

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

En Madrid, a 22 de diciembre de 2021.

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Chemtrol División Teatro, S.A. contra el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Cubas de la Sagra de fecha 5 de noviembre de 2021, por el que se adjudica el contrato de “Suministro e instalación del equipamiento técnico de la sala-Auditorio del Edificio de las Artes escénicas y recreativas de Cubas de la Sagra”, Lote 2 este Tribunal ha adoptado la siguiente

**RESOLUCIÓN**

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.-** Mediante anuncio publicados el 17 de agosto de 2021 en el perfil de contratante del Ayuntamiento de Cubas de la Sagra, alojado en la PCSP, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación y dividido en 2 lotes

El valor estimado de contrato asciende a 136.363,63 euros y su plazo de duración será de 45 días.

A la presente licitación se presentaron 8 licitadores, entre ellos la recurrente

**Segundo.-** Con fecha 6 de septiembre de 2021 la mesa de contratación procede a la apertura de las ofertas presentadas por las distintas empresas licitadoras. A la vista del resultado procede a requerir, a cinco de las seis empresas, subsanación de la documentación.

Consecuencia de las subsanaciones presentadas, la mesa de contratación, en su sesión de 6 de octubre de 2021, acordó excluir a 3 empresas por no subsanar correctamente la documentación y se aceptó la documentación aportada por Escénica Ingeniería, S.L. (en adelante ESCÉNICA) y Tecesa Acústica Visual, S.L., (en adelante TECESA), procediendo a valorar la documentación aportada por estas últimas junto con la de Chemtrol División Teatro, S.A. (en adelante CHEMTROL).

A la vista de que todas ellas habían obtenido la misma la puntuación, se les requirió para que aportasen la documentación para justificar los criterios de desempate en el lote 2, conforme recogía la cláusula 13ª del Pliego de Condiciones Administrativas Particulares.

Vista la propuesta de la mesa de contratación adoptada el 14 de octubre de 2021, la Junta de Gobierno local del Ayuntamiento de Cubas de la Sagra propuso adjudicar a ESCÉNICA el Lote 2, con fecha 5 de noviembre notificándose a los licitadores el 8 de noviembre de 2021.

Solicitada por TECESA y CHEMTROL vista del expediente, este fue puesto a su disposición el 14 de noviembre de 2021, en concreto el acceso abarcó la documentación que había presentado la empresa adjudicataria ESCÉNICA para justificar el criterio de desempate y los informes técnicos elaborados para la adjudicación.

**Tercero.-** El 30 de noviembre de 2021 tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de CHEMTROL

en el que solicita la anulación de la adjudicación y la aplicación de los criterios de desempate de forma no literal a lo establecido en el pliego de condiciones.

El 3 de diciembre de 2021 el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe 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 transponen 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).

**Cuarto.-** La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida por haberse interpuesto recurso contra el acto de adjudicación, de conformidad con lo establecido en el artículo 53 de la LCSP, y el artículo 21 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos contractuales (RPERMC), aprobado por Real Decreto 814/2015 de 11 de septiembre, sin que sea necesario adoptar acuerdo de mantenimiento de la suspensión en virtud del Acuerdo adoptado por este Tribunal el 5 de diciembre de 2018, dado que el órgano de contratación en su informe no se pronuncia sobre la suspensión del procedimiento.

**Quinto.-** La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de interesados de este contrato, 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 se han presentado alegaciones por parte de ESCÉNICA, de cuyo contenido se dará cuenta en el fundamento quinto de derecho. Por su parte TECESA ha manifestado su intención de no alegar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.-** De conformidad con lo establecido en el artículo 46.4 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.-** El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica clasificada en segundo lugar, *“cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso”* (Artículo 48 de la LCSP).

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

**Tercero.-** El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue adoptado y notificado el 8 de noviembre de 2021, e interpuesto el recurso, en este Tribunal el 30 de noviembre de 2021, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP y considerando que el 9 de noviembre se considera inhábil a todos los efectos al ser día festivo en Madrid, municipio sede del recurrente, de conformidad con lo establecido en el art. 30.6 de la Ley 39/2015 de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Publicas.

