

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

En Madrid, a 28 de noviembre de 2018.

VISTOS los recursos especiales en materia de contratación interpuestos por don A.C.S., en nombre y representación Thematis Musicae Gestio, S.L., (en adelante Thematis) contra la propuesta de adjudicación de la Mesa de contratación de fecha 16 de octubre del 2018, del contrato “Desarrollo de la actividad de música en la Escuela Municipal Francisco de la Rosa del Ayuntamiento de Humanes de Madrid” y contra la Resolución de adjudicación de fecha 17 de octubre de 2018 del referido contrato, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante Resolución de la Alcaldía de Humanes de Madrid, de fecha 23 de julio de 2018, se acordó el inicio del expediente para la contratación del servicio “Desarrollo de la actividad de música en la Escuela Municipal Francisco de la Rosa del Ayuntamiento de Humanes de Madrid” y con fecha 20 de agosto de 2018 se publicó el anuncio de licitación correspondiente al contrato mencionado, en la Plataforma de la Contratación del Sector Público (en adelante PLACE) a adjudicar mediante procedimiento abierto y pluralidad de criterios. El valor estimado del contrato es 195.000 euros y la duración del contrato es de dos años, con posibilidad de prórroga por un año más.

Interesa destacar en relación con el objeto de los recursos que la cláusula Décima del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) define los criterios de adjudicación y atribuye 60 puntos a los criterios evaluables en cifras o porcentajes, uno de ellos consiste en *“Puesta en funcionamiento de agrupaciones musicales en Humanes de Madrid,”* al que corresponde *“Por cada agrupación: 1 punto con un máximo de 5 puntos”*

Segundo.- A la licitación han concurrido tres empresas, una de ellas la recurrente.

Tras la oportuna tramitación la Mesa de contratación de 1 de octubre, adoptó el acuerdo de elevar a la Alcaldía la propuesta de adjudicación del contrato a favor de Amalgama Musical, S.L., a la vista de la clasificación definitiva que recoge en el acta de dicha sesión.

PUNTUACIÓN TOTAL	SOBRE C	SOBRE B	TOTAL
AMALGAMA MUSICAL, S.L.	40	50,62	90,62
PRODUCCIONES MÚSICO-TEATRALES Y EDUCATIVAS ATENAY	23	60	83
THEMATOS MUSICAE GESTIO, S.L.	40	48,96	88,96

El 8 de octubre de 2018, Thematis presentó ante el órgano de contratación un escrito solicitando la revisión de la puntuaciones otorgadas a su propuesta en relación con el criterio *“Puesta en funcionamiento de agrupaciones musicales en Humanes de Madrid”*, por considerar errónea la asignación de 3 puntos ya que ha ofertado 5 agrupaciones independientes y diferentes entre sí, con distintas características (niveles, programaciones, tipos de instrumentos, cantidad de alumno sy objetivos diferentes) que fueron claramente numeradas en su oferta, como consta a continuación. *“3. Que dicha sociedad se compromete a la puesta en funcionamiento de agrupaciones musicales en Humanes de Madrid.*

- 1. *Música de Cámara. Grupo 1.*
- 2. *Música de Cámara. Grupo 2.*
- 3. *Música de Cámara. Grupo 3.*

- 4. *Grupo de música tradicional o folklore local.*
- 5. *Coro Gospel.*”

Considera por tanto que le corresponde la máxima puntuación, 5 puntos. En dicho escrito expone las características de cada una y motivada su reclamación en que el Pliego del concurso no requiere que se entre en el detalle de composición, instrumentos, nivel, número de alumnos de cada agrupación, sino sólo que se manifieste el número de agrupaciones que oferta para el Servicio a prestar.

