

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES
RESOLUCIÓN 225/2016

Recurso 147/2016 C.A. de Illes Balears 7/2016

Resolución nº 225/2016

En Madrid, a 1 de abril de 2016.

VISTO el recurso interpuesto por D. P. V., en nombre y representación de POLTRONA FRAU S. P. A., contra el Acuerdo de la Mesa de contratación de fecha indeterminada, notificado el 8 de octubre de 2015, por el que se le excluye del procedimiento de adjudicación del contrato de “Suministro e instalación de las butacas de los auditorios del palacio de congresos de Palma de Mallorca”, (Expediente 2/2015), licitado por la sociedad mercantil pública Palau de Congressos De Palma S. A., dependiente del Ayuntamiento de Palma de Mallorca, este Tribunal en sesión del día de la fecha ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El 5 de marzo de 2015 en el Perfil del Contratante del Ayuntamiento de Palma de Mallorca, el 14 de marzo de 2015 en el Boletín Oficial del Estado, y el 21 de marzo de 2015 en el Boletín Oficial de Illes Balears, y enviándose anuncio al DOUE si bien no consta la fecha de publicación, se publica la licitación del contrato de suministro e instalación de las butacas de los auditorios del Palacio de Congresos de Palma de Mallorca, expediente 2/2015, licitado por la sociedad mercantil municipal Palau de Congressos de Palma S. A.

El contrato se rige, en cuanto a su preparación y adjudicación, por el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP), sujetándose en cuanto a sus efectos y extinción a derecho privado, todo ello en virtud de los artículos 20 y 137 del TRLCSP.

El contrato, calificado como suministro, tiene un valor estimado, IVA excluido, de 1.150.000 euros.

La licitación es de tramitación ordinaria, por procedimiento abierto, con varios criterios de adjudicación.

De acuerdo con la prescripción 13 del Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT), al que expresamente se remite el Pliego de Cláusulas Administrativas (PCAP), los criterios de adjudicación son los siguientes:

En cuanto a los criterios dependientes de un juicio de valor el programa de trabajos son, i) memoria explicativa y adecuación de los requerimientos técnicos de la butaca ofertada, asignándosele un máximo de 20 puntos, con tres subcriterios i-1) memoria explicativa del programa de trabajos, la situación de los trabajos en cada hito indicado y al proceso de fabricación y montaje, e i-2) las características de los productos ofertados, i-3) mejore las características técnicas de las butacas exigidas como mínimos, ii) mejoras y plazos de garantía, asignándosele un máximo de 5 puntos, con dos subcriterios ii-1) mejora en el plazo de garantía de la butaca ofertada, ii-2) butacas de repuesto ofrecidas.

En cuanto al criterio programa de trabajos, memoria explicativa y adecuación de los requerimientos técnicos de la butaca, establece el apartado 2.1 de la prescripción 13 del PPT lo siguiente.

“2.1. Programa de trabajos, memoria explicativa y adecuación de los requerimientos técnicos de la butaca ofertada: 20 puntos.

El licitador entregará para su valoración un programa de trabajos con, al menos, dos hitos parciales marcados al comienzo y a la finalización de la fabricación. Aportará una memoria explicativa de los plazos de fabricación, tiempo de almacenaje, transporte, e instalación indicando el plazo total de entrega de las butacas.

2.1.1.-Se puntuará con un máximo de 5 puntos a la memoria explicativa del programa de trabajos, la situación de los trabajos en cada hito indicado y al proceso de fabricación y montaje.

Este programa llevará claramente especificados los siguientes hitos:

- Comienzo y fin del proceso de fabricación.
- Comienzo y fin del transporte.
- Comienzo y fin del montaje

Se valorará la mayor premura en el proceso de fabricación, así como, mediante el rendimiento explicitado y la fecha del comienzo del montaje, que antes se asegure la finalización del mismo.

Quedarán excluidas de la licitación aquellas ofertas que no consigan un mínimo de 2 puntos en este apartado.

2.1.2.- Se puntuarán con 12 puntos las características de los productos ofertados.

Se valorarán con un máximo de 12 puntos, el diseño y capacidad de adaptación de la pieza ofertada al proyecto arquitectónico, en este caso al espacio de los auditorios, teniendo en cuenta las características geométricas y formales, así como aspectos funcionales relacionados con el uso futuro.

Quedarán excluidas de la licitación aquellas ofertas que no consigan un mínimo de 7 puntos en este apartado.

2.1.3.- Se puntuarán con 3 puntos las características de los productos ofertados.

Se otorgarán hasta 3 puntos a quien mejore las características técnicas de las butacas exigidas como mínimos en el presente Pliego”

En cuanto al criterio de valoración mediante fórmula, que se pondera en 75 puntos, es la oferta económica.

En cuanto dicho criterio, la prescripción 13 del PPT establece lo siguiente.

“Para valorar los mejores precios, una vez eliminadas las ofertas anormales o desproporcionadas, se dará la máxima puntuación, 75 puntos a la oferta que presente la mayor baja sobre el precio de licitación y el resto se calculará mediante las siguientes fórmulas:

Si B_i menor o igual a B_{med} $P_i = 65 \times (1 - (B_{med} - B_i)/2)$

Si B_i es mayor que B_{med} $P_i = 65 + 10 \times (B_i - B_{med}) / (B_{max} - B_{med})$, siendo, P_i : Puntuación obtenida por la oferta del licitador “i”

B_i : La baja realizada por el licitador “i”

B_{med} : La baja media de todas las ofertas presentadas y admitidas, excluidas las consideradas incursas en temeridad

B_{max} : La baja máxima de todas las ofertas presentadas y admitidas, excluidas las consideradas incursas en temeridad

Apreciación de temeridad: las ofertas se considerarán anormales o desproporcionadas según los términos establecidos en el artículo 85 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por RD 1098/2001, de 12 de octubre.”