**Cuarto.-** El recurso se interpuso contra la adjudicación de un contrato de suministros cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.c) de la LCSP.

**Quinto.-** En cuanto al fondo del recurso se basa en dos pretensiones, la primera considerar que la empresa adjudicataria no ha cumplido los requisitos técnicos mínimos establecidos en los pliegos de condiciones, y la segunda, alterar la aplicación de los criterios de desempate de ofertas con puntuaciones iguales.

Incumplimiento por parte de la adjudicataria de los requisitos mínimos exigidos en los pliegos de condiciones.

El recurrente manifiesta: *“La primera cuestión que se denuncia es la irregularidad cometida por la Mesa de Contratación a la hora de evaluar las*

*características técnicas de la propuesta de ESCÉNICA, ya que de la documentación facilitada el pasado 14-11-2021 a petición de CHEMTROL se deduce, ya que así figura en el expediente de esta contratación, un primer informe técnico de análisis de las características de los LOTES 1 y 2 del equipamiento, firmado digitalmente el 6-10-2021, que indicaba que ESCÉNICA (PLICA 624) no cumplía las especificaciones del Pliego de prescripciones técnicas particulares, tal y como consta en el documento “análisis de las características técnicas del equipamiento” y que se adjunta a este recurso como documento nº 2.*

*Y sin embargo, sin ninguna justificación, explicación o requerimiento de subsanación figura un segundo análisis técnico (subido a la plataforma del perfil del contratante unas horas después del anterior informe), donde figura que la ofertante ESCÉNICA, que conforme al primer informe no cumplía las especificaciones técnicas requeridas en cuatro de las partidas, además de faltarle fichas técnicas en otras trece, sin embargo ahora (en un documento firmado digitalmente 3 horas después) cumplía con todas las características que se pedían en el Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares, lo cual sólo podría haberlo conseguido si, entre uno y otro informe, hubiese alterado las características técnicas de los materiales ofertados de forma inequívoca inicialmente. A modo de ejemplo, y según se desprende del análisis de características técnicas, la consola de control de iluminación de la partida 2.01 ofertada inicialmente por ESCENICA solo disponía de 120 canales, cuando en el PPTP se requerían 512 canales de control. Esta irregularidad debería haber sido motivo suficiente para haber excluido a ESCÉNICA de la licitación y, por tanto, no haber dado lugar al desempate del que resultó adjudicataria. Se adjunta a este recurso como documento nº 3 la tabla de “análisis tras requerimiento de las características técnicas de las ofertas”.*

*Por ello, procede estimar esta alegación y, a la vista de que la ofertante ESCÉNICA no debió participar en el desempate con TECESA y CHEMTROL, requerir al Ayuntamiento y a su Mesa de contratación para que proceda a excluir a ESCÉNICA del proceso por incumplimiento del PPTP y volver puntuar a las empresas TECESA y CHEMTROL conforme a los criterios de desempate establecidos en el pliego y con ello determinar un nuevo adjudicatario”.*

Ante tales manifestaciones el órgano de contratación alega en defensa de su proceder que: *“En primer término es falsa la alegación de Chemtrol de que el informe técnico señalara que la adjudicataria no cumplía. En el documento podemos observar como al respecto de varias licitadoras, el técnico emite anotaciones o que señala que no presentan fichas técnicas pero se entiende que si se incluyen en la oferta. En este sentido la propia mesa de contratación en el acuerdo: «(...) Vista la incoherencia entre lo dispuesto en la cláusula 16 del PCAP (requiriendo la portación de las fichas técnicas en el momento en el que la mesa requiera al licitador que haya presentado la mejor oferta) y la cláusula 4 del PPTO (señalando su aportación en el sobre A, junto con la documentación administrativa). (...)»*

*En base a las funciones que tiene atribuida la mesa de contratación previstas en el artículo 326.2ª) de la LCSP, este órgano colegiado acuerda: (...)*

