

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

En Madrid, a 22 de septiembre de 2016.

VISTO el recurso interpuesto por doña M.A.L., en nombre y representación de Malvalanda, S.L. Unipersonal, contra el Acuerdo de la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Paracuellos de Jarama por el que se adjudica el contrato para el “Suministro de películas para su proyección en el centro cultural”, nº de expediente 18/16, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 14 de abril de 2016, del Ayuntamiento de Paracuellos de Jarama se aprobó la convocatoria por procedimiento abierto, con pluralidad de criterios, para la adjudicación del mencionado contrato, cuya duración es dos años con posibilidad de prórroga por otros dos. La publicación de la licitación tuvo lugar en el BOCM de 9 de mayo de 2016 y en el perfil de contratante del citado Ayuntamiento. El valor estimado asciende a 223.728,84 euros.

Segundo.- En el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) se

establecen como criterios de adjudicación, el precio, valorado con hasta 55 puntos y como criterio sujeto a juicio de valor las mejoras, valorable con hasta 45 puntos:

“1.- Criterio Mejoras: Hasta 45 puntos.

Se valorarán las mejoras que sobre la base de lo dispuesto en el presente Pliego respecto al objeto principal del contrato y las obligaciones del adjudicatario, oferten los licitadores en sus proposiciones sin coste para la Administración. Las mejoras propuestas por el licitador que resulte finalmente adjudicatario serán incorporadas al texto del contrato que se suscriba, de forma que el incumplimiento de cualquiera de ellas será considerado causa de resolución o podrá generar, en su caso, imposición de las penalidades que correspondan”.

Al procedimiento de contratación se presentaron cuatro licitadores, M.O.P., Karma Films, S.L., Malvalanda, S.L. y Urkel Multimedia, S.L.

La valoración de las mejoras ofertadas por los cuatro licitadores que ha realizado la Mesa de contratación al objeto de proponer la adjudicación del contrato fueron las siguientes:

“1.- M.O.P.: 45 puntos, al ofrecer:

- Instalación de un equipo de proyección digital 4K Marca Sony de alta definición con sistema 30-DCP con 30.000 lúmenes de luz para pantallas hasta 200m² (en depósito hasta la finalización del contrato).

- Servicio técnico las 24 horas del día durante los 365 días del año para resolver posibles incidencias y mantenimiento del equipo.

- Operador/Proyeccionista auxiliar para el montaje de las películas y comprobación de las KDMS y de apoyo en sala durante la proyección cuando se le requiera.

- Suministro de 25 películas en formato DVD / Bluray para el Circuito Cultural y filmoteca, así como equipo de proyección y operador cuando se le requiera.

- Programas de mano (5.000 ejemplares en cuatricromía) por cada ciclo de programación y para su distribución en el municipio.

- Suministro de películas entre la 1ª y la 4ª semana del estreno

correspondiente.

2.- KARMA FILMS: 0 puntos, al no ofrecer mejora alguna, puesto que tras exponer la trayectoria y perfil empresarial, el licitador se limita a señalar, como una mera posibilidad genérica, el hecho de que podrían ceder sin coste determinadas películas que se adapten a los eventos programados, sin que no obstante tal circunstancia, en caso de llegar a concretarse como un verdadero compromiso exigible, se considere de una utilidad relevante.

3. - MALVALANDA: 5 puntos, al ofrecer:

- Maratones de cortometrajes, sesiones especiales temáticas.*
- Sesión especial Navidad.*

La Mesa considera que las otras dos mejoras ofrecidas (Taller de cortometrajes y Taller de análisis fílmico), resultando válidas y útiles, no redundan tanto en beneficio de una mejor ejecución del contrato de suministro, como en el público que pudiera estar interesado en participar de dichos talleres.

4.- URKEL MULTIMEDIA: 4 puntos, al ofrecer:

- Incremento de un mínimo de 2 estrenos y 2 películas de filmoteca adicionales.

La Mesa considera que el asesoramiento ofertado referido a la programación y contratación de títulos, aportando listado de novedades y valoración de la crítica, resulta innecesario y carente de beneficio alguno, dada la facilidad de acceder a esa información por cualquier otro medio. Respecto a la aportación del material promociona/ ofertado, igualmente se considera carente de utilidad, pues la aportación de dichos elementos se produce de ordinario”.

