

Recursos nº 254 y 255/2018**Resolución nº 259/2018**

NOTIFICACIÓN

Le notifico que, con fecha 5 de septiembre de 2018, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid ha dictado el siguiente Acuerdo:

VISTOS los recursos especiales en materia de contratación interpuestos por don Rafael Jaén García, en nombre y representación de Quality Media Producciones, S.L., contra el Acuerdo de la Mesa de contratación de fecha 16 de julio del 2018, por el que se excluye a la recurrente de la licitación del contrato “Servicio para la realización del diseño, creatividad y producción de dos campañas publicitarias de Metro de Madrid, S.A.”, número de expediente: 6011800067 y posteriormente contra el Acuerdo del Consejero Delegado de Metro de Madrid de fecha 20 de julio de 2018 por el que se adjudica el referido contrato, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 16 de abril 2018, se publicó en el Portal de la Contratación de la Comunidad de Madrid la convocatoria de licitación del contrato de servicios para la “Realización del diseño, creatividad y producción de dos campañas publicitarias de Metro de Madrid, S.A.” a adjudicar mediante procedimiento abierto y pluralidad de criterios. El valor estimado del contrato asciende a 210.000 euros y el plazo de ejecución es seis (6) meses a contar desde la formalización contractual, sin



posibilidad de prórrogas. La licitación es electrónica, a través de la aplicación SRM, realizándose las comunicaciones por medios telemáticos. Los CPV de los servicios objeto de la licitación son 79341400-0 Servicio de campañas de publicidad y 79341000-6 Servicios de publicidad.

El contrato tiene por objeto, según la cláusula 1 del Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT), la definición, diseño y producción de dos campañas publicitarias de Metro de Madrid, una de imagen para comunicar el Centenario de la compañía y otra de Navidad que fomente el uso de Metro como el mejor medio de transporte en la Región en las fechas navideñas.

En el apartado 3 del PPT se describe el alcance del contrato: *“Los servicios publicitarios y de comunicación que prestará el contratista consistirán en:*

- *Elaboración de la estrategia de comunicación de las campañas.*
- *Conceptualización y elaboración de los conceptos, mensajes y claims de las campañas.*
- *Adaptación de la creatividad a los distintos medios y soportes requeridos.*
- *Producción de las diferentes piezas para los distintos medios. El contratista se responsabilizará de la producción y realización de la totalidad de piezas y adaptaciones para la inserción en los medios de prensa, radio, televisión, cine, internet y exterior, excepto la producción de la cartelería estática de publicidad exterior”.*

Interesa conocer en relación con el objeto del contrato que de acuerdo con el punto 21 del cuadro resumen del Pliego de Condiciones Particulares (PCP) *“Los licitadores deberán cumplir los siguientes requisitos de solvencia técnica y profesional:*

Relación de los servicios o trabajos similares ejecutados en los últimos tres años, avalada por certificados, que deberá acreditar la ejecución por importe anual acumulado de los trabajos efectuados en el año de mayor ejecución, sea igual o



superior a 210.000 euros.

Los servicios o trabajos efectuados se acreditarán mediante certificados expedidos o visados por el órgano competente, cuando el destinatario sea una entidad del sector público; cuando el destinatario sea un sujeto privado, mediante un certificado expedido por este o, a falta de este certificado, mediante una declaración del empresario acompañado de los documentos obrantes en poder del mismo que acrediten la realización de la prestación.

Para acreditar su solvencia técnica y profesional, los licitadores deberán aportar la declaración responsable incluida como anexo IV del PCP, indicando que cumplen las condiciones exigidas. La no presentación de la declaración indicada dará lugar a un plazo de subsanación de tres días hábiles a partir de la fecha de su solicitud. En caso de no recibirse la documentación requerida en el plazo señalado, la oferta será excluida del procedimiento.

Al licitador que haya presentado la mejor oferta, y en todo caso a cualesquiera otros licitadores si se considera necesario durante la tramitación del procedimiento, se le requerirá la aportación de los concretos documentos a que se refiere este apartado.

Cuando una empresa pretenda recurrir a las capacidades de otras entidades para integrar su solvencia técnica y profesional, deberá aportar además el compromiso por escrito de dichas entidades de acuerdo con lo previsto en el artículo 75 de la LCSP y en la condición 3.2 del PCP”.

Segundo.- A la licitación se presentaron once empresas, una de ellas la recurrente.

Realizada la valoración técnica de conformidad con lo previsto en el apartado 27 del cuadro resumen del PCP, solo tres ofertas igualaron o superaron los 20 puntos establecidos como límite de suficiencia técnica para esta licitación, siendo calificadas como “aptas” o “técnicamente aceptables”.