Por otra parte la prescripción 5 del PPT “características técnicas de las butacas”, fija, en primer lugar, las dimensiones señalando que “las dimensiones aproximadas serán”, determinando su cuantificación, seguidamente señala que “cada licitador podrá variar en un 5% las dimensiones de las butacas respecto de las indicadas en el Anexo 3, en función de los modelos que fabrique, y la necesaria adaptación de las mismas a las plantas de los dos auditorios”; continua describiendo las características del asiento, fijando su forma y materiales, señalando que “todos los materiales se podrán sustituir por otros de calidad igual o superior”; a continuación las características del respaldo, fijando su forma y materiales, señalando que “todos

los materiales se podrán sustituir por otros de calidad igual o superior”; después las características del costados y patas, fijando su forma y materiales, señalando que “todos los materiales se podrán sustituir por otros de calidad igual o superior”; después las características de la pala de escritura, fijando su forma y materiales, señalando que “todos los materiales se podrán sustituir por otros de calidad igual o superior”; seguidamente las características del cosido, fijando su forma y materiales, señalando que “todos los materiales se podrán sustituir por otros de calidad igual o superior”; y por ultimo las fijaciones y numeración de filas y butacas.

Segundo. Trancurrido el plazo para la presentación de ofertas, entre los licitadores presentados se encuentra POLTRONA FRAU S. P. A.

El 8 y 27 de mayo de 2015, la mesa de contratación examina la documentación relativa a los requisitos de capacidad y solvencia, concediendo un plazo de tres días para la subsanación de los defectos sanables observados.

El 16 de junio de 2015, la mesa examina las subsanciones, admitiendo a todos los licitadores y, en acto público, se procede a comunicar el resultado de la calificación de la documentación administrativa, y a la apertura de las proposiciones relativas al criterio evaluable mediante juicio de valor, incluida la recepción de las muestras de butacas de los distintos licitadores, remitiendo todo ello a una comisión encargada de la formulación del informe de valoración.

El informe técnico de valoración se emite el 6 de agosto de 2015. El informe técnico comienza con la siguiente consideración.

“1. JUSTIFICACIÓN

En las obras del Palau de Congressos de Palma y Hotel, proyecto redactado y dirigido por el Arquitecto F. M., tiene una especial importancia la elección de la butaca para los dos auditorios proyectados, tanto por la singularidad del edificio diseñado. como por la incidencia que éstas tienen en el comportamiento acústico de las salas, tanto mayor como menor, del propio Palau de Congressos.

La butaca deriva del proyecto de mobiliario y señalética también redactado y elaborado por el mismo arquitecto, donde figura la butaca mas adecuada para las salas citadas, tanto estéticamente como desde el punto de vista acústico. Al efecto las butacas ofertadas por las empresas interesadas, deberán cumplir con las condiciones y características técnicas que se especifican en los presentes Pliegos de Prescripciones Técnicas.

La butaca referida en el pliego de condiciones se corresponde con el modelo diseñado por el arquitecto F. M., siendo este el modelo sobre el cual se han realizado las valoraciones y comparaciones correspondientes, habida cuenta que según el proyecto arquitectónico concebido por el arquitecto, esta butaca reúne todos los requisitos estéticos y acústicos ideales para los auditorios del Palau de Congressos de Palma.”

Se incluye un dibujo del diseño del referido arquitecto.

Esta justificación se repite en la concreta valoración de la butaca ofertada por todos y cada uno de los licitadores.

En el informe consta la valoración del subcriterio recogido en el apartado 2.1.2 de la prescripción 13 del PPT, relativo a las características de los productos ofertados, que fija que de no alcanzarse el umbral de 7 puntos la oferta queda excluida, no pasándose a la siguiente fase de valoración.

FIGUERAS INTERNACIONAL SEATING	No presenta la muestra de butaca dentro de plazo.	Excluida.
ASCENDER S. L.	11 puntos	
POLTRONA FRAU S. P. A	6 puntos	Excluida por no alcanzar el umbral en el apartado 2.1.2
EL CORTE INGLES S. A.	6 puntos	Excluida por no alcanzar el umbral en el apartado 2.1.2
DYNAMOBEL S. A.	12 puntos	
EUROSEATING INTERNACIONAL S. A.	6 puntos	Excluida por no alcanzar el umbral en el apartado 2.1.2
ACCIONA INFRAESTRUCTURAS S. A.	No valorada.	Excluida en el apartado 2.1.1.

En cuanto a la puntuación total a las empresas no excluidas es la siguiente:

ASCENDER S. L.	22 puntos
DYNAMOBEL S. A.	18,9 puntos

El 8 de octubre de 2015, sin que conste en el expediente la fecha de examen del informe técnico por la mesa de contratación, se produce la siguiente notificación mediante correo electrónico a POLTRONA FRAU S. P. A.

“Sentimos comunicarles que, después del estudio y análisis de la documentación y muestras presentadas por Uds. en el concurso de suministro e instalación de butacas para los auditorios del palacio de congresos de Palma, su propuesta ha sido excluida de dicho concurso. El motivo se debe a que, después de la evaluación de su propuesta técnica, la puntuación obtenida no ha alcanzado los 7 (siete) puntos mínimos exigidos en el anexo 3 del pliego de prescripciones técnicas del concurso. La principal causa de esta baja puntuación se debe a que el modelo presentado no se ajustaba plenamente al diseño requerido en los pliegos.”

La notificación no contiene pie de recurso ante este Tribunal.

El 14 de octubre, la mesa de contratación en acto publico comunica el resultado de la valoración de la parte de la oferta relativa al criterio dependiente de juicio de valor, y procede a la apertura de las proposiciones relativas a al criterio evaluable en forma automática o mediante fórmula, procediendo a la valoración de las ofertas economicas y, sumando la puntuación de las ofertas técnicas, clasificándolas por orden decreciente.