El 16 de septiembre de 2018 se reúne nuevamente la Mesa de contratación a efectos de revisar la valoración otorgada a la empresa Thematis, dando lectura del informe emitido por el Técnico de cultura de fecha 8 de octubre de 2018, en el que se manifestaba *“Una vez recibidas las alegaciones de Thematis Musicae Gestio S.L. respecto a la puntuación recibida en ‘la puesta en funcionamiento de agrupaciones musicales en Humanes de Madrid’: dentro del proceso de adjudicación del servicio de gestión de la escuela municipal de música ‘Francisco de la Rosa’, del Ayuntamiento de Humanes de Madrid, y revisada toda la documentación, resuelvo:*

1.- Es objetivo de esta Concejalía que la oferta cultural dentro de Humanes de Madrid sea lo más variada posible, por lo que cuando en el pliego de condiciones de dicho proceso ofertamos 5 puntos por ‘cada agrupación musical puesta en funcionamiento en Humanes de Madrid’, buscamos que sean agrupaciones claramente diferenciadas por su composición y/o repertorio.

2.- Como ya indico en el informe técnico de la valoración de la documentación aportada en el sobre B, Thematis Musicae Gestio S.L. dentro de ese apartado, se compromete a poner en marcha varias agrupaciones, sólo citando ‘música de cámara grupo 1, 2 y 3’ y sin especificar repertorio ni composición de cada grupo, no encontrando ninguna base documental para considerar que dichos grupos 1, 2 y 3 van a aumentar la variedad de oferta músico-cultural en el municipio (más allá de una división por niveles de los componentes), por lo que considero tales como una agrupación única.

3.- No existe en dicho pliego periodo extraordinario para complementar documentación, por lo que la documentación adicional aportada en las alegaciones no se tienen en cuenta.

4.- Con todas estas premisas resuelvo que la puntuación en este apartado es de 3 puntos.”

A la vista de lo cual la Mesa de contratación acuerda elevar al Alcalde la propuesta de desestimación de la solicitud de revisión de la puntuación otorgada a Thematis y mantener la propuesta de adjudicación realizada en fecha 1 de octubre de 2018, a favor de Amalgama Musical, el cual asumiendo la propuesta adopta la Resolución de adjudicación de fecha 17 de octubre de 2018, que se notifica a los interesados el 25 de octubre y se publica en la PLACE al día siguiente.

Tercero.- El 6 de noviembre de 2018 tuvo entrada en este Tribunal, el recurso formulado contra la propuesta de adjudicación de la Mesa de contratación de fecha de octubre de 2018.

En el recurso solicita la anulación de dicho acto, para que se asigne a la propuesta de Thematis, la máxima puntuación 5 puntos en el apartado de *“agrupaciones musicales”* y, de acuerdo a ello, se proponga la adjudicación del concurso a favor de la recurrente.

El órgano de contratación remitió el expediente y los informes a que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transpone al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP), el 12 de noviembre de 2018, *“ratificando el informe técnico de fecha 8 de octubre de 2018 y manteniendo la puntuación dada.”*

Cuarto.- El 8 de noviembre de 2018 Thematis presentó ante el Tribunal un segundo recurso esta vez contra la resolución de la Alcaldía de adjudicación del contrato de fecha 17 de octubre de 2018 solicitando su anulación, en los mismos términos que en el anterior recurso.

Quinto.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de interesados, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP,

concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones. Finalizado el plazo ha presentado escrito la empresa Amalgama Musical en el que argumenta respeto de la oferta de la recurrente que la “música de cámara” no es considerada como un conjunto instrumental si no como una asignatura que no existe como obligatoria en la enseñanza elemental y por tanto no debe considerarse como una agrupación musical por lo que la puntuación otorgada debe entenderse correcta y solicita en consecuencia la desestimación del recurso.

Sexto.- Con fecha 15 de noviembre de 2018, el Tribunal acordó mantener la suspensión del expediente de contratación producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 53 de la LCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46 de la LCSP 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.

Segundo.- Los recursos han sido interpuestos por persona legitimada para ello, al tratarse de un licitador clasificado en segundo lugar, *“cuyos derechos e intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta por las decisiones objeto del recurso”* (Artículo 48 de la LCSP).