Finalizada la fase de valoración económica de las ofertas resulta que la oferta clasificada en primer lugar es la de Quality Media Producciones, S.L., (en adelante Quality) de acuerdo con el siguiente cuadro resumen de las valoraciones realizadas:

EMPRESA	PUNTUACIÓN TÉCNICA	VALORACIÓN ECONÓMICA (IMPORTE OFERTA €)	PUNTUACIÓN ECONÓMICA	PUNTUACIÓN TOTAL
DDB TANDEM, S.A.	21,70	178.000,00	53,46	75,16
GP INFORPRESS, S.L. (ATREVIA)	24,80	182.700,00	52,08	76,88
QUALITY MEDIAPRODUCCIONES, S.L.	20,20	158.590,00	60,00	80,20

Por lo que Metro requirió, el 3 de julio de 2018, a Quality la acreditación de los requisitos de capacidad de obrar, personalidad jurídica, representación y solvencia, de acuerdo con la condición 9.4 del PCP, lo que cumplimentó en el mismo día remitiendo, entre otra documentación, once certificados de facturación, por los servicios realizados a Ediciones El País; Iberdrola; Ayuntamiento de Madrid; Diario AS; Cargo; Iberia; Idae-Quita Esencia; Mediaset; Universia-Santander; The Valley y Forta.

Analizada la documentación presentada, la Mesa de contratación consideró oportuno instar su subsanación, publicando el 9 de julio de 2018 el requerimiento en el tablón de anuncios del Portal en el que se indica *“Los certificados aportados corresponden a trabajos que no pueden ser ubicados dentro de los códigos CPV señalados en el apartado 7 del cuadro resumen del Pliego de condiciones Particulares (79341400-0 Servicio de campañas de publicidad, 79341000-6 Servicios de publicidad). Además, varios de los certificados aportados carecen de importe. Deberán aportar documentación complementaria que permita la subsanación de los defectos anteriores.*

En consecuencia, se concede un plazo de tres días hábiles para la presentación de la documentación requerida. Dicho plazo se computará desde el día siguiente a la



fecha de la publicación de la presente comunicación en el Portal de Contratación de la Comunidad de Madrid y terminará a las 23:59:59 horas del tercer día hábil”.

Con fecha 12 de julio de 2018, Quality presentó la documentación que tuvo por conveniente a efectos de realizar la subsanación requerida, consistente en una declaración responsable relacionando seis de los certificados inicialmente aportados y documentación acreditativa de los mismos, así como nueve facturas correspondientes a los ejercicios 2016-2017 y 2018 y nueve ordenes de pedido para realización de campañas a Coca-Cola y el certificado censal de alta en el Grupo, o epígrafe/sección IAE: 844 Servicios Publicidad, Relaciones Publicas.

Finalmente, revisada la documentación aportada para subsanar los defectos apreciados en materia de acreditación de solvencia técnica, la Mesa de contratación de Metro acordó su exclusión que fue notificada a Quality el 16 de julio de 2018, mediante el oportuno anuncio en el Tablón de anuncios del Portal de la Contratación, indicando el motivo siguiente *“Revisada la documentación aportado en plazo tanto inicialmente, como en trámite de subsanación, no ha quedado acreditado el cumplimiento del requisito solicitado, por no haberse alcanzado el importe de 210.000 € de trabajos similares en el año de mayor ejecución de los últimos 3. Para el cómputo no se han tenido en cuenta los certificados que no indicaban el año de realización de los trabajos, ni aquellos que, incluyendo varios trabajos, y siendo algunos de ellos similares a los del objeto del contrato y otros no, no desglosan los importes”.*

Ante lo cual, Quality solicitó mantener una reunión al órgano de contratación a fin de conocer, en concreto, qué certificados eran los que no se habían tenido en cuenta y poder preparar, en su caso, el oportuno recurso. Mediante correo electrónico de fecha 17 de julio de 2018, Metro contestó que la reunión no podía celebrarse, si bien informó que los dos certificados que no se han tenido en cuenta son el emitido por Quinta Esencia Comunicación, S.L., en relación con el concurso



ganado por esa Agencia convocado por IDAE y el de Cargo Productions, S.L., en relación con la campaña Carrefour Racing Drone.

A continuación, Metro requirió a la empresa con la siguiente mejor oferta, GP Inforpress, S.L. (Atrevia), la acreditación de los requisitos de capacidad de obrar y demás requisitos exigidos previos a la formalización. Tras la oportuna tramitación, el 20 de julio de 2018, el Comité Ejecutivo mostró su conformidad a dicha propuesta y el Consejero Delegado adjudicó el contrato a Inforpress, S.L., lo que se publicó en el Portal de la Contratación el día 23 de julio de 2018.

