

JDO. CONTENCIOSO/ADMTVO. N. 6 MURCIA

SENTENCIA: 00220/2017

UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO

Modelo: N11600
AVDA. DE LA JUSTICIA, S/N - CIUDAD DE LA JUSTICIA - FASE I - 30011 MURCIA

Equipo/usuario: MEG

N.I.G: 30030 45 3 2016 0001958

Procedimiento: PO PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000232 /2016 /

Sobre: ADMINISTRACION LOCAL

De D/D^a: AZUCHE 88 S.L.

Abogado: ARTURO JOAQUIN

Procurador D./D^a: INMACULADA

Contra D./D^a EXCMO. AYUNTAMIENTO DE MULA

Procurador D./D^a JOSE

Murcia, veintiuno de julio de 2017.-

Vistos los autos de procedimiento ordinario num. 232/2016, seguidos a instancias de la entidad mercantil AZUCHE 88, SL, representada por la Procuradora D^a. INMACULADA y asistida por el Letrado D. ARTURO JOAQUÍN, contra el AYUNTAMIENTO DE MULA, representado por el Procurador D. JOSÉ y asistido por el Letrado D. JOSÉ, sobre sobre impugnación de adjudicación de contrato de obra pública (cuantía 111.659 euros),

EN NOMBRE DEL REY,

dicto la siguiente

S E N T E N C I A . -

I.-ANTECEDENTES DE HECHO.-

ÚNICO.-El día 16-6-2016 la Procuradora D^a. INMACULADA, en la representación indicada, presentó escrito de interposición de recurso contencioso-administrativo, ampliado mediante auto de 19-9-2016, formalizado mediante demanda presentada el día 13-2-2017 de la que se dio traslado a la parte demandada que la contestó, quedando los autos conclusos para dictar sentencia previo recibido a prueba de los mismos; habiendo observado en su tramitación todas las prevenciones legalmente previstas.

II.-FUNDAMENTOS DE DERECHO.-



PRIMERO.-Los datos precisos para la comprensión inicial del presente litigio son los siguientes:

El 25-1-2016 el Pleno del Ayuntamiento de Mula acordó:

1º.-Aprobar el proyecto de obras de terminación de la restauración del Convento de San Francisco Alas Sur y Este.

2º.-Aprobar el expediente de contratación, mediante procedimiento abierto y tramitación ordinaria, para la realización de obras de rehabilitación en el Convento de San Francisco de Mula.

3º.-Aprobar los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y Prescripciones Técnicas que habían de regir en el contrato de obras de Terminación de la Restauración del Convento de San Francisco, Alas Sur y Este.

4º.-Publicar en el Boletín Oficial de la Región de Murcia el anuncio de licitación...", doc. 7 del expediente.

Los criterios de adjudicación fueron, según el Pliego de Prescripciones Técnicas, doc. 21 del expediente:

"A) CONOCIMIENTO DEL PROYECTO, PROPUESTA ORGANIZATIVA Y PROGRAMA DE TRABAJO. HASTA 25 PUNTOS" comprensivo de tres subapartados: "a) Memoria justificativa. (HASTA 15 puntos), b) Plan de Trabajo y Descripción de las previsiones de tiempo y costes en un diagrama de barras o Diagrama de Gantt. (HASTA 5 puntos), c) Organigrama de personal asignado a la obra. (HASTA 5 puntos)".

"B) CALIDAD TÉCNICA DE LA PROPUESTA. HASTA 20 PUNTOS", comprensivo de tres subapartados: "a) Calidad de materiales. (HASTA 8 puntos), b) Racionalización de procedimientos constructivos. (HASTA 7 puntos), c) Ampliación de las medidas de seguridad y salud y gestión de residuos. (HASTA 5 puntos)"

"C) REDUCCIÓN DEL PLAZO DE EJECUCIÓN MATERIAL, HASTA 15 PUNTOS...

D) MEJOR OFERTA ECONÓMICA, HASTA 25 PUNTOS...

E) AMPLIACIÓN DEL PLAZO DE GARANTÍA, HASTA 15 PUNTOS..."

Presentaron ofertas un total de 20 empresas, doc. 11 del expediente.

