

**Recurso nº 97 e 98/2018 (acumulados)****Resolución nº 98/2018****RESOLUCIÓN DO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN  
PÚBLICA DA COMUNIDADE AUTÓNOMA DE GALICIA**

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

VISTO o recurso especial en materia de contratación interposto por J.R.S., G.J.G.A. e D.L.O. actuando en nome e representación de, respectivamente, VITEL, S.A., SISTEMAS AUDIOVISUALES ITELSIS, S.L. e INDUSTRIAS MAQUIESCENIC, S.L (recurso 97/2018) e J.M.P.B. en nome e representación de UTE TECESA (recurso 98/2018) contra a adxudicación, pola Consellería de Medio Ambiente e Ordenación do Territorio, dun contrato para a subministración, instalación e posta en marcha do equipamento escénico para o Centro Cultural Auditorio de Lugo, expediente 3/2018U, este Tribunal Administrativo de Contratación Pública da Comunidade Autónoma de Galicia (TACGal, en adiante) en sesión celebrada no día da data, adoptou, por unanimidade, a seguinte Resolución:

**ANTECEDENTES DE FEITO**

**Primeiro.-** A Consellería de Medio Ambiente e Ordenación do Territorio convocou a licitación do contrato para a subministración, instalación e posta en marcha do equipamento escénico para o Centro Cultural Auditorio de Lugo, expediente 3/2018U, cun valor estimado declarado de 2.925.237,05 euros.

Tal licitación foi obxecto de publicación na Plataforma de Contratos Públicos de Galicia o 08.03.2018, no DOUE o 13.03.2018, no DOG o 16.03.2018 e no BOE o 19.03.2018.

**Segundo.-** O expediente da licitación recolle que a mesma estivo sometida ao Real Decreto Lexislativo 3/2011 polo que se aproba o Texto Refundido da Lei de contratos do sector público (en adiante, TRLCSP).

**Terceiro.-** Por resolución de 13.09.2018 adxudicouse o contrato a CHEMTROL DIVISION TEATRO S.A.

En canto ás recurrentes, a oferta da UTE TECESA foi clasificada en terceiro lugar e a da UTE VITEL- S.A., SISTEMAS AUDIOVISUALES ITELSIS, S.L.- INDUSTRIAS MAQUIESCENIC, S.L , en cuarta posición.

**Cuarto.-** En data 03.10.2018 VITEL S.A., SISTEMAS AUDIOVISUALES ITELSIS S.L. e INDUSTRIAS MAQUIESCENIC S.L, que compareceron na licitación con compromiso de constituírse en UTE (UTE VITEL-ITELSIS- MAQUIESCENIC, en adiante), interpuxeron o recurso especial en materia de contratación contra a adxudicación, a través da sede electrónica do Ministerio de Facenda, dirixido ao Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuais (TACRC, en adiante), que o remitiu a este TACGal o 04.10.2018 recibindo o número de recurso 97/2018.

O 05.10.2018 a UTE TECESA presenta o recurso especial contra o mesmo acto, a adxudicación, a través da sede electrónica da Xunta de Galicia, tramitado como recurso 98/2018.

Ao abeiro do artigo 13 do Real Decreto 814/2015, de 11 de setembro, polo que se aproba o Regulamento dos procedementos especiais de revisión de decisións en materia contractual e de organización do Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuais, procede acumular ambos recursos para a súa resolución conxunta.

**Quinto.-** Con data 04.10.2018 e 05.10.2018 reclamouse á Consellería de Medio Ambiente e Ordenación do Territorio o expediente e o informe ao que se refire o artigo 56.2 da Lei 9/2017, de 8 de novembro, de contratos do sector público (en adiante, LCSP), o cal foi remitido a este Tribunal.

**Sexto.-** Trasladáronse os recursos aos interesados con data 16.10.2018, recibíndose as alegacións dos integrantes da UTE ITEL-ITELSIS- MAQUIESCENIC ao recurso 98/2018, pola UTE TECESA ao recurso 97/2018 e pola UTE SPICA S.L- STONEX SHOW LIGHTING S.L e por CHEMTROL DIVISION TEATRO S.A. a ambos recursos.

**Sétimo.-** O 10.10.2018 o TACGal decidiu manter a suspensión automática da licitación derivada do artigo 53 LCSP.

## FUNDAMENTOS DE DEREITO

**Primeiro.-** Ao abeiro do artigo 35 bis. 5 da Lei 14/2013, de 26 de decembro, de racionalización do sector público autonómico, corresponde a este Tribunal a competencia para resolver este recurso.

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

**Terceiro.-** Tanto a UTE VITEL-ITELISIS- MAQUIESCENIC coma a UTE TECESA son licitadores que impugnan a adxudicación discutindo a procedencia das ofertas que lles preceden, polo que existe a lexitimación *ad procesum* nos seus recursos.

**Cuarto.-** O 14.09.2018 foi publicada resolución de adxudicación na Plataforma de Contratos Públicos de Galicia, con saída das notificacións individualizadas ese día.

Como vimos, a UTE TECESA presentou o recurso especial correctamente neste TACGal o 05.10.2018, a través da sede electrónica da Xunta de Galicia, estando en prazo polo tanto o recurso 98/2018.

A UTE VITEL-ITELISIS- MAQUIESCENIC, en cambio, non presenta o recurso neste TACGal, como procedía. Este TACGal está en funcionamento dende o 02.04.2018, tal como foi publicitado no DOG de 05.03.2018 e na web deste Tribunal galego (existindo enlace cara esta web no propio TACRC).

Agora ben, en base ao principio *pro actione*, cabe admitir tamén este recurso 97/2018 por canto que entrou neste TACGal o 04.10.2018, en prazo polo tanto, unido a que no anuncio desta licitación no DOUE se daba como órgano competente para o recurso especial ao TACRC, e na resolución de adxudicación informaba do recurso

especial pero sen especificar o órgano competente para este, que era xa o Tribunal administrativo galego.

**Quinto.-** Estamos perante a impugnación da adxudicación dun contrato de subministración – cláusula 1 PCAP, ao ser a prestación de maior importancia- de valor estimado superior aos 100.000 €, polo que os recursos presentados son admisibles conforme o artigo 44 LCSP.

**Sexto.-** A UTE VITEL-ITELISIS-MAQUIESCENIC, cuarta clasificada, alude a que as ofertas de CHEMTROL e de UTE SPICA-STONEX incumpren o PPT por presentar sistemas de audios pasivos, e non activos. Por outra banda, critica a oferta da outra recorrente, a UTE TECESA, por non cumprir todos os elementos dos pregos e porque merecía, en todo caso, unha puntuación inferior.

A UTE TECESA, cuxa oferta foi a terceira clasificada, defende a exclusión das dúas primeiras, CHEMTROL DIVISION TEATRO S.A. (CHEMTROL, en diante) e UTE SPICA S.L-STONEX SHOW LIGHTING S.L (UTE SPICA-STONEX, en diante), por infracción do prego de prescrición técnicas (PPT) en igual sentido que a outra recorrente. Tamén considera que se avaliaron melloras cando isto non era posible, con críticas tamén a avaliación que mereceu a proposición da outra impugnante, a UTE VITEL-ITELISIS-MAQUIESCENIC. Por outro lado, defende a corrección da súa oferta en canto que tiña elementos para obter unha puntuación superior.

Apuntamos xa de inicio que só procede pronunciarse sobre as ofertas que están mellor clasificadas que cada unha das recorrentes e unicamente en canto alegacións eficaces para revertir a adxudicación impugnada e que esta poida recaer nos recorrentes. Isto exclúe as consideracións referidas ás clasificadas por debaixo dos impugnantes.

**Sétimo.-** O órgano de contratación remitiu informes, no trámite previsto no artigo 56 LCSP, para os recursos presentados cuxas argumentacións serán citadas na nosa explicación sobre o fondo.

**Oitavo.-** Nas alegacións dos integrantes da UTE ITTEL-ITELISIS-MAQUIESCENIC ao recurso 98/2018, aluden a que comparten co recurso da UTE TECESA a necesidade de exclusión dos dous primeiros clasificados, e se opoñen á revisión de puntuación desa UTE TECESA polo principio de discrecionalidade técnica defendendo que a súa proposición era moi superior. Pola súa banda, a UTE TECESA

tamén refire o que comparte co recurso desa UTE ITEL-ITELISIS-MAQUIESCENIC, opoñéndose ás críticas desta contra a súa oferta, considerando que é esta UTE a que foi valorada desproporcionadamente.

A UTE SPICA-STONEX opoñese á exclusión da súa oferta porque considera que o sistema de son que aportaban cumpría as esixencias buscadas e que en modo ningún cabe consideralo como non equivalente. No mesmo sentido se pronuncia CHEMTROL ao que engade outras alegacións xustificativas da súa proposición.

**Noveno.-** Como sabemos, a lexitimación ad causam para coa impugnación da adxudicación pivota sobre a efectiva posibilidade de que os argumentos esgrimidos poidan implicar a pretensión buscada de converter aos recorrentes nos adxudicatarios. Neste sentido, como xa describimos, os recorrentes foron o terceiro (UTE TECESA) e cuarto (UTE VITEL-ITELISIS-MAQUIESCENIC) clasificados, estando por diante CHEMTROL e UTE SPICA-STONEX, como primeiro e segundo.

Polo tanto, debemos ordenar os debates presentados para que estes recursos sexan congruentes con tal lexitimación ad causam. Así, xa de inicio, debemos rexeitar as alegacións referidas ás ofertas clasificadas por debaixo das dos recorrentes, por non ser eficaces para esa cuestión de fondo de acadar a adxudicación, como xa apuntamos.