Tercero.- Con fecha 27 de julio de 2018, Quality interpuso ante este Tribunal dos recursos especiales en materia de contratación, registrándose a las 13:31 horas el primero contra el Acuerdo de exclusión de la oferta de la recurrente de fecha 16 de julio de 2018, en el que solicita la nulidad del acto y la retroacción del procedimiento. Solicita además la suspensión del procedimiento y la indemnización por los daños ocasionados por esta decisión.

Ese mismo día a las 13:36 horas se registra el segundo recurso contra el Acuerdo de adjudicación de fecha 20 de julio de 2018, en el que solicita la nulidad del mismo nuevamente por no ser conforme a derecho su exclusión del procedimiento y que se acumule al presentado contra su exclusión, al amparo de lo dispuesto en el artículo 57 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP).

En ambos se alega que Quality contaba en el momento de presentación de la documentación con la solvencia técnica exigida en el Pliego y así lo acreditó en el momento oportuno, y que su exclusión del procedimiento de licitación se debe a una interpretación excesivamente rigurosa y formalista.



En ambos recursos interesa la admisión de prueba documental conforme a lo establecido en el artículo 56.4 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) que se relaciona a continuación:

- i) Certificado emitido por la sociedad Cargo Productions, S.L., el 20 de julio de 2018.
- ii) Certificado emitido por la sociedad Quinta Esencia Comunicación, S.L., el 20 de julio de 2018.
- iii) Anuncio del Instituto para la Diversificación y Ahorro de la Energía (en adelante IDAE) sobre la adjudicación para llevar a cabo el servicio y trabajos de diseño general, creatividad y ejecución de producción audiovisual sobre ahorro y eficiencia energética en el marco de la campaña “ahorro y eficiencia energética 2017”.
- iv) Información sobre la producción publicitaria Carrefour Racing Drone.

Cuarto.- El órgano de contratación remitió al Tribunal el expediente de contratación y los informes a que se refiere el artículo 56.2 de la LCSP, el 2 y 3 de agosto de 2018, oponiéndose a la estimación por las razones que se expondrán a la analizar el fondo de ambos recursos.

Quinto.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de interesados, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones. Finalizado el plazo no consta que se haya presentado escrito alguno.

Sexto.- Por Resolución 9/2018, de 30 de julio, de la Presidenta del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid se prevé la suspensión de los procedimientos pendientes ante el Tribunal, durante el mes de



agosto de 2018.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46 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.- Según con lo dispuesto en el artículo 57 de la LPACAP, el órgano administrativo que inicie o tramite un procedimiento, cualquiera que haya sido la forma de su iniciación, podrá disponer su acumulación a otros con los que guarde identidad sustancial o íntima conexión.

Igualmente, el artículo 13 del Reglamento de los Procedimientos Especiales de Revisión de Decisiones en Materia Contractual y de Organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, prevé la posibilidad de acordar la acumulación de dos o más recursos en cualquier momento previo a la terminación, tanto de oficio como a solicitud del recurrente o de cualquiera de los interesados.

Vistos los escritos de los recursos antes mencionados se aprecia identidad en el asunto, su fundamentación y *petitum*, se trata del mismo expediente de contratación, hay identidad en los interesados y la resolución que pueda dictarse en uno de ellos afectaría al otro, por lo que procede acordar la acumulación de la tramitación de los dos recursos para resolverlos en un solo procedimiento y por medio de una sola resolución.

Tercero.- Los recursos han sido interpuestos por una persona jurídica excluida de la licitación *“cuyos derechos e intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan*



visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta por las decisiones objeto del recurso”, (artículo 48 de la LCSP).

En principio el licitador excluido tendrá legitimación para recurrir la adjudicación si a la vez recurre su exclusión. En cambio carece de tal legitimación quien ya ejerció el derecho a impugnar previamente tal decisión y no consiguió permanecer en el procedimiento.

El artículo 2 bis.2 de la Directiva 2007/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos, entiende por licitador afectado el que *“aún no haya quedado definitivamente excluido. Se considerará que una exclusión es definitiva si ha sido notificada a los licitadores afectados y, o bien ha sido considerada legal por un órgano de recurso independiente, o bien no puede ya ser objeto de un procedimiento de recurso”*.

En este caso, la resolución del recurso contra el acto de trámite por el que se acuerda la exclusión ha sido notificado el 16 de julio de 2018, lo que impediría al Tribunal entrar a conocer el segundo recurso contra la adjudicación, porque siendo único el motivo de impugnación (la no admisión de su oferta) e idéntica la fundamentación de ambos recursos, se produciría el efecto de cosa juzgada, determinante para la inadmisión del segundo recurso.