El 21-3-2016 se constituyó la Mesa de Contratación para la apertura del sobre 1 y la calificación de la "documentación administrativa" presentada, doc. 13 del expediente.

El 28-3-2016 se constituyó la Mesa de Contratación para la apertura y examen del sobre 2 comprensivo de la "documentación valorable mediante criterios subjetivos", es decir, la



documentación referida a los criterios A) y B). Para ello, la Mesa acordó solicitar informe técnico para la valoración de los mismos, (conforme a lo permitido por el art. 11 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares), y designó un Comité de Expertos formado por: el Arquitecto Técnico Municipal, el Arqueólogo Municipal y el Arquitecto Redactor del Proyecto y Director de las Obras a que se refería el concurso, doc. 14 del expediente.

El Comité elaboró un Informe Técnico de Valoración, doc. 15 del expediente, en el que:

-respecto del criterio A), enumeró los aspectos valorados en cada uno de los tres subapartados que comprende;

-respecto del criterio B), dijo: *"Dentro del apartado calidad técnica de la propuesta nos hemos encontrado con diversidad de propuestas, tanto en su calidad como en número; al objeto de homogeneizar lo ofertado, para poder realizar una comparación lo más objetiva posible, se ha optado por la valoración de cada propuesta de 0 a 3 puntos dentro de cada subapartado (a, b, c). Dado que la puntuación máxima de cada apartado se fija en el pliego de condiciones. Si una empresa obtiene por este método, más puntuación en un apartado (a, b, c) de la máxima puntuación fijada en el Pliego, se homogeneizará la puntuación de este apartado, de forma que, la empresa con mayor puntuación tendrá la máxima del apartado correspondiente, homogeneizándose proporcionalmente la puntuación del resto de empresas. a. Calidad de los materiales. (Hasta 8 puntos). b. Racionalización de procedimientos constructivos. (Hasta 7 puntos). c. Ampliación de medidas de seguridad y salud y gestión de residuos. (Hasta 5 puntos)";*

-seguidamente añadió: *"En la tabla que se adjunta a este informe se relacionan las puntuaciones obtenidas por las empresas en razón de la documentación presentada. La empresa que ha obtenido mayor puntuación en el sobre número 2 es LORQUIMUR, SL, con 41 puntos";*

-el Comité adjudicó a la actora en cada uno de los subapartados del criterio A): 12, 4,5 y 5,0 puntos; y en cada uno de los subapartados del criterio B): 4,5, 7,0 y 3,5 puntos; los 4,5 puntos adjudicados en el apartado B)a) son puntuación homogeneizada.

El 19-4-2016 se constituyó la Mesa de Contratación para la apertura y examen del sobre 3 comprensivo de la "oferta económica", es decir, de los documentos referidos a los criterios C), D) y E). En ella se dio cuenta del informe emitido por el Comité de Expertos y terminó proponiendo la adjudicación del contrato a LORQUIMUR, SL, doc. 16 del expediente.

El 29-4-2016 el Pleno del Ayuntamiento acordó adjudicar el contrato a la mercantil referida, doc. 20 del expediente.



El contrato se formalizó el 4-5-2016, doc. 21 del expediente.

El 5-5-2016 AZUCHE 88, SL interpuso recurso de reposición contra el acuerdo de 29-4-2016, doc. 30 del expediente.

El 23-5-2016 el Comité de Expertos elaboró una aclaración al Informe Técnico de Valoración, doc. 32 del expediente:

-en ella se justifica la puntuación homogeneizada de 7 y 3,5 puntos adjudicada a la actora en los apartados B)b) y B)c);

-se añade que en el Informe Técnico inicialmente emitido "...se establecieron unos criterios de proporcionalidad que sólo se realizaron en el apartado B)a) Calidad de los materiales. Para ello se valoró a la empresa que realizó más propuestas viables para el proyecto con la máxima puntuación (8 puntos), estableciendo esta proporcionalidad en las puntuaciones de este apartado para todos los licitadores, de forma que si una empresa presenta un mayor número de propuestas viables para el proyecto, debe obtener mayor puntuación que otra empresa que presente menor número de propuestas viables.

En el caso de las dos empresas con mayor puntuación en el apartado B)a) LORQUIMUR SL obtuvo 11 puntos, por lo que se le otorgó 8 puntos, (Máximo de este apartado), y la empresa AZUCHE 88, obtuvo en el apartado B)a) 6 puntos, que al establecer la proporcionalidad explicada anteriormente obtuvo 4,5 puntos".

El 16-6-2016 AZUCHE, SL interpuso recurso contencioso-administrativo contra la desestimación presunta, por silencio administrativo, del recurso de reposición.

El recurso de reposición fue desestimado por acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de 29-6-2016, doc. 31 del expediente.

El 7-7-2016 AZUCHE, SL amplió el recurso interpuesto al acuerdo de 29-6-2016 a lo que se accedió mediante auto de 19-9-2016.

SEGUNDO.-Por tanto, el presente recurso contencioso-administrativo se dirige contra:

A).-La desestimación presunta, por silencio administrativo, del recurso de reposición interpuesto contra el acuerdo de 29-4-2016 del Pleno del Ayuntamiento de Mula por el que se acordó: "1º.-Adjudicar el contrato que tienen por objeto OBRAS DE TERMINACIÓN DE LA RESTAURACIÓN DEL CONVENTO DE SAN FRANCISCO DE MULA, ALAS SUR Y ESTE, a la empresa LORQUIMUR, SL,... por el precio de 1.860.991,74 euros más 390.808,27 euros correspondientes al IVA, lo que supone un total de 2.251.800,01 euros, y con las mejoras contenidas en su oferta...".



B).-El acuerdo de 29-6-2016 del Pleno del Ayuntamiento de Mula por el que se acordó desestimar el recurso de reposición interpuesto.

En el suplico de la demanda formulada se pide que se dicte sentencia que *"anule y deje sin efecto el acto administrativo recurrido, así como en reconocimiento de una situación jurídica individualizada a favor de mi mandante para su pleno restablecimiento, al no ser posible la retroacción de actuaciones, condenando a la Administración demandada a indemnizarle la cantidad de 111.659 euros más sus intereses desde la fecha de la demanda y hasta su completo pago, con expresa condena en costas a la contraparte"*.

TERCERO.-Alega la recurrente en apoyo de la pretensión que deduce:

A).-Respecto del criterio de adjudicación B), "Calidad Técnica de la Propuesta", que la homogeneización aplicada por el Comité de Expertos supuso el empleo improcedente de criterios nuevos no previstos en el Pliego de Prescripciones Técnicas lo que adulteró el resultado de la valoración porque la puntuación final de cada oferta estuvo en relación con lo mejor o peor puntuadas que lo estuvieron las demás y con el número total de ofertas presentadas.

B).-La falta de motivación de la puntuación obtenida en los criterios de adjudicación A), "Conocimiento del Proyecto, Propuesta Organizativa y Programa de Trabajo", y B), referido, resultando arbitrarias las concedidas.

C).-La existencia de errores en la puntuación dada por el Comité de Expertos a la oferta de la adjudicataria LORQUIMUR, SL porque resultó ser elevada en apartados en los que no se respondió a lo requerido frente a ofertas que sí se pronunciaron sobre éstos de forma detallada. Así en los subapartados: "Análisis de la ejecución óptima de los trabajos", respecto de los que no se realiza un análisis óptimo de la ejecución pues se resume en una página y media y no se mencionan partidas importantes del proyecto; "Advertencia de posibles deficiencias del proyecto y soluciones", donde no se hacen advertencias y se dan soluciones...; no hace referencia a "Aspectos técnicos o complementarios que solucionen problemas de puesta en obra"; la "Accesibilidad en obra" se especifica de forma generalista; no hay ninguna explicación en torno a "Simultaneidad de intervenciones"; se especifican con errores los "Medios auxiliares, equipo humano y medios materiales"; no se contempla la "Compatibilidad de las obras en el museo" pese a la posibilidad de exposiciones en el claustro.

D).-Que el acuerdo resolutorio del recurso de reposición no se pronuncia *"respecto de la alegación de falta de*



motivación, ni tampoco sobre la aplicación de sub-criterios y mecanismos de homogeneización...”, doc. 31.

