

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

En Madrid, a 14 de septiembre de 2016

VISTA la reclamación en materia de contratación interpuesta por don I.E.L., en nombre y representación de McCann Ericsson, S.A., contra su exclusión de la licitación del contrato de “Servicio profesional de central de medios de publicidad para la difusión de las campañas de Metro de Madrid, S.A.” nº expte. 6011600065, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 14, 18 y 19 de abril de 2016, se publica respectivamente en el perfil del contratante, en el BOCM y en el portal de contratación de la Comunidad de Madrid y en el DOUE y BOE, la convocatoria de licitación, con pluralidad de criterios con un valor estimado de 900.000 euros.

De acuerdo con las cláusulas 19 y 20 del Pliego de Condiciones Particulares (PCP) Solvencia técnica y profesional y Adscripción de medios materiales y/o humanos respectivamente, las licitadoras deberán acreditar *“Haber ejecutado al menos tres campañas cada año en los últimos cinco ejercicios que contemplen la inversión conjunta en un mix de medios o inversión individual en Televisión, Radio,*

Prensa, Exterior, Internet o Cine. Cada campaña deberá tener un importe mínimo de 300.000 € de inversión neta y, al menos, una de ellas por año por importe mínimo de 900.000 €” y comprometerse a asignar al objeto del contrato “3 personas licenciadas en Publicidad y Relaciones Públicas, Marketing o Ciencias Económicas con, al menos, tres años de experiencia en planificación y compra de espacios publicitarios (...).”

Segundo.- A la licitación convocada se presentaron 8 empresas, entre ellas la recurrente, cuya oferta resultó la económicamente más ventajosa con 92,61 puntos, por lo que Metro de Madrid le requirió mediante correo electrónico fechado el 7 de julio de 2016, la acreditación de los requisitos de capacidad de obrar, personalidad jurídica y solvencia, aportando la documentación pertinente con el objeto de proceder a la adjudicación del contrato.

Dicha documentación, a juicio de la Mesa de contratación, no acreditaba los requisitos de solvencia exigidos por lo que procedió a conceder a dicha empresa el correspondiente trámite de subsanación para la aportación de la citada documentación el 21 de julio de 2016, señalando como cuestiones a corregir:

“No presenta la acreditación de la solvencia económico y financiera con la forma solicitada en el apartado 18 del cuadro resumen del Pliego de Condiciones Particulares, es decir mediante declaración responsable (que habrá de suscribir un representante de la Sociedad con apoderamiento bastante, suficiente y subsistente debidamente inscrita en el Registro Mercantil)

No incluye la relación de trabajos similares de los últimos 5 años con los certificados de buena ejecución o declaración responsable del representante legal de la empresa según proceda, en los términos del apartado 19 del cuadro resumen del Pliego de Condiciones Particulares sobre solvencia técnica y profesional.

No aporta los medios humanos y materiales de los apartados 20 a) y 20 b) del cuadro resumen del mismo pliego en los términos indicados en dichos apartados”.

El 22 de julio siguientes se aporta por la reclamante:

- Declaración responsable sobre la solvencia económica y financiera.
- Declaración responsable sobre la solvencia técnica y profesional.
- Declaración responsable sobre los medios humanos y materiales.
- Tres Curriculum vitae de las personas del equipo.
- Tres documentos sobre las características de la herramienta a usar para la licitación.

Con fecha 2 de agosto, se comunica a la reclamante que su oferta queda excluida, explicando en relación con la acreditación de la solvencia técnica, que *“La declaración responsable presentada por McCANN ERIKSSON, S.A. en el trámite de subsanación, no comprende todos los aspectos específicamente recogidos en el apartado 19 del Cuadro Resumen. Dicha declaración responsable recoge, simplemente, la realización de trabajos para una serie de entidades públicas y privadas en los últimos 5 años concretando, únicamente, los importes pero no la naturaleza y alcance de los mismos. Además solo podrían entenderse acreditados aquellos que tienen por destinatario una entidad privada ya que los realizados para una entidad del sector público requieren certificados que no han sido aportados. En cualquier caso nada se acredita sobre la prestación de servicios similares a los que constituyen el objeto de la presente licitación -conforme el apartado 5 a) del Cuadro Resumen del Pliego de Condiciones Particulares han de ser “servicios profesionales de central de medios de publicidad”- por lo que ese aspecto, expresamente exigido por el apartado 19 del Pliego de Condiciones Particulares no ha quedado acreditado y en cuanto a la aportación de medios humanos “De los 3 Curriculum presentados por McCANN ERIKSSON, S.A., uno de ellos no cumple con los requisitos de titulación requeridos”*”.