En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo, de 29 de mayo de 1995, reconoce que la resolución administrativa *“que entra a resolver el fondo de la controversia, estima o desestima las pretensiones deducidas en la demanda, deja definitivamente zanjada la cuestión”*. En el mismo sentido se pronuncia igualmente el Tribunal en la Sentencia de 12 de junio de 1997 al decir que las resoluciones que concluyen los procedimientos *“de un modo ordinario tengan atribuidas, paralelamente a la sentencias jurisdiccionales firmes, los mismos efectos de la cosa*



juzgada formal (o imposibilidad de impugnación dentro de un mismo procedimiento de lo ya resuelto o juzgado) y de la cosa juzgada material, tanto positiva(o prejudicial) como negativa (o excluyente de la posibilidad de volver a plantear, en un nuevo procedimiento, lo ya a finiquitado en otro anterior, con elementos subjetivos y objetivos idénticos)”.

Por otra parte, artículo 44 de la LCSP, admite como actos recurribles tanto la exclusión como la adjudicación. Las dos posibilidades de recurso tienen carácter subsidiario, a fin de impedir una “doble acción”, y por tanto no debe admitirse la interposición del recurso en este caso. Este Tribunal (Resolución 107/2013 de 14 de marzo) y los demás órganos encargados de la resolución del recurso especial en materia de contratación en base a la Circular 3/2010, de 19 de octubre, de la Abogacía General del Estado, sostiene que la posibilidad de recurrir contra los actos a que se refiere el art 40.2.b) y c) del TRLCSP (actual 44.2 b) y c) de la LCSP) no son acumulativas sino que tienen carácter subsidiario. La ley ha establecido dos posibilidades de recurso, o bien contra el acto de exclusión cuando se haya procedido a la notificación o el interesado se dé por notificado o contra el acto que pone fin al procedimiento que es la adjudicación. Ambas no son acumulativas y si se ha interpuesto recurso contra la exclusión la resolución que se dicte pondrá fin a la vía administrativa y no podrá interponer recurso contra la adjudicación.

En consecuencia, Quality carecería de legitimación para impugnar la adjudicación del contrato al haber recurrido previamente su exclusión, si esta pretensión resultara desestimada.

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Cuarto.- Por cuanto respecta al objeto de los recursos, debe indicarse que el primero se ha interpuesto contra un acto de trámite adoptado en un contrato de servicios de importe superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con



el artículo 44.1.a) y 2.d) de la LCSP. Respecto del segundo recurso contra la adjudicación, se debe reiterar lo señalado en el apartado anterior.

Quinto.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el Acuerdo de exclusión se adoptó el 16 de julio de 2018, practicada la notificación ese mismo día a través del Tablón de anuncios del Portal de la Comunidad de Madrid, e interpuesto el recurso el 27 de julio de 2018, por tanto dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

El Acuerdo de adjudicación se adoptó el 20 de julio de 2017, publicándose la adjudicación el día 23 en el Portal de la Comunidad de Madrid, e interpuesto el recurso el 27 de julio de 2018, por tanto dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Sexto.- El Tribunal debe pronunciarse en primer lugar sobre la admisión de la prueba documental solicitada por la recurrente.

Opone el órgano de contratación que su admisión supondría una vulneración de los principios que rige la contratación ya que esto equivaldría a admitir una contraoferta o una segunda subsanación, no prevista en los Pliegos y en detrimento del resto de licitadores. Cita entre otras la Resolución número 174/2012 de 8 de agosto, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en la que manifiesta su criterio respecto a un segundo trámite de subsanación afirmando que *“no cabe otorgar un segundo trámite de subsanación para corregir los defectos que pueda presentar la documentación entregada en el plazo otorgado para subsanar. Cualquier otra interpretación nos llevaría a permitir sin límite las subsanaciones, con los problemas que ello llevaría aparejado”*, así como la Resolución número 190/2018 de 27 de junio de 2018, de este TACPCM.



El Tribunal, para acordar la resolución del recurso ha considerado la documentación que obra en el expediente y considera que el recurso puede ser resuelto sin necesidad de nueva documentación aportada en el trámite de alegaciones. La documentación aportada con el recurso se refiere a los mismos servicios prestados y en los mismos términos certificados durante la licitación, por tanto no se trata de aportar nuevos elementos de acreditación, sino de probar los ya aportados.

La prueba es un acto de instrucción del procedimiento consistente en la comprobación de los datos incorporados al expediente. Ha de versar sobre *“los hechos relevantes para la resolución del recurso”*. Su finalidad es provocar el convencimiento del titular de la competencia decisoria. Por tanto procedería la apertura de un periodo de prueba cuando no se tienen por cierto los hechos alegados por los interesados y consecuentemente no procede cuando los hechos son admitidos o reconocidos por las partes, o cuando los mismos encuentran soporte documental en el mismo expediente como ocurre en este procedimiento en que la documentación que se adjunta a la oferta, es suficiente para comprobar los hechos determinantes de la resolución que se adopte.