E).-Que en la medida en que no es posible la retroacción de las actuaciones y cabe que al tiempo de dictado de la sentencia el contrato haya sido ejecutado debe indemnizarse a la actora en la cantidad de 111.659 euros equivalente al 6% del presupuesto que ofertó, (1.860.991,74 euros.)

CUARTO.-El Ayuntamiento opone que:

A).-Respecto de la falta de motivación denunciada: la actora concurrió al acto de apertura del sobre 3 donde se dio cuenta del informe emitido por el Comité de Expertos sin que solicitara aclaración, formulara petición u objeción alguna; tampoco interpuso contra el acuerdo de adjudicación el recurso especial en materia de contratación previsto en el art. 40 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público; por último, la resolución resolutoria de recurso de reposición trata de dar respuesta en su fundamento de derecho segundo a las cuestiones que plantea la recurrente y va acompañada de unas Aclaraciones del Informe Técnico de Valoración en las que se detallan las operaciones realizadas para adjudicar 4,5, 7,0 y 3,5 puntos en la valoración del criterio B).

B).-No está probado que incurriera en arbitrariedad en la adjudicación sin perjuicio de que ésta se fundó en una valoración técnica que respondía a las previsiones contenidas en la convocatoria.

C).-El informe emitido por el Comité de Expertos valoró los criterios a que se refería la convocatoria sin añadir u omitir. En concreto, respecto de los subcriterios previstos en el criterio B) a puntuar, como máximo, con hasta 7, 8 y 5 puntos, el informe estableció una metodología para su valoración porque no se fijó una fórmula o mecanismo específico de valoración de cada uno de aquellos no constando que la metodología fuera contraria a las previsiones de la convocatoria.

D).-No existe error en las puntuaciones otorgadas por el Comité de Expertos según el informe acompañado a la contestación como doc. 1 en el que aquellos responden a los errores que se denuncian de contrario.

QUINTO.-Planteado el presente litigio en los términos expuestos en los fundamentos que preceden su resolución exige que nos pronunciemos entorno a las cuestiones referidas a: la procedencia o no del recurso especial en materia de contratación contra la adjudicación del contrato; la motivación o no de la adjudicación del contrato y de la resolución resolutoria del recurso de reposición; la corrección o no de la valoración otorgada a los criterios de



adjudicación; la procedencia o no de la indemnización solicitada.

SEXTO.-Empezando por lo primero, el art. 40 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, (en adelante TRLCSP), dice que son susceptibles de recurso especial en materia de contratación, previo a la interposición del contencioso-administrativo, los acuerdos de adjudicación adoptados por los poderes adjudicadores referidos a contratos de obras concertados por las Administraciones Públicas. A tal efecto, el art. 151.4 de la misma norma dice que: *"La adjudicación... se notificará a los candidatos o licitadores y, simultáneamente, se publicará en el perfil de contratante.*

La notificación deberá contener, en todo caso, la información necesaria que permita al licitador excluido o candidato descartado interponer, conforme al art. 40, recurso suficientemente fundado contra la decisión de adjudicación..."

En el presente caso, la adjudicación se notificó informando que contra ella cabía recurso potestativo de reposición o contencioso-administrativo, doc. 33 del expediente, omitiendo toda referencia a la posibilidad de interponer el recurso especial cuya falta se denuncia.

Siendo ello así, ningún reproche merece la actuación de la recurrente que no hizo más que hacer uso de los recursos que le otorgó la Administración.

SÉPTIMO.-Por lo que se refiere a la motivación tanto de la adjudicación como de la resolución desestimatoria del recurso de reposición, el art. 151.4 antes mencionado dispone que: *"La adjudicación deberá ser motivada..."*

La notificación deberá contener, en todo caso, la información necesaria que permita al licitador excluido o candidato descartado interponer, conforme al art. 40, recurso suficientemente fundado contra la decisión de adjudicación.

