



Recurso nº 1338/2021 C. Valenciana 306/2021

Resolución nº 1514/2021

Sección 2ª

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 4 de noviembre de 2021.

VISTA la reclamación en materia de contratación presentada por D.M.H.R., en representación de PROMEDIOS EXCLUSIVAS DE PUBLICIDAD, S.L., contra el anuncio y los pliegos de la licitación convocada por la Empresa Municipal de Transportes de Valencia, S.A.U. para contratar el servicio de *“Publicidad exterior e interior en los autobuses de la Empresa Municipal de Transportes de Valencia S.A.U.”*, con expediente 2021/0106; este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. La Empresa Municipal de Transportes de Valencia, S.A.U. (en lo sucesivo, EMT) procedió, mediante anuncios publicados, respectivamente, en la Plataforma de Contratación del Sector Público (PLACSP) y en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE) los días 6 y 9 de agosto de 2021, a la convocatoria del procedimiento para la contratación del servicio de *“Publicidad exterior e interior en los autobuses de la Empresa Municipal de Transportes de Valencia S.A.U.”*. Se trata de un contrato sujeto a regulación armonizada, con un valor estimado de 960.000,00 euros.

Segundo. Disconforme con dicha publicación y, particularmente, con el contenido de los pliegos, la entidad PROMEDIOS EXCLUSIVAS DE PUBLICIDAD, S.L., ha procedido a presentar reclamación, aunque incorrectamente lo denomina recurso especial en materia de contratación, con fecha de 23 de agosto de 2021. Sostiene, en síntesis, que el régimen jurídico del contrato está mal indicado, e impugna algunos de los criterios de adjudicación por no quedar bien definidos y ser desproporcionados y restrictivos de la libre concurrencia.



Tercero. Interpuesta la reclamación, la Secretaría del Tribunal por delegación de este dictó resolución de 3 de septiembre de 2021 acordando la concesión de la medida provisional consistente en suspender el procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en los artículos 49 y 56 de la LCSP, de forma que según lo establecido en el artículo 57.3 del mismo cuerpo legal, será la resolución de la reclamación la que acuerde el levantamiento de la medida adoptada.

Cuarto. En la tramitación de esta reclamación son de aplicación lo prescrito por el vigente Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales (en lo sucesivo RD-Ley 3/2020), por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se trasponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, en todo lo que aquella norma se remite a ésta (en adelante, LCSP) y por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se prueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, RPERMC).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Procede reconocer la competencia de este Tribunal para resolver la reclamación interpuesta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 120 del RD-Ley 3/2020, en relación con los artículos 47 de la LCSP y 22.1. 1º del RPERMC, así como en el Convenio de colaboración entre el Ministerio de Hacienda y la Generalitat Valenciana sobre atribución de competencia de recursos contractuales de fecha 25 de mayo de 2021 (BOE de fecha 02/06/2021).

Segundo. Nos encontramos con un contrato de servicios, enmarcado en la actividad de transporte (artículo 11, del RD-Ley 3/2020), cuyo valor estimado es superior a 428.000,00 € (artículo 1 b) del RD-Ley 3/2020) y en el que la entidad contratante tiene el carácter de poder adjudicador que no tiene la consideración de Administración Pública (Empresa



Municipal de Transportes de Valencia, S.A.U.), siendo una sociedad limitada de carácter unipersonal, sometida al Derecho privado y cuyo accionista único es el ayuntamiento de Valencia (artículo 5.2 del RD-Ley 3/2020 y artículo 25 de la LCSP), por lo que en atención a todas las circunstancias antes referidas, hay que concluir que se trata de un contrato sometido al RD-Ley 3/2020, en virtud de lo dispuesto en su artículo 1.1.

Los actos que se impugnan (anuncio de licitación y pliegos de condiciones), se encuentran tipificados en el apartado 2, del artículo 119 del RD-Ley 3/2020, por lo que tratándose de un contrato sometido al citado Real Decreto-Ley, serán objeto a tenor del mencionado precepto, de reclamación en materia de contratación.