La clasificación queda como sigue:

EMPRESAS	OFERTA TECNICA	OFERTA ECONÓMICA	TOTAL PUNTUACIÓN
DYNAMOBEL S. A.	18,90	75,00	93,90
ASCENDER S. L.	22,00	64,93	86,93

La mesa propone al consejo de administración la adjudicación del contrato a DYNAMOBEL S. A.

No constan más actuaciones en el expediente remitido.

Tercero. El 26 de octubre de 2015, tiene entrada en el registro del órgano de contratación anuncio de la interposición de recurso especial en materia de contratación de POLTRONA FRAU S. P. A. contra “la resolución de adjudicación del concurso para el contrato de “Suministro e instalación de butacas en los auditorios del Palau de Congressos de Palma de Mallorca”, tramitado por ustedes con el nº de expediente 2/2015”.

El mismo día, tiene entrada en el registro del órgano de contratación el recurso que, si bien se encabeza: “asunto: interposición de recurso contra acuerdo de adjudicación en expediente 2/2015”, en el cuerpo del escrito señala “resultando que la empresa a la que represento, junto a otras participantes, resultaron excluidas tras la valoración del primer apartado de puntuación técnica lo cual determina la imposibilidad de continuar con el procedimiento, e incluso habiéndose producido la apertura y valoración de la oferta económica, y estimando, dicho sea con los debidos respetos y únicamente a efectos de defensa jurídica, que las decisiones tomadas vulneran la ley y perjudican gravemente nuestros derechos e intereses, mediante este escrito interpongo Recurso Especial en materia de contratación”.

El recurso contiene el siguiente petitum:

“(…) Tenga por interpuesto Recurso Especial en materia de contratación contra la exclusión del procedimiento de adjudicación, así como contra la adjudicación recaída en el concurso denominado “Adjudicación, mediante procedimiento abierto, del contrato de suministro e instalación de butacas en los auditorios del Palau de Congressos de Palma de Mallorca”, tramitado por Palau de Congressos de Palma S. A. con el nº de expediente 2/2015, por procedimiento abierto, tramitación ordinaria y sujeto a regulación armonizada, a fin de que en su día, y previos los trámites legales pertinentes acuerde la anulación del concurso o alternativamente la retroacción de actuaciones al momento de la valoración técnica de las ofertas aplicando correctamente y sin restricciones a la competencia (…)

El escrito solicita la suspensión del procedimiento.

Cuarto. El órgano de contratación, los días 3 y 4 de marzo de 2016, remite el expediente de contratación al Tribunal, acompañándolo de su informe.

Quinto. La Secretaría del Tribunal, el 11 de marzo de 2016, da traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estiman oportuno, formulen las alegaciones que a su derecho convengan, sin que ninguno de ellos haya evacuado el trámite conferido.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en los artículos 41.5 del TRLCSP y 22.1.1º del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre (RPERMC), en aplicación de la cláusula tercera, apartado 2, del Convenio de colaboración, suscrito el 29 de noviembre de 2012, entre el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y la Comunidad Autónoma de Illes Balears, sobre atribución de competencia de recursos contractuales, publicado en el BOE de 19 de diciembre de 2012, al tratarse de una empresa pública dependiente del Ayuntamiento de Palma de Mallorca, enclavado en el territorio de la Comunidad Autónoma.

Segundo. El artículo 42 del TRLCSP establece que “podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”.

Dicha norma remite a la doctrina jurisprudencial del concepto interés legítimo en el ámbito administrativo.

En reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, plasmada entre otras sentencias las de 31 de mayo de 1990, 19 de noviembre de 1993, 27 de enero de 1998, 31 de marzo de 1999 y 2 de octubre de 2001, se declara que por interés debe entenderse toda situación jurídica individualizada, dicha situación que supone una específica relación con el objeto de la petición o pretensión que se ejercita, se extiende a lo que, con más precisión, se titula interés legítimo, que es el que tienen aquellas personas, físicas o jurídicas, que, por la situación objetiva en que se encuentran, por una circunstancia de carácter personal o por ser los destinatarios de una regulación sectorial, son titulares de un interés propio, distinto del de los demás ciudadanos o administrados y tendente a que los poderes públicos actúen de acuerdo con el ordenamiento jurídico cuando incidan en el ámbito de ese su interés propio. El interés legítimo abarca todo interés material o moral que pueda resultar beneficiado con la estimación de la pretensión ejercitada, siempre que no se reduzca a un simple interés por la pura legalidad, en cuanto presupone que la resolución a dictar puede repercutir, directa o indirectamente, de un modo efectivo y acreditado, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica de quien recurre o litiga.

En el presente caso la recurrente ha sido licitadora en el procedimiento de contratación e impugna la valoración de su oferta en lo que se refiere al criterio dependiente de un juicio de valor que ha determinado su eliminación del procedimiento de licitación, por lo que tiene la condición de interesada, estando legitimada para interponer el recurso conforme a los artículos 42 del TRLCSP y 22.1.2º del RPERMC.

Tercero. Si bien que el recurso incurre en la incorrección de incluir una referencia a el acto de adjudicación, que por lo demás no consta que se haya producido en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con su encabezamiento y petitum impugna la valoración de la oferta técnica y la consiguiente eliminación, por no alcanzar el umbral de puntuación requerido, de un procedimiento de licitación de un contrato de suministros, cuyo valor estimado excede de 209.000 euros.

El artículo 40.2.b) del TRLCSP establecen que podrán ser objeto del recurso “los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que éstos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. Se considerarán actos de trámite que determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento los actos de la Mesa de Contratación por los que se acuerde la exclusión de licitadores”.