Además siendo los requisitos de solvencia claros y concisos, conocidos por Quality y no impugnados, esta pudo aportar los certificados tanto en el plazo de presentación de ofertas como, en su caso, en el de subsanación otorgada al efecto de acuerdo con las condiciones exigidas; importe contratado, año de ejecución de los servicios prestados y objeto similar al de esta licitación.

En consecuencia, este Tribunal de acuerdo con lo previsto en el artículo 77.3 LPACAP, deniega la admisión de la documental propuesta por considerar improcedente su confección posteriormente en fase de recurso, resultando por tanto su aportación extemporánea e innecesaria.



Séptimo.- En cuanto al fondo del asunto se contrae a determinar si la empresa adjudicataria acreditó debidamente el nivel de solvencia requerido en los Pliegos.

Alega Quality la exclusión de su oferta por no considerar válidos los certificados de los servicios prestados a las sociedades Quinta Esencia Comunicación, S.L. (en adelante Quinta Esencia) y Cargo Productions, S.L., (en adelante Cargo), considerados incorrectos por Metro de Madrid, implica vulnerar los principios de libre competencia y selección de la oferta económicamente más ventajosa que defiende la LCSP y sostiene lo siguiente:

- respecto del certificado de Quinta Esencia, califica la omisión del año de la prestación de los servicios de *“mero error formal que en modo alguno invalida el hecho de que la Sociedad haya prestado efectivamente los servicios indicados en el certificado”*. Afirmar que en el trámite de subsanación otorgado a tal efecto, Quality aportó los certificados y documentación del año de mayor volumen, esto es, año 2017. Sostiene además que el certificado de Quality hace mención a un concurso que le fue adjudicado por el IDEA la cual fue debidamente publicada en la Plataforma de la Contratación del Sector Público, por lo que Metro de Madrid de oficio, pudo verificar que los servicios certificados se habían realizado en 2017.

- respecto del certificado de Cargo, considera que la omisión del desglose de los importes de las campañas de publicidad, carece de motivación y a su juicio es incongruente, ya que los servicios recogidos en el certificado de Cargo se configuran como verdadero servicio de campaña publicitaria, en términos similares al objeto del contrato licitado por Metro de Madrid.

Afirma que del tenor literal del certificado se desprende que los servicios prestados son la *“producción de campañas de publicidad”* y que en él lo que se describe son las actuaciones que en concreto integraban esa campaña, que puede



ser de muy distinta tipología. En este caso *“la campaña publicitaria consistía en un evento de carreras de drones para la marca Carrefour”*.

Por ultimo sostiene que Metro ante las posibles dudas que le surgieron los certificados aportados, bien podía haber solicitado sencillas aclaraciones y cita en su defensa la Resolución 331/2015, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, de octubre de 2015 y la más reciente Resolución número 338/2018, de 6 de abril de 2018, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

El órgano de contratación en su informe opone que su actuación ha sido conforme a derecho, sin que se pueda tachar su tramitación de *“excesivamente formalista”*, al haber conferido el trámite de subsanación legalmente previsto para corregir los defectos observados. Explica que de los once certificados aportados inicialmente por Quality, en cinco de ellos no figuraba importe alguno y los seis restantes no se referían a servicios similares a los del objeto esta licitación. En resumen, de todo lo presentado, Metro consideró válidos los siguientes importes:

Versión Incluyendo solo facturas válidas			
	Año 2016	Año 2017	Año 2018
Certificados	26.830,00	24.481,10	17.279,00
Facturas	11.830,00	44.490,00	60.000,00
Pedidos	-	38.860,00	17.795,00
TOTAL	38.660,00	107.831,00	95.074,00

Y los certificados aportados en esta fase de subsanación cuyo importe alcanzaría el límite exigido no resultaron ser válidos, según afirma Metro en su informe, por los siguientes motivos:

“- Respecto al Certificado emitido por Quinta Esencia, de fecha 9 de julio de 2018, por importe de 73.600 €, no consta, tal cual figura en el texto del certificado, que estos trabajos fueran realizados en el año 2017. De hecho, literalmente se refleja lo



*siguiente: “Por la presente certificamos que QUALITY MEDIA PRODUCCIONES S.L., **realiza** servicios de producción de campañas de publicidad (...). Dado que no especifica el año de ejecución, teniendo en cuenta que el certificado es de 2018, en todo caso, solo podía haberse deducido que dichos trabajos fueron realizados en el año de emisión del documento en cuestión, año que no fue el de mayor ejecución”. Omisión que no cabe calificar de error formal ya que tanto el año de ejecución de los trabajos como su importe son esenciales para valorar la acreditación del requisito de solvencia exigido.*

- Respecto al Certificado emitido por Cargo Productions, S.L., que ya fue valorado del mismo modo en la aportación inicial de la documentación, varios de los servicios referidos en dicho documento no son servicios similares a los del objeto de esta licitación, por lo que hubiera resultado preciso desglosar sus importes, lo que ni tan siquiera se intentó en la fase de subsanación”.