El día 5 de agosto de 2016, la recurrente, mediante nuevo correo electrónico, señala que procede a subsanar los defectos señalados, a lo que la mesa de contratación responde *“En relación con la licitación 6011600065 (Servicio profesional de central de medios de publicidad para la difusión de campañas de Metro de*

Madrid, S.A.) y dando respuesta a su correo electrónico de fecha 5 de agosto y a la documentación que presentaron físicamente en nuestras oficinas en esa misma fecha, lamentamos comunicarle que no resulta posible admitir la presentación de la documentación que nos han remitido, ya que los pliegos de condiciones que rigen la presente licitación no prevén trámites adicionales de aclaración o subsanación de la oferta más allá del previsto en la condición 11.1.3.III del Pliego de Condiciones Particulares, del que ya han tenido oportunidad de servirse.

A este respecto, hemos de remitirnos al contenido de nuestro anterior correo electrónico de fecha 2 de agosto último”.

Consta expresamente en el correo que “Les informamos igualmente, de que, conforme a lo establecido en el Capítulo I del Título VII de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, podrán formular reclamación ante el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid”.

Ese mismo día 5 de agosto consta en el expediente un escrito dirigido por la recurrente al órgano de contratación cuestionando la decisión del órgano de contratación en tanto consideran que el órgano de contratación ha actuado en base a principios formalistas que impiden la libre concurrencia, solicitando que se tengan por presentados los documentos aportados y se le adjudique el contrato.

Con fecha 19 de agosto de 2016, se recibió en las oficinas de Metro de Madrid, S.A. una comunicación remitida por McCann Ericsson, S.A. en la que se adjunta el texto del “recurso especial en materia de contratación” contra el acuerdo de exclusión, instando a Metro de Madrid, S.A. a remitir el escrito de recurso al Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, dentro de los dos días hábiles siguientes a su recepción, fundamentando esta petición en el artículo 46.2 del TRLCSP. Con fecha 23 de agosto de 2016 el Servicio de Licitaciones comunica a la empresa McCann Eriksson, S.A. por correo electrónico que, tal y como se les informó en el correo electrónico de 2 de agosto de 2016,

mediante el que se les comunicó la exclusión del procedimiento, pueden formular reclamación ante dicho Tribunal de conformidad con el Capítulo I del Título VII de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre Procedimientos de Contratación en los Sectores del Agua, la Energía, los Transportes y los Servicios Postales (LCSE).

Además se les recordó que el régimen jurídico que aplica a este procedimiento de licitación, de conformidad con lo indicado en el apartado 5.c del cuadro resumen del PCP por las que se rige la licitación, no es el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público sino la LCSE, por lo que no procede la solicitud realizada el 19 de agosto.

Tercero.- Con fecha 26 de agosto de 2016, previa la presentación del anuncio a que se refiere el artículo 104.1 de la LCSE el día 16 de agosto, tuvo entrada en el Registro de este Tribunal, reclamación en materia de contratación en el ámbito de los sectores especiales, en el que se solicita la anulación del Acuerdo de exclusión y que se declaren subsanados los defectos determinantes de la exclusión.

El mismo día se requirió al órgano de contratación para que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 105 de la LCSE, remitiera el expediente y el informe preceptivo correspondiente, lo que verificó el día 5 de septiembre de 2016.