Outro aspecto necesario de aclaración neste comezo é que existen dous recursos, de maneira que as alegacións que se presentaron ao respecto deles non poden servir para reforzar ou ampliar eses recursos – pois tiñan que estar contidos entón no mesmo-, e que tales alegacións só poden ser de oposición ao que o recurso alude, pois doutra forma estaríamos perante unha adhesión ao recorrente o cal non é posible, como xa expresamos na Resolución TACGal 15/2018.

O primeiro paso será entón analizar a mención común en ambos recursos referida a que as ofertas de CHEMTROL e UTE SPICA-STONEX, primeira e segunda clasificada, non cumpren co PPT por non subministrar un sistema autoamplificado de son. As recorrentes utilizan ao efecto unha expresión contida no informe de avaliación das ofertas de que eses licitadores aportan un sistema equivalente, de caixas pasivas con amplificación externa.

Reproducen os recursos entón estes apartados do PPT:

*“SUBSISTEMA DE SON PROFESIONAL SALA 900*

CLUSTER L&R

- CLUSTER L&R
- 12 UNIDADES. Caixa compacta de array curvilineo, autoamplificada de alta potencia RMS que garanta a presión sonora en sala entre 95-105 dB. tipo Meyer LINA ou equivalente”

“SUBSISTEMA DE SON PROFESIONAL SALA 300

CLUSTER L&R

- 8 UNIDADES Caixa compacta de array curvilineo, autoamplificada de alta potencia RMS que garanta a presión sonora en sala entre 95-105 dB. tipo Meyer LINA ou equivalente.”

O informe técnico do órgano de contratación a este recurso especial recolle o seguinte:

*“O prego indica o número e características das caixas acústicas que se estiman para estas prestacións indicando un modelo concreto ou equivalente.*

*Respecto do modelo indicado, que se trate dun modelo autoamplificado quere dicir que o amplificador e os altosfalantes están dentro do corpo da caixa acústica, mentres que no caso de amplificadores externos, a caixa de altosfalante non integra dentro o amplificados. O sistema enténdese que é equivalente en tanto nun como noutro se amplifica o sinal sonoro e emítese polo altosfalante.*

*Estímase no informe técnico da valoración de ofertas que a mesma prestación sonora alcánzase cun sistema composto pola caixa acústica e un amplificador sexa este interno ou externo, como se propón nas ofertas sobre as que se indica no recurso que non cumprirían as prescricións técnicas. E tense en conta no informe que se xustifica cos seus correspondentes estudos acústicos que se consegue a mesma prestación co sistema equivalente de caixas mais amplificadores externos nas ofertas que o presentan.*

*Do anterior estase ao disposto no prego de clausulas administrativas no criterio de valoración das ofertas indicase: “a. Da descrición dous equipos a instalar valorarase que a documentación achegue a información que permita verificar a idoneidade dous equipos, sistemas e materiais, con referencia comerciais, certificacións e homologacións que definan vos equipos ofertados e a súa calidade. Para ese efecto xustificaranse para cada un dous ítems do prego de prescricións técnicas que se cumpren ou superan as determinacións indicadas”.*

*A puntuación ten en conta a concreción da documentación achegada por cada oferta. Matízase a súa puntuación tendo en conta que a prestación da presión sonora*

*(cuantificada na páxina 18 do PPTP) cúmprese pero non se desenvolven naquelas ofertas co mesmo detalle doutros aspectos da acústica que non están indicados expresamente no prego de prescricións técnicas e que deberían terse en conta cunha montaxe coidadosa dos equipos. (distancia entre caixas e amplificadores e lonxitude e calidade de cableados). Ao ser un contrato con subministración e montaxe, tense en conta que será durante este e o ensaio dos equipos cando procede o axuste dos mesmos para conseguir a adecuada calidade de son (que estará adaptada ás salas de auditorio). En definitiva, a presión sonora é unha prestación obxectiva, mentres que a calidade é subxectiva e necesariamente axústase na montaxe e ensaio dos equipos).”*

Para avanzar na cuestión, é moi relevante traer o sistema de avaliación que acollía o prego, para mellor comprensión dos comentarios daquel informe que avaliou as ofertas. Así o PCAP, no apartado 10.1 do cadro de características, dicía:

*“1.1. Descrición dos equipos a instalar...Ata 40 puntos*

*a. Da descrición dos equipos a instalar valorárase que a documentación aporte a información que permita verificar a idoneidade dos equipos, sistemas e materiais, con referencia comerciais, certificacións e homologacións que definan os equipos ofertados e a súa calidade. A tal efecto xustificáranse para cada un dos ítems do prego de prescricións técnicas que se cumpren ou superan as determinacións indicadas.*