*CUARTO.- Requerir para que se subsane a las mercantiles del lote 2 Global, Atkos, Escenica, SBA Radical, Tecesa y Genuix en un plazo de tres días naturales a partir del día siguiente a la notificación presenten las fichas ajustadas al PPTO, aporten las fichas restantes o aclaren los términos de su oferta (...)*»

*La mesa de contratación en virtud el principio de igualdad de trato entre los licitadores actuó dando un trato que no provocara discriminación alguna, aceptando la oferta de las mercantiles*

*Las fichas técnicas de los materiales no son un elemento susceptible de puntuación tal y como se deduce de los criterios de adjudicación, sino que se han de ajustar a los requerimientos del PPTP. De lo contrario de treinta y nueve elementos a verifícas su ajuste técnico y ante una incoherencia en los pliegos comportaría la expulsión de cinco de los seis licitadores a dicho lote (...).*

*Ninguno de los parámetros de la oferta de los licitadores (oferta económica, aumento de la garantía de los bienes suministrados, realización de un estudio acústico y aportación económica destinada a mayor inversión) han sido modificados habiendo sido abiertos los sobres, en sesión pública con los licitadores presentes. Los productos ofertados no han sido nunca objeto de puntuación”.*

ESCÉNICA en su escrito de alegaciones se manifiesta en parecidos términos al órgano de contratación, no aportando ninguna motivación o fundamentación extraordinaria.

Este Tribunal ha revisado el expediente de contratación remitido pudiendo comprobar que las alegaciones efectuadas por el órgano de contratación son ciertas y veraces y en consecuencia no se aprecia causa de exclusión de la oferta de la adjudicataria por incumplimiento de los requisitos exigidos en los pliegos de condiciones, lo que provoca la desestimación del recurso en base a este motivo.

Defectuosa aplicación de los criterios de desempate.

Alega el recurrente para fundamentar este motivo de recurso que: *“Básicamente este último motivo de impugnación es la arbitrariedad que se produce con la aplicación rigorista de la cláusula 13ª del pliego de prescripciones administrativas particulares de esta licitación, ya que se aleja del criterio social que la propia Ley determina, de tal forma que , en nuestro caso, se produce la situación absurda de que ESCÉNICA, con sólo dos trabajadores (un hombre y una mujer), y de los que no nos consta la fecha de sus contratos ni si son temporales o fijos, y por tanto con poca sensibilidad “social”, obtenga más puntos para desempatar que CHEMTROL, que cuenta con 32 trabajadores fijos ,de los cuales 7 son mujeres, y por tanto que dicho criterio estricto perjudica a las empresas de mayor tamaño frente a licitadores con muy pocos trabajadores, como es el caso de esta licitación. Ya que, olvidándonos del criterio a) de discapacidad, una empresa como ESCÉNICA con dos trabajadores fijos, un hombre y una mujer, supera en puntuación a CHEMTROL, con un empleado con contrato eventual y 7 mujeres de un total de 33 trabajadores, es decir, 3,03% y 21,2% respectivamente, frente a un 0% y un 50% de ESCÉNICA.*

*En este caso concreto, el reconocimiento a las condiciones sociales y laborales son más evidentes en el caso de CHEMTROL, que tiene más empleados propios que ESCÉNICA que sólo tiene 2 puestos de trabajo, pero que en este último caso, al ser uno de ellos mujer, pondera con un 50% y provoca que el desempate se decante a su favor. Esta incoherencia se subsanaría si el órgano de contratación, como tiene permitido el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en lugar de*



*seguir las estrictas normas de la Cláusula 13ª del Pliego de Prescripciones Administrativas particulares, aplicase las normas según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y sobre toda la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas tal y como determina el Art. 3 del Código Civil y como también recogen los artículos 1281 y siguientes de ese mismo Código, que determinan que en la interpretación de los contratos y de las normas hay que estar a la intención de los contratantes, que las cláusulas han de interpretarse las unas con las otras y que cuando haya diversas acepciones se estará a la que resulte más acorde a la naturaleza y al objeto del contrato (Resoluciones 303/2012, 25/2013 y 30/2013 entre otras, de acuerdo con una jurisprudencia constante, Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de marzo de 2001, de 8 de junio de 1984 o de 13 de mayo de 1982 entre otras).*

