

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

En Madrid, a 27 de junio de 2018.

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don F.N.R., en representación de la empresa Wild Punk, S.L., contra el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Alcalá de Henares, de fecha 23 de mayo, por la que se adjudica el contrato de “Servicios artísticos de productores de teatro, grupos de cantantes, bandas y orquestas”, número de expediente: 5306, este Tribunal ha adoptado la siguiente:

**RESOLUCIÓN**

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.-** Mediante Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Alcalá de Henares se convocó procedimiento abierto para la adjudicación del contrato de referencia, mediante pluralidad de criterios. La publicación de la licitación tuvo lugar en el DOUE de fecha 23 de febrero y en el BOE de fecha 8 de marzo, ambos de 2018.

El valor estimado de dicho contrato asciende a 933.818,18 euros.

Interesa destacar en relación con el objeto del contrato que la cláusula 5.2 del

Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT), establece que los artistas deberán ser de reconocido prestigio por lo que exige que se acredite que el caché mínimo de cada uno no sea inferior a 12.000 euros.

**Segundo.-** Al procedimiento de licitación se presentaron tres licitadoras, no habiendo sido excluida ninguna de ellas.

En la fase de elaboración del informe sobre valoración de criterios sujetos a un juicio de valor, el técnico municipal, pone de manifiesto a la Mesa de contratación que una de la licitadoras, concretamente Emotional Events Producciones, S.L., no ha incluido en su documentación la acreditación de los cachés de los intérpretes artísticos que forman la oferta propiamente dicha, a efectos de comprobación de que dichos cachés no son inferiores a 12.000 euros. La Mesa de contratación en su sesión de fecha 23 de abril de 2018, decide solicitar la subsanación de esta documentación a la licitadora y condicionar la aceptación de la puntuación de los criterios sujetos a juicio de valor, hasta ese momento.

Por su parte el 25 de abril de 2018, Emotional Events Producciones, S.L., solicita que se excluya a los demás licitantes por no cumplir parte del articulado del PPT donde se exigía que las empresas licitantes *“deberán presentar, al menos, 4 espectáculos con sus correspondientes certificados de exclusividad”*.

Con fecha 4 de mayo es aportada la acreditación de cachés, procediéndose por la Mesa de contratación en su sesión de fecha 9 de mayo de 2018 a valorar las ofertas en cuanto a sus criterios sujetos a un juicio de valor de conformidad con el informe técnico emitido.

El día 10 de mayo se recibe en el Ayuntamiento de Alcalá de Henares un correo electrónico remitido por la empresa Wild Punk, S.L., solicitando la exclusión del procedimiento de la empresa Emotional Events Producciones, S.L., por entender que la subsanación de documentación requerida por la Mesa de contratación no es conforme a Derecho.

Con fecha 23 de mayo la Junta de Gobierno Local acuerda aprobar la adjudicación del contrato que nos incumbe a la empresa Emotional Events Producciones, S.L.

**Tercero.-** El 14 de junio de 2018 tuvo entrada en este Tribunal el escrito de recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Wild Punk, S.L., en el que solicita la exclusión de la oferta presentada por Emotional Events Producciones, S.L., y en consecuencia la nueva clasificación de ofertas y posterior adjudicación, así como la revisión de la puntuación sobre criterios sujetos a juicio de valor por incurrir en trato desigual entre las distintas licitadoras, de cuyos motivos concretos se dará cuenta al examinar el fondo del asunto.

El 20 de junio de 2018 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).

**Cuarto.-** No se ha acordado por este Tribunal el mantenimiento de la suspensión del expediente de contratación producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 53 de la LCSP, a la vista de las alegaciones del órgano de contratación en su informe.

**Quinto.-** La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de interesados, con fecha 21 de junio de 2018, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones. El 26 de junio se ha presentado escrito de alegaciones por la adjudicataria, que manifiesta que *“No existe, tal y como menciona WILD PUNK en su recurso, TRATO DE PRIVILEGIO fundamentalmente por dos razones: La primera, porque la omisión de la información explícita del valor de los cachés de los artistas presentados por EMOTIONAL EVENTS para los conciertos de la plaza de Cervantes que debía ser superior o igual a 12.000 € fue requerida por la Mesa de Contratación*

*en el plazo de tres días en el Registro General del Ayuntamiento, corriendo EMOTIONAL EVENTS el riesgo de no poder cumplir con este requerimiento y la consecuente exclusión en la licitación.*