*A valoración terá en conta a concreción da documentación achegada, entendendo como tal que se concreten os equipos e sistemas ofertados, que se aporten datos técnicos de todos eles de xeito concreto, e que quede xustificado documentalmente que se cumpren ou se superan os requisitos dos equipos ou sistemas equivalentes aos descritos no prego.”*

A tal fin, o informe técnico de avaliación das ofertas aportaba entón este cadro de plasmación do 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 é importante entón apuntar que, nesta licitación, hai que distinguir o que suporía o incumprimento dos pregos a efectos da exclusión, cos apuntamentos doutro nivel que recolleu o informe técnico precisamente para avaliar as ofertas en base ao que acabamos de reproducir. Neste último caso se está a aplicar aquel criterio reflectido no PCAP, e do que hai que partir, como *lex contractus* que é. Esas consideracións serían entón propias da discrecionalidade técnica para esa avaliación, no que, como xa se dixo moitas veces, este TACGal só pode entrar na súa revogación de existir erro, arbitrariedade ou irregularidades desa dimensión.

Aquí procede destacar que o Tribunal de Xustiza da Unión Europea avala, na súa Sentenza de 12 de marzo de 2015, asunto c-538/13, a seguinte 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 lo licitadores en un contrato público el grado de conformidad de éstas con las exigencias que figuran en los pliegos de la licitación”*

Dito isto, debemos traer tamén que no pregos existen referencias continuas a que se admiten equivalencias dos requisitos dos equipos que se aportan no prego. Concretamente, o apartado 10.1 do cadro de características da PCAP xa menciona que *“quede xustificado documentalmente que se cumpren ou se superan os requisitos dos equipos ou sistemas equivalentes aos descritos no prego.”*

Unha vez partimos deste aserto como condición da licitación, indispoñible neste axuizamento por ser os pregos firmes e consentidos como acabamos de expresar, debemos traer a colación a nosa doutrina sobre as exclusións, a súa vez, coincidente coa do resto de Tribunais administrativos de recursos contractuais.

A estes efectos, serva a reprodución da Resolución TACGal 78/2018:

*“Debemos, polo tanto, facer referencia á normativa e á doutrina pacificamente asentada polos Tribunais administrativos ao respecto da exclusións das ofertas nun procedemento de licitación.*

*O artigo 145.1 do TRLCSP establece que as proposicións dos interesados deben axustarse ao previsto no prego e a súa presentación supón a aceptación*



*incondicionada polo empresario do contido da totalidade das cláusulas ou condiciones sen reserva ningunha.*

*A posibilidade da exclusión da oferta dun licitador está expresamente recollida no artigo 84 do Real Decreto 1098/2001, polo que se aproba o Regulamento da Lei de Contratos das Administracións 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”*

*Polo tanto, como sinala o Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid na súa Resolución 113/2018 para determinar a exclusión da 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.”*

*O Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuais na súa Resolución 613/2014, tamén sinala 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, polo tanto, e seguindo o expresado polo TACRC na súa Resolución 815/2014, que non calquera incumprimento debe supoñer automaticamente a exclusión, senón que debe subsumirse nalgunha das causas recollidas na normativa, interpretarse segundo os principios de igualdade e concorrencia, e sempre ten de supoñer a imposibilidade da axeitada execución do obxecto del contrato.*

*(...)*

*...E non se aporta no recurso ningún argumento ao respecto de que a oferta resulte inviable, no senso de que a súa execución se afastaría do esixido nos pregos da licitación.*

*Como dixemos na Resolución TACGal 45/2018:*

*“A maiores, non por coñecido non debe ser traído que a exclusión é un resultado especialmente gravoso, polo que a proporcionalidade non é un principio menor ao respecto”.*

*No mesmo sentido pronúnciase o Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón no seu Acordo 8/2011, que sinala 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 na nosa Resolución 12/2018 xa precisabamos que:*

*“cómpre sinalar que a exclusión das ofertas por cuestións formais debe ser obxecto dunha interpretación estrita, por ser un acto contrario aos principios de libre concorrencia e antiformalidade*

*que rexen na contratación pública, e vinculada en todo caso a criterios de proporcionalidade. Máis nun suposto en que xa existe un adxudicatario, polo que os intereses de terceiros licitadores non poden prevalecer sobre o interese público que supón o cumprimento da oferta máis vantaxosa, aquí xa declarada no acordo de adxudicación”*

Referido precisamente á oferta técnica, a 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.”*

Unha vez fixado que a exclusión é un resultado especialmente gravoso, e que a idea que preside a análise desta cuestión debe estar referido á imposibilidade manifesta da axeitada execución do obxecto del contrato, o que apreciamos nesta contratación é o que prosigue.

Centrados na cuestión que nos ocupa sobre o subsistema de son, o que se busca, en verbas do PPT, é que *“Este equipamento de audio permitirá a sonorización dos eventos culturais e congresuais previstos, difundindo palabra, música e efectos de audio a todas as localidades da sala 900 e da sala 300 cunha calidade e nivel de presión sonora adecuado, entre 95-105 dB.”* O informe técnico do órgano de contratación así o reflicte cando traslada: *“Para a prestación do equipo de audio*

*profesional establécese no texto do prego de PPTP un requisito numérico, establecendo o nivel da presión acústica que deben alcanzarse nas dúas salas principais do auditorio, denominadas segundo a súa capacidade en sala 900 e sala 300”.*

De feito, o que observa este TACGal é que así se analizaron as ofertas, pois cando o informe de avaliación das ofertas explica a súa metodoloxía xa recolle:

*“SUBSISTEMA DE SONIDO PROFESIONAL de las dos 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”*

Desta maneira, aquí non constatamos desigualdade de tratamento na avaliación das ofertas pois ese foi o parámetro de partida para todas elas.

Polo tanto, no que agora nos ocupa, o que se lle aparece a este Tribunal Administrativo é que o que as condicións da licitación establecen como parámetro dunha *“imposibilidade de cumprir cos requisitos esixidos nos pliegos”*, era que o modelo ofrecido cumprira *cunha calidade e nivel de presión sonora adecuado, entre 95-105 dB* e así se podía entender por un licitador diligentemente informado. Por iso entendemos que no concreto apartado das unidades do subsistema de son das salas se reforzaba esa idea ao dicir que se *“garanta”* a presión sonora en sala entre 95-105 dB.

Seguindo co que nos ocupa, entender que todas e cada unha das mencións exemplificadas no prego para cada un dos elementos operaban a modo de causa de exclusión sería desproporcionado, cando, como vimos, o PCAP, firme e consentido, alude á posibilidade de *“sistemas equivalentes aos descritos no prego.”*. Entendelo doutra maneira podería implicar unha traba á concorrencia ou, como se dispón na doutrina sobre as exclusións as *“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.”*

Ademais, como logo volveremos a apuntar, esta contratación non se baseaba nun mero sistema de chequeo dun listado, senón que a cuestión dos Equipos a instalar estaba englobada dentro dos criterios cuantificables mediante xuízo de valor, polo que tiña sentido que existise marxe para as proposicións, e así podía ser entendido polas empresas participantes.

Este TACGal, tendo en conta esa necesaria vinculación aos pregos, xa explicou en múltiples ocasión como na Resolución 45/2018, que:

*“Agora ben, este TACGal, como xa avanzamos na nosa Resolución 24/2018, considera que, en aras aos bens xurídicos que se dan na licitación, e no equilibrio e proporcionalidade que se debe buscar nos mesmos, a literalidade é un valor, sen dúbida, especialmente relevante pero sempre ligado a unha interpretación conforme en relación, tanto ao conxunto das condicións da concreta licitación, para que sexa unha totalidade coherente entre si, como en relación con aqueles bens xurídicos e mandatos normativos que non se poden desatender.”*

Só a efectos de esgotar a cuestión, apuntar que nas súas alegacións, CHEMTROL chega a expresar que das marcas de maior prestixio na sonorización só unha, Meyer Sound, constrúe sistemas autoamplificados, o que, de ser así, implicaría unha restrición moi cualificada, de entender que só cabía entón este tipo de sistemas.

Como lembra a recente Resolución 87/2018 do Órgano Administrativo de Recursos Contractuais 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, é unha mostra ao que este TACGal lle debe dar valor a efectos do que podía entender un licitador dilixente da lectura dos pregos as seguintes reflexións.

Nunha primeira aproximación, observamos que máis da metade dos licitadores que concorreron (catro de sete) a esta contratación entenderon, neste concreto aspecto do subsistema de son, que o que se pedía era aquela calidade e nivel de presión, a acadar en base a descrición ofrecida no PPT pero tamén por equivalentes, como era estoutro modelo de amplificación. Esa porcentaxe resulta dos comentarios do informe de avaliación das ofertas e así o recolle o recorrente do recurso 97/2018 cando pide, por isto, a expulsión de catro dos sete participantes.

Pero é que ademais observa este Tribunal que esta foi a constante no tocante a este apartado de Equipos a instalar, pois tamén o informe de avaliación aporta varias pasaxes onde reflicte como os licitadores entendían que cabía a admisión de equivalencias (como observamos, por exemplo, nos comentarios dese informe á iluminación escénica de RUYBESA GLOBAL TECHNOLOGIES S.L ou de TELEFÓNICA...). Sumando entón estes licitadores aquí mencionados cos do parágrafo anterior, serían cinco dos sete licitadores os que entenderon esa dinámica, polo que xa con estas cifras dificilmente cabería situar o entendemento dun licitador dilixente noutra concepción.

A maiores, se analizamos a situación dos que restan, os recorrentes, no propio recurso da UTE TECESA entendemos que se aporta tamén que esa era a súa comprensión por canto aparece unha referencia á posible entrada de equivalencias, cando pasa a defender que a súa oferta merecería dunha mellor 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”.*

Máis claro se cabe é que na súa oferta se conteñan referencias expresas de que tamén o entendía así (sobre B.1 da 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”*

É aquí onde non podemos perder de vista que o sistema avaliación das ofertas daba marxe aos ofertantes, como criterio sometido a xuízo de valor que era precisamente, sen prexuízo logo da ulterior puntuación.

No tocante entón ao outro licitador que quedaba por aludir, a recorrente UTE VITEL-ITELIS-MAQUIESCENIC, sen ánimo de ser exhaustivo, baste con expresar que a súa mención a que seguiu ese listado de especificacións, xa xogaríase, no seu caso, en canto á puntuación, polo que non existe discriminación ou afectación á igualdade. Efectivamente, no tocante aos Equipos a instalar esta obtivo xa a máxima puntuación posible, a distancia dos outros, polo que o esforzo que relata a estes efectos tivo a súa incidencia beneficiosa para este.

Chegados a este punto, os recorrentes pretenden negar a validez de todo o que non sexa un modelo autoamplificado, mentres que as alegacións dos que quedaron nas primeiras posicións o negan, aportando tanto un coma os outros informes técnicos para soste as súas posturas.

Situados entón nesta cuestión, estaríamos xa ante un aspecto técnico onde opera a discrecionalidade do órgano, que aquí, no informe da avaliación das ofertas, expresamente se outorga validez a estoutras propostas aos efectos do buscado para esta contratación, e se fai de forma razoada, sen prexuízo da ulterior puntuación no apartado, o cal se nos aparece como ausente de erro ou arbitrariedade.

En definitiva, non apreciamos que existira unha exclusión que se mostre, en verbas da doutrina antes recollida, *“con facilidade de la oferta, sin ningún género de dudas, la imposibilidad de cumplir con los requisitos exigidos en los pliegos.”*. Ou como expresamos na Resolución TACGal 79/2018: *“... non se admite motivar o incumprimento acudindo ben a razoamentos técnicos máis ou menos complexos fundados en valoracións subxectivas, ben a xuízos técnicos ou de valor relativos á capacidade ou aptitude dos licitadores para cumprir o ofertado.”*

**Décimo.-** Unha vez recollido o anterior debemos avanzar na resolución dos recursos presentados, sempre coa premisa da lexitimación ad causam do que pode ter eficacia cara a pretensión dos recorrentes para que recaia neles a adxudicación.

Neste sentido, toca entón analizar as críticas vertidas sobre que CHEMTROL fora a mellor clasificada, pois se non se desvirtúa isto xa non se acadaría o obxectivo impugnatorio perseguido.

Para xustificar esas críticas os recursos invocan, principalmente, os comentarios do informe técnico de avaliación das ofertas. Sendo así, non é indiferente significar que se o parámetro é ese informe, a súa principal afirmación respecto a CHEMTROL – tamén verbo a UTE SPICA STONEX-, foi que: *“Las prestaciones de los equipos ofertados cumplen con lo solicitado en las prescripciones técnicas...”*.

Xa foi tratado que ambos recorrentes defenderan a exclusión do adxudicatario pola cuestión do subsistema de son. Queda por analizar a súa alegación de que a oferta de CHEMTROL debía ser tamén excluída por canto o incumprimento do referido aos téxtiles de escenario. Apuntan que a gramaxe de caixa negra ofrecido era inferior ao descrito no repro: de 310 g/m<sup>2</sup> en vez de 320 g/m<sup>2</sup>.

O primeiro a este respecto é que non podemos chegar á determinación de que exista un incumprimento apreciable, con facilidade, con carácter definitivo, e sen ningún xénero de dúbidas en definitiva, cando na páxina 10 do sobre B desa empresa, carpeta 1/3, se cita *“que todos los telones (bambalín y telón de boca) se confeccionan en un granaje de 360 gr/m<sup>2</sup>”*, cifra que tamén se recolle na ficha técnica do Terciopelo. Na ficha técnica da Ocultación recóllese tamén o cumprimento da cifra en cuestión, aí de 320 gr/m<sup>2</sup>.

A maiores, tampouco aparecería esa exclusión pola dinámica antes explicada pois como aporta o informe técnico do órgano de contratación remitido a este recurso especial no trámite do artigo 56.2 LCSP: *“Tívose en conta que CHEMTROL opta por definir máis panos (telón) dos solicitados que supoñen máis metros de superficie de panos en compensación do gramaje lixeiramente inferior, considerando que se mellora a prestación solicitada”*. Isto é, non se traslada que isto non permita acadar a prestación que se buscaba a estes efectos. A maiores, no informe de avaliación 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 tamén explica o informe do órgano de contratación neste punto:

*“En relación á oferta presentada pola empresa CHEMTROL DIVISIÓN TEATRO, SA, considera que a gramaxe dos téxtiles non cumpre a gramaxe de 320 gr/m<sup>2</sup>.*

*A este respecto cabe dicir que o fin dos téxtiles de escenario é a creación da caixa negra para a forma do espazo escénico e ocultación da tramoia superior, lateral e fondo. A gramaxe dos panos (o peso por metro cadrado de tecido) establécese para*



*garantir a opacidade do tecido. Dita opacidade pode conseguirse con maior espesor do tecido ou con máis capas ou engurrado do mesmo.*

*Na memoria presentada pola empresa CHEMTROL se indica unha gramaxe lixeiramente inferior, ( a pesar de que na ficha catálogo que aporta coa documentación técnica si que cumpre co gramaxe establecido os pregos), pero dende o punto de vista técnico se valora que na oferta se aumenta o número de panos ofertados e polo tanto dos metros cadrados de superficie de tecido compensaríase esa gramaxe respecto da indicada no prego, conseguindo unha maior opacidade e polo tanto unha mellora na prestación solicitada.”*

A maiores, o recurso 98/2018 da UTE TECESA recolle outra serie de alegacións que poderían afectar á oferta de CHEMTROL.

Apunta a que “*Se desconoce si las demás incluyen o no el referido Plan de Formación...*”, e que as que non o teñan deben ser excluídas.

Ante todo, este TACGal en múltiples ocasións lembrou que a carga de aportar e demostrar as alegacións que sustentan á pretensión corresponde ao recorrente que o debe facer coa exhaustividade que corresponda, tendo instrumentos para tal fin como era solicitar ao órgano de contratación o acceso ao expediente, de consideralo oportuno. O que non é procedente é unicamente trasladar alegacións do que pode ou non pode ser incumplido, sen sequera afirmalo con fehaciencia nin mostralo con base ao expediente.

O mesmo sucede coa referencia nese recurso a que sospeita que non se verificou a idoneidade dos equipos dos demais licitadores, sen que se nos concrete cales, en base a que, onde se pode apreciar en concreto, etc.

De todas formas, e sen ánimo exhaustivo pois o anterior sería suficiente, no tocante a CHEMTROL observamos que se recolle a referencia á formación na súa documentación relativa aos criterios avaliábeis de forma automática (como mínimo, na páxina 60 da carpeta 1/3 e no diagrama de Gantt da carpeta 3/3 do seu sobre B). Sobre a outra crítica, tamén xenérica, apuntar tamén que o informe de avaliación da oferta desa empresa adxudicataria sobre os Equipos a instalar, xunto con esa referencia a que cumpre as prescricións técnicas, menciona que a súa documentación concreta precisamente marcas e modelos, unido ao xa expresado de que a presentación da oferta supón que se asume o solicitado nos pregos.

Tamén a UTE TECESA considera que se están a puntuar melloras cando non se permitían nesta licitación.

Varios aspectos debemos referir sobre esta alegación. En primeiro lugar, que neste apartado, sobre todo, critica a avaliación da oferta de UTE ITEL-ITELISIS-MAQUIESCENIC – pola contra, esta última o que expresa é que a da UTE TECESA está sobrevalorada-. A segunda, e de máis relevancia, que a crítica vertida tamén se proxectaría, de ser aceptada, sobre a puntuación da súa oferta pois no informe de avaliación da proposición da UTE TECESA tamén existen referencias do tipo a que *“Complementa el equipo solicitado en el pliego”* ou *“prestaciones superiores”*, de tenor similar ás que se usan para criticar outras ofertas, como a de CHEMTROL.

Sentenzas como as do Tribunal Supremo de 31 de outubro de 1991, 16 de decembro de 1991 e 5 de marzo de 1988, advirten que quen pretende para si un determinado efecto xurídico debe pretender o mesmo para os demais, igual que sería contrario a principios xerais do dereito, como a da boa fe, obter vantaxe dunha infracción cometida tamén por quen a pretende.

En todo caso, unha vez máis debemos significar que este TACGal debe partir dos pregos como lei do contrato. Así, lembremos, o PCAP recollía, no apartado 10.1 do cadro de características:

*“1.1. Descripción dos equipos a instalar....Ata 40 puntos*

*a. Da descripción dos equipos a instalar valorarase que a documentación aporte a información que permita verificar a idoneidade dos equipos, sistemas e materiais, con referencia comerciais, certificacións e homologacións que definan os equipos ofertados e a súa calidade. A tal efecto xustificaranse para cada un dos ítems do prego de prescricións técnicas que se cumpren ou superan as determinacións indicadas.*

*A valoración terá en conta a concreción da documentación achegada, entendendo como tal que se concreten os equipos e sistemas ofertados, que se aporten datos técnicos de todos eles de xeito concreto, e que quede xustificado documentalmente que se cumpren ou se superan os requisitos dos equipos ou sistemas equivalentes aos descritos no prego.”*

Polo tanto, un licitador dilixente podía percibir que, nesa posibilidade de configurar a súa oferta de equipos a instalar, se podían superar as prestacións dos

elementos a aportar pois así se recollía, e foi de xeral comprensión, tamén por este recorrente.

Que o entendeu así o recorrente ven ratificado non só polos comentarios á súa oferta no informe de avaliación, senón pola propia proposición da UTE TECESA, da que, outra vez, caben traer pasaxes que se nos mostran como explícitos ao 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 un dos casos onde o informe de avaliación recolle, precisamente, que a UTE TECESA aporta *“prestaciones superiores”*.

Neste sentido, volver a lembrar que esta licitación non opta por un listado de elementos a modo de simplemente chequear cada un deles e que a puntuación entón sexa só de carácter matemático. A referencia aos Equipos a subministrar está englobado como un criterio cuantificable mediante xuízo de valor onde os licitadores tiñan marxe para configurar as prestacións da súa oferta, polo que sendo isto aplicado con igualdade e estando motivado na avaliación das ofertas, non permite acoller esta alegación deste recorrente.

Por último, observando no recurso 98/2018 entendemos que existe outra alegación que entraría dentro da lexitimación ad causam en relación coa pretensión de ser a adxudicataria.

Así, no recurso da UTE TECESA tamén pide que se eleve a súa puntuación (lembramos que a outra recorrente xa obtivo a mellor puntuación posible nese apartado sobre os equipos a instalar). Vemos que esta, a maiores da mención ás pretendidas melloras, xa tratado, basea esa maior puntuación en que as carencias apreciadas sobre a súa oferta no informe de avaliación sobre a iluminación escénica

de salas e sobre os diagramas -sendo ambos o único que desenvolve argumentativamente, realmente-, non son tales.

Pois ben, estando entón no eido da discrecionalidade técnica onde só cabe revisar se houbo arbitrariedade ou erro ao respecto, estes defectos non quedan constatados, pois, atendendo a como estaba configurado este criterio de adxudicación, non vemos arbitrariedade na puntuación outorgada (tampouco fronte as alegacións da outra recorrente sobre esa oferta desta UTE, aínda que a rebaixa desta non implicaría para ela directamente a súa pretensión). O informe remitido a efectos deste recurso especial xa explica que:

*“Respecto da oferta de UTE TECESA sobre o número de proxectores, enténdese que hai unha indeterminación, xa que aínda que globalmente menciona a cantidade na oferta na descrición dos equipos de dimmers, non desagrega tipo e cantidade de cada tipo. Por iso considérase que a documentación non está detallada pero non se considera causa de exclusión.*

*Respecto dos equipos de son e audiovisuais ratifícase o indicado no informe, xa que se achega na documentación da oferta o detalle da localización de todos os equipos. A valoración da súa descrición é a que non se considera completa e valórase así xa que se aprecian equipos indicados nos planos non descritos suficientemente na memoria , polo que se considera que pese ao gran detalle gráfico da situación dos equipos audiovisuais, a descrición literal non era completa.”*

Desta maneira, como indicabamos na nosa Resolución TACGal 9/2018 :

*“En definitiva, cabe concluír que non se aportan a este Tribunal elementos para apreciar que houbera un erro patente, unha aplicación arbitraria ou desigual, ou infraccións formais, polo que as alegacións vertidas responden entón a unha diferenza de criterio do impugnante fronte a valoración efectuada por quen ten a competencia para isto, o cal excede do carácter revisor do axuízamento que, nestes debates, corresponde ao TACGal”.*

En definitiva, e por todo o dito, este TACGal debe desestimar os recursos presentados.

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

1. **Desestimar** o recurso interposto por VITEL, S.A., SISTEMAS AUDIOVISUALES ITELSIS, S.L. e INDUSTRIAS MAQUIESCENIC, S.L (recurso 97/2018) e pola UTE TECESA (recurso 98/2018) e o interposto pola UTE TECESA (recurso 98/2018) contra a adxudicación, pola Consellería de Medio Ambiente e Ordenación do Territorio, dun contrato para a subministración, instalación e posta en marcha do equipamento escénico para o Centro Cultural Auditorio de Lugo, expediente 3/2018U.

2. Levantar a suspensión acordada no seu día.

3. Declarar que non se aprecia temeridade ou mala fe na interposición do recurso desestimado, polo que non procede a imposición da multa prevista no artigo 58.2 LCSP.

Esta resolución, directamente executiva no seus propios termos, é definitiva na vía administrativa e contra a mesma cabe interpoñer recurso perante a Sala do contencioso-administrativo do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia, no prazo de dous meses, a contar desde o día seguinte á notificación desta resolución, de conformidade co disposto nos artigos 10.1.k) e 46.1 de la Lei 29/1998, de 13 de xullo, reguladora da xurisdición contencioso-administrativa.