Dicha norma remite a la distinción, contenida en el artículo 107.1 de la vigente Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC), entre actos de trámite ordinarios, que si bien pueden alegarse por los interesados para su consideración en la resolución que ponga fin al procedimiento no son susceptibles de recurso independiente, y los actos de trámite cualificados, que son aquellos que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos, podrán interponerse por los interesados los recursos de alzada y potestativo de reposición, y que son susceptibles de recurso independiente de la resolución que pone fin al procedimiento.

Si bien el acto que, poniendo de manifiesto que no se ha alcanzado por la oferta la puntuación requerida en la valoración de los criterios dependientes de un juicio de valor para poder pasar a la valoración de la oferta conteniendo aquellos elementos relativos a los criterios evaluables automáticamente o mediante fórmula, no es sensu estricto una exclusión, si es asimilable a ella pues determina la imposibilidad para el licitador de continuar el procedimiento.

Es por tanto un acto recurrible conforme a los artículos 15.1.b) y 40.1.a) y 2.b) del TRLCSP, y 22.1.4º del RPERMC.

Cuarto. En cuanto a los requisitos de forma y plazo, es necesario fijar la sucesión de hechos.

El 8 de octubre de 2016 se procede a notificar por correo electrónico individualmente al licitador el descarte del procedimiento de adjudicación a los licitadores, al no haber alcanzado la puntuación mínima exigida en la valoración técnica.

Dicha notificación no hace referencia expresa a acto alguno de la mesa de contratación de asunción del informe técnico de valoración, aceptación del informe que no se hace manifiesta por la mesa hasta el 14 de octubre.

La notificación así producida es incompleta por no contener el texto íntegro del acto notificado, ni el pie de recurso ante este Tribunal exigida por el artículo 58.2 de la LRJ- PAC.

El 26 de octubre de 2015 tiene entrada en el registro del órgano de contratación el recurso especial en materia de contratación, precedido del preceptivo anuncio, que la sociedad adjudicataria no remite a este Tribunal para su tramitación hasta el 3 de marzo de 2016.

El artículo 44.1 y 2 del TRLCSP dispone:

“1. Todo aquel que se proponga interponer recurso contra alguno de los actos indicados en el artículo 40.1 y 2 deberá anunciarlo previamente mediante escrito especificando el acto del procedimiento que vaya a ser objeto del mismo, presentado ante el órgano de contratación en el plazo previsto en el apartado siguiente para la interposición del recurso.

2. El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4. (...)”

Artículo 18 del RPERMC dispone:

“El recurso especial en materia de contratación y las cuestiones de nulidad al amparo del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público solo podrá presentarse en el registro del órgano de contratación o en el del órgano administrativo competente para resolverlos. (...)”

En tales casos, el recurso, la reclamación o la cuestión de nulidad se entenderán interpuestos el día en que entren en el registro del órgano de contratación o en el del órgano administrativo competente para resolverlo, según proceda. (...)”

Artículo 19.5 del RPERMC preceptúa:

“Los actos notificados cumpliendo los requisitos establecidos en el artículo 58.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, deberán ser recurridos dentro de los plazos previstos en el apartado 2 del artículo 44 del texto refundido de la ley de contratos del sector público y en el presente artículo. Este precepto será de aplicación aunque el acto o resolución impugnados carecieran de la motivación requerida de conformidad con lo previsto en el artículo 54 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, o en el artículo 151.4 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. Como consecuencia de ello, aunque el texto de la resolución no sea completo no se considerará defectuosa y se tendrá por producida, sin perjuicio de que el recurso pueda ser fundado en esta circunstancia.

Por el contrario, si las notificaciones referidas a la exclusión de un licitador o a la adjudicación de un contrato, contravienen los requisitos del artículo 58.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, el plazo se iniciará a contar desde el momento en que el interesado realice actuaciones que supongan el conocimiento del contenido y alcance de la notificación o interponga cualquier recurso.”

Así las cosas, de conformidad con los preceptos transcrito, el recurso especial en materia de contratación debe estimarse que se interpuso en tiempo y forma, el 26 de octubre de 2015, al ser la notificación del acto, cuya fecha se desconoce, incompleta al no reunir los requisitos del artículo 58.2 de la LRJ-PAC, de modo que es la fecha de interposición del recurso el dies a quo del mismo.

Se han cumplido pues los requisitos de tiempo y forma para la interposición del recurso conforme al artículo 22.5º y 6º del RPERMC.

Quinto. Entrando ya en los argumentos sustantivos, la recurrente dirige su impugnación de un lado a los pliegos que rigen la licitación y, sustancialmente, al informe técnico y, consecuentemente, al acuerdo de la mesa de valoración de las ofertas respecto de dicho criterio de adjudicación.

En cuanto a los pliegos señala los siguientes vicios que estima son causantes de nulidad.

Modificación de los pliegos sin la apertura de un nuevo plazo de adjudicación y sin realizar la publicación en los mismos medios en que se publicó la licitación, al aparecer publicado en el perfil del contratante del Ayuntamiento de Palma de Mallorca una aclaración que consistente en la rectificación de un error material del PCAP, dándole publicidad solo en el perfil del contratante, en contra de lo dispuesto en el artículo 75.2 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 octubre (RGLCAP).

Inclusión en el PPT de los criterios de adjudicación, en vez de en el PCAP, sin especificar el precepto que se estima vulnerado.

Valoración de ofertas económicas mediante una fórmula que no realiza una atribución correcta de la puntuación, en la medida que la fórmula puede atribuir puntuación negativa fuera de todo baremo, y que en las bajas del 10% al 20% solo reparte 10 puntos, todo ello sin especificar el precepto vulnerado.

Exclusión de las ofertas incursas en presunción de temeridad de dar trámite de audiencia y sin seguir en general el procedimiento legal para su exclusión, por considerar insuficiente la regulación de los pliegos.