Abierto el sobre que contiene la proposición económica, la Mesa de contratación procedió a la clasificación de las ofertas resultando:

1. M.O.P., 99,99 puntos.
2. Malvalanda, 60 puntos.
3. Urkel Multimedia, 48,45 puntos.
4. Karma Films, 35,27 puntos.

El 14 de julio la Junta de Gobierno Local adoptó el acuerdo de adjudicación del contrato a M.O.P., procediendo a la notificación el 26 de julio.

El Ayuntamiento de Paracuellos de Jarama ha formalizado el contrato el 2 de agosto de 2016.

Tercero.- El 4 de agosto Malvalanda, S.L. interpuso recurso especial en materia de contratación en el Registro Electrónico del Ministerio de Economía y Competitividad. El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales lo remitió a este Tribunal el mismo día. Por la Secretaria de este Tribunal se dio traslado al órgano de contratación con fecha 5 de agosto.

Cuarto.- El 15 de septiembre el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 46.2 del artículo 45 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP).

Quinto.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de interesados, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 46.3 del TRLCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones.

Se ha recibido escrito de alegaciones de don M.A.R., en nombre y representación de Urkel Multimedia, S.L. en el que manifiesta su conformidad con los motivos y fundamentos del recurrente en cuanto afirma que *“El ayuntamiento de Paracuellos valoró y puntuó una MEJORA de la empresa ganadora que no tenía que ver con el OBJETO DEL CONTRATO: Suministro de películas, y no equipamientos ni sistemas de proyección”* y solicita *“invalidar la convocatoria”*.

Asimismo señala que *“el caso reviste mayor gravedad aún, ya que hay un error colateral en las apreciaciones de MALVALANDA (muy bien argumentas y ciertas por otro lado): el ayuntamiento no dispone de equipo de proyección en DCP,*

necesario para proyectar la programación que se licitaba. (...) Se trata además de una Mejora cuyo importe es superior al montante anual del Contrato licitado, y así lo expresamos en su momento durante la Mesa de Contratación”.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41.4 del TRLCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Cuando se formula el recurso el día 4 de julio de 2016 el contrato ya estaba formalizado el día 2. La formalización así realizada se produce sin respetar el plazo suspensivo de 15 días hábiles para la interposición del recurso que, con carácter general, se exige por el artículo 156 del TRLCSP para los contratos sujetos a regulación armonizada. También es cierto que en la tramitación del expediente no se ha dado la publicidad correspondiente a este tipo de contrato y que en la notificación de adjudicación a los interesados se hizo constar la posibilidad de interponer recurso de reposición. Existe, en realidad, un conflicto entre la actuación del órgano de contratación de no esperar el plazo de 15 días para formalizar el contrato y el derecho de los interesados a formular el recurso especial en materia de contratación contra la adjudicación, precisamente, en el mismo plazo de 15 días. La solución a este conflicto no puede quedar exclusivamente en el ámbito de la decisión administrativa de formalización del contrato, que vaciaría de contenido el derecho a formular recurso especial por los interesados difiriéndoles únicamente al planteamiento de cuestión de nulidad, con alcance más limitado, pero que también contempla como supuesto especial de nulidad (artículo 37 del TRLCSP, supuestos a) y b)).

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica licitadora, clasificada en segundo lugar, “cuyos

derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso” (artículo 42 del TRLCSP).

Asimismo se acredita la representación de la firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se ha interpuesto el 4 de agosto de 2016 contra el acuerdo de adjudicación adoptado el 14 de julio de 2016, que fue remitido al adjudicatario y al resto de licitadores el 26 de julio, por tanto dentro del plazo de quince días hábiles siguientes a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado, de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra la adjudicación de un contrato de suministro cuyo valor estimado asciende a 223.728,84 euros. El acto es susceptible de recurso especial de acuerdo con el artículo 40.1.a) y 2.c) del TRLCSP.

Quinto.- Como único motivo del recurso se alega error en la valoración de la oferta por considerar que *“la adjudicación de los puntos por juicio de valor en la licitación es errónea. Los criterios que dependen de un juicio de valor (mejoras) versan sobre el objeto del contrato: el objeto de este contrato es el suministro de películas, por medio de su arrendamiento, con objeto de ser proyectadas en el centro cultural de Paracuellos de Jarama o cualquier otra dependencia municipal designada a tal efecto (...) Se valoraran las mejoras que sobre la base de lo dispuesto en el presente pliego respecto al objeto del contrato y de las obligaciones del adjudicatario, oferten los licitadores en sus proposiciones sin coste para la administración”.*

Afirma la recurrente que *“La oferta que ha recibido más puntos por parte de la mesa, aporta un equipo de proyección digital y un operador, algo que no está incluido en el contenido del objeto del contrato ya que se habla de suministro de películas, es decir del contenido de programación y no de necesidades de proyección, siendo ambas cosas objeto de distintos contratos. El ayuntamiento especificó que disponían de servicio de proyección por lo que la mejora no tenía que*

versar sobre el material técnico. Si el ayuntamiento ya tiene proyector de DPC no se entiende para que necesita otro”.

El objeto del contrato es, según establece en la cláusula 3 del PCAP *“el suministro de películas, por medio de su arrendamiento, con objeto de ser proyectadas en el centro cultural de Paracuellos de Jarama o cualquier otra dependencia municipal designada a tal efecto”.*

Los PCAP y los PPT constituyen las bases sobre las que la Administración manifiesta su voluntad de celebrar un negocio jurídico determinado y respecto de las que los empresarios interesados realizarán sus ofertas. Todos los licitadores han de concurrir en condiciones de igualdad de manera que sus ofertas sean valoradas en función de las condiciones y características propias del contrato a ejecutar. Pero en ciertas ocasiones, es complicado determinar con precisión la naturaleza, la extensión o el contenido del contrato que se proyecta realizar o dicho de otra forma, lo previsto en el pliego es susceptible de ser mejorado por otras soluciones técnicas propuestas por los licitadores.

Por ello los pliegos han de identificar la prestación en todos sus elementos, indicando si se admiten variantes y mejoras y en tal caso sobre qué elementos han de versar unas y otras, cuáles son sus requisitos, límites modalidades y aspectos del contrato sobre los que son admitidas.

El artículo 150.2 del TRLCSP establece que para la valoración de las proposiciones y determinar la oferta económicamente más ventajosa deberá atenderse a criterios directamente vinculados al objeto del contrato, serán determinados por el órgano de contratación y se detallarán en el anuncio, en los pliegos de cláusulas administrativas o en el documento descriptivo. El apartado 4 de este artículo dispone que cuando se tome en consideración más de un criterio deberá precisarse la ponderación relativa atribuida a cada uno de ellos.

El artículo 147 del TRLCSP establece que:

“1. Cuando en la adjudicación hayan de tenerse en cuenta criterios distintos del precio, el órgano de contratación podrá tomar en consideración las variantes o mejoras que ofrezcan los licitadores, siempre que el pliego de cláusulas administrativas particulares haya previsto expresamente tal posibilidad.

2. La posibilidad de que los licitadores ofrezcan variantes o mejoras se indicará en el anuncio de licitación del contrato precisando sobre qué elementos y en qué condiciones queda autorizada su presentación”.

En resumen, como ya señaló este Tribunal en su Resolución 43/2011, de 28 de julio, los requisitos para que se puedan admitir las variantes o mejoras son:

- a) que se autoricen expresamente por el órgano de contratación.
- b) que guarden relación con el objeto del contrato.
- c) que sean previstas expresamente en el pliego y en los anuncios.
- d) que se detallen con precisión los requisitos mínimos y modalidades de presentación.

Estos requisitos exigidos por el TRLCSP para las mejoras derivan de la necesidad de que los licitadores concurren en idénticas condiciones de igualdad, de manera que sus ofertas sean valoradas en función de las condiciones y características propias del contrato a ejecutar y se respete, en suma, la regla de la comparación de ofertas para poder decidir cuál es la económicamente más ventajosa.

En cuanto a la definición y contenido de las mejoras este Tribunal en su Resolución 43/2011, de 28 de julio, explica que las mejoras son aquellas aportaciones extras sobre la prestación que han sido señaladas en el PCAP como susceptibles de ser presentadas para la valoración de la oferta del licitador y determinar la adjudicación a través de los criterios de valoración. Cabe recordar, que como ha indicado este Tribunal en varias ocasiones, entre otras en las Resoluciones 43/2011, de 28 de julio, 57/2013 de 17 de abril, 92/2013, de 26 de junio, y la 55/2015

de 15 de abril, las mejoras deben ser objeto de definición de los pliegos, en aras de los principios que deben regir la contratación pública.

Asimismo sobre la concreción exigible a los pliegos de contratación, el Tribunal Administrativo Central de Contratos en su Resolución 606/2016, de 26 de julio, ha tenido oportunidad de manifestarse señalando que los principios rectores básicos de la contratación pública exigen que, *“tanto la descripción de los criterios de adjudicación como la determinación de las reglas de ponderación de los mismos y de igual modo las mejoras, queden fijados con el necesario nivel de concreción en los Pliegos, permitiendo a los licitadores conocer de antemano cuáles serán las reglas precisas que rijan la valoración de sus ofertas y evitando que puedan producirse arbitrariedades en dicha valoración, cuyos parámetros no pueden quedar discrecionalmente en manos de la mesa de contratación”*.

En el mismo sentido la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Ministerio de Economía y Hacienda, en su informe 59/2009, de 26 de febrero de 2010, relativo a la inclusión en los pliegos criterios de adjudicación consistentes en valoración de mejoras, considera que son admisibles las que estén previstas con el suficiente grado de identificación en los pliegos (o en su caso en el anuncio de licitación), guarden relación directa con el objeto del contrato y se establezca la forma en que incrementarán la valoración de la oferta que las contenga.

En el caso objeto del recurso, la posibilidad de mejoras admitida en el PCAP se define de una manera genérica y no resultan precisados los aspectos concretos sobre los que deben presentarse, ni se fijan los requisitos mínimos y modalidades de presentación, ni se establece la ponderación que se otorgará a cada uno de los apartados y los parámetros a considerar para la asignación de los puntos previstos, extremos que exige el artículo 147.2 del TRLCSP, dejando un margen de discrecionalidad excesivo al órgano de contratación, por lo que no reúne los requisitos antes citados para considerarla admisible. Al no desglosar suficientemente la puntuación que corresponde otorgar en la valoración de cada criterio se reduce el

grado de transparencia en la adjudicación y se dificulta el control que el órgano encargado de la resolución de recursos pueda realizar. Tal como se pone de manifiesto en el recurso, resulta contradictorio que, por una parte, el Ayuntamiento disponga del espacio y de los medios para la proyección de películas y por otro valore como mejora que se aporte un equipo de proyección digital y un operador.

Este Tribunal considera que se ha producido una vulneración del principio de igualdad generadora de indefensión para los licitadores, en tanto en cuanto éstos a la vista de los pliegos no podían conocer de antemano los criterios que el órgano de contratación iba a tener en cuenta para la valoración de sus ofertas. El indicado principio de igualdad y su vertiente del principio de transparencia, implica que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones (Sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de abril de 2004, Comisión/CAS Succhi di Frutta, asunto C-496/99 P, Rec. p. I-3801, apartados 109 a 111), circunstancia que como más arriba se ha puesto de relieve no concurre en el presente caso.

Esta discrecionalidad es reconocida por el propio órgano de contratación, que no justifica cómo ha llegado a la conclusión de que una oferta merece 45 puntos y otras solo 4, 5 o cero, ni previamente con qué parámetros había de hacerse esa valoración para que los licitadores preparen sus ofertas y las puedan cuantificar económicamente. La explicación sobre la ponderación o el reparto de puntos aplicables a las mejoras establecidas, debe hacerse en los Pliegos, es decir, antes de la presentación de las proposiciones, porque ese conocimiento es el que permitirá a las empresas realizar sus ofertas con pleno conocimiento de los criterios que posteriormente se aplicaran en el reparto de la puntuación. Las explicaciones posteriores, una vez presentadas las ofertas y valoradas, por muy razonables y detalladas que sean no evitan en modo alguno la arbitrariedad prohibida por la norma a la hora de valorar las mejoras. El Tribunal carece de elementos objetivos para controlar, como se pide en el recurso, la valoración del criterio de adjudicación

cuya puntuación es determinante de la adjudicación y objeto del recurso. Una cosa es la discrecionalidad técnica que opera en la valoración de cuestiones sujetas a juicio de valor y otra la arbitrariedad en la determinación de qué ha de ser objeto de valoración y qué no, cuando no habiéndose concretado previamente en los pliegos su estimación económica ha determinado la presentación de una oferta económica más o menos competitiva, relativizando así su posibilidad de comparación en términos de igualdad.

