

Recurso nº 89/2019**Resolución nº 89/2019****RESOLUCIÓN DO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN
PÚBLICA DA COMUNIDADE AUTÓNOMA DE GALICIA**

En Santiago de Compostela, a 24 de abril de 2019.

VISTO o recurso especial en materia de contratación interposto por D. D.V.P. actuando en nome e representación de FROQ EVENTOS S.L. contra o acordo de adxudicación do lote 3 da contratación dun servizo de produción e subministración de elementos para a montaxe e organización dos espectáculos a celebrar na Cidade da Cultura de Galicia promovido pola Fundación Cidade da Cultura de Galicia segundo o seu calendario de actividades, expediente 2018-014-SER-A, este Tribunal Administrativo de Contratación Pública da Comunidade Autónoma de Galicia (TACGal, en adiante) en sesión celebrada no día da data, adoptou, por unanimidade, a seguinte Resolución:

ANTECEDENTES DE FEITO

Primeiro.- Pola Fundación Cidade da Cultura de Galicia convocouse a licitación do contrato dun servizo de produción e subministración de elementos para a montaxe e organización dos espectáculos a celebrar na Cidade da Cultura de Galicia promovidos pola Fundación Cidade da Cultura de Galicia segundo o seu calendario de actividades, cun valor estimado declarado de 259.008,00 euros.

Tal licitación foi obxecto de publicación na Plataforma de Contratos Públicos de Galicia o día 22.12.2018.

Segundo.- O recurrente impugna o acordo de adxudicación do lote 3 a favor da entidade SONIDO E ILUMINACIÓN GOYPLASON S.L., notificado o día 05.04.2019.

Terceiro.- O día 09.04.2019 FROQ EVENTOS S.L. interpuxo recurso especial en materia de contratación, a través do formulario telemático existente a tal fin na sede electrónica da Xunta de Galicia, con enlaces na web deste Tribunal.

Cuarto.- Na mesma data reclamouse á Fundación Cidade da Cultura de Galicia o expediente e o informe ao que se refire o artigo 56.2 da Lei 9/2017, de 8 de novembro, de contratos do sector público (en adiante, LCSP). A documentación foi recibida neste Tribunal o día 10.04.2019.

Quinto.- Trasládouse o recurso aos interesados con data 10.04.2019, presentando alegacións SONIDO E ILUMINACIÓN GOYPLASON, S. L..

Sexto.- O 12.04.2019 o TACGal acordou o mantemento da suspensión automática do artigo 53 LCSP, respecto do lote 3.

FUNDAMENTOS DE DEREITO

Primeiro.- Ao abeiro do artigo 35 bis da Lei 14/2013, de 26 de decembro, de racionalización do sector público autonómico, corresponde a este Tribunal a competencia para resolver este recurso.

Segundo.- O presente recurso tramitouse conforme aos artigos 44 a 60 da Lei 9/2017, de 8 de novembro, de contratos do sector público, e, no que fose de aplicación, polo Real Decreto 814/2015, de 11 de setembro, polo que se aproba o Regulamento dos procedementos especiais de revisión de decisións en materia contractual e de organización do Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuais.

Terceiro.- O recorrente foi o segundo clasificado no lote impugnado polo que ostenta interese lexítimo para a interposición deste recurso.

Cuarto.- Dadas as datas sinaladas o recurso foi interposto dentro do prazo legal.

Quinto.- Impugnándose o acordo de adxudicación do lote 3 dun contrato de servizos cun valor estimado superior a 100.000 euros, o recurso é admisible neses aspectos.

Sexto.- O recorrente centra a súa impugnación no informe de valoración dos criterios sometidos a xuízo de valor que fundamenta o acordo de adxudicación, o cal ao seu entender introduce un criterio externo ao previsto nos pregos, totalmente descoñecido para os licitadores e que a súa valoración carece da necesaria motivación.

O órgano de contratación oponse ao contido do recurso e defende a suficiente motivación do informe de avaliación.

Ese informe de avaliación das ofertas, tras unha breve descrición de cada unha, establece o seguinte para as proposicións das dúas licitadoras do lote 3:

“As dúas empresas cumpren e describen con claridade a metodoloxía de traballo e todos os puntos da memoria solicitada pola Fundación, valorando un pouco máis ao tratarse de concertos a marca e modelo do sistema de PA da empresa Goyplason S.L.”

Polo que se decide puntuar con 30 puntos sobre 30 posibles a proposta da adxudicataria, e 25 puntos a da recorrente.

Respecto a este lote 3, o cadro de características establece como único criterio sometido a xuízo de valor a puntuación dunha memoria técnica a presentar polos licitadores.

O primeiro argumento do recorrente céntrase en que ese informe *“introduce un criterio de valoración totalmente externo ao prego de cláusulas administrativas”*. Se analizamos o cadro de características do PCAP, comprobamos que como contido da memoria a avaliar neste criterios de adxudicación constan expresamente sinalados os *“medios materiais e humanos para a realización e prestación do servizo”* e a *“relación do equipamento material (...)”*.

Polo tanto, estando recollidos ata en dúas ocasións os medios materiais dentro do contido integrante da memoria non podemos acoller que o feito de que se teñan en conta no informe de valoración supoña un incumprimento do previsto nos pregos da licitación, nin a incorporación dun novo criterio *“totalmente externo”* non coñecido polos licitadores. Cabe salientar nese sentido que o recorrente incorporou como parte da súa oferta unha relación detallada dos medios materiais previstos, polo que non cabe alegar descoñecemento nese aspecto.

Igualmente debemos indicar que este Tribunal xa manifestou en diversas ocasións, de conformidade co criterio do Tribunal Xeral da Unión Europea, que un avaliador dun contrato público debe poder ter certa marxe de manobra para levar a cabo a súa tarefa e, sen modificar os criterios de adxudicación do contrato establecidos no prego de condicións ou o anuncio de licitación, estruturar o seu propio traballo de exame e análise das ofertas presentadas (Sentenza do Tribunal Xeral da Unión Europea (TXUE) de 1 de febreiro de 2018, asunto T-477/15, con cita á Sentenza do 4 de outubro de 2012, Evropaïki Dynamiki/Comisión, asunto C-629 / 11 P, non publicado, EU: C: 2012: 617, parágrafo 21).

O informe de valoración asumido pola mesa de contratación fai referencia expresa a que as ofertas *“describen con claridade a metodoloxía de traballo e todos os puntos da memoria”*, para establecer a continuación a diferenza entre elas nun aspecto específico e concreto previsto como parte desa memoria, o que non se pode considerar como contrario ás condicións da licitación. Máis aínda, cando eses medios materiais valorados están profundamente relacionados co obxecto contractual, atinente á subministración de elementos para a montaxe e organización de espectáculos e máis aínda neste lote 3 impugnado, que se refire á *“producción técnica, son e iluminación de espectáculos musicais”*.

En consecuencia, debemos desestimar este primeiro motivo do recurso.

Sétimo.- O segundo argumento do recorrente se refire á falta de motivación do informe de avaliación e, en consecuencia, do acordo de adxudicación, que non expresaría os concretos argumentos nos que se fundamenta a superior valoración outorgada á oferta da adxudicataria.

Como é sabido, o xuízo revisor deste TACGal non se debe introducir na discrecionalidade técnica do órgano de contratación, pero si nos cabe axuizar aspectos dese proceso avaliador, como se houbo erro, arbitrariedade ou se a motivación dada non reúne os estándares necesarios para entender xustificada unha decisión e para que os que a pretendan discutir poidan ter os elementos para saber cales foron as razóns de sustento dese acto de adxudicación.

Sobre esa necesidade de motivación na Resolución 59/2018 explicabamos:

“Por iso, a motivación da decisión de adxudicación dun contrato é un elemento esencial para evitar a arbitrariedade e dar cumprimento ao principio de transparencia,

á vez que permite aos demais interesados coñecer os argumentos utilizados polo órgano de contratación aos efectos, no seu caso, de impugnar a adxudicación.

O órgano de contratación debe argumentar as razóns da prevalencia dun licitador respecto aos outros, o que esixe razoar as puntuacións outorgadas en base aos criterios fixados nos pregos da licitación”.

Como recolle a Resolución 16/2018 do Tribunal Administrativo de Recursos Contractuais da Junta de Andalucía:

“Como tiene reconocido el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo (por todas STC 37/1982, de 16 junio, SSTS de 9 junio 1986, 31 de octubre de 1995, 20 de enero 1998, 11 y 13 de febrero, 9 de marzo 1998, 25 de mayo 1998, 15 de junio de 1998, 19 de febrero 1999, 5 de mayo de 1999 y 13 enero 2000), la motivación no tiene que ser un razonamiento exhaustivo y pormenorizado en todos los aspectos y perspectivas, pero sí ha de ser racional y de suficiente amplitud para que los interesados tengan el debido conocimiento del fundamento del acto, lo que no acontece en el supuesto examinado pues unas breves frases predeterminadas y genéricas no permiten comparar la calificación de las distintas ofertas y por ende, apreciar que se ha respetado en la valoración los principios de igualdad y no discriminación. En el mismo sentido, se pronuncia, la Resolución 409/2017, de 5 de mayo, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.”

Podemos concluír entón que a motivación debe plasmar o proceso lóxico que levou a outorgar as concretas puntuacións a cada unha das ofertas, de tal xeito que permita aos licitadores coñecer as razóns do acordo de adxudicación.

O informe de avaliación como único argumento para outorgar a diferente puntuación fai referencia a que se valora *“un pouco mais ao tratarse de concertos a marca a modelo do sistema de PA”* da empresa adxudicataria. Esta breve indicación non cumpre coa motivación mínima esixible, xa que non explicita nin sequera brevemente, as causas que lle permiten considerar as marcas e modelos aportados pola adxudicataria como mellores que os da recorrente, o que impide ao recorrente e a este Tribunal apreciar o fundamento da puntuación outorgada.

Consta tamén no expediente que o recorrente presentou ante a mesa de contratación escrito no que solicitaba que ese órgano se pronunciase *“al respecto de la falta de motivación o justifique la referencia a marcas y modelos”*.

Na contestación a esa solicitude, a mesa fai referencia a un novo informe do técnico avaliador, no que se recolle:

“Fai-se unha valoración técnica baseada na dilatada experiencia de quen a puntúa, donde se valora sen dúbida algunha que o sistema de PA presentada pola empresa Goyplason é sobradamente superior de calidade que a da empresa Froq Eventos, en todo caso só se fai referencia á marca e modelo como ilustración das características de sonoridade e rendemento neste caso superiores dos equipamentos presentados”

Nesta aclaración o certo é que xa se indican, aínda que sexa pola súa mención, os parámetros xerais nos que o informante xustifica a súa valoración, como son a sonoridade e rendemento. Agora ben, aínda dentro deses aspectos, o que non consta explicitada é a motivación que xustifica a consideración de superioridade duns concretos elementos materiais sobre os outros, sen que a mera experiencia do asinante do informe sexa un argumento nese sentido. Hai que ter en conta ademais, que examinado o PPT, constan no mesmo unhas concretas condicións técnicas dos equipos ás que, sen embargo, non se fai referencia para a avaliación das ofertas.

En definitiva, se ben a avaliación do rendemento e sonoridade dos elementos materiais ofertados non se pode considerar como allea ás condicións da licitación, referida á produción técnica, son e iluminación de espectáculos musicais, o feito de que non se xustifique o por que da mellor valoración dunha oferta sobre a outra nese apartado impide ao recorrente coñecer o fundamento da resolución de adxudicación e vulnera o principio de transparencia.

Como sinala a Sentenza del Tribunal Supremo de 30 de xaneiro de 2014 (Recurso de casación 3415/12):

“la motivación del acto administrativo cumple diferentes funciones. Ante todo y desde el punto de vista interno viene a asegurar la seriedad en la formación de la voluntad de la Administración. Pero en el terreno formal -exteriorización de los fundamentos por cuya virtud se dicta un acto administrativo- no es solo, como subraya el Tribunal Constitucional, una elemental cortesía sino que constituye una garantía para el administrado que podrá así impugnar en su caso el acto administrativo con posibilidad de criticar las bases en que se funda; en último término la motivación es el medio que posibilita el control jurisdiccional de la actuación administrativa, pues, como quiera que los Jueces y Tribunales han de controlar la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de esta a los fines que la justifican - artículo, 106.1 Constitución -, la Administración viene obligada a

motivar las resoluciones que dicte en el ejercicio de sus facultades, con una base fáctica suficientemente acreditada y aplicando la normativa jurídica adecuada al caso cuestionado, sin presuponer, a través de unos juicios de valor sin base fáctica alguna, unas conclusiones no suficientemente fundadas en los oportunos informes que preceptivamente ha de obtener de los órganos competentes para emitirlos, los cuales, a su vez, para que sean jurídicamente válidos a los efectos que aquí importan, han de fundarse en razones de hecho y de derecho que los justifiquen.