*En segundo lugar, porque nuestra petición a través de un escrito solicitando la exclusión de las otras licitantes por carecer los artistas propuestos de CARTA DE EXCLUSIVIDAD, tal y como exige el pliego de condiciones, no fue aceptada”. Así mismo afirma que no es cierto que su oferta económica sea la más alta. La oferta económica más alta fue la presentada por la UTE Silver y Pandora (198.000 euros más IVA) y en concordancia con el número de espectáculos ofrecidos y la calidad de los mismos, la oferta económica de Emotional Events es más eficiente que la de Wild Punk.*

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**Primero.-** De conformidad con lo establecido en el artículo 46.4 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 clasificada en segundo lugar, “*cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de forma 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 23 de mayo de 2018, practicada la notificación el 24 de mayo de 2018, e interpuesto el recurso, ante este Tribunal el 14 de junio de 2018, 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 de un contrato de servicios de valor estimado superior a 100.000 euros. Por tanto el acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.c) de la LCSP.

**Quinto.-** Por cuanto respecta al fondo del recurso debe indicarse que éste se ha interpuesto contra el Acuerdo de adjudicación del contrato de servicios de contrataciones artísticas en la ciudad de Alcalá de Henares durante los años 2018 y 2019. La recurrente aduce básicamente que se le ha dispensado un trato de favor a la adjudicataria, contrariando el principio de igualdad. Concreta dicha afirmación en las siguientes alegaciones:

- Existencia de un trato de favor en la concesión de un plazo para presentar la documentación acreditativa de que el caché de los artistas no es inferior a 12.000 euros. Señala al respecto que es evidente que la adjudicataria no incluyó en su documentación técnica la acreditación de los cachés de los artistas propuestos.

Por su parte el órgano de contratación en su informe al presente recurso señala que la decisión de la Mesa de contratación requiriendo a la adjudicataria para que subsanara su proposición mediante la aportación de la documentación acreditativa del nivel del caché de los artistas, se sustenta en que puede solicitar aclaraciones de los licitadores en relación al contenido de sus proposiciones tal y como señala el Informe 7/2013 de 9 de diciembre de la JCCA de Baleares, añadiendo que *“Debe considerarse que no se vulnera el principio de igualdad de los licitadores por el hecho de que el órgano de contratación les solicite aclaraciones sobre el contenido de las ofertas presentadas, ya que esta actuación es una exigencia que se deriva de los principios de buena administración y de proporcionalidad, aplicables a todos los procedimientos de contratación”*.

Como este Tribunal manifestó en la Resolución 217/2016, nuestro Ordenamiento ha venido distinguiendo entre la subsanación de defectos o errores que afectan a la denominada documentación administrativa y la de aquellos otros que afectan a la formulación de las ofertas. En cuanto a los primeros, la regla ha

sido la de la absoluta subsanabilidad aun guardando la debida separación entre las fases del procedimiento (cfr.: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, 2 de julio de 2004 -Roj STS 4703/2004-), en tanto que, para los segundos, la solución ha sido mucho más restrictiva. Es elocuente, en este sentido, que el artículo 81.2 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (en adelante, RGLCAP), vigente en lo que no se oponga al TRLCSP, sólo se refiera a la subsanación de defectos en la documentación administrativa, y si es verdad que dicho precepto no puede ser interpretado “*sensu contrario*” vedando toda posibilidad de conceder ocasión de salvar los defectos que se presenten en las ofertas, sí que debe servir como criterio interpretativo de exigencia de mayor rigor en la determinación y concreción de las mismas (cfr.: Sentencia de la Audiencia Nacional de 19 de marzo de 2014 -Roj SAN 1684/2014-). Se han considerado subsanables errores puramente formales y de fácil remedio, como la firma de la proposición económica (cfr.: Sentencias del Tribunal Supremo, Sala III, de 6 de julio de 2004 -Roj STS 4839/2004-y 21 de septiembre de 2004 -Roj STS 5838/2004-), la representación del que suscribió la oferta (cfr.: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, de 9 de julio de 2002 -Roj STS 5093/2002-) e incluso cuando se trataba de la acreditación documental de un elemento que el Pliego consideraba como criterio de adjudicación y que se había invocado expresamente en la proposición aunque no justificado de manera suficiente (cfr.: Sentencia del Tribunal Supremo; Sala III, de 25 de mayo de 2015 -Roj STS 2415/2015-). A estos efectos, el Alto Tribunal ha enfatizado que la preclusión de aportaciones documentales tiene por objeto evitar sorpresas o “*estratagemas poco limpias*”, rechazando por ello posturas formalistas que conduzcan a la exclusión de licitadores por defectos fácilmente subsanables, por entender que ello contravendría el principio de libre concurrencia (cfr.: Sentencias ya citadas de 21 de septiembre de 2004 -Roj STS 5838/2004-y 9 de julio de 2002 -Roj STS 5093/2002-).

En este sentido se pronuncia también la doctrina del TJUE expuesta en los considerandos 29 a 31 de la Sentencia de 11 de Mayo de 2017, C-131/16, “*29. Ahora bien, el Tribunal de Justicia ha tenido también oportunidad de declarar que el*

*principio de igualdad de trato no se opone a que una oferta pueda corregirse o completarse de manera puntual, cuando sea evidente que requiere una aclaración o para subsanar errores materiales manifiestos, siempre, no obstante, que se respeten una serie de requisitos (véanse, en este sentido, en el contexto de los procedimientos de licitación restringida sujetos a la Directiva (CE) 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios (DO 2004, L 134, p. 114), las sentencias de 29 de marzo de 2012, SAG ELV Slovensko y otros, C-599/10, EU:C:2012:191, apartados 35 a 45 -por lo que respecta a la fase de evaluación de las ofertas-, y de 10 de octubre de 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, apartados 30 a 39 -por lo que respecta a la fase de preselección de los licitadores-) (...).*

*31 Además, esa petición no puede tener como consecuencia que el licitador afectado presente lo que constituiría en realidad una nueva oferta (véanse las Sentencias de 29 de marzo de 2012, SAG ELV Slovensko y otros, C-599/10, EU:C:2012:191, apartado 40, y de 10 octubre de 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, apartado 36)”.*

Este criterio jurisprudencial ha sido aplicado por este Tribunal en diversas ocasiones.

Por otro lado, la acreditación del caché de los artistas que son propuestos en la oferta económica, no se considera a la luz del PPT como un criterio de adjudicación, sino como un requisito de obligado cumplimiento establecido en estos Pliegos. Requisito que además es fácilmente comprobable por cualquier gestor cultural.

En base a lo anteriormente expuesto debe desestimarse el recurso planteado en base a este aspecto.

- El segundo elemento en que la recurrente considera que se produce un trato discriminatorio de favor a la adjudicataria consiste en la diferente forma de puntuar

con los criterios sujetos a juicio de valor las ofertas ante una misma aportación, según aduce.

Es necesario analizar según el PPT cuáles son tales criterios de valoración:

*“Mejor proyecto global hasta 30 puntos.*

*Calidad de los espectáculos ofertados: se valorará la calidad artística de los grupos y orquestas de las actuaciones ofertadas, teniendo en cuenta criterios tales como:*

- *La relevancia o conocimiento público de los mismos.*
- *La tipología del público susceptible de asistir a cada uno de los conciertos.*
- *La mejor adecuación de la programación ofrecida a las necesidades municipales en función de las diferentes actuaciones a desarrollar durante los días en que se celebran las fiestas.*
- *La exclusividad en los conciertos ofertados respecto a ciudades cercanas a Alcalá de Henares.*

*Se atribuirá la mejor puntuación a la oferta que se considere con mejor calidad artística y que en su conjunto se adapte mejor a las necesidades municipales. Al resto se le asignaran los puntos que proporcionalmente les corresponda por su diferencia con la mejor oferta y correspondiente ponderación y contraste con las presentadas”.*

Advierte la recurrente en primer lugar que la oferta de la adjudicataria fue valorada positivamente en cuanto a la aportación de una grada para un espectáculo de danza, mientras que otros elementos accesorios a la programación ofertados por la misma no han recibido la misma consideración. Reproduce para ilustrar esta alegación parte del informe técnico de valoración de ambas ofertas, de fecha 26 de abril de 2018. En concreto en dicho informe se valora positivamente la aportación por la adjudicataria de la grada antes mencionada señalando que *“Emotional Events ofrece una variedad de espectáculos ampliamente reconocibles por todo el público en general al contar con artistas que frecuentemente visitan programas de televisión de máxima audiencia, espectáculos exclusivos de la Comunidad de Madrid y*