En cuanto a la valoración técnica señala lo siguiente.

Las empresas excluidas los son básicamente por no ajustarse el modelo al diseño del arquitecto F. M.. Que el informe aparece un dibujo del diseño de dicho arquitecto que coincide con el incluido en el catálogo del adjudicatario DYNAMOBEL, imagen no me aparece en ningún documento del concurso, en particular en el PPT.

Que el arquitecto F. M., director del proyecto del Palau de Congressos de Palma, diseñó una butaca, que es la exigida por el PPT, de modo que desviarse del diseño, medidas o características está penalizado. Que dicho modelo Prima, fabricado por DYNAMOBEL y diseñado por F. M., “obviamente” está protegido por derechos de “propiedad intelectual” (sic.), por lo que solo una empresa puede ofrecerlo, y solo una empresa puede obtener la máxima puntuación en el concurso.

En cuanto a la concreta valoración de su oferta que la misma se debe principalmente a aspectos estéticos, no cuantificables, y que además diversos aspectos referidos a la valoración del modelo, que explicita, no son ciertos o son incorrectos.

Concluye que su oferta se excluye por un único motivo, no ser la butaca que diseña el arquitecto director del proyecto y no ser la que fabrica DYNAMOBEL, única que coincide plenamente con la propuesta por el director del proyecto, que es el diseñador de dicho modelo, por lo que no se han respetado las normas de competencia y libre concurrencia.

El órgano de contratación en sus informes aduce de contrario lo siguiente.

En cuanto a los vicios que afectan a los pliegos o al procedimiento de adjudicación, señala que de existir tales vicios en ningún caso podrían calificarse como vicio de nulidad, y que, además, no tratándose de vicios de nulidad, la impugnación de los pliegos es extemporánea.

En cuanto a los concretos vicios aducidos, en lo atinente a la hipotética modificación de los pliegos sin apertura del nuevo plazo de adjudicación y sin nueva publicación, que omite la recurrente que la aclaración es la corrección de un error obvio y no una modificación de los pliegos, pues se limita a corregir el siguiente error “no se admitirán ofertas por debajo del precio de licitación” por “no se admitirán ofertas por encima del precio de licitación”, de manera, que la aclaración que se publicó en el perfil no es sino la corrección de un error material o de hecho, y no una modificación de los pliegos.

En cuanto a la definición de los criterios de adjudicación en el PCAP por remisión al PPT, no puede calificarse como vicio de nulidad, de un lado porque el PCAP delimita los criterios de adjudicación, cumpliendo así con las exigencias del artículo 150.2 del TRLCSP, si bien que lo hace por medio de una remisión al PPT, sin que la definición de los criterios de adjudicación en los PCAP por medio de una remisión al PPT esté tipificada como causa de nulidad administrativa (artículo 32 TRLCSP) ni de derecho civil (artículo 36 TRLCSP).

En cuanto a la fórmula para la valoración de las ofertas económicas, la fórmula que contienen los pliegos es perfectamente correcta, por medio de ella, se establecen dos tramos de recta, fijándose como eje de la misma la baja media; la baja media se fija teniendo en cuenta todas las ofertas presentadas; además por medio de la fórmula, se atenúa la valoración de las bajas superiores a la baja media. En definitiva, la fórmula sí hace una atribución correcta de la puntuación.

En cuanto a la supuesta ilegalidad del procedimiento para la exclusión de las ofertas anormales o desproporcionadas, la misma recurrente quien recuerda que los pliegos se remiten al procedimiento recogido en el artículo 85 del RGLCAP para excluir a las ofertas anormales y desproporcionadas. El hecho de que la remisión se contenga en el PPT, por previa remisión a los mismos del PCAP, no determina la nulidad de procedimiento en cuestión.

Entrando ya en la valoración de la oferta técnica, señala el órgano de contratación que es incierto que el modelo exigido sea un modelo concreto, diseñado por el director del proyecto, y que fabrica una única empresa.

En primer lugar, es cierto que en el proyecto del palacio de congresos se contemplase un determinado tipo de butaca, no obstante con la voluntad de abrir el contrato a la concurrencia de diferentes empresas, el PPT se separa de este modelo permitiendo la presentación de diferentes tipos de butacas, siempre que los mismos se avinieran con las exigencias estéticas, técnicas y acústicas de los auditorios. Circunstancias no se omiten en el pliego sino que se explicitan en los mismos.

Al mismo tiempo, se introducen múltiples variantes, todas ellas compatibles con las exigencias de los auditorios, de modificación de este modelo base. En este sentido, el PPT prevé la posibilidad de modificaciones en dimensiones, asiento, respaldo, costados y patas, pala de escritura, cosido, y calidad y medio ambiente, al permitir además de la acreditaciones ISO y UNE que se especifican su sustitución por otras equivalentes.

En el perfil del contratante aparece una interpretación de las previsiones del PPT hecha por el órgano de contratación, que señala que “aunque el diseño y los materiales están exhaustivamente detallados en el Pliego Técnico del concurso, también se indica que la geometría de la butaca es orientativa y, por tanto, cualquiera que cumpla con, al menos, el mínimo número de butacas indicado se admitiría. Por otro lado, las características técnicas de los materiales a emplear que están indicadas en los Pliegos, son unos mínimos de calidad que el licitador ha de cumplir, pero que, por supuesto, puede mejorar”.

Además debe indicarse que el pliego de prescripciones técnicas no incluye ninguna referencia a ninguna marca o modelo de butaca. Con ello se cumple el artículo 117.2 del TRLCSP.

Los pliegos introducen límites a los modelos de butacas admisibles, pero están justificados, en cuanto establece que “en atención a las dimensiones, los modelos ofertados no podrán ser tales que obliguen a una reducción de aforo en cada uno de los dos auditorios”, de la misma manera, las variaciones técnicas están condicionadas a las necesidades funcionales y estéticas del auditorio, al señalar que “tiene especial importancia la elección de la butaca para los dos auditorios proyectados, tanto por la singularidad del edificio diseñado, como por la incidencia que éstas tienen en el comportamiento acústico de las salas”.

Concluye señalando concluimos que el PPT define la butaca que debe suministrarse en términos suficientemente amplios para entender que no restringen la concurrencia, de manera injustificada, ilegítima o ilegal.

A mayor abundamiento señala que el hecho de que el proyecto técnico contemplase la instalación del modelo de butaca diseñado por DYNAMOBEL no le otorgó ninguna ventaja competitiva, por cuanto no se infringe el artículo 56 del TRLCSP, al no haber participado la citada empresa en la redacción del PPT, y porque si bien el proyecto técnico del palacio de congresos incluye la butaca de DYNAMOBEL, ello no otorgó a esta empresa ninguna ventaja competitiva pues los pliegos permiten la presentación de otro tipo de butacas siempre que las mismas también satisfagan las necesidades, estéticas, técnicas y acústicas de los auditorios.

Sexto. Examinadas las posiciones de las partes hemos de comenzar por el examen de los vicios aducidos por la recurrente tanto en lo que se refiere al proceso de licitación (hipotética irregularidad de la corrección de los pliegos), como al PCAP y el PPT.

Es nuestra doctrina reiteradísima (por citar algunas las resoluciones números 502/2013, 14 de noviembre, 334/2015, de 16 de abril y, la última publicada, 185/2016, de 4 de marzo), con fundamento en el artículo 145. 1 del TRLCSP que establece que “las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a lo previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de dichas cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna”, que el licitador que, teniendo la oportunidad de impugnar los pliegos no lo hizo en tiempo y forma, no puede alegar contra los actos posteriores en la licitación la hipotética ilegalidad de los pliegos.

Así lo ha recogido la jurisprudencia que resume la recientísima Sentencia de la Sala de lo Contencioso–Administrativo de la Audiencia Nacional, de 17 de febrero de 2016:

“(…)Como hemos expuesto y puso de manifiesto el TARCR, en el supuesto enjuiciado la impugnación tuvo lugar con ocasión de la adjudicación del contrato, sin que se hiciera cuestión alguna o fueran recurridos con anterioridad los Pliegos. Con carácter general, conforme a reiterada jurisprudencia, como nos recuerda la STS de 26 de noviembre de 2012 (casación 2322/2011, FJ 9º) que a su vez recuerda lo dicho por las de 19 de julio de 2000 (recurso 4324/94), 17 de octubre de 2000 (recurso 3171/95), 24 de junio de 2004 (recurso 8816/99), 4 de abril de 2007 (recurso 923/04) y 27 de mayo de 2009 (recurso 4580/06), «el pliego de condiciones es, en buena medida, que vincula a las partes del mismo».

Por ello, no es posible impugnar los pliegos de cláusulas con ocasión o con posterioridad a la adjudicación del contrato, ya que se presume la aceptación de los mismos por quienes participan en el procedimiento de adjudicación, sin que nadie pueda ir contra sus propios actos. En este sentido, la STS de 9 de febrero de 2001 (casación 1090/1995 FJ 2º), recordando lo dicho por las anteriores de 18 de abril de 1986, 3 de abril de 1990 y 12 de mayo de 1992 (por más identificación) dice que «[e]l pliego de condiciones constituye la Ley del Concurso, debiendo someterse a sus reglas tanto el organismo convocante como quienes soliciten tomar

parte en el mismo, especialmente cuando no hubieran impugnado previamente sus bases, pues, en efecto, si una entidad licitante se somete al concurso tal y como ha sido convocado, sin impugnar en ningún momento las condiciones y bases por las que se rija, tomando parte en el mismo, con presentación de su correspondiente oferta, y prestando su consentimiento tanto a las propias prescripciones de la licitación como a la participación de las restantes entidades, carecerá de legitimación para impugnarlo después, contraviniendo sus “propios actos” [...]»; Así lo hemos reiterado en SsAN de 25 de marzo de 2015 (recursos 193/2013 y 180/2013, FFJJ 3º).

Esta doctrina obliga a quien sostiene la ilegalidad de las cláusulas de los pliegos, como ocurre en el presente recurso, a impugnarlas con carácter previo. No puede, si da por bueno los pliegos que no ha combatido, a cuestionar su contenido con ocasión de la adjudicación del contrato, que se produjo o tuvo lugar conforme a la «ley del contrato».

Lo dicho nos lleva a confirmar el acuerdo del TARCR, sin más razonamientos y sin que proceda que esta Sala se pronuncie sobre el contenido de los pliegos y sus condiciones, toda vez que en este caso no pueden ser objeto de revisión con ocasión de la impugnación del acto de adjudicación, rechazando con ello las subsidiarias pretensiones formuladas puesto que exceden del objeto del presente recurso. (...)

Esto no obstante ser nuestra doctrina general, es lo cierto que admitimos la posibilidad de que en los supuestos de nulidad de pleno derecho pueda argumentarse en un recurso especial supuestas irregularidades de los Pliegos aun cuando éstos no hayan sido objeto de previa y expresa impugnación si bien que, de acuerdo con la jurisprudencia, la concurrencia de las causas que, de acuerdo con el artículo 62.1 de la LRJ-PAC determinan como consecuencia la nulidad ex radice del acto debe ser interpretada restrictivamente (por todas las Resoluciones números 408/2015, de 30 de abril, y 185/2016, de 4 de marzo).

