

Recurso nº 97 y 98/2018 (acumulados)**Resolución nº 98/2018****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN
PÚBLICA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE GALICIA**

En Santiago de Compostela, a 29 de octubre de 2018.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por J.R.S., G.J.G.A. y D.L.O. actuando en nombre y representación de, respectivamente, VITEL, S.A., SISTEMAS AUDIOVISUALES ITELSIS, S.L. e INDUSTRIAS MAQUIESCENIC, S.L (recurso 97/2018) y J.M.P.B. en nombre y representación de UTE TECESA (recurso 98/2018) contra la adjudicación, por la Consellería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio, de un contrato para el suministro, instalación y puesta en marcha de la equipación escénica para el Centro Cultural Auditorio de Lugo, expediente 3/2018U, este Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Galicia (TACGal, en adelante) en sesión celebrada en el día de la fecha, adoptó, por unanimidad, la siguiente Resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- La Consellería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio convocó la licitación del contrato para el suministro, instalación y puesta en marcha de la equipación escénica para el Centro Cultural Auditorio de Lugo, expediente 3/2018U, con un valor estimado declarado de 2.925.237,05 euros.

Tal licitación fue objeto de publicación en la Plataforma de Contratos Públicos de Galicia el 08.03.2018, en el DOUE el 13.03.2018, en el DOG el 16.03.2018 y en el BOE el 19.03.2018.

Segundo.- El expediente de la licitación recoge que la misma estuvo sometida al Real Decreto Legislativo 3/2011 por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de contratos del sector público (en adelante, TRLCSP).

Tercero.- Por resolución de 13.09.2018 se adjudicó el contrato a CHEMTROL DIVISION TEATRO S.A.

En cuanto a las recurrentes, la oferta de la UTE TECESA fue clasificada en tercer lugar y la de la UTE VITEL- S.A., SISTEMAS AUDIOVISUALES ITELSIS, S.L.-INDUSTRIAS MAQUIESCENIC, S.L , en cuarta posición.

Cuarto.- En fecha 03.10.2018 VITEL S.A., SISTEMAS AUDIOVISUALES ITELSIS S.L. e INDUSTRIAS MAQUIESCENIC S.L, que comparecieron en la licitación con compromiso de constituirse en UTE (UTE VITEL-ITELSIS- MAQUIESCENIC, en adelante), interpusieron el recurso especial en materia de contratación contra la adjudicación, a través de la sede electrónica del Ministerio de Hacienda, dirigido al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC, en adelante), que lo remitió a este TACGal el 04.10.2018 recibiendo el número de recurso 97/2018.

El 05.10.2018 la UTE TECESA presenta el recurso especial contra el mismo acto, la adjudicación, a través de la sede electrónica de la Xunta de Galicia, tramitado como recurso 98/2018.

Al amparo del artículo 13 del Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por lo que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, procede acumular ambos recursos para su resolución conjunta.

Quinto.- Con fecha 04.10.2018 y 05.10.2018 se reclamó a la Consellería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio el expediente y el informe al que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público (en adelante, LCSP), lo cual fue remitido a este Tribunal.

Sexto.- Se trasladaron los recursos a los interesados con fecha 16.10.2018, recibándose las alegaciones de los integrantes de la UTE VITEL-ITELSIS-MAQUIESCENIC al recurso 98/2018, por la UTE TECESA al recurso 97/2018 y por la UTE SPICA S.L-STONEX SHOW LIGHTING S.L y por CHEMTROL DIVISION TEATRO S.A. a ambos recursos.

Séptimo.- El 10.10.2018 el TACGal decidió mantener la suspensión automática de la licitación derivada del artículo 53 LCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Al amparo del artículo 35 bis. 5 de la Ley 14/2013, de 26 de diciembre, de racionalización del sector público autonómico, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver este recurso.

Segundo.- En virtud de lo dispuesto en la Disposición Transitoria Primera LCSP el presente recurso se tramitó conforme a los artículos 44 a 60 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, y, en lo que fuera de aplicación, por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Tercero.- Tanto la UTE VITEL-ITELISIS- MAQUIESCENIC como la UTE TECESA son licitadores que impugnan la adjudicación discutiendo la procedencia de las ofertas que les preceden, por lo que existe la legitimación *ad procesum* en sus recursos.

Cuarto.- El 14.09.2018 fue publicada resolución de adjudicación en la Plataforma de Contratos Públicos de Galicia, con salida de las notificaciones individualizadas ese día.

Como vimos, la UTE TECESA presentó el recurso especial correctamente en este TACGal el 05.10.2018, a través de la sede electrónica de la Xunta de Galicia, estando en plazo por lo tanto el recurso 98/2018.

La UTE VITEL-ITELISIS- MAQUIESCENIC, en cambio, no presenta el recurso en este TACGal, como procedía. Este TACGal está en funcionamiento desde el 02.04.2018, tal como fue publicitado en el DOG de 05.03.2018 y en la web de este Tribunal gallego (existiendo enlace hacia esta web en el propio TACRC).

Ahora bien, en base al principio *pro actione*, cabe admitir también este recurso 97/2018 por cuanto que entró en este TACGal el 04.10.2018, en plazo por lo tanto, unido a que en el anuncio de esta licitación en el DOUE se daba como órgano competente para el recurso especial al TACRC, y en la resolución de adjudicación informaba del recurso especial pero sin especificar el órgano competente para este, que era ya el Tribunal administrativo gallego.