Como de forma reiterada ha señalado este Tribunal los Pliegos conforman la ley de contrato y, tienen carácter vinculante de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 139 de la LCSP para los licitadores cuando señala que *“Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a lo previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de dichas cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna (...)”*, obligación que como es obvio, también es predicable respecto del órgano de contratación, que debe estar a lo solicitado en los Pliegos, sin posibilidad de relativizar o modificar su contenido, ni siquiera con la loable intención de potenciar la concurrencia. Debe recordarse que en este caso, los Pliegos no fueron objeto de impugnación por lo que, en principio, se han de considerar consentidos y aceptados en todos sus términos.

Efectivamente el artículo 86 de la LCSP establece que *“1. La solvencia económica y financiera y técnica o profesional para un contrato se acreditará*



mediante la aportación de los documentos que se determinen por el órgano de contratación de entre los previstos en los artículos 87 a 91 de la presente Ley”.

En el artículo 90 la LCSP enumera los posibles medios para acreditar la solvencia técnica o profesional en los contratos de servicios: *“1. En los contratos de servicios, la solvencia técnica o profesional de los empresarios deberá apreciarse teniendo en cuenta sus conocimientos técnicos, eficacia, experiencia y fiabilidad, lo que deberá acreditarse, según el objeto del contrato, por uno o varios de los medios siguientes, a elección del órgano de contratación:*

a) Una relación de los principales servicios o trabajos realizados de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto del contrato en el curso de, como máximo los tres últimos años, en la que se indique el importe, la fecha y el destinatario, público o privado de los mismos; cuando sea necesario para garantizar un nivel adecuado de competencia los poderes adjudicadores podrán indicar que se tendrán en cuenta las pruebas de los servicios pertinentes efectuados más de tres años antes. Cuando le sea requerido por los servicios dependientes del órgano de contratación los servicios o trabajos efectuados se acreditarán mediante certificados expedidos o visados por el órgano competente, cuando el destinatario sea una entidad del sector público; cuando el destinatario sea un sujeto privado, mediante un certificado expedido por este o, a falta de este certificado, mediante una declaración del empresario acompañado de los documentos obrantes en poder del mismo que acrediten la realización de la prestación; en su caso, estos certificados serán comunicados directamente al órgano de contratación por la autoridad competente.

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”.

Comprueba el Tribunal respecto de los certificados en discusión:

1.- Quinta Esencia Comunicación es una Sociedad Limitada, que resultó adjudicataria de una licitación convocada por el IAE y con fecha 26 de febrero de 2018 certifica que Quality *“realiza servicios de producción audiovisual” para Quinta Esencia y “aportando iniciativas de guion, realización y producción”* en dicha licitación. Por tanto no consta en dicha certificación ni la fecha de realización de tales servicios, ni su duración, ni el importe facturado por Quality.

En el certificado emitido el 9 de julio de 2018 y presentado por Quality en el trámite de subsanación, reitera el anterior e incluye una frase con el siguiente tenor literal *“El importe de la producción de la campaña ascendió a 73.600 euros”*. Por tanto no consta en dicha certificación ni la fecha de realización de tales servicios, ni su duración que permita concluir el año de realización.

2.- Cargo Productions, es una Sociedad Limitada que resultó adjudicataria de una licitación convocada por Carrefour Racing Drone, que a su vez subcontrató a Quality y con fecha 31 de diciembre de 2017 certifica que esta ha realizado:

- “- La prestación de octubre de 2017 a noviembre de 2017.*
- El importe total líquido de los servicios prestados ha ascendido a 39.545 euros.*
- Los servicios han consistido en:*
 - PRODUCCIÓN AUDIOVISUAL DE VIDEOS Y STREAMING*
 - ASISTENCIA TÉCNICA CARRERA DE DRONES*



- CONSTRUCCIÓN DE CIRCUITO DRONES EN INTERIOR TRUST APORTADO POR CLIENTE
- COMUNICACIÓN ESPECIALIZADA EN REDES SOCIALES”.

Por tanto consta en dicha certificación la fecha de realización de tales servicios, y su duración, si bien el total del importe facturado por Quality corresponde a cuatro servicios de distinta naturaleza, sin que se desglose los importes para cada uno de ellos, dos de los cuales, Asistencia Técnica Carrera de Drones y Construcción de Circuito Drones en Interior Trust aportado por Cliente consisten en la organización de una actividad lúdico-deportivo, claramente distinta al alcance definido en el apartado 3 del PPT.

En el certificado emitido el 9 de julio de 2018 y presentado por Quality en el trámite de subsanación, solo especifica que “Cargo Production, S.L., es la entidad contratante de servicios de producción de *“campañas de publicidad”* para Carrefour Racing Drone y reitera literalmente el contenido exacto del emitido el 31 de diciembre de 2017, en cuanto a fechas importes y servicios realizados por Quality.

De lo anteriormente relatado se constata que ambos certificados adolecen de los defectos que les imputa el órgano de contratación. En cuanto al tratamiento que debe darse a los indicados defectos, no se trata de un excesivo formalismo del órgano de contratación ni de este Tribunal sino del estricto cumplimiento de un requisito que ha determinado el órgano de contratación conforme a la Ley y cuyos Pliegos no han sido impugnados, auténtica *lex contractus*, con eficacia jurídica no sólo para el órgano de contratación sino también para cualquier interesado en el procedimiento de licitación y, particularmente, para las empresas licitadoras. Posibilidad de subsanación que ha sido otorgada por el órgano de contratación conforme al principio antiformalista que debe presidir la licitación pública con el objeto de lograr la mayor concurrencia posible.



Como advirtiera este Tribunal en sus Resoluciones 146/2016, de 28 de julio o 69/2017, de 1 de marzo, tal posibilidad tiene un límite, que viene dado por el respeto al resto de los principios de la licitación. De esta forma, por ejemplo, la modificación de las ofertas a través del mecanismo de la subsanación o la ampliación del plazo para el cumplimiento de determinados requisitos, constituirían límites que no podrían ser superados por una subsanación de los eventuales defectos padecidos.

Entiende el Tribunal que es responsabilidad del licitador interesado en resultar adjudicatario de un contrato acreditar en tiempo y forma los requisitos exigidos en la convocatoria, máxime cuando el órgano de contratación ha posibilitado la subsanación de los defectos apreciados y se trata de un licitador que no ha resultado directamente adjudicatario en ninguna las licitaciones que pretende utilizar para acreditar su solvencia sino, como colaborador/asesor o empresa subcontratada para la realización parcial de algunas de las actividades que integran las campañas adjudicadas a un tercero.

Considera este Tribunal que es evidente respecto del certificado emitido por Quinta Esencia, que ni consta ni se puede deducir en que año (2017-2018), Quality prestó los servicios para la campaña del IDEA en la que aquel resultó adjudicatario, por lo que su no admisión como medio para acreditar el límite de solvencia exigida es a juicio de este Tribunal conforme a derecho.

Respecto al certificado emitido por Cargo Productions, es cierto que el término “publicidad” engloba un amplio número de medios o canales de comunicación (prensa, radio, TV, publicidad exterior o publicidad directa mediante anuncios en buscadores, display, redes sociales, mail marketing, patrocinio de actividades sociales, culturales, deportivas, etc.) y los Pliegos de esta convocatoria delimitan específicamente el alcance de los trabajos a realizar en el apartado 3 del PPT, conforme a ese amplio criterio al establecer que los servicios prestados para acreditar la solvencia deben ser: *“estrategia de comunicación, creatividad a los*



distintos medios y soportes requeridos, producción y realización de la totalidad de piezas y adaptaciones para la inserción en los medios de prensa, radio, televisión, cine, internet y exterior, excepto la producción de la cartelería estática de publicidad exterior”.

Considera el Tribunal que dentro de las variadas actividades que incluía el contrato de Carrefour adjudicado a Cargo Productions, éste subcontractó a Quality, para la producción de *“campañas de publicidad en redes sociales y para la producción audiovisual de videos en streaming”*, ambas claramente coincidentes con el objeto de la licitación recurrida. Sin embargo, del certificado aportado, no resulta posible conocer que importe del total facturado (39.545 euros) la cantidad correspondiente a tales servicios.

Por otra parte respecto de los otros dos servicios incluidos en el certificado tiene por objeto el asesoramiento/asistencia técnica y la organización de un evento lúdico-deportivo, una exhibición de carreras de drones, actividad de promoción comercial o marketing cuyo encuadre más apropiado resulta ser CPV 79952000-2 *“Servicios y eventos”* dentro de CPV mas genérica 7990000-3 *“Servicios comerciales y otros servicios conexos”*. Por tanto, no existiendo coincidencia en los tres primeros dígitos de las CPV a que se refieren este contrato, en principio no sería posible asimilarlos con el diseño, creatividad y producción de campaña de publicidad que son los CPV es 79341400-0 Servicio de campañas de publicidad y 79341000-6 Servicios de publicidad, a que se refiere los Pliegos.

En cualquier caso, procede tener en cuenta que ni con el importe correspondiente a este certificado Quality alcanzaría la cifra de solvencia requerida en el Pliego (210.000 euros).

Por lo que su no admisión como medio para acreditar el límite de solvencia exigida es a juicio de este Tribunal conforme a derecho.



Octavo.- Por último, solicita la recurrente ser indemnizada por los daños y perjuicios ocasionados por la injustificada exclusión de su oferta con 3.500 euros, de conformidad con lo previsto en el artículo 58 de la LCSP.

Opone el órgano de contratación que la tramitación de la licitación se halla suspendida desde el momento en que el TACPCM notificó a Metro de Madrid la interposición del recurso número 255/2018, por parte de Quality, contra la adjudicación del contrato objeto de esta licitación a la empresa GP Inforpress, S.L., de conformidad con lo establecido por el artículo 53 de la LCSP y por 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 aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, y del propio requerimiento efectuado por el TACPCM en el traslado del mencionado recurso.

Afirma que no habiendo sido formalizado el contrato adjudicado, no es posible entender que se haya producido ningún daño al recurrente susceptible de ser indemnizado. Además reitera que no se ha producido ninguna infracción del ordenamiento jurídico ya que la tramitación que se ha seguido para excluir a dicha empresa ha respetado en todo momento el procedimiento establecido y no habiendo infracción legal, ningún daño o perjuicio puede existir, como así lo ha puesto de manifiesto el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en la Resolución número 462/2017 (Recurso número 304/2017) de 26 de mayo de 2017. Finalmente opone que, en todo caso, no resulta acreditado ni el perjuicio real y efectivo ni el lucro cesante que determinaría la procedencia de la indemnización solicitada.

El artículo 58 de la LCSP prevé *“1. El órgano competente para la resolución del recurso, a solicitud del interesado, podrá imponer a la entidad contratante la*



obligación de indemnizar a la persona interesada por los daños y perjuicios que le haya podido ocasionar la infracción legal que hubiese dado lugar al recurso, resarciéndole, cuando menos, de los gastos ocasionados por la preparación de la oferta o la participación en el procedimiento de contratación. La cuantía de la indemnización se fijará atendiendo en lo posible a los criterios establecidos en el Capítulo IV del Título Preliminar de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público”.

En este caso, siendo la exclusión de la oferta ajustada a derecho toda vez que es debida a un incumplimiento de los Pliegos imputable únicamente al licitador, solo cabe desestimar dicha pretensión.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 46 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, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Acumular la tramitación de los recursos interpuestos por don Rafael Jaén García, en nombre y representación de Quality Media Producciones, S.L., contra el Acuerdo de la Mesa de contratación de fecha 16 de julio del 2018, por el que se excluye a la recurrente de la licitación del contrato “Servicio para la realización del diseño, creatividad y producción de dos campañas publicitarias de Metro de Madrid, S.A.”, número de expediente: 6011800067 y el Acuerdo del Consejero Delegado de Metro de Madrid de fecha 20 de julio de 2018 por el que se adjudica el referido contrato.

Segundo.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto



por don Rafael Jaén García, en nombre y representación de Quality Media Producciones, S.L., contra el Acuerdo de la Mesa de contratación de fecha 16 de julio del 2018, por el que se excluye a la recurrente de la licitación del contrato “Servicio para la realización del diseño, creatividad y producción de dos campañas publicitarias de Metro de Madrid, S.A.”, número de expediente: 6011800067 y la pretensión subsidiaria de indemnización.

Tercero.- Inadmitir el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don Rafael Jaén García, en nombre y representación de Quality Media Producciones, S.L., contra el Acuerdo del Consejero Delegado de Metro de Madrid de fecha 20 de julio de 2018 por el que se adjudica el referido contrato, por considerarlo cosa juzgada al haberse resuelto sobre el fondo en anterior recurso interpuesto contra un acto de trámite susceptible de recurso especial y por falta de legitimación.

Cuarto.- 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 sanción prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Quinto.- Dejar sin efecto la suspensión producida por la Resolución 9/2018, de 30 de julio, de la Presidenta del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid.

Sexto.- 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 del LCSP.

LA PRESIDENTA DEL TRIBUNAL



La autenticidad de este documento se puede comprobar en www.madrid.org/csv mediante el siguiente código seguro de verificación: **1276374794560925629180**