*De tal forma que la interpretación del apartado 2.b) del art. 147 debería efectuarse no de forma literal, sino más bien a sensu contrario, esto es, desempatar en favor de aquella empresa que presente mayor porcentaje de trabajadores indefinidos. Esta interpretación sería considerada más acorde con el espíritu de la norma, que no es otro que la promoción de medidas sociales en el ámbito laboral. Véase en este sentido la resolución del pasado 21 de enero de 2021 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid. (...)"*.

Considera por tanto que atender única y exclusivamente a la literalidad de la citada cláusula 13ª del PCAP, infringe el criterio social que recoge el art. 147 LCSP, que establece unos criterios de desempate basados en condiciones sociales y laborales de las empresas licitadoras que hayan empatado, potenciando a aquellas que los mejoran, no solo entendido como un bien particular de las relaciones con sus empleados, sino también como la consecución de un bien general de potenciación de estas mejoras sociales en el tejido empresarial y en consecuencia en la sociedad, lo que evidentemente se produce con un alto número de contratos laborales indefinidos.

El órgano de contratación manifiesta su perplejidad ante la intención de la recurrente de alterar no solo los pliegos de condiciones sino también la propia letra de



la LCSP, considerando que lo único que pretende es manipular la aplicación de los criterios de desempate en su propio beneficio.

Este Tribunal debe recordar en primer lugar que los pliegos de condiciones conforman la Ley del contrato y vinculan a los licitadores que concurren a la licitación aceptando su contenido y también a los órganos de contratación y vinculan en sus propios términos, (Vid por todas STS de 29 de septiembre de 2009 o Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 128/2011, de 14 de febrero (JUR 2011/170863), de manera que los licitadores han de estar y pasar por los mismos en todo su contenido. En este sentido, recogiendo lo dispuesto en el artículo 139.1 de la LCSP, la presentación de proposiciones supone, por parte del empresario, la aceptación incondicional del clausulado de los pliegos sin salvedad o reserva alguna.

Por tanto, los pliegos constituyen la base del contrato y sus determinaciones las reglas conforme a las cuales debe ser cumplido al determinar el contenido de la relación contractual, no cabiendo alterar sobre la marcha y a la vista del resultado de la licitación las condiciones de la misma, ya que ello supondría un claro supuesto de vulneración del principio de igualdad.

Una vez dicho lo anterior los criterios para desempatar ofertas están claramente determinados en el PCAP, coincidiendo exactamente con la letra del art. 147.2 de la LCSP.

Las aplicación de dichos criterios deberá efectuarse de forma alternativa, es decir si aplicado el primero se consigue desempatar no hará falta acudir al segundo, por el contrario si sigue existiendo empate se aplicara el segundo a aquellas ofertas que sigan en dicha situación y así sucesivamente.

En el presente caso los criterios establecidos en la letra a, no desempataban pasando en consecuencia a aplicar el criterio contenido en el apartado b del precepto, esto es: *“Menor porcentaje de contratos temporales en la plantilla de cada una de las empresas”*. Resultando que la adjudicataria tiene un porcentaje de 0% al ser sus dos

empleados fijos en plantilla tal y como se acredita en la documentación oficial aportada por la empresa, mientras que la recurrente no alcanza dicho porcentaje al tener un empleado temporal.

En este punto el desempate entre ambas empresas es un hecho y el número de empleados no debe desvirtuar la aplicación del precepto en su literalidad.