Quinto.- Estamos ante la impugnación de la adjudicación de un contrato de suministro – cláusula 1 PCAP, al ser la prestación de mayor importancia- de valor estimado superior a los 100.000 €, por lo que los recursos presentados son admisibles conforme el artículo 44 LCSP.

Sexto.- La UTE VITEL-ITELISIS-MAQUIESCENIC, cuarta clasificada, alude a que las ofertas de CHEMTROL y de UTE SPICA-STONEX incumplen el PPT por presentar sistemas de audios pasivos, y no activos. Por otra parte, critica la oferta de la otra recurrente, la UTE TECESA, por no cumplir todos los elementos de los pliegos y porque merecía, en todo caso, una puntuación inferior.

La UTE TECESA, cuya oferta fue la tercera clasificada, defiende la exclusión de las dos primeras, CHEMTROL DIVISION TEATRO S.A. (CHEMTROL, en adelante) y UTE SPICA S.L-STONEX SHOW LIGHTING S.L (UTE SPICA-STONEX, en adelante), por infracción del pliego de prescripción técnicas (PPT) en igual sentido que la otra recurrente. También considera que se evaluaron mejoras cuando esto no era posible, con críticas también a la evaluación que mereció la proposición de la otra impugnante, la UTE VITEL-ITELISIS-MAQUIESCENIC. Por otro lado, defiende la corrección de su oferta en cuanto que tenía elementos para obtener una puntuación superior.

Apuntamos ya de inicio que solo procede pronunciarse sobre las ofertas que están mejor clasificadas que cada una de las recurrentes y únicamente en cuanto a alegaciones eficaces para revertir la adjudicación impugnada y que esta pueda recaer en los recurrentes. Esto excluye las consideraciones referidas a las clasificadas por debajo de los impugnantes.

Séptimo.- El órgano de contratación remitió informes, en el trámite previsto en el artículo 56 LCSP, para los recursos presentados cuyas argumentaciones serán citadas en nuestra explicación sobre el fondo.

Octavo.- En las alegaciones de los integrantes de la UTE VITEL-ITELISIS-MAQUIESCENIC al recurso 98/2018, aluden a que comparten con el recurso de la UTE TECESA la necesidad de exclusión de los dos primeros clasificados, y se oponen a la revisión de puntuación de esa UTE TECESA por el principio de discrecionalidad técnica defendiendo que su proposición era muy superior. Por su parte, la UTE TECESA también refiere lo que comparte con el recurso de esa UTE VITEL-ITELISIS-MAQUIESCENIC, oponiéndose a las críticas de esta contra su oferta, considerando que es esta UTE la que fue valorada desproporcionadamente.

La UTE SPICA-STONEX se opone a la exclusión de su oferta porque considera que el sistema de sonido que aportaban cumplía las exigencias buscadas y que en modo alguno cabe considerarlo como no equivalente. En el mismo sentido se pronuncia CHEMTROL a lo que añade otras alegaciones justificativas de su proposición.

Noveno.- Como sabemos, la legitimación ad causam para con la impugnación de la adjudicación pivota sobre la efectiva posibilidad de que los argumentos esgrimidos puedan implicar la pretensión buscada de convertir a los recurrentes en los adjudicatarios. En este sentido, como ya describimos, los recurrentes fueron el tercero (UTE TECESA) y cuarto (UTE VITEL-ITELIS-MAQUIESCENIC) clasificados, estando por delante CHEMTROL y UTE SPICA-STONEX, como primero y segundo.

Por lo tanto, debemos ordenar los debates presentados para que estos recursos sean congruentes con tal legitimación ad causam. Así, ya de inicio, debemos rechazar las alegaciones referidas a las ofertas clasificadas por debajo de las de los recurrentes, por no ser eficaces para esa cuestión de fondo de conseguir la adjudicación, como ya apuntamos.

Otro aspecto necesario de aclaración en este comienzo es que existen dos recursos, de manera que las alegaciones que se presentaron al respecto de ellos no pueden servir para reforzar o ampliar esos recursos – pues tenían que estar contenidos entonces en el mismo-, y que tales alegaciones solo pueden ser de oposición a lo que el recurso alude, pues de otra forma estaríamos ante una adhesión al recurrente lo cual no es posible, como ya expresamos en la Resolución TACGal 15/2018.

El primer paso será entonces analizar la mención común en ambos recursos referida a que las ofertas de CHEMTROL y UTE SPICA-STONEX, primera y segunda clasificada, no cumplen con el PPT por no suministrar un sistema autoamplificado de sonido. Las recurrentes utilizan al efecto una expresión contenida en el informe de evaluación de las ofertas de que esos licitadores aportan un sistema equivalente, de cajas pasivas con amplificación externa.

Reproducen los recursos entonces estos apartados del PPT:

*“SUBSISTEMA DE SONIDO PROFESIONAL SALA 900
CLUSTER L&R*

- *CLUSTER L&R*
- *12 UNIDADES. Caja compacta de array curvilíneo, autoamplificada de alta potencia RMS que garantice la presión sonora en sala entre 95-105 dB. tipo Meyer LINA o equivalente”*

*“SUBSISTEMA DE SONIDO PROFESIONAL SALA 300
CLUSTER L&R*

- *8 UNIDADES Caja compacta de array curvilíneo, autoamplificada de alta potencia RMS que garantice la presión sonora en sala entre 95-105 dB. tipo Meyer LINA o equivalente.”*

El informe técnico del órgano de contratación a este recurso especial recoge lo siguiente:

“El pliego indica el número y características de las cajas acústicas que se estiman para estas prestaciones indicando un modelo concreto o equivalente.