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El artículo 57 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, establece que el órgano administrativo que inicie o tramite un procedimiento, cualquiera que haya sido la forma de su iniciación, podrá disponer su acumulación a otros con los que guarde identidad sustancial o íntima conexión. Asimismo el artículo 13 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, establece que *“Podrá acordarse la acumulación de dos o más recursos en cualquier momento previo a la terminación, tanto de oficio como a solicitud del recurrente o de cualquiera de los interesados comparecidos en el procedimiento”*.

La acumulación de diversos recursos administrativos constituye una facultad del órgano competente para su resolución que puede acordar de propia iniciativa. Vistos los recursos objeto de la presente resolución, se aprecia identidad en el asunto, se trata del mismo expediente de contratación y se basan en motivos de impugnación coincidentes. Por ello, este Tribunal considera necesaria la acumulación de las mismas.

Cuarto.- Los recursos se plantean en tiempo, pues el acuerdo de la Mesa elevando la propuesta de adjudicación provisional del contrato se adoptó el 16 de octubre de 2018, dándose por notificado el recurrente con su publicación en la PLACE el 17 de octubre, e interpuesto el recurso el 6 de noviembre de 2018, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

La resolución de adjudicación definitiva fue adoptado el 17 de octubre de 2018, notificado por correo el 25 del mismo mes y publicada en la PLACE el 26 de noviembre de 2018, e interpuesto el recurso el día 8 de noviembre, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Quinto.- El objeto de recurso en el primer caso es la propuesta de adjudicación de un contrato de servicios de importe superior a 100.000 euros.

El artículo 44.2 de la LCSP, en su letra b) y c) considera recurribles *“b) Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que estos 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. En todo caso se considerará que concurren las circunstancias anteriores en los actos de la Mesa o del órgano de contratación por los que se acuerde*

la admisión o inadmisión de candidatos o licitadores, o la admisión o exclusión de ofertas, incluidas las ofertas que sean excluidas por resultar anormalmente bajas como consecuencia de la aplicación del artículo 149.

c) Los acuerdos de adjudicación.”

La propuesta de adjudicación como acto de trámite no cualificado no es susceptible de recurso. A la vista de lo expuesto, procede declarar la inadmisión del recurso, por cuanto el acto recurrido es un acto de trámite no impugnabile separadamente, sin perjuicio de la facultad que asiste al recurrente de impugnar la adjudicación, como de facto ha hecho.

En cuanto al segundo recurso interpuesto contra la resolución de adjudicación de dicho contrato, asumiendo íntegramente la anterior propuesta, es un acto recurrible al amparo del artículo 44.1.c) 2.c) de la LCSP.

Sexto.- Alega Thematis la errónea aplicación de la cláusula décima del PCAP relativa a los criterios de adjudicación del contrato, en concreto en lo referido a los criterios cuya valoración se establece de forma automática, en concreto en el punto 3. *“Puesta en funcionamiento de agrupaciones musicales en Humanes de Madrid, Por cada agrupación: 1 punto con un máximo de 5 puntos”*

Opone, al igual que manifestara en la solicitud de revisión dirigida al órgano de contratación, que el Pliego del concurso no requiere que se entre en el detalle de composición, instrumentos, nivel, número de alumnos de cada agrupación sino tan sólo que se manifieste el número de agrupaciones que oferta para el Servicio a prestar. Reproduce el contenido de su oferta y el de sus alegaciones en las que detalla las características de las cinco agrupaciones ofertadas así como el informe técnico de fecha de 8 de octubre de 2018, en contestación a esa solicitud, antes transcrito.

En relación con las 3 agrupaciones de música de cámara en que se centra la reclamación explica que su formato se ha ajustado a aulas de dimensiones reducidas, donde el nivel de los instrumentistas, las familias de instrumentos marcan unos objetivos y repertorio completamente distintos entre sí y las describe

pormenorizadamente.