Tercero. En lo atinente a la legitimación para la formulación de la reclamación, debe reconocerse ésta a la recurrente por cuanto sus derechos e intereses legítimos pueden verse perjudicados o resultar afectados por las decisiones de la presente reclamación (artículo 48 de la LCSP, por remisión del artículo 121 del RD-Ley 3/2020). De acuerdo con reiterada doctrina de este Tribunal, expuesta entre otras, en la Resolución nº 865/2020, de 31 de julio:

«Este Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse en diversas ocasiones sobre la legitimación para recurrir los pliegos que rigen una licitación. En nuestra Resolución 990/2019, de 6 de septiembre, ya declaramos que: “este Tribunal viene restringiendo la legitimación para interponer el recurso especial a quienes hayan sido parte del procedimiento en, entre otras, la resolución 195/2015, de 27 de febrero, en que se dijo: ‘Este derecho o interés legítimo (como hemos dicho en la Resolución nº 619/2014, en la 899/2014 o en la 38/2015) no concurre entre quienes no han participado en el procedimiento, porque no pueden resultar adjudicatarios del mismo. No existe, en este caso, ninguna ventaja o beneficio que sea consecuencia del ejercicio de su acción, equiparable o asimilable a ese derecho o interés en que se concreta la legitimación activa para intervenir en este recurso especial’...” [...]Este Tribunal ha resuelto ya en diferentes resoluciones sobre la legitimación del recurrente que no participa en el procedimiento de contratación, admitiéndola excepcionalmente (por todas, Resolución 924/2015, de 9 de octubre) cuando el motivo de impugnación de los pliegos impide al recurrente participar en



un plano de igualdad en la licitación (Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 7ª, Sentencia de 5 Junio 2013)».

Aplicando esta doctrina al caso presente, se constata que la reclamante, cuenta con un objeto social que comprende las prestaciones objeto del contrato que se licita y que los vicios que alega suponen obstáculos a la participación en condiciones de igualdad en el procedimiento, como son, además de determinados vicios de legalidad, algunos criterios de adjudicación que resultan a su juicio injustificados y desproporcionados.

Cuarto. La reclamación ha sido interpuesta dentro del plazo establecido para ello (artículo 50 de la LCSP por remisión del artículo 121 del RD-Ley 3/2020).

Quinto. Entrando en el fondo del asunto, el primer motivo de impugnación se refiere a la falta de la correcta determinación del régimen legal, sosteniendo la reclamante que se citan indistintamente preceptos de la LCSP y del RD-Ley 3/2020, deduciendo la voluntad de la entidad contratante de querer aplicar uno u otro régimen a su conveniencia.

Por su parte, la entidad contratante mantiene la correcta identificación del régimen aplicable y su justificación.

En el presente contrato debemos partir de que el régimen inicialmente aplicable (y que no se discute por las partes) es el recogido en el RD-Ley 3/2020. En este sentido, dado que se trata de una norma especial, no ve obstáculo este Tribunal para que, en determinadas cláusulas, y en aras a suplir las posibles lagunas que pudieran surgir, se haga igualmente cita de la LCSP. Lógicamente, esta remisión será posible, como toda fuente supletoria, en aquellas materias que no estén expresamente reguladas y, desde luego, que no resulten incompatibles.

Sobre esta cuestión, se ha pronunciado recientemente la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado en su Informe 37/2020, de 30 de diciembre:

“Se nos plantea en la consulta, como segunda cuestión, la posibilidad de que los pliegos de cláusulas administrativas particulares de los contratos de poderes adjudicadores que operan en el sector del agua y que sí estén sometidos a la LS



contengan válidamente remisiones supletorias o complementarias, totales o parciales, al régimen de la LCSP.

La cuestión es meridianamente clara. Tratándose la LS de una norma de carácter especial que regula un tipo de contratos que cumplen una serie de condiciones que hemos ya tratado en anteriores expositivos, sus preceptos deben aplicarse a aquellas materias que expresamente regula y en relación con aquellos contratos que se incluyen dentro de su ámbito de aplicación.

Pero ninguna regulación es totalmente perfecta ni puede tratar absolutamente todos los aspectos que puedan surgir como consecuencia de su aplicación. Por esta razón, en aquellos aspectos en que exista una laguna legal en la LS o en que falte una regulación específica en dicha norma, no parece que exista inconveniente legal para que se incluyan en los pliegos de cláusulas administrativas particulares remisiones a otros preceptos de la LCSP que sí regulen la materia en cuestión. Por el contrario, ésta podría llegar a ser una exigencia de seguridad jurídica en ciertos casos y, en cualquier caso, el principio de autonomía de la voluntad de las partes en el contrato lo permite sin ningún género de dudas. Lógicamente, toda remisión quedará limitada por la propia naturaleza del órgano de contratación, quien no podrá asumir prerrogativas o competencias que excedan de las que, por su propia naturaleza, le corresponden.

Otra cosa distinta sería que la remisión a la LCSP se hiciera con el fin de excluir la aplicación de una norma expresa de la LS. Tal cosa no sería jurídicamente posible por su carácter de ley especial. Pero, en el caso de no existir una norma aplicable, nada impide que se aplique al contrato una regulación que, por lo demás, será más rígida y contendrá normalmente más garantías que la contenida en la LS.”

En el caso que nos ocupa, si bien la redacción pudiera ser mejorable en aras a clarificar este punto, lo cierto es que de la misma puede deducirse la voluntad de la EMT de aplicar ambas normas en el sentido que se está indicando. En todo caso, el acudir a la aplicación supletoria de la LCSP, exigirá los límites arriba indicados (que no esté expresamente regulado y que dicha aplicación no sea incompatible).



Esta interpretación se ve reforzada por el hecho de que en todos los apartados se citan preceptos de ambas normas cuyo contenido es muy similar y, sin que tampoco por parte de la reclamante se hayan identificado tales incompatibilidades en relación con las cláusulas que cita en su reclamación y que pudieran conllevar que el pliego sí incurriera en ilegalidad.

La reclamación debe desestimarse con respecto a este motivo.

Sexto. En el segundo motivo de la reclamación, PROMEDIOS impugna la cláusula 4 del apartado V del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP) y, en concreto, el siguiente párrafo:

“De la citada totalidad de autobuses, la EMT se reserva 50 unidades para el uso en campañas propias, municipales o colaboraciones con otras entidades y marcas. El adjudicatario deberá asumir el coste de producción, mantenimiento, colocación y desmontaje de todas estas campañas durante toda la duración del contrato, sin ningún tipo de restricción en cuanto a cantidad de campañas o formatos necesarios.”

Así, mantiene que la referencia a la colaboración con otras entidades o marcas, habilita un supuesto en que la EMT pretende explotar espacios publicitarios sin acudir a una relación contractual lo que determinaría una merma de negocio para el adjudicatario del contrato, pues las entidades preferirán contratar directamente con aquélla, al presumirse una tarifa más barata.

La EMT mantiene la conformidad a Derecho de la cláusula sobre la base de que todas las campañas incluidas son campañas de EMT o del Ayuntamiento de Valencia, realizadas o contratadas por dichas entidades directamente o mediante una colaboración entre entidades con el objetivo de promocionar del uso del transporte público y las alternativas de movilidad sostenible en la ciudad. Estas colaboraciones siguen un protocolo internamente aprobado por EMT y auditado anualmente dentro de la certificación ISO9001.

La cláusula discutida plantea dudas sobre el carácter de estas colaboraciones y si realmente se trataría de actividades que debieran ser objeto de prestación contractual. En



este sentido, en tanto se trate de campañas propias o del Ayuntamiento, y la colaboración se refiera a la ejecución de un proyecto conjunto y no una contratación publicitaria, no parece que genere problemas.

Así, aunque fuera recomendable una mayor claridad de nuevo en la redacción en la cláusula, lo cierto es que la entidad reclamante aduce “*ad cautelam*” un posible vicio que en ningún caso ha ocurrido (el contratar una prestación sin acudir al correspondiente procedimiento) y que tampoco se deduce claramente de la redacción del artículo.

Por todo lo anterior, una interpretación “*favor acti*” de la citada cláusula nos lleva a concluir que la misma resultará admisible en la medida en que las formas de colaboración que se articulen no contengan o prevean objetos propios del ámbito de contratación, pues tal previsión se considera no inserta en la citada cláusula, de manera que una conducta contraria conllevaría el incumplimiento de los pliegos por parte de la entidad contratante, con las consecuencias legales que de ello se derivarían.

Este segundo motivo, ha de ser, igualmente, desestimado.

Séptimo. A continuación, se examinarán de forma conjunta los dos siguientes motivos de impugnación, pues van referidos al mismo subcriterio de adjudicación contenido en el PCAP, “*ESTRATEGIA Y PLAN DE COMERCIALIZACIÓN DE LA PUBLICIDAD INTERIOR*”.

7.1. Alega la reclamante, en primer lugar, que la citada cláusula vulnera el principio de seguridad jurídica, pues mientras que en el PCAP se atiende a la valoración de la eficacia y eficiencia del servicio, en la cláusula V del Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante, PPT) se exige, además, que se indique para valoración, en caso de contar con un partner, su experiencia y la organización entre ambas empresas y con EMT a nivel de estrategia, recursos, etcétera.

Por su parte, la EMT sostiene que en ningún caso se exige la contratación de un partner, sino que, en caso de contar con él, se exige un compromiso y una experiencia que garanticen la adecuada prestación del servicio.



Es preciso traer a colación la clara doctrina expresada por este Tribunal, entre otras, en la Resolución nº 836/2015, sobre el distinto contenido que es propio del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y del Pliego de Prescripciones Técnicas, así como sobre la interpretación y resolución de las eventuales contradicciones entre ellos existentes. Se dijo allí, en su fundamento séptimo:

“El PCAP incluye los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes del contrato, en particular y por lo que aquí importa, los documentos a presentar por los licitadores, así como la forma y contenido de las proposiciones, y los criterios para la adjudicación del concurso, por orden decreciente de importancia, y su ponderación (artículos 115.2 del TRLCSP y 67.2.h, e i, del Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre -RGLCAP-) mientras que el PPT contiene las prescripciones técnicas particulares que hayan de regir la realización de la prestación y definan sus calidades, es decir las características técnicas que hayan de reunir los bienes o prestaciones del contrato, sin que el PPT pueda contener declaraciones o cláusulas que deban figurar en el PCAP (artículos 116.1 del TRLCSP y 68.1.a y 3 del RGLCAP).

De ello resulta que es al PCAP y no al PPT al que corresponde especificar los criterios de adjudicación, su valoración, y los documentos que han de presentarse a la licitación, teniendo cualquier prescripción referida a tales extremos que se contenga en el PPT carácter meramente complementario de lo señalado en el PCAP, debiendo interpretarse siempre lo contenido en el PPT sobre tales extremos conforme a lo establecido en el PCAP, dando preferencia a lo dispuesto en éste sobre aquel, y en caso que se produzca una contradicción insalvable entre uno y otro, ateniéndose exclusivamente a lo establecido en el PCAP.”

En el caso que nos ocupa, lo cierto es que este Tribunal no aprecia contradicción entre ambos textos, como a continuación se expondrá.

Así, la cláusula discutida del PCAP dispone lo siguiente:



“8.1.1.1) ESTRATEGIA Y PLAN DE COMERCIALIZACIÓN DE LA PUBLICIDAD INTERIOR: 0 a 5 puntos. Con respecto a la publicidad interior, se valorará de forma subjetiva, atendiendo a criterios de eficacia y eficiencia, asignando hasta 5 puntos, la estrategia planteada y la estimación de ventas proyectada y argumentada en función de su coherencia, la aportación de valor al formato, su capacidad para conseguir el volumen de ventas previsto y los aspectos de innovación que se incluyan. En el caso de que técnicamente se detecte que la estimación proyectada no se argumenta o no se sostiene en relación al plan y la estrategia planteada, EMT valorará con 0 puntos este apartado, basándose en la gran experiencia en la gestión de este contrato y su conocimiento del mercado y las estrategias de venta.”

Por su parte, el párrafo de la cláusula V del PPT que la reclamante alega como discrepante, es el siguiente:

“En el caso de contar con un partner para la comercialización específica de este espacio, se deberá aportar un compromiso de colaboración en exclusiva entre ambas empresas. En ningún caso se aceptará que varias empresas presenten al mismo partner de comercialización de este espacio en exclusiva. Adicionalmente, para su valoración, se indicará la experiencia del partner en la comercialización de este tipo de espacios y la organización entre ambas empresas y con EMT a nivel de estrategia, recursos, etc...”

En lo que respecta exclusivamente a la indicación de la valoración del partner, considera este Tribunal que los elementos que en el PPT se indica que se valorarán son los relacionados precisamente con la eficacia y eficiencia en la prestación del contrato (las referencias a las relaciones entre socios y con la EM) así como, *“su capacidad para conseguir el volumen de ventas previsto y los aspectos de innovación que se incluyan”*, elementos a que se refiere el PCAP y dentro de los cuales puede valorarse perfectamente la experiencia del partner.

Por todo lo anterior (y sin perjuicio de que sería más idónea su incorporación al PCAP), lo cierto es que en este punto no se aprecia la discrepancia que se dice producida en el escrito



de reclamación, en lo referente a la indicación de los elementos que se contienen sobre el partner en el PPT, por lo que este motivo debe ser desestimado.

7.2. De forma complementaria, se indica que el subcriterio de adjudicación incurre en una absoluta falta de proporcionalidad en el porcentaje de puntuación atribuido, dado que *“según el propio pliego se trata de una simple expectativa, una eventualidad, además de un complemento de la publicidad exterior”*, reproduciendo a tal efecto la cláusula referente al objeto del contrato y la justificación de la no división en lotes.