Respeto del modelo indicado, que se trate de un modelo autoamplificado quiere decir que el amplificador y los altavoces están dentro del cuerpo de la caja acústica, mientras que en el caso de amplificadores externos, la caja de altavoz no integra dentro el amplificador. El sistema se entiende que es equivalente en tanto en uno como en otro se amplifica la señal sonora y se emite por el altavoz.

Se estima en el informe técnico de la valoración de ofertas que la misma prestación sonora se alcanza con un sistema compuesto por la caja acústica y un amplificador sea este interno o externo, como se propone en las ofertas sobre las que se indica en el recurso que no cumplirían las prescripciones técnicas. Y se tiene en cuenta en el informe que se justifica con sus correspondientes estudios acústicos que se consigue la misma prestación con el sistema equivalente de cajas mas amplificadores externos en las ofertas que lo presentan.

De lo anterior se está a lo dispuesto en el pliego de cláusulas administrativas en el criterio de valoración de las ofertas se indica: “a. De la descripción de los equipos a instalar se valorará que la documentación muestre la información que permita verificar la idoneidad de los equipos, sistemas y materiales, con referencias comerciales, certificaciones y homologaciones que definan los equipos ofertados y su calidad. A tal efecto se justificarán para cada uno de los ítems del pliego de prescripciones técnicas que se cumplen o superan las determinaciones indicadas”.

La puntuación tiene en cuenta la concreción de la documentación presentada por cada oferta. Se matiza su puntuación toda vez que la prestación de la presión sonora (cuantificada en la página 18 del PPTP) se cumple pero no se desarrollan en aquellas ofertas con el mismo detalle de otros aspectos de la acústica que no están indicados expresamente en el pliego de prescripciones técnicas y que deberían tenerse en cuenta con un montaje cuidadoso de los equipos. (distancia entre cajas y amplificadores y longitud y calidad de cableados). Al ser un contrato con suministro y montaje, se tiene en cuenta que será durante este y el ensayo de los equipos cuando procede el ajuste de los mismos para conseguir la adecuada calidad de sonido (que estará adaptada a las salas del auditorio). En definitiva, la presión sonora es una prestación objetiva, mientras que la calidad es subjetiva y necesariamente se ajusta en el montaje y ensayo de los equipos).”

Para avanzar en la cuestión, es muy relevante traer el sistema de evaluación que acogía el pliego, para mejor comprensión de los comentarios de aquel informe que

evaluó las ofertas. Así el PCAP, en el apartado 10.1 del cuadro de características, decía:

“1.1. Descripción de los equipos a instalar...Hasta 40 puntos

a. De la descripción de los equipos a instalar se valorará que la documentación aporte la información que permita verificar la idoneidad de los equipos, sistemas y materiales, con referencias comerciales, certificaciones y homologaciones que definan los equipos ofertados y su calidad. A tal efecto se justificarán para cada uno de los ítems del pliego de prescripciones técnicas que se cumplen o superan las determinaciones indicadas.

La valoración tendrá en cuenta la concreción de la documentación presentada, entendiéndose como tal que se concreten los equipos y sistemas ofertados, que se aporten datos técnicos de todos ellos de manera concreta, y que quede justificado documentalmente que se cumplen o se superan los requisitos de los equipos o sistemas equivalente a los descritos en el pliego.”

A tal fin, el informe técnico de evaluación de las ofertas aportaba entonces este cuadro de plasmación de lo anterior:

DESCRIPCIÓN DE LOS EQUIPOS A INSTALAR. (hasta 40 puntos)

CUALIFICACIÓN	MOTIVO	PUNTUACIÓN
C	La documentación presentada es coherente, y perfectamente detallada	40,00
MB	La documentación es completa pero presenta alguna deficiencia en el significativa.	32,00
B	La documentación es suficiente pero presenta alguna carencia en algún aspecto significativo	24,00
R	La documentación es suficiente pero presenta carencias en varios aspectos significativos	16,00
M	La documentación presentada en el resulta suficiente y tiene carencias significativas	8,00
N	No presenta la documentación o resulta incoherente y incompleta.	0,00

A este respecto es importante entonces apuntar que, en esta licitación, hay que distinguir lo que supondría el incumplimiento de los pliegos a efectos de la exclusión, con los apuntes de otro nivel que recogió el informe técnico precisamente para evaluar las ofertas en base a lo que acabamos de reproducir. En este último caso se está aplicando aquel criterio reflejado en el PCAP, y del que hay que partir, como *lex contractus* que es. Esas consideraciones serían entonces propias de la discrecionalidad técnica para esa evaluación, en la que, como ya se dijo muchas veces, este TACGal solo puede entrar en su revocación de existir error, arbitrariedad o irregularidades de esa dimensión.

Aquí procede destacar que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea avala, en su Sentencia de 12 de marzo de 2015, asunto c-538/13, la siguiente forma de proceder:

“Los artículos 2 y 53, apartado 1, letra a), de la Directiva 2004/18 deben interpretarse en el sentido que permiten, en principio, a un poder adjudicador considerar como criterio de valoración de las ofertas presentadas por los licitadores en un contrato público el grado de conformidad de éstas con las exigencias que figuran en los pliegos de la licitación”

Dicho esto, debemos traer también que en el pliego existen referencias continuas a que se admiten equivalencias de los requisitos de los equipos que se aportan en el pliego. Concretamente, el apartado 10.1 del cuadro de características del PCAP ya menciona que *“quede justificado documentalmente que se cumplen o se superan los requisitos de los equipos o sistemas equivalentes a los descritos en el pliego.”*

Una vez partimos de este aserto como condición de la licitación, no disponible en este enjuiciamiento por ser los pliegos firmes y consentidos como acabamos de expresar, debemos traer a colación nuestra doctrina sobre las exclusiones, su vez, coincidente con la del resto de Tribunales administrativos de recursos contractuales.

A estos efectos, sirva la reproducción de la Resolución TACGal 78/2018:

“Debemos, por lo tanto, hacer referencia a la normativa y a la doctrina pacíficamente asentada por los Tribunales administrativos al respeto de la exclusiones de las ofertas en un procedimiento de licitación.

El artículo 145.1 del TRLCSP establece que las proposiciones de los interesados deben ajustarse a lo previsto en el pliego y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de las cláusulas o condiciones sin reserva ninguna.

La posibilidad de la exclusión de la oferta de un licitador está expresamente recogida en el artículo 84 del Real Decreto 1098/2001, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Este precepto establece que

“Si alguna proposición no guardase concordancia con la documentación examinada y admitida, excediese del presupuesto base de licitación, variara sustancialmente el modelo establecido, o comportase error manifiesto en el importe de la proposición, o existiese reconocimiento por parte del licitador de que adolece de error o inconsistencia que la hagan inviable, será desechada por la

mesa, en resolución motivada. Por el contrario, el cambio u omisión de algunas palabras del modelo, con tal que lo uno o la otra no alteren su sentido, no será causa bastante para el rechazo de la proposición”

Por lo tanto, como señala el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid en su Resolución 113/2018 para determinar la exclusión de la oferta:

“debe considerarse si el producto ofertado incumple las exigencias requeridas en el PPT, sin olvidar que tal incumplimiento ha de ser claro, es decir, referirse a elementos objetivos, perfectamente definidos en el pliego de prescripciones técnicas, y deducirse con facilidad de la oferta, sin ningún género de dudas, la imposibilidad de cumplir con los requisitos exigidos en los pliegos.”

El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 613/2014, también señala que:

“debe tenerse en cuenta que las exigencias de dichos pliegos de prescripciones técnicas deben ser interpretadas y aplicadas de manera que no supongan obstáculos indebidos a los principios generales que guían la contratación administrativa (libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos y eficiente utilización de los fondos públicos en conexión con el principio de estabilidad presupuestaria), recogidos en el art 1 del TR-LCSP. En este mismo sentido, se pronuncia el art 139 TR-LCSP cuando exige que: “Artículo 139. Los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación al principio de transparencia”. En consonancia con ello, debe interpretarse el art 84 del reglamento actualmente aplicable, que realiza una regulación muy precisa de los casos en los cuales los defectos en la proposición por defectos formales o por no ajustarse a las exigencias mínimas de los pliegos pueden dar lugar a la adopción de la decisión administrativa de excluir una proposición de la licitación”

Podemos concluir, por lo tanto, y siguiendo lo expresado por el TACRC en su Resolución 815/2014, que no cualquier incumplimiento debe suponer automáticamente la exclusión, sino que debe subsumirse en alguna de las causas recogidas en la normativa, interpretarse según los principios de igualdad y concurrencia, y siempre tiene que suponer la imposibilidad de la idónea ejecución del objeto del contrato.

(...)

...Y no se aporta en el recurso ningún argumento al respecto de que la oferta resulte inviable, en el sentido de que su ejecución se alejaría de lo exigido en los pliegos de la licitación.

Como dijimos en la Resolución TACGal 45/2018:

“A mayores, no por conocido no debe ser traído que la exclusión es un resultado especialmente gravoso, por lo que la proporcionalidad no es un principio menor al respeto”.

En el mismo sentido se pronuncia el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón en su Acuerdo 8/2011, que señala que:

“la valoración de la documentación requerida y los efectos derivados de su no presentación o presentación inadecuada, debe realizarse atendiendo a los distintos principios jurídicos en juego y, especialmente, al de proporcionalidad.”

Igualmente en nuestra Resolución 12/2018 ya precisábamos que:

“hace falta señalar que la exclusión de las ofertas por cuestiones formales debe ser objeto de una interpretación estricta, por ser un acto contrario a los principios de libre concurrencia y antiformalidad que rigen en la contratación pública, y vinculada en todo caso a criterios de proporcionalidad. Más en un supuesto en que ya existe un adjudicatario, por lo que los intereses de terceros licitadores no pueden prevalecer sobre el interés público que supone el cumplimiento de la oferta más ventajosa, aquí ya declarada en el acuerdo de adjudicación”

Referido precisamente a la oferta técnica, la Resolución TACRC 691/2017 explica:

“Así hay que tener en cuenta que el artículo 145.1 del TRLCSP establece que las proposiciones de los interesados deben ajustarse a lo previsto en el pliego y que su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de las cláusulas o condiciones sin salvedad o reserva alguna, mención al PCAP que se extiende al pliego de prescripciones técnicas.

(...)

Conciliando ambas consideraciones, la de la naturaleza del PPT como documento dirigido esencialmente a la adjudicación y no a la regulación de la licitación, y la obligación que cumplimiento de ambos pliegos, hemos dicho (así Resoluciones 325/2011, de 21 de diciembre, y 19/2012, de 18 de enero, 250/2013,

548/2013, 29 noviembre, 4 de julio, 208/2014, de 14 de marzo, 490/2014, de 27 de junio, 551/2014 de 18 de julio, 763/2014, de 15 de octubre y 560/2015, de 12 de junio) que el incumplimiento de los requisitos técnicos exigidos en el PPT no es, en principio, causa de exclusión del licitador, pues tales prescripciones deben ser verificadas en fase de ejecución del contrato y no puede presuponerse ab initio que dicho incumplimiento se vaya a producir; ahora bien si de las especificaciones de la propia oferta cabe concluir, sin género de dudas, que efectivamente se va a producir tal incumplimiento, cabe la exclusión.”

Una vez fijado que la exclusión es un resultado especialmente gravoso, y que la idea que preside el análisis de esta cuestión debe estar referido a la imposibilidad manifiesta de la idónea ejecución del objeto del contrato, lo que apreciamos en esta contratación es lo que prosigue.

Centrados en la cuestión que nos ocupa sobre el subsistema de sonido, lo que se busca, en palabras del PPT, es que *“Esta equipación de audio permitirá la sonorización de los eventos culturales y congresuales previstos, difundiendo palabra, música y efectos de audio a todas las localidades de la sala 900 y de la sala 300 con una calidad y nivel de presión sonora adecuado, entre 95-105 dB.”* El informe técnico del órgano de contratación así lo refleja cuando traslada: *“Para la prestación del equipo de audio profesional se establece en el texto del pliego de PPTP un requisito numérico, estableciendo el nivel de la presión acústica que deben alcanzarse en las dos salas principales del auditorio, denominadas según su capacidad en sala 900 y sala 300”.*

De hecho, lo que observa este TACGal es que así se analizaron las ofertas, pues cuando el informe de evaluación de las ofertas explica su metodología ya recoge:

*“SUBSISTEMA DE SONIDO PROFESIONAL de las de los salas de auditorio:
31,13%*

La prestación indicada en el pliego es que se consiga una presión sonora entre 95 a 105 dB, con calidad”

De esta manera, aquí no constatamos desigualdad de tratamiento en la evaluación de las ofertas pues ese fue el parámetro de partida para todas ellas.

Por lo tanto, en lo que ahora nos ocupa, lo que se le aparece a este Tribunal Administrativo es que lo que las condiciones de la licitación establecen como parámetro de una *“imposibilidad de cumplir con los requisitos exigidos en los pliegos”*, era que el modelo ofrecido cumpliera *“con una calidad y nivel de presión sonora adecuado, entre 95-105 dB”* y así se podía entender por un licitador diligentemente informado. Por eso entendemos que en el concreto apartado de las unidades del

subsistema de sonido de las salas se reforzaba esa idea al decir que se “*garantice*” la presión sonora en sala entre 95-105 dB.

Siguiendo con lo que nos ocupa, entender que todas y cada una de las menciones ejemplificadas en el pliego para cada uno de los elementos operaban a modo de causa de exclusión sería desproporcionado, cuando, como vimos, el PCAP, firme y consentido, alude a la posibilidad de “*sistemas equivalentes a los descritos en el pliego.*”. Entenderlo de otra manera podría implicar una traba a la concurrencia o, como se dispone en la doctrina sobre las exclusiones las “*prescripciones técnicas deben ser interpretadas y aplicadas de manera que no supongan obstáculos indebidos a los principios generales que guían la contratación administrativa (libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos y eficiente utilización de los fondos públicos en conexión con el principio de estabilidad presupuestaria), recogidos en el art 1 del TR-LCSP*”.

Además, como luego volveremos a apuntar, esta contratación no se basaba en un mero sistema de chequeo de un listado, sino que la cuestión de los Equipos a instalar estaba englobada dentro de los criterios cuantificables mediante juicio de valor, por lo que tenía sentido que existiera margen para las proposiciones, y así podía ser entendido por las empresas participantes.

Este TACGal, teniendo en cuenta esa necesaria vinculación a los pliegos, ya explicó en múltiples ocasiones, como en la Resolución 45/2018, que:

“Ahora bien, este TACGal, como ya avanzamos en nuestra Resolución 24/2018, considera que, en aras a los bienes jurídicos que se dan en la licitación, y en el equilibrio y proporcionalidad que se debe buscar en los mismos, la literalidad es un valor, sin duda, especialmente relevante pero siempre ligado a una interpretación conforme en relación, tanto al conjunto de las condiciones de la concreta licitación, para que sea una totalidad coherente entre sí, como en relación con aquellos bienes jurídicos y mandatos normativos que no se pueden desatender.”

Solo a efectos de agotar la cuestión, apuntar que en sus alegaciones, CHEMTROL llega a expresar que de las marcas de mayor prestigio en la sonorización solo una, Meyer Sound, construye sistemas autoamplificados, lo que, de ser así, implicaría una restricción muy cualificada, de entender que solo cabía entonces este tipo de sistemas.

Como recuerda la reciente Resolución 87/2018 del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de Euskadi:

“Como ha señalado este OARC / KEAO en ocasiones anteriores, para que se pueda considerar la existencia de una barrera de entrada la prescripción técnica denunciada debe cumplir, por lo que interesa al objeto del recurso, dos condiciones. La primera de ellas es que se fije un requisito técnico que solo puede ser cumplido por un producto o tipo de producto concreto, lo que provocaría una barrera o dificultad para el acceso a la licitación de las empresas que no lo comercializan, y la segunda, que tal condición sea arbitraria, es decir, no estrictamente exigida por el cumplimiento de la finalidad del contrato, la cual podría quedar igualmente satisfecha con otras soluciones técnicas que, sin embargo, las prescripciones no permiten.”

De todas formas, es una muestra a lo que este TACGal le debe dar valor a efectos de lo que podía entender un licitador diligente de la lectura de los pliegos las siguientes reflexiones.

En una primera aproximación, observamos que más de la mitad de los licitadores que concurrieron (cuatro de siete) a esta contratación entendieron, en este concreto aspecto del subsistema de sonido, que lo que se pedía era aquella calidad y nivel de presión, a conseguir en base a descripción ofrecida en el PPT pero también por equivalentes, como era este otro modelo de amplificación. Ese porcentaje resulta de los comentarios del informe de evaluación de las ofertas y así lo recoge el recurrente del recurso 97/2018 cuando pide, por esto, la expulsión de cuatro de los siete participantes.

Pero es que además observa este Tribunal que esta fue la constante en lo referido a este apartado de Equipos a instalar, pues también el informe de evaluación aporta varios pasajes donde refleja cómo los licitadores entendían que cabía la admisión de equivalencias (como observamos, por ejemplo, en los comentarios de ese informe a la iluminación escénica de RUYBESA GLOBAL TECHNOLOGIES S.L o de TELEFÓNICA...). Sumando entonces estos licitadores aquí mencionados con los del párrafo anterior, serían cinco de los siete licitadores los que entendieron esa dinámica, por lo que ya con estas cifras difícilmente cabría situar el entendimiento de un licitador diligente en otra concepción.

A mayores, si analizamos la situación de los que restan, los recurrentes, en el propio recurso de la UTE TECESA entendemos que se aporta también que esa era su

comprensión por cuanto aparece una referencia a la posible entrada de equivalencias, cuando pasa a defender que su oferta merecería de una mejor puntuación:

“Pero además, lo cierto es que nunca se indica la cantidad de los equipos ofertados, salvo en aquellos casos en que, alteradas las marcas o bien por tener diferente configuración, es necesario explicar que el alcance del suministro cumple con lo requerido en el pliego, porque se suministran dos tarjetas con dos puertos en lugar de una con cuatro, por ejemplo”.

Más claro si cabe es que en su oferta se contengan referencias expresas de que también lo entendía así (sobre B.1 de la UTE TECESA):

“En las partidas de regulación de iluminación (dimmers), para ambas salas, introducimos una propuesta de mejora, que supone un planteamiento totalmente diferente al especificado en el Pliego, manteniendo la cantidad y la potencia de los canales en ambas salas”

Es aquí donde no podemos perder de vista que el sistema de evaluación de las ofertas daba margen a los ofertantes, como criterio sometido a juicio de valor que era precisamente, sin perjuicio luego de la ulterior puntuación.

En lo referido entonces al otro licitador que quedaba por aludir, la recurrente UTE VITEL-ITELISIS-MAQUIESCENIC, sin ánimo de ser exhaustivo, baste con expresar que su mención a que siguió ese listado de especificaciones, ya jugaría, en su caso, en cuanto a la puntuación, por lo que no existe discriminación o afectación a la igualdad. Efectivamente, en lo tocante a los Equipos a instalar esta obtuvo ya la máxima puntuación posible, a distancia de los otros, por lo que el esfuerzo que relata a estos efectos tuvo incidencia beneficiosa para este.

Llegados a este punto, los recurrentes pretenden negar la validez de todo lo que no sea un modelo autoamplificado, mientras que las alegaciones de los que quedaron en las primeras posiciones lo niegan, aportando tanto uno como los otros informes técnicos para sostener sus posturas.

Situados entonces en esta cuestión, estaríamos ya ante un aspecto técnico donde opera la discrecionalidad del órgano, que aquí, en el informe de la evaluación de las ofertas, expresamente se otorga validez a estas otras propuestas a los efectos de lo buscado para esta contratación, y se hace de forma razonada, sin perjuicio de la ulterior puntuación en el apartado, lo cual se nos aparece como ausente de error o arbitrariedad.

En definitiva, no apreciamos que existiera una exclusión que se muestre, en palabras de la doctrina antes recogida, *“con facilidad de la oferta, sin ningún género de*

dudas, la imposibilidad de cumplir con los requisitos exigidos en los pliegos.”. O como expresamos en la Resolución TACGal 79/2018: “... no se admite motivar el incumplimiento acudiendo bien a razonamientos técnicos más o menos complejos fundados en valoraciones subjetivas, bien a juicios técnicos o de valor relativos a la capacidad o aptitud de los licitadores para cumplir lo ofertado.”

Décimo.- Una vez recogido lo anterior debemos avanzar en la resolución de los recursos presentados, siempre con la premisa de la legitimación ad causam de lo que puede tener eficacia cara la pretensión de los recurrentes para que recaiga en ellos la adjudicación.

En este sentido, toca entonces analizar las críticas vertidas sobre que CHEMTROL haya sido la mejor clasificada, pues si no se desvirtúa esto ya no se conseguiría el objetivo impugnatorio perseguido.

Para justificar esas críticas los recursos invocan, principalmente, los comentarios del informe técnico de evaluación de las ofertas. Siendo así, no es indiferente significar que si el parámetro es ese informe, su principal afirmación respecto a CHEMTROL – también respecto a UTE SPICA STONEX-, fue que: *“Las prestaciones de los equipos ofertados cumplen con lo solicitado en las prescripciones técnicas...”*.

Ya fue tratado que ambos recurrentes defendieran la exclusión del adjudicatario por la cuestión del subsistema de sonido. Queda por analizar su alegación de que la oferta de CHEMTROL debía ser también excluida por cuanto el incumplimiento de lo referido a los textiles de escenario. Apuntan que el gramaje de caja negra ofrecido era inferior al descrito en el pliego: de 310 g/m² en vez de 320 g/m².

