuación de un diseño máster original (facilitado por el cliente) a formatos concretos (impresión, online o vídeo) teniendo en cuenta unas especificaciones técnicas a cumplir para una correcta y adecuada ejecución.

Así tras una exposición de su criterio concluye que:

A). El objeto del contrato solicitado por Madrid Cultura y Turismo viene claramente definido siendo concreto, preciso y ampliamente detallado. En ningún momento se piden servicios de agencia que incluyan parte estratégica, creativa o de diseño de ningún tipo. Todo el objeto del contrato se precisa en tareas de maquetaciones finales, adaptaciones y artefinalización para distintos soportes.

B). El sector de la publicidad y las artes gráficas está altamente especializado. Madrid Cultura y Turismo solicita un servicio que se encuentra en el momento final de la comunicación. Justo antes de mandar a imprenta o a otro medio físico u online. Siempre, y en todo momento, después de la fase previa de conceptualización, creatividad, dirección de arte y diseño gráfico y/o web. En el sector hay desde empresas especializadas a profesionales freelances que se dedican por completo a este trabajo. Muchas veces subcontratados por agencias creativas que desechan esta parte final del proceso dentro de sus campañas. Obviar esta división del trabajo para intentar justificar solvencia técnica es forzar la realidad para hacer encajar los certificados aportados por otros conceptos muy diferentes.

C). Adaptaciones y artes finales. Trabajo mecánico, repetitivo, recurrente y de muy poco valor añadido. Solo así es posible ofertar con un descuento por encima del 50%. Hasta 59,82% en el caso de COMMUNICA MEDIATRADER. El descuento ofertado es fundamental para entender el tipo de trabajo que se va a realizar. Ningún otro perfil superior que no sea el de artefinalista haría viable la rentabilidad del contrato por los elevados costes que supondrían profesionales con una retribución mayor.

D). COMMUNICA MEDIATRADER no justifica, entre la distinta documentación que aporta, ni un solo certificado que en su literalidad cumpla con el objeto exacto de la licitación: “Maquetación, Adaptación y Artes Finales”. Todo lo presentado es por conceptos diversos y en algunos casos contradictorios o muy poco claros como en el caso de SEDIGAS “Diseño y maquetación de Revista Gas Actual e Informes corporativos” pero se obvia la parte de “Community Manager”. “Diseño y maquetación” y “Community Manager” son conceptos completamente diferentes y requieren de la

participación de profesionales distintos. Y, si bien la primera parte de la descripción pudiera ser similar al objeto de la licitación, se obvian por completo del total facturado las tareas de Community Manager. El Community Manager es un profesional muy específico responsable de construir, gestionar y administrar la comunidad online alrededor de una marca de internet. Una parte sustancial del total facturado debe ser propia de estas tareas de Community Manager que nada tienen que ver con el objeto de esa licitación y en el desglose no se mencionan. Además, en otras facturas se introduce la idea de CREATIVIDAD que es algo que tampoco estaría en ningún momento solicitado.

A la vista de las posiciones de las partes, destacar que en nuestra reiterada Resolución decíamos: *“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 ningún lugar de nuestra Resolución se decía que en los certificados debían constar los CPV, sino que se “atenderá a los tres primeros dígitos”, “atender” según definición de la Real Academia Española significa acoger favorablemente, tener en cuenta o consideración en algo, es decir, que no solo se consideraban servicios de igual naturaleza, como la maquetación, sino todos los que se encuentren en esos CPV. Cuestión diferente es que con la documentación aportada por la recurrente no se pueda acreditar o comprobar que los servicios se puedan incardinar en esos códigos. La nomenclatura CPV es un sistema de identificación y categorización de todas las actividades económicas susceptibles de ser contratadas mediante licitación o concurso público en la Unión Europea.

Como ya se expuso, los pliegos deben indicar qué se entiende por servicios de igual o similar naturaleza y en su defecto se aplicará subsidiariamente la referencia a los tres primeros códigos del correspondiente CPV.

En contra de lo alegado por la recurrente la referencia al CPV no es un requisito exigido ad hoc establecido por el órgano de contratación, sino que su previsión está en la ley cuando no queda definido en los pliegos qué se entiende por servicios de igual o similar naturaleza (artículo 90.1.a) LCSP).

En cuanto a la forma de acreditar la solvencia *“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”

Revisado el expediente de contratación se comprueba que en el trámite de subsanación, la recurrente presenta una relación de servicios prestados. Respecto del año 2020 se comprueba, tal y como señala la adjudicataria, que el certificado de Sedigas se corresponde con, *“Diseño y maquetación de Revista Gas Actual e Informes Corporativos y Comunity Manager”*, (73.152.00 euros) mientras que en su declaración la recurrente solo indica los servicios de diseño y maquetación y no el de community manager sin estar desglosados los importes por lo que no se puede tomar en consideración. En cuanto a las facturas de Unión Fenosa Gas, unas se corresponden al año 2019 que no es objeto de cómputo y del resto sólo dos de ellas se refieren a edición y maquetación (4.350 euros) y diseño y línea creativa (2.000 euros), en las que no se indica el importe de maquetación y diseño respectivamente y no acredita que se integra dentro de los CPV correspondientes.

En relación con otros servicios prestados, tales como Hisense Iberia, Consejo Superior de deportes y Viamed se acompaña declaración de la recurrente en la que indica el importe que se corresponde con el diseño en relación con el total que consta en el certificado,- que aún en el hipotético caso que pudiera incluirse en el CPV establecido en el contrato “diseño gráfico”,- no queda acreditado por ser una simple declaración. Igual sucede con Vasco Catalana que presenta facturas que no son todas computables por referirse al 2019 y que otros no alcanzan al importe declarado.

En los años 2021 y 2022, tampoco se aprecia que se alcance el importe de 97.182,55 euros requeridos en el pliego, bien por presentar los mismos defectos e incluso no encontrarse certificaciones del año correspondiente.

Corresponde a la recurrente acreditar el cumplimiento de la solvencia técnica, sin embargo, manifiesta su oposición al acuerdo de exclusión reiterando las alegaciones de su primer recurso y ahora en el presente recurso no realiza el mínimo esfuerzo para justificar que las actividades que constan en los certificados se

corresponden con las actividades que son coincidentes por referencia al CPV requerido, además de crear confusión por incluir certificados de años que no son objeto de cómputo.

En consecuencia, se desestiman las pretensiones de la recurrente.

Por lo que se refiere a la prueba solicitada por la recurrente, no procede dicho trámite por no ser necesario para la resolución del presente recurso pues no presenta ninguna alegación en relación con la oferta de la adjudicataria.

Es la propia recurrente la que podía haber hecho uso de su derecho a acceder al expediente de contratación previo a la interposición del presente recurso.

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. - Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de COMUNICA MEDIATRADER, S.L.U contra la Resolución de 22 de abril 2024 del Consejero Delegado de Madrid Cultura y Turismo, S.A.U., por la que se adjudica el contrato de “Servicio de maquetación, adaptación y arte final para Madrid Cultura y Turismo S.A.U” de la Consejería de Cultura, Turismo y Deporte, número de expediente 8/2023CM.

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.- Dejar sin efecto la suspensión automática prevista en el artículo 53 de la LCSP.

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.