Sobre la asignación de porcentajes de valoración, decíamos en nuestra Resolución nº 526/2018:

“La recurrente considera que haber reducido 10 puntos porcentuales el peso específico de la ponderación de las tarifas ofertadas por los licitadores limita la competencia entre ellos, además de no explicarse en un contexto actual. Sin embargo, no existiendo en la determinación de la fórmula de valoración de las tarifas ni en la delimitación en 35 puntos (en lugar de 45) los totales a asignar a este concreto criterio de adjudicación infracción de ninguno de los requisitos que enumera el precepto anterior, lo cierto es que debe reconocerse al órgano de contratación cierto margen de libertad para la delimitación de los criterios de adjudicación, a sabiendas que son muchas las posibles fórmulas a emplear que respeten las directrices fijadas en la Ley, debiendo corresponder dicha elección-entre las diversas opciones posibles- al órgano de contratación, siempre dentro de los límites que legalmente se imponen. Como ha recordado la reciente resolución de este Tribunal 431/2017: “En relación con esta materia, la resolución 198/2014 de 7 de marzo sostiene que se analizará sucesivamente la adecuación o no a Derecho de cada uno de dichos criterios de adjudicación, partiendo de la premisa de que, aunque el órgano de contratación goza de una amplia discrecionalidad a la hora de seleccionar los criterios de adjudicación que considere más idóneos en cada caso, dicha libertad de elección tiene su límite en la exigencia, derivada del artículo 150.1 del TRLCSP, de que los criterios de adjudicación seleccionados guarden una vinculación directa con el objeto del contrato y no con características o circunstancias de la empresa licitadora considerada en su conjunto (Resolución



643/2013, de 19 de diciembre)". Asimismo, la resolución de este Tribunal 1064/2016, en reiteración de lo señalado en la resolución 681/2016 y 542/2015 (citada por el órgano de contratación) señaló al respecto: "Concluimos entonces y hoy reiteramos que lo único que impone en este sentido el TRLCSP es que se concrete en el Pliego la fórmula elegida, que ésta atribuya una puntuación superior a la oferta más barata y menor a la más cara y que se guarde la adecuada proporción en la atribución de puntos a las intermedias. Fuera de estos principios elementales, el órgano de contratación cuenta con un margen de libertad para decantarse por una u otra fórmula, para optar por una regla de absoluta proporcionalidad o, por el contrario, introducir modulaciones en ella que no sean arbitrarias ni carentes de lógica o, en fin, distribuir la puntuación por la baja que cada oferta realiza respecto del presupuesto de licitación o en proporción a la oferta más económica. A fin de cuentas, si la entidad adjudicadora puede elegir la ponderación atribuida a cada criterio de adjudicación (cfr.: artículo 150.4 TRLCSP y Sentencia del TJCE, Sala Sexta, 4 de diciembre de 2003 -asunto C-448/01-), no parece posible negarle la libertad de elegir la fórmula de distribución de los puntos.» No creemos, en consecuencia, que el Derecho Comunitario o el Derecho interno impongan indefectiblemente la utilización de un método proporcional puro en la evaluación de la oferta económica. Ni el tenor del artículo 150 TRLCSP ni el del artículo 53 de la Directiva 2004/18/CE abonan tal tesis, pues, de haber sido esa la intención del legislador, lo razonable es pensar que habría incluido una advertencia en tal sentido, siquiera sea por la importante modificación que ello entrañaría respecto de la normativa -estatal y comunitaria- precedente".

Aplicando estos criterios al caso ahora analizado, partiendo del margen de libertad que tiene el órgano de contratación en cuya virtud ha optado por asignar 35 puntos a la valoración de las tarifas ofertadas mediante una fórmula a aplicar en dos tramos con el único objeto de otorgar mayor valoración a la oferta que contenga tarifas inferiores, sin que dichas modulaciones establecidas sean arbitrarias o discriminatorias, debe desestimarse también este motivo de impugnación de los Pliegos, por más que el informe aportado por el recurrente considere más ajustado a los criterios de competencia otros modelos de valoración."

En el presente caso, la reclamante efectúa una interpretación muy amplia del término “*posible*” que se contiene en la justificación de la no división en lotes, no pudiendo deducirse su carácter de mera expectativa, tal y como se indica en el escrito de interposición.

Así, en el PCAP se atribuye una ponderación del 15 % de los puntos correspondientes a criterios evaluables mediante juicio de valor a lo que corresponde la parte principal de la prestación, la publicidad exterior, y un 5 % a la publicidad interior, lo que a juicio de este Tribunal no constituye una fijación arbitraria o discriminatoria (tampoco se aducen motivos en ese sentido).

A mayor abundamiento, el motivo en que la reclamante pretende sustentar esta alegación (la no separación en lotes porque la publicidad interior no tiene entidad o es una mera expectativa) pierde igualmente eficacia si se transcribe la totalidad de la cláusula en que se basa, pues es solo uno de los motivos de tal justificación:

“Justificación de la no división del objeto en lotes.

En cumplimiento del artículo 116.4.g) de la Ley 9/2017 y del artículo 52.3 del RD-L 3/2020, se expone la justificación de la no división en lotes del objeto del contrato.

Si bien el objeto del contrato comprende tanto la publicidad exterior del autobús como la interior, esta última no tiene entidad más que como posible complemento de campañas en el exterior.

Además, la relación material directa y la complementariedad entre las prestaciones objeto del contrato configuran una unidad funcional, de tal forma que su ejecución conjunta presenta mayores garantías de adecuación, eficiencia y coordinación. La realización independiente de las prestaciones comprendidas en el objeto del contrato dificultaría su correcta y pronta ejecución.” (el subrayado es nuestro)

Por todo lo anterior, este motivo también ha de ser desestimado.

Octavo. El siguiente de los motivos de la reclamación se dirige a impugnar tanto el párrafo arriba transcrito de la cláusula V del PPT en lo referente a que el partner que se presente



para la comercialización tenga un compromiso exclusivo con el licitador, no pudiendo concurrir un mismo partner con varios de ellos, como el siguiente criterio de adjudicación:

*“8.1.4 ORGANIZACIÓN DE LA PRODUCCIÓN Y LA COLOCACIÓN DE VINILOS:
0 a 5 puntos Se valorará de forma subjetiva, atendiendo a criterios de eficacia y eficiencia, asignando hasta 5 puntos, el plan para la producción y colocación de vinilos en la flota de autobuses durante la duración máxima del contrato. Para ello, se especificará si la empresa o realizará por sus propios medios o a través de un partner especializado, se detallarán los medios y la experiencia en el servicio en otros contratos similares, el protocolo de gestión desde la contratación de una campaña hasta su colocación y retirada o necesidades de mantenimiento, así como todo el proceso que se realice, empresas que participarán, protocolos de gestión, comunicación y control de calidad que se realizarán, etc.*

En el caso de contar con un partner para realizar este servicio, se incluirá carta con el compromiso firmado de colaboración en exclusiva entre ambas partes.” (el subrayado es nuestro)

En ambos casos aduce que, sea tanto a través de una UTE como de la subcontratación, la exigencia de tal exclusividad es contraria al principio de libre competencia, en particular para las PYMES, que encontrarán mayor dificultad para obtener este compromiso en exclusiva, sin que exista en la documentación contractual elemento que justifique estas restricciones.

La EMT rechaza estas alegaciones sosteniendo que:

“(…) el compromiso y exclusividad garantizan la transparencia del proceso y de la valoración y el buen funcionamiento del contrato en toda su duración. No exigirlo puede llevar a negociación ocultas entre empresas licitadoras y posibilitar cambios a futuro o el peor funcionamiento del contrato (tanto a nivel de organización y gestión como a nivel económico).”

En primer lugar, y en aras a centrar el motivo de impugnación, debe distinguirse entre ambos supuestos por el lugar en que se encuentran situados.



Así, lo dispuesto en la cláusula V del PPT se establece como un requisito parece que en relación con la posibilidad de acudir a un tercero para ejecutar parcialmente las prestaciones objeto del contrato.

Pues bien, aplicando en este punto la doctrina arriba indicada sobre discrepancias entre el PCAP y el PPT, lo cierto es que ni en materia de constitución de UTEs (que realmente no puede identificarse como el acudir a un tercero, pues todos los integrantes asumen compromisos frente al órgano de contratación) ni de subcontratación, nada dice el PCAP sobre esta limitación, por lo que sí sería posible acudir a lo que el PCAP denomina partner a través de la subcontratación aunque no aportara el compromiso de exclusividad.

Subsidiariamente, y a efectos meramente dialécticos, si tal exigencia se considerara incluida dentro de los elementos a valorar en el correspondiente criterio de adjudicación, tal exigencia sería nula, tal y como veremos a continuación al analizar el apartado 8.1.4 de la cláusula VII del PCAP.

El segundo punto donde se exige la exclusividad en el compromiso con un partner es al exponer los elementos de valoración del subcriterio contenido en el apartado 8.1.4 de la cláusula VII del PCAP.

La configuración de tal exigencia como parte de un criterio de adjudicación determinará que, en primer lugar, se analice su conformidad a Derecho con tal configuración y, en segundo lugar, para el caso de que se estimara conforme a Derecho tal criterio, que la no aportación del compromiso de exclusividad únicamente podría conllevar una puntuación de 0 en dicho criterio de adjudicación, pero en ningún caso podría suponer incumplimiento de ningún otro tipo por parte del licitador.

Pues bien, el presente motivo sí debe ser estimado. De acuerdo con la doctrina arriba expuesta por este Tribunal (y contenida, además, entre otras, en la Resolución nº 198/2014 de 7 de marzo), no obstante, la discrecionalidad de los órganos de contratación en la fijación de los criterios de adjudicación, la misma se encuentra limitada tanto por la necesaria vinculación al objeto del contrato como por la ausencia de discriminación o arbitrariedad en su fijación.