Cuarto.- Con fecha se ha concedido trámite de alegaciones a la licitadora propuesta como adjudicataria, que no ha presentado escrito de alegaciones.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- En cuanto al régimen jurídico aplicable al contrato el PCP señala que *“en los términos establecidos en la condición 1.5 del presente Pliego de Condiciones Particulares, la preparación y adjudicación de este contrato se regirá por lo dispuesto en la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y en las Instrucciones Internas de Contratación de Metro de Madrid, S.A., de 13 de*

septiembre de 2012”.

De conformidad con lo establecido en el artículo 101 de la LCSE, en relación con el artículo 41.3 del TRLCSP y el artículo 3.2 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 la presente reclamación.

Segundo.- La reclamación se dirige contra la exclusión de la recurrente del procedimiento de licitación de un contrato de servicios con código CPV 79341400-0 Servicio de campañas de publicidad, con un valor estimado 900.000 euros, del Anexo II A de la LCSE “Servicios de transporte por vía terrestre”, categoría 2, que supera los umbrales establecidos en el artículo 16 de la misma al ser su valor estimado superior a 418.000 euros.

Tercero.- La reclamante ostenta legitimación activa en su condición de licitadora. De acuerdo con el artículo 102 de la LCSE *“Podrá interponer la correspondiente reclamación toda persona física o jurídica cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de reclamación”.*

Cuarto.- Especial interés reviste el examen del plazo de interposición del recurso, habida cuenta de la alegación de extemporaneidad por parte del órgano de contratación, ya que la notificación de la exclusión se produjo el día 2 de agosto de 2016 y la reclamación se presentó el 26 del mismo mes, esto es 6 días después de la finalización del plazo de quince días hábiles, establecido en el artículo 104.2 de la LCSE, que finalizaba el día 20 de agosto.

Señala la recurrente al respecto que la notificación del acto de exclusión es defectuosa al no indicar el plazo para la interposición de la reclamación, con lo que la misma solo surtirá efecto a partir de la fecha en que se realizaron actuaciones tendentes a la interposición del recurso que entiende que se produce con el anuncio

del día 16 de agosto o en la propia fecha de interposición del mismo. Se indica asimismo que con fecha 19 de agosto se intentó presentar el recurso ante el órgano de contratación que, mediante correo recibido el día 24, rehusó tramitarlo indicando que el recurso debía plantearse directamente ante este Tribunal.

Por su parte el órgano de contratación aduce, en primer lugar, que no se le puede aplicar el régimen de notificaciones de la LRJ-PAC, al no tratarse de una Administración Pública y de otro que, el hecho de que la comunicación del acuerdo de exclusión no recoja, de forma expresa y directa, el plazo de interposición del recurso, no convierte dicha comunicación en ineficaz, ya que dicha comunicación se remite al Capítulo I del Título VIII de la LCSE, lo que supone proporcionar al licitador toda la información necesaria para reclamar, la cual se ve completada por la identificación del concreto órgano ante el que tiene que interponer dicha reclamación, en este caso, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid.

Deben considerarse a la hora de apreciación de la presentación de la reclamación en plazo las siguientes circunstancias: que McCann Ericsson, S.A. no interpone formalmente reclamación de las reguladas en la LCSE, sino recurso especial regulado en el TRLCSP, sin que se argumente sobre la procedencia de uno u otro; que la comunicación de exclusión indica que frente a la misma cabe la reclamación regulada en el Capítulo I del Título VII de la LCSE ante el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, y no el recurso administrativo especial regulado en el TRLCSP, que aunque tiene un régimen jurídico muy similar, difieren en algunos aspectos relevantes a la hora de resolver esta reclamación, como más adelante veremos y por último que la reclamante presentó un escrito calificado de recurso especial con fecha 19 de agosto (viernes) mediante correo electrónico en el que se indicaba que *“El recurso se interpone en el registro del órgano de contratación dentro del plazo de 15 días hábiles desde la comunicación del acuerdo de comunicación del acuerdo de exclusión de mi representado, que se produjo mediante correo de 2 de agosto de 2016”*. Escrito que no fue admitido, al no haberse presentado ante este Tribunal, lo que se comunicó el

23 de agosto de 2016 (martes) una vez ya concluido el plazo de presentación de la reclamación, que no obstante se presentó ante este Tribunal 3 días después.

Como más arriba señalábamos, si bien el régimen jurídico del recurso especial y de la reclamación del LCSE son prácticamente idénticos, existen algunas diferencias en su regulación, específicamente que mientras el recurso especial se puede presentar bien ante el órgano de contratación o bien ante el Tribunal, la reclamación no ofrece esta opción, pudiendo presentarse únicamente ante el propio Tribunal de acuerdo con lo establecido en el artículo 104.3 LCSE *“la presentación de la reclamación deberá hacerse necesariamente en el registro del órgano competente para resolver la reclamación”*.

Debemos por otro lado examinar la incidencia que sobre el plazo de interposición de la reclamación tiene, tanto la falta de indicación del plazo de interposición de la misma, como la denegación de la petición de traslado del recurso como tal al Tribunal, el 23 de agosto de 2016.

Por lo que se refiere a la falta de indicación del plazo para la interposición de la reclamación, el órgano de contratación sostiene que no ha sido tal, ya que el plazo de interposición está indicado por remisión a la parte de la LCSE donde se regula la reclamación y, en consecuencia, no puede ser invocado como un hecho que le ha generado una verdadera indefensión. A mayor abundamiento, no cabe desconocer que la empresa recurrente se encuentra habituada a este tipo de procedimientos y tiene un conocimiento cualificado sobre sus tramitaciones y la legislación aplicable, con lo que su intención de demostrar, que se encuentra en una situación de indefensión, ha de entenderse como un intento de desplazar la carga sobre Metro de Madrid de su falta de diligencia.

Como ha señalado este Tribunal entre otras en su Resolución 41/2014, de 26 de febrero, si bien es cierto que al no ser Metro de Madrid una Administración pública no le es directamente aplicable la LRJ-PAC cuyo ámbito de aplicación según su artículo 1 se circunscribe a las Administraciones Públicas en los términos de su

artículo 2, no lo es menos que se le aplican en su actividad contractual, los principios de la contratación referidos en el artículo 19 de la LCSE, no discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad, igualdad de trato y transparencia. Estos principios se manifiestan, por un lado, en la exigencia de dar a conocer a través de los medios especificados en la Ley las licitaciones convocadas, y por lo que aquí interesa, en la publicación de las adjudicaciones y en la notificación a los licitadores no solo el resultado de la adjudicación sino fundamentalmente los motivos que han llevado a preferir una oferta y descartar las restantes. Asimismo le resulta de aplicación la Directiva 92/13/CEE del Consejo, de 25 de febrero de 1992, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de las normas comunitarias en los procedimientos de formalización de contratos de las entidades que operen en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones, cuyo artículo 1 señala que *“Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para garantizar que las decisiones adoptadas por las entidades contratantes puedan ser recurridas de manera eficaz y, en particular, lo más rápidamente posible”*. Así, los considerandos 6 y 7 de la Directiva 2007/66/CE, por la que se modifican las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE, del Consejo, en lo que respecta a la mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos, señalan que cuando se notifique la decisión de adjudicación los licitadores afectados deben proporcionar la información pertinente que les sea esencial en favor de un recurso eficaz. La información incluye una exposición resumida de las razones contempladas en el artículo 49 de la Directiva 2004/17/CE. Dado que la duración del plazo suspensivo varía de un Estado miembro a otro, es también importante que los licitadores y los candidatos afectados sean informados del plazo efectivo de que disponen para presentar sus procedimientos de recurso. La falta de información no puede suponer un obstáculo a la garantía del derecho a un recurso efectivo reconocido en la Directiva 2007/66/CE y en la legislación nacional.

En concreto artículo 83 de la LCSE que, establece en su apartado 1, que:

“1. La entidad contratante a la vista de la valoración de las ofertas y en

función del criterio de adjudicación empleado comunicará motivadamente al licitador que hubiere formulado la oferta con el precio más bajo o aquella que resulte la oferta económicamente más ventajosa, la adjudicación del contrato.

2. Asimismo comunicará también de forma motivada a los restantes operadores económicos el resultado de la adjudicación acordada”.

Por su parte, el artículo 84.3 de la citada ley, bajo la rúbrica “Información a los licitadores”, establece que:

“Las entidades contratantes comunicarán, a todo candidato o licitador descartado en un plazo que no podrá en ningún caso superar los quince días a partir de la recepción de una solicitud por escrito los motivos del rechazo de su candidatura o de su oferta, incluidos los motivos de su decisión de no equivalencia o de su decisión, que las obras, suministros o servicios no se ajustan a las prescripciones de rendimiento o a las exigencias funcionales requeridas y, con respecto a todo contratista que haya efectuado una oferta admisible, las características y ventajas relativas de la oferta seleccionada, así como el nombre del adjudicatario o las partes en el acuerdo marco”.

A la vista de los citados artículos 83 y 84 de la LCSE, analizando el sistema de notificación diseñado por la LCSE que acabamos de exponer, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en la Resolución 23/2011, de 9 de febrero de 2011, destacó la existencia de un acto necesario y una actuación eventual por parte de la entidad contratante: i) un acto de notificación (necesario), que ha de ser motivado; y ii) la posibilidad de que, a solicitud del interesado que no haya resultado adjudicatario, se le suministre información relativa a los motivos de rechazo de la oferta.

Es doctrina reiterada de este Tribunal que el acto de notificación de la adjudicación se entenderá motivado de forma adecuada, si al menos contiene la información que permita al licitador interponer la reclamación en forma suficientemente fundada. De lo contrario se le estaría privando de los elementos

necesarios para configurar una reclamación eficaz y útil, produciéndole indefensión y provocando reclamaciones indebidamente. Por tanto, bien en el acto de notificación inicial, bien mediante este acto en unión con la información complementaria remitida, el licitador que no ha resultado adjudicatario ha de tener la información bastante como para interponer una reclamación suficientemente fundada.

También se ha establecido por este Tribunal en su Resolución nº 199/2015, de 26 de noviembre, invocada por el órgano de contratación, *“el defecto de contenido o forma de practicarse la notificación puede convertirse en defectuosa cuando haya causado perjuicio a la defensa del interesado y haya limitado el adecuado ejercicio de sus derechos o le haya producido indefensión pues no cumple la función instrumental propia de la notificación. En otro caso el error contenido en la notificación no da lugar a oponer, como pretenden las recurrentes, las consecuencias jurídicas que derivarían de que la notificación fuese insuficiente o irregular”*.

En este caso el reproche que realiza la recurrente y al que anuda la consecuencia de indefensión, es el de la indicación del plazo de recurso, (15 días) que resulta de la norma de referencia, sin necesidad de interpretación o exegesis ulterior. Sin embargo la extemporaneidad en la presentación del recurso no obedece a la indeterminación del plazo, sino del lugar de presentación, que sí constaba claramente en la notificación, cuando indica *“podrán formular reclamación ante el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid”*. Por lo que en relación con esta cuestión contiene todos los elementos precisos para que la reclamante tuviera por cierto el lugar de presentación del recurso, habiéndolo sin embargo presentado ante el órgano de contratación, circunstancia que como decimos, no es imputable al contenido de la notificación.

En su virtud, previa deliberación, en sesión celebrada en la fecha del encabezamiento, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 101 de la LCSE 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.- Inadmitir la reclamación en materia de contratación interpuesta por don I.E.L., en nombre y representación de McCann Ericsson, S.A., contra su exclusión de la licitación del contrato de “Servicio profesional de central de medios de publicidad para la difusión de las campañas de Metro de Madrid, S.A.” nº expte. 6011600065, por extemporánea.

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 106.5 de la LCSE.

Tercero.- Levantar la suspensión mantenida por este Tribunal mediante Acuerdo de 8 de septiembre de 2016.

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 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 108 de la LCSE.