*además con la mejor artista flamenca del momento. Además se especifica en su proyecto la instalación de una grada, todo ello con el fin de aunar todo tipo de público, público que no asistiría cualquier espectáculo si no tuviera un asiento cómo desde el que ver ciertos espectáculos, antojándose indispensable dicho elemento de infraestructura en un espectáculo de danza”. Sin embargo en las ofertas de otras licitadoras, se hace constar “no especifica nada sobre el material técnico a aportar si bien es cierto que no aparece englobado dentro de la valoración que se pudiera realizar en este informe” y en concreto respecto de la oferta de Wild Punk en relación con elementos de infraestructura se afirma “realiza una profunda y extensa descripción de las infraestructuras para la Plaza de Cervantes que, a los efectos del presente informe no se tienen en cuenta ya que van dirigidos a los equipos de sonido e iluminación, escenarios, vigilancia, catering (...). Todo ello elementos que, si bien son importantes tener en cuenta a la hora de realización del contrato, no aportan nada a las claves que se están valorando en el presente informe ya que no son criterios susceptibles de valoración subjetiva, al no aparecer reflejados como tales en el pliego de prescripciones técnicas y que, como ya se ha indicado durante varios puntos de este informe tiene por objeto la valoración de la “calidad de los espectáculos ofertados””.*

Por su parte el órgano de contratación en su informe al recurso es claro al distinguir en la apreciación general de la mejor calidad de la oferta, “entre la infraestructura de instalación de una grada para un espectáculo que aporta en su oferta la adjudicataria y la infraestructura necesaria para que los espectáculos tengan lugar (altavoces, escenarios, focos, camerinos) y que no aportan ningún beneficio a los espectadores ya que son elementos necesarios e indispensables para el buen hacer de los espectáculos pero no aportan nada al espectador, por ello se considera correcto que la incorporación de la infraestructura consistente en una grada sea valorada en base al resumen final de la descripción del criterio -que en su conjunto se adapte mejor a las necesidades municipales- toda vez que es indudable que una grada hará más cómoda la asistencia al espectáculo”.

Por último la adjudicataria afirma que *“La infraestructura propuesta por Emotional Events (instalación de una grada) se antoja indispensable para el tipo de espectáculos y conciertos que se han ofertado, quizá si se hubieran ofrecido otro tipo de espectáculos esta no hubiera sido necesaria. Entendemos que es un criterio valorable dentro de la calidad de los espectáculos”*.

En cuanto a la valoración de los criterios de adjudicación sujetos a un juicio de valor conviene advertir que los poderes adjudicadores deciden desde parámetros de discrecionalidad técnica. Esto obliga a un esfuerzo a la hora de razonar las puntuaciones otorgadas a los criterios sujetos a juicio de valor que se utilizan para la adjudicación de los contratos, que el órgano de contratación valorará de forma discrecional, sin que este Tribunal tenga competencia material para decidir con criterio propio tal y como se reconoce en la Resolución 456/2016 del TACRC, en la que se concluye que *“(...) para decidir y resolver el recurso, al tratarse de una cuestión puramente técnica, el contenido del Informe técnico evacuado en el seno del procedimiento, y que posteriormente sirve de base al órgano resolutorio, la solución a esa cuestión se tiene que decidir de acuerdo con criterios técnicos, que no pueden ser otros que los contenidos en el Informe técnico, y en cuya materia por razones obvias, al no estar ante una cuestión propiamente jurídica, ya afecte a normas de competencia o de procedimiento, este Tribunal no tiene competencia material para decidir con un criterio propio, que no sea el ofrecido por el órgano técnico ya citado”*, todo ello sin perjuicio del control de los elementos reglados de la actividad discrecional, como son si se han seguido los trámites procedimentales establecidos, la competencia, si se ha incurrido en error material y si se han aplicado formulaciones arbitrarias o discriminatorias.

En los mismos términos se manifiestan, entre otras. la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 2000, que señala a este respecto que *“la discrecionalidad técnica reduce las posibilidades del control de dicha actividad evaluadora, que prácticamente estarán constituidas por estos dos básicos supuestos: el de la inobservancia de los elementos reglados -cuando éstos existan- y el del error ostensible o manifiesto; y, consiguientemente, deja fuera de ese limitado control*

*posible a aquellas pretensiones de los interesados que solo postulen una evaluación alternativa a la del órgano calificador, pero moviéndose también dentro de ese aceptado espacio de libre apreciación, y no estén sustentadas con un posible error manifiesto”.*