En el presente caso, considera este Tribunal que la exigencia de tal vinculación en exclusividad sí resulta contraria a Derecho, pues tal medida, que efectivamente puede suponer una restricción a la libre concurrencia (no solo para los propios licitadores, sino también para lo que se denominan partners) no encuentra justificación alguna a lo largo de la documentación contractual, sin que tampoco resulte adecuada la ofrecida por la entidad contratante que habla de posibles falseamientos en términos muy genéricos.

Como decíamos, el presente motivo debe ser estimado.

Noveno. El siguiente motivo de impugnación se refiere a que los criterios de valoración del criterio de adjudicación relativos a la “*estrategia y plan de comercialización*”, tanto de la publicidad interior como exterior vulneran el principio de igualdad entre licitadores en lo que se refiere al siguiente párrafo (común para los dos):

“En el caso de que técnicamente se detecte que la estimación proyectada no se argumenta o no se sostiene en relación al plan y la estrategia planteada, EMT valorará con 0 puntos este apartado, basándose en la gran experiencia en la gestión de este contrato y su conocimiento del mercado y las estrategias de venta.”

La entidad contratante defiende la conformidad a Derecho de acuerdo con los siguientes argumentos:

“La comercialización de la publicidad exterior es una actividad licitada y contratada por EMT desde su fundación en 1986. Desde entonces, EMT cuenta con técnicos y responsables especializados en esta actividad y ha contado con distintas empresas adjudicatarias. Así pues, adicionalmente al control y auditoría de cuentas que EMT exige en este tipo de contratos (para evitar posibles estafas y conocer de primera mano la veracidad de los datos de facturación), EMT encarga periódicamente estudios a empresas de mercado mediante los que se analiza tanto la actividad publicitaria del sector y la comparativa con otros sectores como las oportunidades de negocio (aspecto del que se extrajo la idea de la comercialización del interior para el concurso actualmente en vigor). Por tanto, es innegable que el equipo de técnicos de EMT conoce el mercado y cuenta con la experiencia y la información necesaria para valorar estas ofertas y los planes técnicos o de negocio

que las empresas presenten. Esta situación no es propia sólo de EMT Valencia, sino que se trata de un criterio de evaluación habitual en todas las licitaciones similares del sector realizada por el equipo o la persona responsable de esta fuente de negocio en cada entidad de transporte. A efectos acreditativos de lo expuesto, se adjunta el último estudio contratado (véase Documento 03.2) a un analista independiente sobre el sector publicitario.”

En el presente caso debemos dar la razón a la entidad contratante, en la medida en que las afirmaciones de este motivo se basan en futuras predicciones de cómo se valorarán las ofertas, partiendo de la afirmación no acreditada que toda la experiencia de EMT se basa en el anterior licitador.

Además de tratarse de una impugnación casi “*ad cautelam*” de los informes de valoración, queda acreditada con la documentación aportada que los datos de EMT se obtienen de distintos puntos, incluyendo como es lógico, la suministrada por el anterior contratista, por lo que el motivo debe ser desestimado.

Décimo. El último motivo de impugnación que formula la reclamante es el relativo a la limitación del porcentaje de subcontratación del 50 % que se contempla en la cláusula IX.3.2 del PCAP titulada “*Subcontratación*”, sin que conste justificación alguna en el expediente de contratación de tal limitación.

La entidad contratante sostiene por el contrario que el artículo 107 del RD-Ley 3/2020, (de redacción idéntica al artículo 215 de la LCSP en esta materia), sí permite limitar el porcentaje cuando exista causa justificada.

La doctrina de este Tribunal sobre la limitación del porcentaje de subcontratación se haya recogida en la Resolución nº 470/2020:

“SEXTO

El artículo 215.1 y 2 de la LCSP al regular la subcontratación dispone que:

“1. El contratista podrá concertar con terceros la realización parcial de la prestación con sujeción a lo que dispongan los pliegos, salvo que conforme a lo establecido en las letras d) y e) del apartado 2º de este artículo, la prestación o parte de la misma haya de ser ejecutada directamente por el primero.

En ningún caso la limitación de la subcontratación podrá suponer que se produzca una restricción efectiva de la competencia, sin perjuicio de lo establecido en la presente Ley con respecto a los contratos de carácter secreto o reservado, o aquellos cuya ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales de acuerdo con disposiciones legales o reglamentarias o cuando lo exija la protección de los intereses esenciales de la seguridad del Estado.

2. La celebración de los subcontratos estará sometida al cumplimiento de los siguientes requisitos: (...)

d) En los contratos de carácter secreto o reservado, o en aquellos cuya ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales de acuerdo con disposiciones legales o reglamentarias o cuando lo exija la protección de los intereses esenciales de la seguridad del Estado, la subcontratación requerirá siempre autorización expresa del órgano de contratación.

e) De conformidad con lo establecido en el apartado 4 del artículo 75 en los contratos de obras, los contratos de servicios o los servicios o trabajos de colocación o instalación en el contexto de un contrato de suministro, los órganos de contratación podrán establecer en los pliegos que determinadas tareas críticas no puedan ser objeto de subcontratación, debiendo ser estas ejecutadas directamente por el contratista principal. La determinación de las tareas críticas deberá ser objeto de justificación en el expediente de contratación”

El artículo 75.4 de la LCSP dispone:

“4. En el caso de los contratos de obras , los contratos de servicios , o los servicios o trabajos de colocación o instalación en el contexto de un contrato de suministro, los poderes adjudicadores podrán exigir que determinadas partes o trabajos, en



atención a su especial naturaleza, sean ejecutadas directamente por el propio licitador o, en el caso de una oferta presentada por una unión de empresarios, por un participante en la misma, siempre que así se haya previsto en el correspondiente pliego con indicación de los trabajos a los que se refiera.”

El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en aplicación del TRLCSP en relación con la subcontratación estableció sus criterios entre otras en las Resoluciones nº 248/2018, de 16 de marzo y nº 1030/2017, de 3 de noviembre, con cita de otras anteriores, en el sentido siguiente:

“Sobre la cuestión prohibición de subcontratar este Tribunal ya se ha pronunciado en sus Resoluciones nº 158/2012, de 30 de julio, y nº 520/2013, de 14 de noviembre. Así dijimos en nuestra Resolución nº 520/2013: “En consecuencia, es posible afirmar que la Ley con carácter general admite la posibilidad de subcontratar, pero siempre que la subcontratación no aparezca expresamente vetada en los PCAP (...) o en el contrato, o que resulte implícita la prohibición por deducirse de su naturaleza y condiciones que el contrato ha de ser ejecutado directamente por el contratista, (...). Cuestión distinta es que para aquellos casos en los que de la naturaleza y condiciones del contrato se deduzca que el mismo no tenga necesariamente que ser ejecutado directamente por el adjudicatario, resulte aconsejable -que no obligatorio- que se permita la subcontratación.

De forma análoga, entiende este Tribunal que, dada la posición favorable que inspira la normativa comunitaria (así por ejemplo, en su considerando 32 la Directiva 2004/18/CE indica la conveniencia de prever disposiciones en materia de subcontratación, con el fin de favorecer el acceso de las pequeñas y medianas empresas a los contratos públicos), resulta igualmente aconsejable que la prohibición total de subcontratar se justifique adecuadamente en el expediente, en la medida que una cláusula que prohíbe la subcontratación puede resultar contraria al espíritu de la ley”.

De acuerdo con el artículo 215 de la LCSP la regla general es que el contratista pueda subcontratar la realización parcial de la prestación, si bien esta



subcontratación puede ser total o parcialmente limitada reservándose todo o parte de la ejecución del contrato al contratista siempre y cuando los pliegos lo prevean así, en dos supuestos. El primero, contemplado en la letra d) del artículo 215.2 de la LCSP que permite la subcontratación previa autorización del órgano de contratación. El segundo supuesto, que es el que interesa a este recurso, el recogido en la letra e) del artículo 215.2 de la LCSP, en los contratos de obras, los contratos de servicios o los servicios o trabajos de colocación o instalación en el contexto de un contrato de suministro, cuando los órganos de contratación lo establezcan en los pliegos, determinadas tareas críticas que debe ejecutar directamente el contratista principal. Además, la determinación de las tareas críticas deberá ser objeto de justificación en el expediente de contratación.”

En el presente caso no se aprecian a lo largo del expediente los motivos que limiten la subcontratación o identifiquen las labores críticas que justifiquen tal limitación, sin que tampoco se hayan identificado en el informe por la entidad contratante.

El presente motivo ha de ser estimado.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha **ACUERDA**:

Primero. Estimar parcialmente la reclamación presentada por D.M.H.R., en representación de PROMEDIOS EXCLUSIVAS DE PUBLICIDAD, S.L., contra el anuncio y los pliegos de la licitación convocada por la Empresa Municipal de Transportes de Valencia, S.A.U. para contratar el servicio de “*Publicidad exterior e interior en los autobuses de la Empresa Municipal de Transportes de Valencia S.A.U.*”, con expediente 2021/0106, anulando los citados pliegos en los términos indicados en los Fundamentos Octavo y Décimo de la presente Resolución y ordenando la retroacción del procedimiento de contratación al momento anterior a la aprobación de dichos pliegos.



Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en el artículo 57.3 de la LCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, 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 10.1, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.