Lo primero a este respecto es que no podemos llegar a la determinación de que exista un incumplimiento apreciable, con facilidad, con carácter definitivo, y sin ningún género de dudas en definitiva, cuando en la página 10 del sobre B de esa empresa, carpeta 1/3, se cita *“que todos los telones (bambalín y telón de boca) se confeccionan en un gramaje de 360 gr/m²”*, cifra que también se recoge en la ficha técnica del Terciopelo. En la ficha técnica de la Ocultación se recoge también el cumplimiento de la cifra en cuestión, ahí de 320 g/m².

A mayores, tampoco aparecería esa exclusión por la dinámica antes explicada pues como aporta el informe técnico del órgano de contratación remitido a este recurso especial en el trámite del artículo 56.2 LCSP: *“Se tuvo en cuenta que CHEMTROL opta por definir más paños (telón) de los solicitados que suponen más metros de superficie de paños en compensación del gramaje ligeramente inferior, considerando que se mejora la prestación solicitada”*. Esto es, no se traslada que esto

no permita conseguir la prestación que se buscaba a estos efectos. A mayores, en el informe de evaluación se indicaba: *"Los textiles según las especificaciones indicadas en el pliego, mejoran el telón de boca en terciopelo... Completa con telón negro para la sala 300"*.

Como también explica el informe del órgano de contratación en este punto:

"En relación a la oferta presentada por la empresa CHEMTROL DIVISIÓN TEATRO, SA, considera que el gramaje de los textiles no cumple el gramaje de 320 gr/m2.

A este respecto cabe decir que el fin de los textiles de escenario es la creación de la caja negra para la forma del espacio escénico y ocultación de la tramoya superior, lateral y fondo. El gramaje de los paños (el peso por metro cuadrado de tejido) se establece para garantizar la opacidad del tejido. Dicha opacidad puede conseguirse con mayor espesor del tejido o con más capas o arrugado del mismo.

En la memoria presentada por la empresa CHEMTROL se indica un gramaje ligeramente inferior, (a pesar de que en la ficha catálogo que aporta con la documentación técnica sí que cumple con el gramaje establecido en los pliegos), pero desde el punto de vista técnico se valora que en la oferta se aumenta el número de paños ofertados y por lo tanto de los metros cuadrados de superficie de tejido se compensaría ese gramaje respecto de lo indicado en el pliego, consiguiendo una mayor opacidad y por lo tanto una mejora en la prestación solicitada."

A mayores, el recurso 98/2018 de la UTE TECESA recoge otra serie de alegaciones que podrían afectar a la oferta de CHEMTROL.

Apunta a que *"Se desconoce si las demás incluyen o no el referido Plan de Formación..."*, y que las que no lo tengan deben ser excluidas.

Ante todo, este TACGal en múltiples ocasiones recordó que la carga de aportar y demostrar las alegaciones que sustentan a la pretensión corresponde al recurrente que lo debe hacer con la exhaustividad que corresponda, teniendo instrumentos para tal fin como era solicitar al órgano de contratación el acceso al expediente, de considerarlo oportuno. Lo que no es procedente es únicamente trasladar alegaciones de lo que puede o no puede ser incumplido, sin siquiera afirmarlo con fehaciencia ni mostrarlo con base al expediente.

Lo mismo sucede con la referencia en ese recurso a que sospecha que no se verificó la idoneidad de los equipos de los demás licitadores, sin que se nos concrete cuales, en base a que, donde se puede apreciar en concreto, etc.

De todas formas, y sin ánimo exhaustivo pues lo anterior sería suficiente, en lo referido a CHEMTROL observamos que se recoge la referencia a la formación en su documentación relativa a los criterios evaluables de forma automática (como mínimo, en la página 60 de la carpeta 1/3 y en el diagrama de Gantt de la carpeta 3/3 de su sobre B). Sobre la otra crítica, también genérica, apuntar también que el informe de evaluación de la oferta de esa empresa adjudicataria sobre los Equipos a instalar, junto con esa referencia a que cumple las prescripciones técnicas, menciona que su documentación concreta precisamente marcas y modelos, unido a lo ya expresado de que la presentación de la oferta supone que se asume lo solicitado en los pliegos.

También la UTE TECESA considera que se están puntuando mejoras cuando no se permitían en esta licitación.

Varios aspectos debemos referir sobre este alegación. En primer lugar, que en este apartado, sobre todo, critica la evaluación de la oferta de UTE VITEL-ITELIS-MAQUIESCENIC – por el contrario, esta última lo que expresa es que la de la UTE TECESA está sobrevalorada-. La segunda, y de más relevancia, que la crítica vertida también se proyectaría, de ser aceptada, sobre la puntuación de su oferta pues en el informe de evaluación de la proposición de la UTE TECESA también existen referencias del tipo a que *“Complementa el equipo solicitado en el pliego”* o *“prestaciones superiores”*, de tenor similar a las que se usan para criticar otras ofertas, como la de CHEMTROL.

Sentencias como las del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 1991, 16 de diciembre de 1991 y 5 de marzo de 1988, advierten que quien pretende para sí un determinado efecto jurídico debe pretender lo mismo para los demás, igual que sería contrario a principios generales del derecho, como el de la buena fe, obtener ventaja de una infracción cometida también por quien la pretende.

En todo caso, una vez más debemos significar que este TACGal debe partir de los pliegos como ley del contrato. Así, recordemos, el PCAP recogía, en el apartado 10.1 del cuadro de características:

“1.1. Descripción de los equipos a instalar....Hasta 40 puntos

a. De la descripción de los equipos a instalar se valorará que la documentación aporte la información que permita verificar la idoneidad de los equipos, sistemas y materiales, con referencia comerciales, certificaciones y homologaciones que definan los equipos ofertados y su calidad. A tal efecto se justificarán para cada uno de los ítems del pliego de prescripciones técnicas que se cumplen o superan las determinaciones indicadas.

La valoración tendrá en cuenta la concreción de la documentación presentada, entendiendo como tal que se concreten los equipos y sistemas ofertados, que se aporten datos técnicos de todos ellos de manera concreta, y que quede justificado documentalmente que se cumplen o se superan los requisitos de los equipos o sistemas equivalente a los descritos en el pliego.”

Por lo tanto, un licitador diligente podía percibir que, en esa posibilidad de configurar su oferta de equipos a instalar, se podían superar las prestaciones de los elementos a aportar pues así se recogía, y fue de general comprensión, también por este recurrente.

Que lo entendió así el recurrente viene ratificado no solo por los comentarios a su oferta en el informe de evaluación, sino por la propia proposición de la UTE TECESA, de la que, otra vez, cabe traer pasajes que se nos muestran como explícitos al respecto (sobre B.1):

“En las partidas de regulación de iluminación (dimmers), para ambas salas, introducimos una propuesta de mejora, que supone un planteamiento totalmente diferente al especificado en el Pliego, manteniendo la cantidad y la potencia de los canales en ambas salas.

(...)

La propuesta del Pliego, siendo plenamente válida, consideramos es sustancialmente mejorable...”

Este era uno de los casos donde el informe de evaluación recoge, precisamente, que la UTE TECESA aporta “prestaciones superiores”.

En este sentido, volver a recordar que esta licitación no opta por un listado de elementos a modo de simplemente chequear cada uno de ellos y que la puntuación entonces sea solo de carácter matemático. La referencia a los Equipos a suministrar está englobado como un criterio cuantificable mediante juicio de valor donde los licitadores tenían margen para configurar las prestaciones de su oferta, por lo que siendo esto aplicado con igualdad y estando motivado en la evaluación de las ofertas, no permite acoger esta alegación de este recurrente.

Por último, observando el recurso 98/2018 entendemos que existe otra alegación que entraría dentro de la legitimación ad causam en relación con la pretensión de ser la adjudicataria.

Así, en el recurso de la UTE TECESA también pide que se eleve su puntuación (recordemos que la otra recurrente ya obtuvo la mejor puntuación posible en ese apartado sobre los equipos a instalar). Vemos que esta, a mayores de la mención a las

pretendidas mejoras, ya tratado, basa esa mayor puntuación en que las carencias apreciadas sobre su oferta en el informe de evaluación sobre la iluminación escénica de salas y sobre los diagramas -siendo ambos lo único que desarrolla argumentativamente, realmente-, no son tales.

Pues bien, estando entonces en el ámbito de la discrecionalidad técnica donde solo cabe revisar si hubo arbitrariedad o error al respecto, estos defectos no quedan constatados, pues, atendiendo a cómo estaba configurado este criterio de adjudicación, no vemos arbitrariedad en la puntuación otorgada (tampoco frente a las alegaciones de la otra recurrente sobre esa oferta de esta UTE, aunque la rebaja de esta no implicaría para ella directamente su pretensión). El informe remitido a efectos de este recurso especial ya explica que:

“Respeto de la oferta de UTE TECESA sobre el número de proyectores, se entiende que hay una indeterminación, ya que aunque globalmente menciona la cantidad en la oferta en la descripción de los equipos de dimmers, no desglosa tipo y cantidad de cada tipo. Por eso se considera que la documentación no está detallada pero no se considera causa de exclusión.

Respeto de los equipos de sonido y audiovisuales se ratifica lo indicado en el informe, ya que se presenta en la documentación de la oferta el detalle de la localización de todos los equipos. La valoración de su descripción es la que no se considera completa y se valora así ya que se aprecian equipos indicados en los planos no descritos suficientemente en la memoria, por lo que se considera que pese al gran detalle gráfico de la situación de los equipos audiovisuales, la descripción literal no era completa.”

De esta manera, como indicábamos en nuestra Resolución TACGal 9/2018 :

“En definitiva, cabe concluir que no se aportan a este Tribunal elementos para apreciar que hubiera un error patente, una aplicación arbitraria o desigual, o infracciones formales, por lo que las alegaciones vertidas responden entonces a una diferencia de criterio del impugnante frente a la valoración efectuada por quien tiene la competencia para esto, lo cual excede del carácter revisor del enjuiciamiento que, en estos debates, corresponde al TACGal”.

En definitiva, y por todo lo dicho, este TACGal debe desestimar los recursos presentados.

Por todo lo anterior, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal, en sesión celebrada en el día de la fecha, **RESUELVE:**

1. **Desestimar** el recurso interpuesto por VITEL, S.A., SISTEMAS AUDIOVISUALES ITELIS, S.L. e INDUSTRIAS MAQUIESCENIC, S.L (recurso 97/2018) y el interpuesto por la UTE TECESA (recurso 98/2018) contra la adjudicación, por la Consellería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio, de un contrato para el suministro, instalación y puesta en marcha de la equipación escénica para el Centro Cultural Auditorio de Lugo, expediente 3/2018U.

2. Levantar la suspensión acordada en su día.

3. Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso desestimado, por lo que no procede la imposición de la multa prevista en el artículo 58.2 LCSP.

Esta resolución, directamente ejecutiva en sus propios términos, es definitiva en la vía administrativa y contra a misma cabe interponer recurso ante la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la notificación de esta resolución, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1.k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa.