

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

En Madrid, a 24 de julio de 2019

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por doña S.S.M., actuando en nombre y representación de la entidad mercantil INFRAESTRUCTURAS Y DESARROLLO DE ESPECTACULOS Y ACONTENCIMIENTOS, S.L (IDEA. S.L) contra la adjudicación del contrato de “Servicio de organización de espectáculos culturales, lúdicos y musicales durante las fiestas en honor al Stmo. Cristo de los Remedios”, a favor de la empresa “PRODUCCIONES MÚLTIPLE, S.L.L (en adelante, MÚLTIPLE), por parte del Ayuntamiento de San Sebastián de los Reyes, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- El anuncio de licitación se publicó el 3 de marzo de 2019 en la Plataforma de Contratación del Sector Público, con un valor estimado de 553.719 euros.

Segundo.- Presentadas las ofertas de la recurrente y la adjudicataria, la Mesa de Contratación asume el informe técnico de los criterios evaluables mediante juicio de

valor con el resultado para IDEA S.L. de un total de 24,50 puntos, proveniente de la suma de los diferentes apartados que se recogían en los criterios evaluables mediante juicio de valor (Mejoras: 1,25 puntos; Oferta artística: 22 puntos; Producción espectáculos: 1,25 puntos).

El resultado para la empresa MÚLTIPLE S.L.L, es de 40,50 puntos, dicha puntuación se obtiene de la suma de los apartados mencionados anteriormente (Mejoras: 1 puntos; Oferta artística: 37 puntos; Producción espectáculos: 2,5 puntos). La empresa "IDEA S.L." obtiene respecto de la oferta económica un total de 51 puntos, el máximo alcanzable. Y la empresa "MÚLTIPLE S.L.L" obtiene 46,75 puntos.

Quedando por tanto las puntuaciones finales del siguiente modo:

- IDEA S.L.: un total de 75,50 puntos (24,50 + 51).
- MÚLTIPLE S.L.L: un total de 87, 25 puntos (40,50 + 46,75).

Acordándose por unanimidad de la Mesa proponer adjudicar el contrato a la empresa Producciones Múltiple S.L.L.

El 11 de junio la Junta de Gobierno Local acuerda la adjudicación conforme a la propuesta de la Mesa, notificándose el 19 de junio.

Cuarto.- Con fecha 10 de julio de 2019 se presentó recurso especial en materia de contratación contra la adjudicación notificada.

Quinto.- En aplicación 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, en adelante) se ha dado traslado del recurso al órgano de contratación que contesta en fecha 16 de julio.

La empresa adjudicataria contesta en fecha 17 de julio de 2019, que no va a presentar alegaciones, "rechaza", en sus palabras, la presentación de alegaciones.

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 participante en la licitación y *“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). Empresa que de estimarse su pretensión resultaría adjudicataria.

Asimismo, se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues la adjudicación fue notificada en 19 de junio y el recurso se interpone el 10 de julio dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 d) de la LCSP.

Cuarto.- El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 44. 2.c) de la LCSP.

Quinto.- Por cuanto respecta al fondo del recurso debe indicarse que éste se ha interpuesto contra las calificaciones dadas al adjudicatario en materia de juicios de valor, impugnando punto por punto las calificaciones del informe técnico sobre la adjudicataria, que considera arbitrarias, frente a las obtenidas por la recurrente.

De los criterios de adjudicación, los mismos suponen 49 puntos y forzoso es transcribirlos, pese a su extensión. Señala el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares:

8.2.- Criterios no valorables por medio de fórmula. Juicio de valor (hasta 49 puntos).

8.2.1 Oferta artística. Hasta 44 puntos.

“Se valorará el impacto, interés y atractivo social de los conciertos, que se trate de conciertos novedosos y de actualidad durante el año en curso, y que vayan dirigidos a un grupo de población lo más heterogéneo posible. Asimismo, se valorará el mayor interés y calidad de los espectáculos propuestos en los diferentes espacios.

Todas las actividades y espectáculos infantiles propuestos en la programación deberán estar explicadas e informadas en detalle e incluirán una ficha técnica con la edad a la que van dirigidos, título, características, tema... En el caso de que carezcan de los datos necesarios, no serán valorados.

Asimismo, se valorará la inclusión, organización, el interés y atractivo del concierto no gratuito en los días previos al desarrollo oficial de las fiestas.

El adjudicatario deberá presentar una carta de compromiso en la que garantice que tienen la exclusividad y la reserva oficial de todos los artistas que propone para el día de la actuación en nuestro municipio.

La puntuación se otorgará según los siguientes conceptos:

a) Por el interés, impacto, atractivo, actualidad,... de cada uno de los seis conciertos previstos en el anfiteatro: 5 puntos por cada uno de ellos, hasta un total de 30 puntos.

b) Por el conjunto de talleres, actividades y espectáculos infantiles propuestos en la Plaza de la Constitución, hasta 7 puntos.

c) Por el atractivo, pertinencia, organización e interés del espectáculo propuesto para el día 30 de agosto en la calle Higueras, hasta 3 puntos.

d) Por la inclusión, interés, atractivo, actualidad e impacto de un concierto adicional en días previos al comienzo oficial de las fiestas: hasta 4 puntos. Este concierto debe venir detallado en la propuesta: artista principal, teloneros, horarios, precios...

8.2.2- Producción de espectáculos: Hasta 2,5 puntos.

Se valorará el modelo y proyecto de montaje y desmontaje de escenarios y los proyectos de los montajes de los equipos de sonido, imagen e iluminación según necesidades técnicas de los artistas para los conciertos que se organicen en cada uno de los espacios objeto de este contrato.

8.3. Mejoras por actividades artísticas, lúdicas y culturales adicionales: hasta 2,5 puntos.

Se valorará la inclusión de actividades de carácter cultural, lúdico, musical y/o de cualquier otra índole que resulten de interés para el municipio, adicionales a las contenidas en el pliego de prescripciones técnicas y a programar por el licitador.

Se valorarán las mejoras ofertadas para la prestación del servicio durante el período de vigencia del contrato. Se admitirá la presentación de mejoras que guarden una relación directa con el objeto del contrato, sin interferir con las actividades programadas en el pliego técnico.

No se considerarán como mejoras aquellas que excedan del ámbito material de actuación previsto en los pliegos, ni las que se correspondan con actuaciones de buena ejecución, propias de un correcto desarrollo y organización del servicio.

Para ser consideradas como tales, las mejoras deberán ser a costa del licitador (es decir, no suponer coste alguno para el Ayuntamiento). En todo caso, sólo se considerarán aquellas mejoras suficientemente descritas, justificadas técnicamente y acompañadas de una valoración económica pormenorizada de su coste de ejecución, IVA excluido, sin perjuicio de la valoración que, de acuerdo con las descripciones técnicas aportadas, pudiera realizar la Mesa de Contratación de acuerdo con precios vigentes de mercado. La oferta deberá contener la justificación técnica de las mejoras propuestas, reservándose el Ayuntamiento la posibilidad de valorar la idoneidad de cada una de ellas. Asimismo el Ayuntamiento podrá valorar la viabilidad económica del conjunto de las mejoras ofertadas por un licitador, en función del grado de equilibrio que presenten respecto a la oferta económica de dicho licitador”

Como se ha señalado más arriba la recurrente obtiene los criterios valorables mediante juicios de valor 24,50 puntos y la adjudicataria 40,50.

Contesta el órgano de contratación, que el recurso se ciñe a la discrepancia en la valoración de criterios sujetos a juicio de valor, cabe recordar, con carácter previo, la doctrina sentada en la materia por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, que, a su vez, recoge la jurisprudencia consolidada.

Así, en Resoluciones como la 28/2015, de 14 de enero de 2015, se dice que: “(...) el Tribunal viene reconociendo la discrecionalidad técnica de la Administración en orden a la valoración de las ofertas, de forma que, si la actuación del órgano de contratación se ajusta a los límites de ésta, el Tribunal no podrá entrar a revisar la decisión administrativa. En relación con los límites de la discrecionalidad técnica en la Resolución 184/2014, de 7 de marzo se reproduce la doctrina siguiente: *“El Tribunal entiende que el reproche planteado por la recurrente entra en el ámbito de la discrecionalidad técnica de la que goza la Administración contratante. Sobre este punto el Tribunal ha tenido la oportunidad de pronunciarse en múltiples ocasiones. En la Resolución 128/2014, de 14 de febrero, el Tribunal volvió a reproducir la doctrina acerca de la discrecionalidad técnica de la Administración. En la apreciación de los criterios valorables mediante fórmula este Tribunal ha de limitarse a comprobar si se han seguido los trámites procedimentales y de competencia, analizar si se ha incurrido en error material y si se han aplicado formulaciones arbitrarias o discriminatorias. En la Resolución 176/2011, de 29 de junio, se consideró que, a este tipo de criterios, les es de aplicación la jurisprudencia del Tribunal Supremo respecto de la denominada “discrecionalidad técnica” de la Administración. En este mismo sentido, la Resolución 189/2012 señalaba que la valoración de las ofertas de los licitadores en aquellos aspectos dependientes de juicios de valor por parte de la Mesa de contratación, constituye una manifestación particular de la denominada “discrecionalidad técnica” de la Administración, debiendo aplicarse la doctrina jurisprudencial elaborada, con carácter general, en relación con la posibilidad de revisión jurisdiccional de los actos administrativos dictados en ejercicio de las potestades discrecionales y, en particular, en relación con la actuación de las Mesas de contratación al valorar criterios subjetivos o dependientes de juicios de valor. Por su parte, la resolución 159/2012 señalaba que “sólo en aquellos casos en que la valoración deriva del error, la arbitrariedad o el defecto procedimental caber entrar, no tanto en su revisión, cuanto en su anulación -seguida de una orden de práctica de una nueva valoración de conformidad con los términos de la resolución que la acuerde-, a lo que se añade que, para apreciar la posible existencia de error en la valoración no se trata de realizar “un análisis profundo de las argumentaciones técnicas aducidas por las partes sino más exactamente y tal*

como la jurisprudencia ha puesto de manifiesto, de valorar si en la aplicación del criterio de adjudicación se ha producido un error material o de hecho que resulte patente de tal forma que pueda ser apreciado sin necesidad de efectuar razonamientos complejos”.

Consta en el expediente informe emitido, con fecha 10 de mayo de 2019, por la Jefa de Sección de Festejos en que, tras un análisis pormenorizado de las ofertas presentadas por los licitadores, al que ahora nos remitimos, concluye que la propuesta del otro licitador, en su conjunto, responde de manera más adecuada a las necesidades previstas. Dicho informe, como se verá en los siguientes apartados, no incurre en ningún tipo de error material o de hecho, defecto procedimental o arbitrariedad, sino que es una manifestación de la discrecionalidad técnica del municipio para valorar qué oferta es más adecuada para sus festejos, perfectamente conforme con los pliegos que rigen la licitación.

La doctrina de la “discrecionalidad técnica” ampara la valoración efectuada por los técnicos, siempre con el límite de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (artículo 9.3 Constitución española). Tampoco ampara la discrecionalidad técnica desviarse de las bases de la adjudicación o los errores materiales o de hecho. Basta la lectura de la cláusula 8.2 del PCAP para comprender que los juicios de valor se encuentran definidos en términos tan laxos que permiten un amplio campo para la valoración técnica. Por ejemplo “*impacto, interés y atractivo social de los conciertos*” son conceptos indeterminados susceptibles de diversas valoraciones. “*Conciertos novedosos y de actualidad*”, “*dirigidos a un público heterogéneo*”, “*atractivo, pertinencia, organización e interés del espectáculo*” etc.

Son juicios de valor, susceptibles de diversos enfoques, y que además no se aquilatan en una puntuación exacta, que permita afirmar que las argumentaciones del recurrente le sirvan para salvar los 15 puntos de diferencia que tiene en la valoración técnica con el adjudicatario, o los 12 de la totalidad de la puntuación.

Se entiende por “arbitrario” según el Diccionario de la Lengua, “que depende solamente de la voluntad o el capricho de una persona y no obedece a principios dictados por la razón, la lógica o las leyes”.

Por ello, la discrecionalidad requiere motivar el acto, como señala el artículo 35 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas:

“1. Serán motivados, con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho:

i) Los actos que se dicten en el ejercicio de potestades discrecionales, así como los que deban serlo en virtud de disposición legal o reglamentaria expresa”.

No se aprecia por este Tribunal “arbitrariedad” en el juicio técnico, sino diferencias de criterio con el recurrente.

Así, por ejemplo, respecto de los conciertos y los artistas ofertados, el recurrente valora unos aspectos que considera más relevantes, mientras el servicio técnico otros. Entiende que por este apartado le corresponderían 29 puntos de los 30 posibles, frente a los 12,5 obtenidos. No está de acuerdo con el criterio de valorar menos a artistas que han actuado recientemente (2017 y 2016) en el Ayuntamiento.

Su propuesta de “Celtas Cortos y Mago de Oz”. A pesar de que ya actuaran en 2016 y 2017, señala que no lo han hecho nunca juntos y que ahora tienen nuevo disco. Exige que se le otorgue la máxima puntuación. Por contra el criterio técnico es valorarlos menos, por haber actuado recientemente en el Ayuntamiento, que puede considerarse un criterio adecuado o no, pero no arbitrario. Sobre la actuación del grupo Tequila”, sostiene que no es posible que a MÚLTIPLE se le otorgue un punto adicional por ofrecer una segunda opción como alternativa, dado que no es algo que no se preveía en el pliego.

Sobre este aspecto, desde la Sección de Festejos se ha considerado que el dar una alternativa hace que la oferta sea más atractiva al favorecer una variedad de

conciertos, por lo que se otorga una ligera puntuación superior. Nuevamente, es un criterio razonado, no responde al capricho del evaluador. En cuanto a “Efecto Pasillo y Maldita Nerea”, se le otorgan 0 puntos porque no incluye hoja de confirmación de disponibilidad de los artistas en las fechas concretas, sino una declaración jurada. No admite la alegación el órgano de contratación, pues el pliego de cláusulas administrativas señala expresamente que “el adjudicatario deberá presentar una carta de compromiso en la que garantice que tienen la exclusividad y la reserva oficial de todos los artistas que propone para el día de la actuación en nuestro municipio”. Una declaración jurada no permite tener la garantía de la disponibilidad de los artistas, por lo que, ante el riesgo de que, posteriormente no vaya a estar disponible el artista, es perfectamente admisible el no admitir esa propuesta insegura. Nuevamente, es un criterio razonable y razonado. Sobre Camela y Pitingo” de IDEA versus. “Tanque y Julián Maeso” (MÚLTIPLE) afirma IDEA que han sacado este año nuevo disco y single, respectivamente y que sus artistas propuestos tienen muchas más escuchas en Spotify, y, sin embargo, se le otorga menor valoración.

El informe técnico dice expresamente que “sólo Merche y Pitingo (ambos en gira en 2019) aportan actuaciones más novedosas”, por lo que sí se valora la propuesta de Pitingo pero no tanto la actuación de Camela al haber actuado recientemente en el municipio, siendo coherente con el criterio sustentado arriba respecto de los primeros artistas citados. El criterio de las escuchas en Spotify lo decide el recurrente, señala el órgano de contratación, sin que conste en ningún lugar del pliego de cláusulas administrativas como criterio de adjudicación. Y así, sucesivamente.

Igualmente afirma arbitrariedad en la valoración en la letra b), por otorgar la puntuación a IDEA S.L de 3,5 puntos ya que gran parte de los servicios ofrecidos por esta empresa son los mismos o muy similares, como por ejemplo la Orquesta que es la misma, o las actividades infantiles que son similares a la otra empresa. Por tanto, la valoración en estas actividades debería ser la misma.

La puntuación inferior a IDEA S.L de 3,5 puntos se fundamenta en que no incorpora para la Plaza de la Constitución en las franjas de 20:00 horas a 00: 00 horas espectáculos musicales más clásicos como la copla, zarzuela, como dispone el pliego de prescripciones técnicas. La aportación de “IDEA S.L” es una programación más moderna y variada, abierto a franjas de edades más amplia e incluyendo todo tipos de géneros musicales. Ocurre, sin embargo, que el PPT expresamente prevé (cláusula 2.1.) para esta franja horaria “*preferiblemente de flamenco, zarzuela, teatro musical, copla, música de las décadas de los 60, 70, 80 o 90. . .*”, por lo que el servicio técnico lo ha valorado menos. IDEA no cumple con este criterio IDEA pues las actuaciones propuestas en este horario no cumplen con los requisitos incluidos en el pliego, a excepción de una actuación de flamenco, ya que las actuaciones son de grupos de electrolatino, hip-hop, ska....

Sobre el punto c) arriba transcrito (“*Por el atractivo, pertinencia, organización e interés del espectáculo propuesto para el día 30 de agosto en la calle Higueras, hasta 3 puntos*”) la adjudicataria propone ballet compuesto por 45 artistas con su nuevo espectáculo de 2019, en el que se baila un amplio y colorido repertorio de danzas de muy diversas partes del mundo (Grecia, Rusia, Argentina, Estados Unidos, Israel...). IDEA propone una zarzuela, pero no facilita más datos, lo que dificulta su valoración. Nuevamente el criterio técnico se encuentra motivado, y no es discutido.

En el punto d) el servicio técnico solo puntúa a IDEA, pero no hasta los 4 puntos que dice merecer, sino con 1,5, lo que entra dentro del juicio valorativo (“hasta 4 puntos”, según el interés, atractivo, actualidad e impacto del concierto adicional”).

En cuanto a las mejoras por actividades artísticas, lúdicas y culturales adicionales, dice IDEA que las propuestas de MÚLTIPLE no son actividades ni culturales, lúdicas o musicales, sino mejoras técnicas. A que la diferencia entre ambos es de 0,25 puntos, sobre un máximo posible de 2,5, y si bien, la consideración como tales actividades de la instalación de dos cañones de confeti y una lona (propuesta de

la adjudicataria, valorada por los técnicos por su novedad), puede ser discutible, la puntuación no sirve a salvar por si sola la diferencia entre ambos licitadores.

En definitiva, a juicio de este Tribunal no existe arbitrariedad en el informe técnico que sirve de base a la adjudicación, no responde al mero capricho o voluntad de los técnicos, sino que se encuentra debidamente motivado. Las consideraciones del mismo pueden considerarse más o menos acertadas, según los gustos del público, pero no inexistentes o arbitrarias.

De otra parte, el recurrente se “autoatribuye” la puntuación máxima en casi todos los ítems, obviando que tratándose de juicios de valor, la evaluación se encuentra siempre entre un mínimo (0 puntos) y un máximo (“hasta X puntos”, el que corresponda a cada epígrafe).

Lo que hace es sustituir el juicio de los técnicos por el suyo propio, el cual, con independencia de su valor, no sirve a desvirtuar la presunción de objetividad que es de presumir de los primeros. Por idéntica razón, no puede este Tribunal sustituir la valoración técnica, por la suya propia.

Procede, por todo ello, la desestimación del recurso.

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 doña S.S.M., actuando en nombre y representación de la entidad mercantil

“INFRAESTRUCTURAS Y DESARROLLO DE ESPECTACULOS Y ACONTENCIMIENTOS, S.L” (IDEA. S.L) contra la adjudicación del contrato de “Servicio de organización de espectáculos culturales, lúdicos y musicales durante las fiestas en honor al Stmo. Cristo de los Remedios”, a favor de la empresa “PRODUCCIONES MÚLTIPLE, S.L.L” (MÚLTIPLE) por parte del Ayuntamiento de San Sebastián de los Reyes.

Segundo.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de 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.- La desestimación del recurso implica necesariamente el levantamiento de la suspensión legal del procedimiento.

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 los términos de la Ley 29/1998 de 13 de diciembre reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, 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.