En particular hemos señalado (Resoluciones números 444/2013, de 10 de octubre, y 103/2016, de 4 de marzo) que puede incurrir en la lesión de “derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional”, que configura una de las causas de nulidad de pleno derecho a tenor del art. 62.1 a) de la LRJ-PAC, por infracción de la igualdad ante la Ley y no discriminación amparada en el artículo 14 de nuestra Constitución, determinados supuestos de restricción a la libre concurrencia obrantes en los pliegos.

Si bien esta doctrina pudiera ser invocable respecto de aquellos hipotéticos vicios del PPT que afectan a la valoración técnica, no lo son respecto de los supuestos que aduce como nulos de pleno derecho el recurrente, ya sea respecto de la corrección de los pliegos, que es una mera corrección de un error material notorio y no una modificación de aquellos, ni de los demás aducidos, la inclusión de los criterios de adjudicación en el PPT en vez de en el PCAP que se remite a aquel, que es una simple irregularidad no invalidante, y no digamos de los vicios aducidos tanto en la fórmula para la valoración de las ofertas económicas como en la concreción en los pliegos del procedimiento para la exclusión de las ofertas anormales o desproporcionadas, en los que la recurrente no ha sido capaz de fundamentar jurídicamente, ni tan siquiera describir certeramente el hipotético vicio invalidante.

Debemos pues rechazar los motivos aducidos, por extemporáneos amen de infundados, centrándonos en la valoración de los criterios evaluables mediante juicio de valor.

Séptimo. Lo concerniente a la valoración de los criterios evaluables mediante juicio de valor, en particular en los que se refiere a la posible vulneración del principio de libre concurrencia, se predica por la recurrente tanto del PPT como del informe de valoración.

Ambas cosas no han de ir necesariamente unidas, es lo cierto que si en las condiciones de los pliegos se produce una alteración del principio de libre concurrencia y, por ende, a los de igualdad y no discriminación, ello se reflejará en la valoración, pero puede ser posible que tal vulneración no se encuentre en los pliegos y sin embargo si lo esté en la concreta valoración.

Estimamos que, lo descrito en segundo lugar, sucede en el presente caso.

El PPT en el apartado 2.1.2 de su prescripción 13 especifica que se valorarán “el diseño y capacidad de adaptación de la pieza ofertada al proyecto arquitectónico, en este caso al espacio de los auditorios, teniendo en cuenta las características geométricas y formales, así como aspectos funcionales relacionados con el uso futuro”

Como exponemos pormenorizadamente en los antecedentes el PPT, que no hace referencia a diseño determinado, ni a marca o modelo que lo identifique, describe unos parámetros de referencia para las butacas que, en múltiples aspectos (dimensiones, asiento, respaldo, costados y patas, pala de escritura y cosido), pueden ser modificados, respetando unos estándares mínimos de dimensiones y calidad, de modo que no puede afirmarse, como hace la recurrente, que el pliego imponga un determinado tipo de butaca coincidente con el que comercializa una determinada empresa, sino que, bien al contrario, el PPT permite perfectamente otros tipos de butacas siempre que se adapten “al espacio de los auditorios, teniendo en cuenta las características geométricas y formales, así como aspectos funcionales relacionados con el uso futuro” de los mismos.

Es el informe técnico el que abiertamente vulnera las exigencias de libre concurrencia al establecer, apartándose del pliego que admite diversos tipos de butaca siempre que se ajusten a la funcionalidad y espacios requerido, un estándar fijo coincidente con el diseño del arquitecto F. M. que remite al modelo ofertado por una de las empresa licitadora.

Como hemos reiteradamente señalado, en lo concerniente al informe técnico de valoración del criterio dependiente de juicio de valor, los criterios evaluables en función de juicios de valor tienen la peculiaridad de que se refieren, en todo caso, a cuestiones que por sus características no pueden ser evaluadas aplicando procesos que den resultados precisos predeterminables.

Por el contrario, aun cuando se valoren en términos absolutamente objetivos no es posible prever de antemano con certeza cuál será el resultado de la valoración. Básicamente los elementos de juicio a considerar para establecer la puntuación que procede asignar por tales criterios a cada proposición descansan sobre cuestiones de carácter técnico.

Por ello, hemos declarado reiteradamente la plena aplicación a tales casos de la doctrina sostenida por nuestro Tribunal Supremo con respecto de la denominada discrecionalidad técnica de la Administración. Ello supone que tratándose de cuestiones que se evalúan aplicando criterios estrictamente técnicos, el Tribunal no puede corregirlos aplicando criterios jurídicos. No se quiere decir con ello, sin embargo, que el resultado de estas valoraciones no pueda ser objeto de análisis por parte de este Tribunal sino que este análisis debe quedar limitado de forma exclusiva a los aspectos formales de la valoración, tales como las normas de competencia o de procedimiento, a que en la valoración no se hayan aplicado criterios de arbitrariedad o discriminatorios, o que finalmente no se haya incurrido en error material al efectuarla. Fuera de estos aspectos, el Tribunal debe respetar los resultados de dicha valoración.

En caso que nos ocupa el informe técnico expresamente señala, como reproducimos en los antecedentes de esta resolución, que “la butaca deriva del proyecto de mobiliario y señalética también redactado y elaborado por el mismo arquitecto, donde figura la butaca mas adecuada para las salas citadas, tanto estéticamente como desde el punto de vista acústico”, y que “la butaca referida en el pliego de condiciones se corresponde con el modelo diseñado por el arquitecto F. M., siendo este el modelo sobre el cual se han realizado las valoraciones y comparaciones correspondientes, habida cuenta que según el proyecto arquitectónico concebido por el arquitecto, esta butaca reúne todos los requisitos estéticos y acústicos ideales para los auditorios del Palau de Congressos de Palma”.

Es por ello que el informe califica los tipos de butacas ofertadas en función de que se acerquen o aparten de la butaca diseñada por del arquitecto F. M., que es a juicio de los informantes la perfecta por reunir todos los requisitos estéticos y acústicos ideales para los auditorios, con lo que, al coincidir el diseño tomado como termino de comparación de la evaluación con el modelo suministrado por una de las empresa licitadora, el informe tecnico, amen de vulnerar lo dispuesto en el PPT al no tomar sus prescripciones y posibles modificaciones como referencia, ha incurrido en arbitrariedad y discriminación.

En consecuencia debe reputarse invalido por entero el informe técnico y, consiguientemente, la valoración aprobada por la mesa y la eliminación de la recurrente para pasar a la siguiente fase.

Octavo. En procedimiento de adjudicación que examinamos, se da la circunstancia de que la valoración mediante juicios de valor, que determinó la imposibilidad de la recurrente de continuar en el procedimiento de adjudicación, fue seguida de la apertura y consiguiente valoración de las ofertas económicas de los licitadores admitidos a dicha fase, mediante fórmula.

No podemos dejar de lado, como hemos señalado en anteriores Resoluciones (por todas las números 155/2014, de 20 de febrero, 761/2014, de 14 de octubre, 193/2015, de 26 de febrero, y 673/2015, de 17 de julio), la exigencia de respetar el principio de confidencialidad, y su especial vinculación con los principios de igualdad y libre concurrencia, resultando imposible efectuar una nueva valoración sujeta a juicios de valor, con posterioridad a la toma de conocimiento de las ofertas evaluables mediante fórmulas automáticas, de conformidad con lo establecido en el artículo 150.2 TRLCSP que preceptúa que “la evaluación de las ofertas conforme a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas se realizará tras efectuar previamente la de aquellos otros criterios en que no concurra esta circunstancia, dejándose constancia documental de ello. Las normas de desarrollo de esta Ley determinarán los supuestos y condiciones en que deba hacerse pública tal evaluación previa, así como la forma en que deberán presentarse las proposiciones para hacer posible esta valoración separada”.

En el mismo sentido, el artículo 27 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (RD 817/2009), dispone que “la documentación relativa a los criterios cuya ponderación dependa de un juicio de valor debe presentarse, en todo caso, en sobre independiente del resto de la proposición con objeto de evitar el conocimiento de esta última antes de que se haya efectuado la valoración de aquéllos” y, de manera consecuente, el artículo 30.2 del mismo reglamento establece que “en todo caso, la valoración de los criterios cuantificables de forma automática se efectuará siempre con posterioridad a la de aquéllos cuya cuantificación dependa de un juicio de valor”.

Sobre el principio de confidencialidad y su conexión con la igualdad y la seguridad jurídica, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en Sentencia de 30 de abril de 2014, Asunto T-637/2011, afirmó que se puede “(...) considerar garantizada la confidencialidad de las ofertas [por] que la comisión de apertura de las ofertas [se] halle en dos sobres sellados intactos. Esta norma contribuye de este modo a la seguridad jurídica, eliminando cualquier riesgo de apreciación arbitraria en la apertura de las ofertas, con un coste marginal desdeñable en medios económicos y técnicos, habida cuenta de todos los costes que conlleva la preparación de una oferta. Por consiguiente, la demandante no puede alegar fundadamente que tal obligación viola el principio de proporcionalidad (...)” De igual modo, nuestro Tribunal Supremo, en Sentencia de 20 de noviembre de 2009, recurso de casación 520/2007, se hace eco de la relevancia del secreto de las proposiciones, diciendo que “se trata de garantizar no solo la igualdad entre los licitadores sino también de evitar que el poder adjudicador, o administración contratante, conozca su contenido con anterioridad al acto formal de apertura de las ofertas favoreciendo una determinada adjudicación en razón a ese conocimiento previo.

Mediante tal exigencia se pretende que el proceso sea objetivo y desarrollado con absoluta limpieza sin interferencias. Por ello, cuando se quebranta el secreto de la proposición la nulidad del procedimiento constituye la consecuencia inevitable, tal cual hemos reflejado en el fundamento anterior.”

De la citada doctrina jurisprudencial se ha hecho eco este Tribunal en sus resoluciones. Así, por todas las Resoluciones números 441/2015, de 14 de mayo, 688/2014, de 23 de septiembre, como el el Dictamen del Consejo de Estado 670/2013.

Por consiguiente, a la vista de lo expuesto y de los artículos 150.2 del TRLCSP y 27 del RD 817/2009, al resultar comprometido el principio de igualdad y libre concurrencia, pues no queda respetada la confidencialidad del contenido del sobre que incluye las ofertas relativas a los criterios evaluables mediante juicio de valor con anterioridad a la valoración de la oferta a valorar mediante fórmulas automáticas, la estimación del recurso obliga a declarar la nulidad de todo el procedimiento de licitación tramitado con posterioridad a la aprobación de los pliegos, por lo demás validos, que rigen el mismo, debiendo abrirse de nuevo el plazo para la presentación de ofertas.

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 el recurso interpuesto por D. P. V., en nombre y representación de POLTRONA FRAU S. P. A., contra el Acuerdo de la Mesa de contratación de fecha indeterminada, notificado el 8 de octubre de 2015, por el que se le excluye del procedimiento de adjudicación del contrato de “Suministro e instalación de las butacas de los auditorios del palacio de congresos de Palma de Mallorca”, (Expediente 2/2015), anulando el procedimiento de contratación tramitado desde el momento de la aprobación de los pliegos y ordenando la retroacción del procedimiento a dicho momento procediéndose -en caso de que el órgano de contratación estime oportuno tramitar de nuevo el procedimiento- a anunciar la apertura del plazo de presentación de ofertas.

Segundo. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Illes Balears, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente al de la recepción de esta notificación, 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.