Asimismo, las Sentencias del Tribunal Constitucional 219/2004, de 29 de noviembre, y 39/1983, de 16 de mayo (criterio recogido, entre otras, en las Sentencias de 6 de marzo de 2007, 23 de noviembre de 2007 y 15 de septiembre de 2009, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo) sostienen que *“la existencia de la discrecionalidad técnica no supone naturalmente desconocer el derecho a la tutela judicial efectiva recogida en el artículo 24.1 de la Constitución, ni el principio del sometimiento pleno de la Administración pública a la Ley y al Derecho (artículo 103.2), ni la exigencia del control judicial sobre la legalidad de la actuación administrativa y su sumisión a los fines que la justifican (artículo 106.1). Tampoco supone ignorar los esfuerzos que la jurisprudencia y la doctrina han realizado y realizan para que tal control judicial sea lo más amplio y efectivo posible. Pero no puede olvidarse tampoco que ese control puede encontrar en algunos casos límites determinados. Así ocurre en cuestiones que han de resolverse por un juicio fundado en elementos de carácter exclusivamente técnico, que sólo puede ser formulado por un órgano especializado de la Administración y que en sí mismo escapa por su propia naturaleza al control jurídico, que es el único que pueden ejercer los órganos jurisdiccionales, y que, naturalmente, deberán ejercerlo en la medida en que el juicio afecte al marco legal en que se encuadra, es decir, sobre las cuestiones de legalidad”.* Continúa señalando la Sentencia 219/2004, antes citada, que *“Como se desprende de la doctrina elaborada por el Tribunal Constitucional (por todas, STC 86/2004, de 10 de mayo), lo que no pueden hacer los tribunales de justicia es sustituir en las valoraciones técnicas a los órganos administrativos calificadores”.*

La Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de julio de 2012, entre otras, declara que *“la discrecionalidad técnica expresada conduce a partir de una presunción de certeza o de razonabilidad de la actuación administrativa, apoyada en*

*la especialización y la imparcialidad de los órganos establecidos para realizar la calificación. De modo que dicha presunción “iuris tantum” sólo puede desvirtuarse si se acredita la infracción o el desconocimiento del proceder razonable que se presume en el órgano calificador, bien por desviación de poder, arbitrariedad o ausencia de toda posible justificación del criterio adoptado, entre otros motivos, por fundarse en patente error, debidamente acreditado por la parte que lo alega. Por ello, la discrecionalidad técnica reduce las posibilidades de control jurisdiccional sobre la actividad evaluadora de los órganos de la Administración prácticamente a los supuestos de inobservancia de los elementos reglados del ejercicio de la potestad administrativa y de error ostensible o manifiesto, quedando fuera de ese limitado control aquellas pretensiones de los interesados que sólo postulan una evaluación alternativa a la del órgano calificador, moviéndose dentro del aceptado espacio de libre apreciación, y no estén sustentadas con un posible error manifiesto”.*

De acuerdo con la doctrina expuesta, este Tribunal considera que es cierto que se valora y se tiene en cuenta un elemento que no se recoge en los Pliegos, lo que como hemos señalado en otras ocasiones, no se encuentra dentro de los límites de la discrecionalidad dada al órgano de contratación, máxime cuando no se tienen en cuenta elementos semejantes en los espectáculos propuestos por otras empresas. Esto no obstante debe señalarse que dado que el informe de valoración no desglosa la puntuación obtenida en este concepto, no es posible descontar los puntos asignados por lo que en su caso procedería realizar una nueva valoración lo que ya no resulta posible al tratarse de criterios subjetivos, tal y como ha señalado este Tribunal en numerosas ocasiones desde la Resolución 124/2014. Sin embargo, no cabe desconocer a la vista del principio de proporcionalidad, la diferencia de puntos que separa en la valoración de los criterios subjetivos la oferta de la recurrente de la de la adjudicataria, -27 puntos-, diferencia que en el informe de valoración radica de forma muy clara en la calidad de los espectáculos. Así en las conclusiones del informe, donde se explica que la diferencia no está en los conciertos de la Plaza Cervantes, sino en los de la Muralla exponiendo de forma detallada que la calidad de la oferta de la recurrente es la más baja exponiendo de

forma motivada, y razonable, los criterios para tan baja valoración.

En esta descripción el Tribunal no aprecia que el informe técnico de valoración de los criterios dependientes de un juicio de valor esté incurrido en arbitrariedad, comprueba que no existe error material, así como que la valoración se ajusta a los cánones de la discrecionalidad técnica de la Administración, existe motivación adecuada y suficiente y el informe está suscrito por el Jefe de Artes Escénicas del Ayuntamiento de Alcalá de Henares, adscrito al departamento responsable de la ejecución del contrato.

Por tanto, debe desestimarse el recurso por este motivo.

- Se plantea asimismo en el recurso, en relación a la valoración de los certificados de exclusividad, que el técnico que suscribe el informe reconoce de manera expresa que los certificados de exclusividad *“no pueden ser instrumentos o criterios de valoración”*, dada la falta de acomodo a la realidad que se ha desprendido de la mera comparación entre los mismos. Sin embargo, y en contra de dicho planteamiento, el mismo técnico valora dichos certificados de exclusividad a su interés a la licitadora que consigue la mayor puntuación.

Comprueba el Tribunal que el informe de valoración de criterios subjetivos comienza explicando los distintos supuestos que se dan en relación con los certificados de exclusividad: *“Comprobados todos estos certificados de exclusividad se observan casos singulares. Así:*

- *Un mismo artista tiene concedida la reserva para los tres licitadores, teniendo dos de ellas reservado el artista para el mismo día.*

- *Una empresa licitadora tiene concedida la exclusividad para todo el periodo de ferias de un artista, pero otra empresa tiene un escrito de la agencia que representa a ese mismo artista que aun reconociendo una exclusividad con una empresa licitadora, la mencionada artista podrá adecuar su agenda con la empresa*

*que resulte adjudicataria para dicho ciclo de conciertos.*

*- Una empresa licitadora tiene concedida la exclusividad de un artista para los días 24 al 31 de agosto y 1 y 2 de septiembre de 2018 en caso de ser adjudicatario de la licitación para la realización de dicha actividad y otra empresa tiene un certificado de exclusiva para la contratación del mismo artista en un día dentro de las Ferias y Fiestas de Alcalá.*

*Ante la complejidad de la exclusividad única de cualquier artista el técnico que suscribe el presente informe ha tenido en cuenta la capacidad de los empresarios en conseguir un certificado de exclusividad que garantice una oferta única de sus propuestas, con independencia de que posteriormente las agencias o productoras hayan consentido otorgar a sus artistas a otra empresa licitadora”.*

El órgano de contratación señala que *“Si existiese trato de privilegio, tal y como se menciona en su escrito, se hubiera solicitado la exclusión de las empresas que no acreditasen la exclusividad de sus artistas y, por tanto, se hubiera admitido el escrito propuesto por EMOTIONAL EVENTS (precisamente la adjudicataria), solicitando la exclusión de las otras licitantes por carecer de esta exclusividad. No obstante se decidió una interpretación amplia de los pliegos para no limitar la libre concurrencia de las empresas ante la complejidad del término “exclusividad”, ya que el verdadero interés de este Ayuntamiento era obtener artistas de calidad contrastada para sus Ferias y Fiestas”.*

Debemos analizar el tipo de documento requerido. Un certificado de exclusividad es un documento expedido por persona especialmente habilitada profesionalmente para que el contenido por ella plasmado y suscrito, se convierta en indubitado, por su parte el término exclusividad hace referencia a único. Difícilmente, en este campo, pueden expedirse “certificados de exclusividad” por persona distinta que el propio artista o su representante. De esta forma comprobamos cómo sobre algún intérprete se han presentado dos certificados de exclusividad. Si bien no es objeto de este recurso la calificación en sí de los criterios de valoración que

contienen los Pliegos y conceder este Tribunal de la forma de actuar por parte de los distintos agentes que conforman este gremio profesional, no podemos prescindir de indicar que sería más conveniente sustituir el término certificado de exclusividad por un compromiso de reserva de fecha de actuación, que refleja de forma más clara e inequívoca su contenido y jurídicamente es mucho más correcta su denominación.

En esencia, se trate de un certificado de exclusividad como de un compromiso de actuación el contenido material es el mismo y desde esta perspectiva debemos analizar su tratamiento por el órgano de contratación, partiendo de su configuración como prescripción técnica y no como criterio de valoración.

Según los PPT deberán de presentarse cuatro espectáculos con sus correspondientes certificados de exclusividad, de manera que de acuerdo con la explicación más arriba ofrecida no se aprecia incumplimiento precisamente por parte de la adjudicataria, sin que la recurrente por otro lado, acredite en qué términos se ha producido el trato de favor que invoca.

Por todo lo expuesto se desestima el recurso planteado en cuanto a la indebida valoración técnica de las ofertas.

**En su virtud**, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.4 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 Wild Punk, S.L., contra el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Alcalá de Henares, de fecha 23 de mayo de 2018, por la que se adjudica el

contrato de “Servicios artísticos de productores de teatro, grupos de cantantes, bandas y orquestas”, número de expediente: 5306.

**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 sanción 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 49 del TRLCSP.