La Resolución de este Tribunal 23/2021 de 21 de enero manifestó su disconformidad con la aplicación literal del art. 147.2, debido a que unas de las empresas no tenía empleados, lo cual llevaba a que el porcentaje de trabajadores con contratos indefinidos fuera 0 y también 0 el de contratos temporales. En ese caso se consideró que: *“En este caso concreto el reconocimiento a las condiciones sociales y laborales son más evidentes en aquellas empresas que tienen empleados propios que en aquellas que no generan ningún puesto de trabajo, razón por la cual el Tribunal considera que la interpretación del apartado 2.b) del art. 147 debe efectuarse no de forma literal, sino más bien a sensu contrario, esto es desempatar aquella empresa que presente mayor porcentaje de trabajadores indefinidos. Esta interpretación se considera acorde con el espíritu de la norma que no es otro que la promoción de medidas sociales en el ámbito laboral”*.

Pero esta situación no se da en el presente caso, ya que todas las empresas empatadas tienen personal propio.

El órgano de contratación aplica también el tercer criterio de desempate, sin necesidad, relativo al porcentaje de mujeres empleadas en la empresa. Mantiene el recurrente que su empresa tiene siete empleadas en tanto en cuanto la adjudicataria tiene dos. Es evidente que la norma ha establecido la forma de valorar este criterio mediante porcentajes para lograr una igualdad entre licitadores, ya que si hubiera acudido una empresa multinacional a esta contratación el número de mujeres empleadas sería de centenas, aunque porcentualmente fuera inferior a cualquiera de las licitadoras concretas en este procedimiento.

Por todo ello el porcentaje de mujeres empleadas en la empresa adjudicataria es de 50%, mientras que en la recurrente es del 21,875% porcentaje inferior como se puede comprobar.

En cuanto a la intención de aplicar los preceptos del Código Civil a esta controversia el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, ya desde el inicio de su andadura sostuvo que en los contratos administrativos es posible la aplicación de las normas de interpretación del Código Civil y en particular de los artículos 1.281 y siguientes, de donde resulta que hay que estar la intención de los contratantes, que las cláusulas han de interpretarse las unas con las otras, y que cuando haya diversas acepciones se estará a la que resulte más acorde a la naturaleza y al objeto del contrato. (Resoluciones 303/2012, 25/2013 y 30/2013 entre otras, de acuerdo con una jurisprudencia constante, Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de marzo de 2001, de 8 de junio de 1984 o de 13 de mayo de 1982 entre otras).

En el concreto aspecto que nos ocupa la normativa anterior a la actual LCSP de 2017, no regulaba como proceder ante un empate de puntuaciones entre dos ofertas. Solo en la Disposición Adicional 4ª el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público de 2011 establecía un criterio, habilitando a los órganos de contratación a incluir en los pliegos de cláusulas administrativas particulares como criterio de desempate entre ofertas la preferencia por aquellas empresas que cuenten con un porcentaje de trabajadores discapacitados superior al 2% que marca la ley para empresas de más de 50 trabajadores.

En aquel momento legislativo los criterios Los criterios de desempate debían figurar en el pliego de cláusulas administrativas particulares, de no ser así se producía un vacío legal.

La Directiva 2014/24/UE y su transposición al derecho nacional mediante la Ley de Contratos del Sector Público 9/2017 vino a establecer por primera vez en nuestra legislación una autentica regulación de los criterios que han de servir para desempatar

ofertas, dejando sin efecto otras fórmulas pretéritas como la pretendida por el recurrente.

En base a todo ello se desestima el recurso por este motivo.

Solicitud de imposición de multa por el órgano de contratación.

El órgano de contratación solicita la imposición de multa en base a la pretendida extemporaneidad del recurso y los perjuicios causados por el retraso de la formalización del contrato.

Este Tribunal no aprecia mala fe ni temeridad en el recurso, por lo que no corresponde la imposición de multa regulada en el art. 58.1 de la LCSP

**En su virtud**, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 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.-** Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Chemtrol División Teatro. S.A. contra el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Cubas de la Sagra de fecha 5 de noviembre de 2021, por el que se adjudica el contrato de “Suministro e instalación del equipamiento técnico de la sala-Auditorio del Edificio de las Artes escénicas y recreativas de Cubas de la Sagra”.

**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 58 de la LCSP.

**Tercero.-** Dejar sin efecto la suspensión automática prevista en el artículo 53 de la LCSP.

**Cuarto.-** 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.