Esta falta de motivación incide de xeito evidente no dereito de defensa do recorrente, pois descoñece as razóns que fundamentan a avaliación dos criterios de adxudicación, o que lle impide a interposición dun recurso debidamente fundado e, igualmente, imposibilita a este Tribunal apreciar se a valoración efectuada das ofertas foi ou non correcta. Todo isto esixe da retroacción que inmediatamente exporemos.

En consecuencia, o recurso debe ser parcialmente estimado, anulando o acordo de adxudicación do lote 3 e retrotraendo o procedemento de tal lote aos efectos de que polo órgano de contratación se explicita debidamente a motivación da puntuación outorgada, que non poderán variar como consecuencia da aplicación desta resolución, dando lugar a un novo acordo de adxudicación, e demais que procedan no seu caso, a notificar aos licitadores con indicación dos recursos que caiban. E con mantemento, de estimarse así, das actuacións que se terían mantido igual de non cometerse a infracción apreciada que da lugar á presente anulación da adxudicación obxecto de impugnación.

Oitavo.- O recorrente solicita ademais que se lle indemnicen as perdas ocasionadas, que delimita nos gastos pola preparación deste recurso e o que parece referirse aos da oferta presentada.

Respecto aos gastos pola presentación do recurso, hai que salientar que a interposición deste recurso especial é gratuíta e non esixe a intervención de avogado, polo que non o podemos acoller. Como sinala a Resolución 20/2014 do Tribunal Administrativo de Recursos Contractuais de Castela e León:

“Por lo que respecta a los gastos por defensa jurídica cuyo abono solicita la reclamante, cabe recordar que de acuerdo con la doctrina del Consejo Consultivo de Castilla y León (por todos Dictamen 1.198/2008, 51/2009, 450 y 713/2010, y 145/012), en coincidencia con la del Consejo de Estado, “los honorarios de abogado - en los supuestos en los que la intervención letrada no es preceptiva- no son, como regla general, indemnizables, sino una carga normal que debe asumir el propio reclamante. Únicamente procederá la indemnización por este concepto cuando la

especial complejidad del asunto en el que intervino el letrado determine la ‘necesaria’ asistencia jurídica por parte de un profesional del derecho”, circunstancia que no concurre en el presente supuesto.

Las Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de julio y 22 de septiembre de 2008 establecen que el derecho del ciudadano al reintegro de los gastos abonados a su letrado no nace automáticamente al declararse ilegal un acto administrativo, sino que está condicionado y delimitado en función de otras circunstancias que puedan apreciarse en cada caso, como pueden ser las condiciones personales del administrado, o la naturaleza de la actividad administrativa, esto es, si se está ante el ejercicio de una potestad reglada o discrecional, además de ser preciso que la actuación administrativa haya sido no sólo ilegal sino, además, desproporcionada por arbitraria o irracional (9.3 de la Constitución).”

En canto a que parecería ser unha referencia aos gastos pola preparación da súa oferta e ordenando esta resolución a retroacción do procedemento de licitación, non procede entrar na súa análise.

Por todo o anterior, vistos os preceptos legais de aplicación, este Tribunal, en sesión celebrada no día da data, **RESOLVE:**

1. **Estimar parcialmente** o recurso interposto por FROQ EVENTOS S.L. contra o acordo de adxudicación do lote 3 da contratación dun servizo de produción e subministración de elementos para a montaxe e organización dos espectáculos a celebrar na Cidade da Cultura de Galicia promovido pola Fundación Cidade da Cultura de Galicia, expediente 2018-014-SER-A.

2. Levantar a suspensión acordada no seu día.

3. Ao abeiro do artigo 57.4 LCSP, o órgano de contratación deberá dar coñecemento a este Tribunal das actuacións adoptadas para lle dar cumprimento a esta resolución.

Esta resolución, directamente executiva no seus propios termos, é definitiva na vía administrativa e contra a mesma cabe interpoñer recurso perante a Sala do

contencioso-administrativo do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia, no prazo de dous meses, a contar desde o día seguinte á notificación desta resolución, de conformidade co disposto nos artigos 10.1.k) e 46.1 de la Lei 29/1998, de 13 de xullo, reguladora da xurisdición contencioso-administrativa.