Explica que el detalle aportado en las alegaciones presentadas al órgano y reiterada en su recurso, no se recogió en la oferta por dos razones: la primera porque, insiste, no se requería. La segunda *“es dejar cierto grado de flexibilidad al propio municipio para poder finalmente ofrecer una gama de actividades reales en base a los alumnos matriculados o a los ciudadanos que quieran formar parte de dichas agrupaciones. Esta es la manera habitual de presentar una oferta”*. Afirma que por su experiencia ha enfocado este tipo de actividades para que tengan una buena aceptación en los municipios donde se desarrollan y concluye que los 3 grupos de cámara pueden ofrecer una variedad musical en composición y repertorio teniendo en cuenta la diferenciación de familias de instrumentos, número de instrumentistas y niveles de los mismos.

Concluye que por todo lo expuesto la puntuación que debiera haberse asignado es de 5 puntos, y de acuerdo a ello, debiera haber sumado una puntuación total de 91.96.

El órgano de contratación únicamente reitera que no existe en dicho proceso ningún periodo extraordinario para complementar documentación, por lo que la documentación adicional aportada en las alegaciones no se tiene en cuenta y ratifica el informe técnico del día 8 de octubre de 2018, manteniendo la puntuación dada.

Se debe recordar que los pliegos del contrato contienen los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes y que en reiterada Jurisprudencia del Tribunal Supremo se señala el carácter de los pliegos como ley del contrato, entre otras la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 2009 (RJ/2009/4517), que viene a establecer que *“el pliego de condiciones es la legislación del contrato para la contratista y para la administración contratante teniendo por ende fuerza de ley entre las partes”* dándose la circunstancia de que en este caso los pliegos no han sido impugnados por lo que su contenido fue aceptado, a tenor de lo dispuesto en el artículo 139 de la LCSP, sin salvedad o reserva alguna.

A tenor de lo dispuesto en el artículo 145.5 de la LCSP “Los criterios a que se refiere el apartado 1 que han de servir de base para la adjudicación del contrato se establecerán en los pliegos de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo, y deberá figurar en el anuncio que sirva de convocatoria de la licitación, debiendo cumplir los siguientes requisitos:

a) En todo caso estarán vinculados al objeto del contrato, en el sentido expresado en el apartado siguiente de este artículo.

b) Deberán ser formulados de manera objetiva, con pleno respeto a los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad, y no conferirán al órgano de contratación una libertad de decisión ilimitada.

c) Deberán garantizar la posibilidad de que las ofertas sean evaluadas en condiciones de competencia efectiva e irán acompañados de especificaciones que permitan comprobar de manera efectiva la información facilitada por los licitadores con el fin de evaluar la medida en que las ofertas cumplen los criterios de adjudicación. En caso de duda, deberá comprobarse de manera efectiva la exactitud de la información y las pruebas facilitadas por los licitadores”

Cabe recordar también que el artículo 150 de la LCSP establece que: “Para realizar la citada clasificación, se atenderá a los criterios de adjudicación señalados en el pliego, pudiéndose solicitar para ello cuantos informes técnicos se estime pertinentes”. En esta segunda fase la Administración debe respetar absolutamente las reglas que ella estableció en el correspondiente Pliego.

Sentado lo anterior, debe examinarse si lo ofertado cumple las exigencias requeridas en el PCAP y resulta correcta la puntuación otorgada correspondiente a los criterios objetivos de adjudicación teniendo en cuenta que esta formulado de manera taxativa por cada agrupación que se oferte 1 punto, hasta un máximo de 5.

Para poder valorar el grado de cumplimiento de este criterio objetivo, el PCAP en la cláusula octava establece los requisitos para la presentación de proposiciones y documentación administrativa, estable que se deberán tres sobres uno de ellos denominado “Sobre B: Proposición Económica y Documentación Cuantificable de Forma Automática”, y a continuación explicita:

“1. Oferta económica, ajustada al modelo del Anexo 1 y será suscrita por el empresario individual o por la persona que, en representación de persona jurídica, ostente los poderes suficientes a tales efectos.

En la proposición deberá indicarse, como partida independiente el importe del IVA que deba ser repercutido, si no estuviera exento.

2. Actividades formativas complementarias para los alumnos sin coste para el Ayuntamiento.

3. Puesta en funcionamiento de agrupaciones musicales en Humanes de Madrid.”

Por tanto, ni en la descripción del criterio de adjudicación ni en la del sobre B de documentación se especifica qué extremos se deben detallar en la proposición, ni siquiera que se deba aportar la explicación o documentación que el licitador considere oportuna para la valoración de su oferta. De manera que en principio bastaría la simple enumeración de las agrupaciones musicales a realizar siempre que con la denominación individualizada de cada agrupación se pudiera concluir el tipo y número de actividades propuestas para atribuir la puntuación que correspondiera en función del número sin que cupiera emitir ningún juicio de valor sobre su calidad, composición o cualquier otra característica.

Comprueba el Tribunal que la oferta de Thematis para la puesta en funcionamiento de las agrupaciones consiste en cinco agrupaciones, de las cuales tres son de música de cámara, una es un grupo de música tradicional y otra un coro Gospel y que el criterio discutido atribuye *“Por cada agrupación: 1 punto con un máximo de 5 puntos”*. Por lo que habiendo formulado su proposición en los términos exigidos en el PCAP, debió de atribuirse el máximo de puntuación al haber oferta cinco agrupaciones musicales.

Máxime cuando el órgano de contratación tuvo ocasión de comprobar, al analizar la solicitud de revisión de la valoración de su oferta que le dirigió Thematis, que a pesar de ofertar tres de las agrupaciones con la misma denominación por corresponder a una única tipología -Música de Cámara- se trataba de tres agrupaciones musicales diferentes (1, 2 y 3), aclaración que por otra parte la Mesa contratación o los técnicos evaluadores, si consideraban que la documentación

aportada era insuficiente para pronunciarse sobre el cumplimiento del criterio establecido en el Pliego, deberían haber requerido otorgando el plazo correspondiente para efectuar una aclaración o completar el documento presentado, sin posibilidad de modificar la oferta de acuerdo con el principio antiformalista que debe presidir la licitación pública con el objeto de lograr la mayor concurrencia posible.

Por cuanto antecede, habiendo ofertado el recurrente cinco agrupaciones musicales diferentes, se debe estimar el recurso anulando la resolución de adjudicación y retrotrayendo el procedimiento al momento en que se debió valorar la oferta de Thematis conforme al criterio de valoración establecido en el PCAP.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en 46.4 de la LCSP y el artículo 3.5 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.- Acumular la tramitación de los recursos interpuestos por don A.C.S., en nombre y representación Thematis Musicae Gestio, S.L., contra la propuesta de adjudicación de la Mesa de contratación de fecha 16 de octubre del 2018, del contrato “Desarrollo de la actividad de música en la Escuela Municipal Francisco de la Rosa del Ayuntamiento de Humanes de Madrid” y contra la Resolución de adjudicación de fecha 17 de octubre de 2018 del referido contrato.

Segundo.- Inadmitir el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don A.C.S., en nombre y representación Thematis contra la propuesta de adjudicación de la Mesa de contratación de fecha 16 de octubre del 2018, por no tratarse de un acto susceptible de recurso.

Tercero.- Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don A.C.S., en nombre y representación Thematis contra la resolución de adjudicación de

fecha 17 de octubre del contrato *“Desarrollo de la actividad de música en la Escuela Municipal Francisco de la Rosa del Ayuntamiento de Humanes de Madrid”*, anulando la adjudicación y ordenado la retroacción del procedimiento para que una vez valorada la oferta de acuerdo lo manifestado en el fundamento quinto de esta Resolución, adjudicar el contrato a la oferta que resulte económicamente más ventajosa.

Cuarto.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición de las reclamaciones por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Quinto.- 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 59 de la LCSP.