Aunque la empresa ahora recurrente no impugnó en tiempo y forma el PCAP rector de este procedimiento de contratación, este Tribunal puede examinar si concurre en el mismo un motivo o causa de nulidad de pleno Derecho ex artículo 62.1.a) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en virtud del principio *quod nullum est nullum effectum producit*. Los órganos encargados de la resolución del recurso especial (Vid. TCRC 370/2014 o Resolución TCRC 302/2011, 14 de diciembre) vienen considerando que unas cláusulas que pueden dar lugar a una valoración de las ofertas contraria a los principios de igualdad y de trato no discriminatorio han de calificarse como nulas de pleno derecho *“(...) porque basta con que permitan la posibilidad de una aplicación discriminatoria para que deban considerarse afectadas por el vicio de nulidad absoluta”*.

En consecuencia, debemos plantearnos la cuestión de si tal cláusula es de aplicación obligatoria a pesar de haber aceptado los licitadores el contenido de los pliegos con la presentación de su oferta, ex artículo 145 TRLCSP, o si, por el contrario, debe considerarse como no puesta y en este caso si la sanción de nulidad de pleno Derecho ha de quedar circunscrita a la valoración del criterio “mejoras”, o ha de conducir a la declaración de nulidad de todo el procedimiento de licitación.

Como también señalábamos en nuestra Resolución 55/2015, de 15 de abril, al anular el criterio de adjudicación relativo a las mejoras, hay que declarar también la nulidad del proceso de licitación. Además, como ha declarado el TJUE (Sentencia de

4 de diciembre de 2003, asunto C-448/01, EVN AG y Wienstrom GmbH contra República de Austria) *“los principios de igualdad de trato y de transparencia de los procedimientos de adjudicación implican que las entidades adjudicadoras deben atenerse a la misma interpretación de los criterios de adjudicación a lo largo de todo el procedimiento (...) De ello se deduce que, en el caso de que el órgano que conoce del recurso anule una decisión relativa a algún criterio de adjudicación, la entidad adjudicadora no puede continuar válidamente el procedimiento de adjudicación haciendo abstracción de dicho criterio, puesto que ello equivaldría a modificar los criterios aplicables al procedimiento en cuestión”.*

Este Tribunal, en aras a garantizar el máximo respeto a los principios de transparencia, igualdad y no discriminación en los procedimientos de concurrencia competitiva (artículos 1 y 139 del TRLCSP), considera que no puede declarar la nulidad de alguno de los criterios de adjudicación y mantener los restantes, pues la declaración de nulidad de alguno de dichos criterios implica que la oferta que se está valorando no se ha hecho teniendo en cuenta o con conocimiento de la ponderación real que todos ellos iban a tener en el resultado del procedimiento. Así la anulación del criterio relativo a mejoras implica que las ofertas menos económicas pueden deberse a que en su formulación han tenido en cuenta el valor de unas mejoras que ahora no se admiten y compiten a la hora de determinar la oferta más ventajosa con otras que resulten más económicas, por no haber formulado mejoras por lo que no pueden compararse en condiciones de igualdad.

En consecuencia, procede declarar la nulidad del apartado 19.2 del Anexo I del PCAP, la anulación de la adjudicación y los actos posteriores, incluso el contrato formalizado que entrará en fase de liquidación, y del procedimiento de licitación que deberá reanudarse desde su acuerdo inicial, si el órgano de contratación lo considera necesario. En el nuevo Pliego se incluirán criterios de adjudicación objetivos, determinando los supuestos en que proceden las mejoras (en el supuesto de considerarlas precisas como criterio de adjudicación), los elementos sobre los

que pueden recaer, la ponderación y la manera de acreditarlas y la forma de valoración.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 41.4 del TRLCSP y el artículo 3.2 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Estimar el recurso especial, interpuesto por doña M.A.L., en nombre y representación de Malvalanda, S.L. Unipersonal, contra el Acuerdo de la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Paracuellos de Jarama por el que se adjudica el contrato para el “Suministro de películas para su proyección en el centro cultural”, nº de expediente 18/16, anulando la adjudicación recaída y el procedimiento de adjudicación.

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.

Tercero.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998,

de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP.