



Roj: **STSJ BAL 810/2017 - ECLI: ES:TSJBAL:2017:810**

Id Cendoj: **07040330012017100413**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Palma de Mallorca**

Sección: **1**

Fecha: **18/10/2017**

Nº de Recurso: **138/2016**

Nº de Resolución: **448/2017**

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **FERNANDO SOCIAS FUSTER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.ILLES BALEARS SALA CON/AD PALMA DE MALLORCA

SENTENCIA: 00448/2017

SENTENCIA

Nº 448

En la Ciudad de Palma de Mallorca a 18 de octubre de 2017 ILMOS SRS.

PRESIDENTE

D. Gabriel Fiol Gomila MAGISTRADOS

D. Fernando Socías Fuster

Dª Alicia Esther Ortuño Rodríguez

Vistos por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Illes Balears los autos Nº **138/2016** dimanantes del recurso contencioso administrativo seguido a instancias de la entidad **DYNAMOBEL,S.L.**, representada por el Procurador D. Juan José Pascual Fiol y asistida del Abogado D. Juan Torres Zalba y como parte demandada la entidad **PALAU DE CONGRESSOS DE PALMA,S.A.** representada por el Procurador D. Francisco Tortella Tugores y asistida del Letrado D. Mateo Juan Gómez.

Constituye el objeto del recurso la resolución Nº 225/2016, de 1 de abril de 2016, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, por el que se estima parcialmente el recurso interpuesto por la representación de la entidad POLTRONA FRAU,S.P.A. contra el Acuerdo de la Mesa de Contratación, notificado el 8 de octubre de 2015, por el que se le excluye del procedimiento de adjudicación del contrato de "Suministro e instalación de las butacas de los auditorios del palacio de congresos de Palma de Mallorca", (Expediente 2/2015), licitado por la sociedad mercantil pública Palau de Congressos de Palma S. A., dependiente del Ayuntamiento de Palma de Mallorca.

La cuantía se fijó en indeterminada.

El procedimiento ha seguido los trámites del ordinario.

Ha sido Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. Fernando Socías Fuster, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO . Interpuesto el recurso en fecha 3 de mayo de 2016, se le dio traslado procesal adecuado, ordenándose reclamar el expediente administrativo.

SEGUNDO . Recibido el expediente administrativo, se puso de manifiesto el mismo en Secretaría a la parte recurrente para que formulara su demanda, lo que así hizo en el plazo legal, alegando los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente, suplicando a la Sala que se dictase sentencia estimatoria del mismo, por ser contrario al ordenamiento jurídico el acto impugnado y en consecuencia se anule y se declare el derecho



de la recurrente a ser la adjudicataria del contrato y, en el caso de que no pudiera ejecutarse por haberse adjudicado a otro licitador, se le indemnice por todos los daños y perjuicios ocasionados.

TERCERO . Dado traslado del escrito de la demanda a la representación de la demandada para que contestara, así lo hizo en tiempo y forma oponiéndose a la misma y suplicando se dictara sentencia confirmatoria de los acuerdos recurridos.

CUARTO . Recibido el pleito a prueba, se propuso y admitió la pertinente, con el resultado que obra en autos.

QUINTO . Declarada concluida la discusión escrita, se ordenó traer los autos a la vista, con citación de las partes para sentencia, se señaló para la votación y fallo, el día 17 de octubre de 2017.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO . *Planteamiento de la cuestión litigiosa.*

Como antecedentes fácticos relevantes, interesa reseñar:

1º) El 5 de marzo de 2015 en el Perfil del Contratante del Ayuntamiento de Palma de Mallorca, el 14 de marzo de 2015 en el Boletín Oficial del Estado, y el 21 de marzo de 2015 en el Boletín Oficial de Illes Balears, se publica la licitación del contrato de suministro e instalación de las butacas de los auditorios del Palacio de Congresos de Palma de Mallorca, expediente 2/2015, licitado por la sociedad mercantil municipal Palau de Congressos de Palma S. A.

Entre los criterios de adjudicación del contrato, según el Pliego de Prescripciones Técnicas (nº 13), y en lo que ahora importa, se señalaba que:

"2.1.2.- Se puntuarán con 12 puntos las características de los productos ofertados.

Se valorarán con un máximo de 12 puntos, el diseño y capacidad de adaptación de la pieza ofertada al proyecto arquitectónico, en este caso al espacio de los auditorios, teniendo en cuenta las características geométricas y formales, así como aspectos funcionales relacionados con el uso futuro.

Quedarán excluidas de la licitación aquellas ofertas que no consigan un mínimo de 7 puntos en este apartado."

2º) En el Pliego de Prescripciones Técnicas se señalaba también que:

"En las obras del Palau de Congressos de Palma y Hotel, proyecto redactado y dirigido por el arquitecto Anselmo , tiene una especial importancia la elección de la butaca para los dos auditorios proyectados, tanto por la singularidad del edificio diseñado, como por la incidencia en el comportamiento acústico de las salas, tanto mayor como menor, del propio Palau de Congressos.

La butaca deriva del proyecto de mobiliario y señalética redactado y elaborado por el mismo arquitecto, donde figura la butaca más adecuada para las salas citadas, tanto estéticamente como desde el punto de vista acústico. Al efecto las butacas ofertadas por las empresas interesadas, deberán cumplir con las condiciones y características técnicas que se especifiquen en los presentes Pliegos de Prescripciones Técnicas".

3º) El 16 de junio de 2015, la mesa de contratación admite a todos los licitadores y, en acto público, se procede a comunicar el resultado de la calificación de la documentación administrativa, y a la apertura de las proposiciones relativas al criterio evaluable mediante juicio de valor, incluida la recepción de las muestras de butacas de los distintos licitadores, remitiendo todo ello a una comisión encargada de la formulación del informe de valoración.

4º) En fecha 6 de agosto de 2015 la indicada Comisión se emite informe técnico de valoración en el que tras citar el párrafo del Pliego referida la especial importancia de la butaca arriba transcrito, precisa que: *" La butaca referida en el pliego de condiciones se corresponde con el modelo diseñado por el arquitecto Anselmo , siendo este el modelo sobre el cual se han realizado las valoraciones y comparaciones correspondientes, habida cuenta que según el proyecto arquitectónico concebido por el arquitecto, esta butaca reúne todos los requisitos estéticos y acústicos ideales para los auditorios del Palau de Congressos de Palma "*. Se incluye en el informe un dibujo del diseño de la butaca del referido arquitecto.

5º) En fecha 8 de octubre de 2015, la mesa de contratación, comunica a una de las ofertantes (POLTRONA FRAU,S.L.) lo siguiente:

"Sentimos comunicarles que, después del estudio y análisis de la documentación y muestras presentadas por Uds. en el concurso de suministro e instalación de butacas para los auditorios del palacio de congresos de Palma, su propuesta ha sido excluida de dicho concurso. El motivo se debe a que, después de la evaluación de su propuesta técnica, la puntuación obtenida no ha alcanzado los 7 (siete) puntos mínimos exigidos en el anexo



3 del pliego de prescripciones técnicas del concurso. La principal causa de esta baja puntuación se debe a que el modelo presentado no se ajustaba plenamente al diseño requerido en los pliegos."

6º) El 14 de octubre de 2015, la mesa de contratación comunica el resultado de la valoración de la parte de la oferta relativa al criterio dependiente de juicio de valor, y procede a la apertura de las proposiciones relativas a al criterio evaluable en forma automática o mediante fórmula, procediendo a la valoración de las ofertas económicas y, sumando la puntuación de las ofertas técnicas, de la que resulta que la entidad DYNAMOBEL,S.A. es la mejor puntuada por lo que la mesa propone al Consejo de Administración de Palau de Congressos de Palma S. A, la adjudicación del contrato a la referida entidad.

7º) En fecha 26 de octubre de 2015, la entidad POLTRONA FRAU,SL. presentó recurso especial en materia de contratación ante el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales contra su exclusión del procedimiento, así como contra la adjudicación del mencionado concurso. Se solicita la anulación del concurso o alternatively la retroacción de actuaciones al momento de la valoración técnica de las ofertas aplicando correctamente el Pliego y sin restricciones a la competencia.

8º) El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, mediante la resolución de 1 de abril de 2016 aquí impugnada acuerda:

"Estimar parcialmente el recurso interpuesto por D. Cesareo , en nombre y representación de POLTRONA FRAU S. P. A., contra el Acuerdo de la Mesa de contratación de fecha indeterminada, notificado el 8 de octubre de 2015, por el que se le excluye del procedimiento de adjudicación del contrato de "Suministro e instalación de las butacas de los auditorios del palacio de congresos de Palma de Mallorca", (Expediente 2/2015), anulando el procedimiento de contratación tramitado desde el momento de la aprobación de los pliegos y ordenando la retroacción del procedimiento a dicho momento procediéndose -en caso de que el órgano de contratación estime oportuno tramitar de nuevo el procedimiento- a anunciar la apertura del plazo de presentación de ofertas" .

La indicada resolución se fundamenta en que:

" Es el informe técnico el que abiertamente vulnera las exigencias de libre concurrencia al establecer, apartándose del pliego que admite diversos tipos de butaca siempre que se ajusten a la funcionalidad y espacios requerido, un estándar fijo coincidente con el diseño del arquitecto Anselmo que remite al modelo ofertado por una de las empresas licitadoras".

Argumenta la resolución del TACRC que *"Es por ello que el informe califica los tipos de butacas ofertadas en función de que se acerquen o aparten de la butaca diseñada por del arquitecto Anselmo , que es a juicio de los informantes la perfecta por reunir todos los requisitos estéticos y acústicos ideales para los auditorios, con lo que, al coincidir el diseño tomado como termino de comparación de la evaluación con el modelo suministrado por una de las empresa licitadora, el informe técnico, amén de vulnerar lo dispuesto en el PPT al no tomar sus prescripciones y posibles modificaciones como referencia, ha incurrido en arbitrariedad y discriminación. En consecuencia debe reputarse invalido por entero el informe técnico y, consiguientemente, la valoración aprobada por la mesa y la eliminación de la recurrente para pasar a la siguiente fase"*

9º) El Consejo de Administración de Palau de Congressos de Palma S. A, acordó desistir del concreto procedimiento de contratación que nos ocupa e iniciar otro nuevo, que fue anunciado en el Diario Oficial de Unión Europea de fecha 21 de mayo de 2016.

La entidad DYNAMOBEL,S.A. que había sido la propuesta por la mesa de contratación al Consejo de Administración de Palau de Congressos de Palma S. A, para la adjudicación del contrato interpone el presente recurso contencioso-administrativo interesando que se anule la resolución del TACRC de 1 de abril de 2016 y declare el derecho de la recurrente a ser la adjudicataria del contrato. Como quiera que luego se desistiera del referido procedimiento de contratación, se solicita que en el caso de que no pudiera ejecutarse por haberse adjudicado a otro licitador en este otro procedimiento -que es lo que luego ocurrió- se le indemnice por todos los daños y perjuicios ocasionados.

Se argumentará que no es cierto que el informe de valoración técnica puntuase los modelos de butacas ofertados en función al modelo comercializado por una de las empresas ofertantes, sino que lo era de conformidad al tipo de butaca especificado en el Pliego de Prescripciones Técnicas, que admiten cualquier otro tipo de butacas que se ajusten al mismo.

Se argumenta también que si lo que estaba diciendo la recurrente POLTRONA FRAU,S.L. es que el Pliego detallaba ya el modelo de butaca elegido por el arquitecto - coincidente con el comercializado por una de las aspirantes- y que ello impedía al resto de fabricantes a aspirar a su adjudicación, lo que procedía era la impugnación del Pliego. El informe técnico de valoración se sujetó de forma rigurosa y motivada al Pliego.

La entidad DYNAMOBEL,S.A. considera que el informe de valoración no se aparta del Pliego y que no hay restricción alguna al principio de libre concurrencia, pues nada impedía a las empresas aspirantes ofertar una butaca que se ajustase a las condiciones del Pliego. La limitación a la libre concurrencia ocurre cuando se establecen prescripciones técnicas que sólo puede cumplir uno de los licitadores y no es el caso, pues cualquier fabricante podía ofertar una butaca como la señalada en el Pliego. Prueba de ello es que otro licitador (ASCENDER) obtuvo mejor puntuación que DYNAMOBEL,S.A. en la parte técnica.

SEGUNDO. Acerca del informe técnico de valoración, que puntuó las ofertas de butaca en comparación al modelo que fabrica uno de los licitadores (DYNAMOBEL,S.A.) .

En primer lugar debe precisarse que la entidad recurrente DYNAMOBEL comercializa una butaca para auditorios y espacios públicos denominada " prima " que ha sido diseñada para dicha empresa por el arquitecto Anselmo .

En el Pliego se detalla que " *la butaca deriva del proyecto de mobiliario y señalética redactado y elaborado por el mismo arquitecto, donde figura la butaca más adecuada para las salas citadas, tanto estéticamente como desde el punto de vista acústico. Al efecto las butacas ofertadas por las empresas interesadas, deberán cumplir con las condiciones y características técnicas que se especifiquen en los presentes Pliegos de Prescripciones Técnicas* ". No obstante, no señala que la butaca objeto de contratación deba ser coincidente con la modelo prima diseñada por el citado arquitecto, como tampoco que deba ser la comercializada por DYNAMOBEL conforme al diseño que para dicha empresa realizó el Sr. Anselmo .

Antes al contrario, en el Pliego se establecen unos márgenes en cuanto a dimensiones y características del asiento, respaldo, pala de escritura, cosido, fijaciones, ... con precisión de que todos los materiales se podrán sustituir por otros de calidad igual o superior.

En definitiva, aunque las características técnicas y diseño de la butaca conforme al Pliego restrinjan el abanico hacia butacas muy similares al modelo "prima" comercializado por Dynamobel, lo cierto es que no se fija un único modelo de butaca, sino un modelo que permite variaciones, en especial en cuanto a los materiales a utilizar, pero sin que exista penalización en la puntuación por apartarse del modelo "prima" siempre y que se esté dentro de los márgenes técnicos especificados..

Dentro del referido abanico la Mesa debería haber examinado las ofertas que, cumpliendo las limitaciones en cuanto a dimensiones y geometría, ofreciesen una mejor butaca en cuanto a materiales y condiciones técnicas, pero lo cierto es que el criterio en que se basó el informe técnico es la mayor o menor similitud de las distintas butacas ofertadas con respecto a la butaca modelo " prima " comercializado por Dynamobel y diseñada por el Sr. Anselmo .

Así se reconoce abiertamente en el informe técnico cuando entiende que " *La butaca referida en el pliego de condiciones se corresponde con el modelo diseñado por el arquitecto Anselmo , siendo este el modelo sobre el cual se han realizado las valoraciones y comparaciones correspondientes, habida cuenta que según el proyecto arquitectónico concebido por el arquitecto, esta butaca reúne todos los requisitos estéticos y acústicos ideales para los auditorios del Palau de Congressos de Palma* " .

Cuando el informe cita el "modelo diseñado por el arquitecto Anselmo " se está refiriendo al modelo " prima " de Dynamobel. Y cuando se reconoce que se ha realizado la valoración de las ofertas en relación a la comparación con el citado modelo, se está reconociendo que se otorga mayor puntuación a mayor similitud. Como afirma la codemandada, si la Mesa adopta un criterio de valoración que penaliza cualquier separación del modelo de Dynamobel, lo cierto es que " *no hay butaca más parecida a la de Dynamobel, que la de Dynamobel*", con lo que con este modo de valorar se vulnera el principio de libre concurrencia.

La entidad recurrente Dynamobel insiste que si lo que estaba diciendo la entidad POLTRONA FRAU,S.L. es que el Pliego detallaba ya el modelo de butaca elegido por el arquitecto -coincidente con el comercializado por una de las aspirantes- y que ello impedía al resto de fabricantes a aspirar a su adjudicación, lo que procedía era la impugnación del Pliego. Pero repetimos que el Pliego no establecía un criterio de valoración consistente en la mayor o menor similitud con el modelo diseñado por el Arquitecto, sino que precisaba que " *las butacas ofertadas por las empresas interesadas, deberán cumplir con las condiciones y características técnicas que se especifiquen en los presentes Pliegos de Prescripciones Técnicas* ", de modo que dentro de los márgenes de estas condiciones y características técnicas, podían ofertarse cualesquiera por igual sin que la mayor o menor similitud con el modelo prima fuese el criterio determinante. Reconocemos que el Pliego fijó unos estrechos márgenes de variación respecto al modelo prima de Dynamobel, que limitaba las posibles ofertas, pero lo relevante es que no impedía a los licitadores la fabricación de un modelo dentro de los márgenes técnicos ni penalizaba la desviación -dentro de dichos márgenes- respecto a patrón modelo.



Que el criterio de la mayor o menor similitud con el modelo *prima* fuese utilizado por el informe técnico se desprende no sólo del reconocimiento explícito, sino en la justificación de los 11 puntos concedidos al modelo presentado por otra aspirante (ASCENDER) donde se reconoce que se ha restado un punto " *debido a la desviación del 5 % en la altura de la pata* " y que aunque funcionalmente esta butaca podría ser más cómoda " *estéticamente no se ajustaría al 100% sobre el diseño previsto en pliegos, por esta razón se ha penalizado en un punto sobre los 12 estipulados*". Es decir, se penaliza la "desviación" en un 5% de la altura de la pata, cuando ello no debería ser motivo de penalización pues si dicha medida está dentro de los márgenes de las características técnicas que se especifica en los Pliegos -y lo está- no hay razón de penalización. Vemos así claramente que no se está puntuando mejor a la mejor butaca que cumpla las condiciones y características del Pliego -que es el objeto de la licitación en la parte técnica- sino la que cumpliendo los mismos, más se asemeje al modelo *prima* , algo que no contempla el Pliego.

Por último, y como no podía ser de otra forma, se otorgan 12 puntos a la butaca de Dynamobel, porque, según el informe " *el diseño de esta butaca recoge fielmente el diseño estético perseguido por el pliego de condiciones técnicas en todas sus facetas. Esta butaca está diseñada por el arquitecto Anselmo , está denominada como butaca Prima y tal como recoge la justificación del Pliego de condiciones técnicas, es este diseño de butaca el más adecuado para las salas, tanto desde el punto de vista estético como desde el punto de vista acústico*". Pero repetimos una vez más que el criterio de mayor puntuación a mayor similitud con el modelo *prima* no está en el Pliego, sino en el informe facilitado a la mesa de contratación.

Por si restase alguna duda con respecto a si la Mesa aplicó o no el criterio valorativo de mayor o menor similitud con el modelo *prima* de Dynamobel diseñado por el arquitecto Sr. Anselmo para dicha empresa, en el informe de valoración de cada una de las ofertas se inserta un croquis en tres dimensiones de la citada butaca *prima*, para que sirva de patrón valorativo. Croquis que no está en el Pliego y que sin duda obtuvo la Mesa del catálogo de mobiliario de Dynamobel.

Rechazamos el argumento de la recurrente Dynamobel en el sentido de que el TACRC realiza una revisión del juicio técnico de la Mesa, algo que le estaría vedado. El Tribunal no cuestiona la puntuación que corresponde a cada licitador en base al criterio de la Mesa, lo que afirma es que este criterio de valoración no está en el Pliego y que dicho modo de valorar afecta a la libre concurrencia, con independencia de si con el mismo resultaría una u otra puntuación.

Procede en consecuencia, la desestimación del recurso por cuanto ratificamos el criterio del Tribunal Administrativo Central de recursos Contractuales en cuanto estima que el modo de valorar de la Mesa, con base al informe de la comisión técnica, establece una interpretación de los Pliegos que comporta vulneración de las exigencias de libre concurrencia.

TERCERO. Costas procesales.

De conformidad con lo establecido en el artículo 139.1 de la Ley Jurisdiccional , tras la modificación operada por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, procede efectuar expresa imposición de las costas procesales causadas en estos autos a la parte actora, al haber desestimado sus pretensiones.

No obstante, de conformidad con el art. 139,5º de la LRJCA , la imposición de costas lo será con el límite de la suma de las tasas judiciales eventualmente devengadas más otros 2000 € por todos los demás conceptos.

Vistos los preceptos legales mencionados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

1º) Que DESESTIMAMOS el presente recurso contencioso administrativo

2º) Que declaramos conforme al ordenamiento jurídico el acto administrativo impugnado.

3º) Condenamos en costas procesales a la parte recurrente con el límite de la suma de las tasas judiciales eventualmente devengadas más otros 2000 € por todos los demás conceptos.

Contra la presente sentencia, cabe recurso de casación a preparar ante esta Sala en el plazo de treinta días contados desde el siguiente al de la notificación de la presente, y para: * el Tribunal Supremo, si el recurso pretende fundarse en infracción de normas de Derecho estatal o de la Unión Europea; * la Sección de casación de la Sala de los Contencioso-administrativo de este Tribunal Superior de Justicia de Illes Balears, si el recurso pretende fundarse en infracción de normas emanadas de la Comunidad Autónoma de Illes Balears.

Así por esta nuestra sentencia de la que quedará testimonio en autos para su notificación, la pronunciamos, mandamos y firmamos.



PUBLICACION.- Leída y publicada que ha sido la anterior sentencia por el Magistrado de esta Sala Ilmo. Sr. D. Fernando Socías Fuster que ha sido ponente en este trámite de Audiencia Pública, doy fe. El Secretario, rubricado.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