En particular expresará los siguientes extremos:

a) *En relación con los candidatos descartados, la exposición resumida de las razones por las que se haya desestimado su candidatura.*

b) *Con respecto de los licitadores excluidos del procedimiento de adjudicación, también en forma resumida, las razones por las que no se haya admitido su oferta.*

c) *En todo caso, el nombre del adjudicatario, las características y ventajas de la proposición del adjudicatario determinantes de que haya sido seleccionada la oferta de éste*



con preferencia a las que hayan presentado los restantes licitadores cuyas ofertas hayan sido admitidas".

En el presente caso, la notificación de la adjudicación se hace informando que la misma se hacía a favor de LORQUIMUR, SL *"...por ser la oferta económica más ventajosa para esta Administración, tal y como queda acreditado en los informes técnicos emitidos al efecto, que arrojan la siguiente puntuación..."* reproduciendo la puntuación obtenida por las empresas participantes tras la apertura de los sobres 2 y 3 así como la total conseguida por cada una de ellas, doc. 33.

La resolución resolutoria del recurso de reposición, por su parte, trata de dar respuesta en sus fundamentos de derecho segundo y tercero a las cuestiones planteadas por la mercantil recurrente.

Sentado lo anterior, no podemos apreciar la falta de motivación denunciada. Si bien es cierto que la adjudicación del contrato no se ajustó estrictamente a lo que impone el art. 151.4 referido, también lo es que la recurrente intervino en todos los trámites del procedimiento administrativo seguido y conoció, (o pudo conocer), los informes que sirvieron de base tanto a la adjudicación como a la resolución del recurso de reposición, como prueba el hecho de haberlos discutido y manifestado en su contra lo que ha tenido por conveniente, (en vía administrativa y judicial), sin que se le haya generado indefensión ni privado de su derecho de defensa con el consiguiente perjuicio real y efectivo para sus intereses.

Cuestión distinta es que la motivación, existiendo, sea o no ajustada a derecho.

OCTAVO.-Seguidamente debemos pronunciarnos sobre la corrección o no de la valoración otorgada a los criterios de adjudicación A) y B).

Para resolver esta cuestión debemos distinguir entre la crítica que se hace a la forma de valorar el criterio de adjudicación B) y los errores y falta de justificación de las puntuaciones otorgadas a la adjudicataria.

En primer lugar sostiene la actora que la homogeneización aplicada por el Comité de Expertos al valorar el criterio B) supuso el empleo impropio de criterios nuevos no previstos en el pliego lo que adulteró el resultado de la valoración porque la puntuación final de cada oferta estuvo en relación con lo mejor o peor puntuadas que lo estuvieron las demás y con el número total de ofertas presentadas.

En el pliego de prescripciones técnicas se dice, con relación a este criterio, que: *"Se valorará la calidad técnica de las propuestas basado en su viabilidad, grado de definición, ventajas técnicas de su puesta en obra, garantías de calidad, incorporadas e incidencia económica que represente*



su aplicación. Se expondrá su conveniencia, su viabilidad técnica y el beneficio que se obtiene tanto en el desarrollo de los trabajos como en la buena terminación de los mismos.

Se indican a continuación las propuestas admisibles que no supongan costes para la administración ni alteración de las previsiones del proyecto y se valoran conforme a estos tres aspectos:

a) Calidad de los materiales (HASTA 8 puntos)

Se valorará el incremento de la calidad de los materiales empleados en las soluciones constructivas empleadas en el proyecto. No se aceptará incremento de calidad de los materiales empleados en soluciones que sean contrarias a la restauración ejecutada, para ello se realizará un estudio previo y análisis de los materiales a utilizar, así como su compatibilidad con los existentes en la edificación, tanto a efectos ornamentales como constructivos.

b) Racionalización de procedimientos constructivos (HASTA 7 puntos)

Se valorarán los procedimientos propuestos así como la organización y planificación de los trabajos y la incidencia que la propuesta presenta en el rendimiento de la ejecución, calidad final de la obra y adecuación a las condiciones de entorno del monumento, garantizando los valores medioambientales del mismo.

c) Ampliación de las medidas de seguridad y salud y gestión de residuos (HASTA 5 puntos)

Deberán definirse los medios materiales y humanos así como las soluciones alternativas que se proponen y que se ponen a disposición de la obra, valorando su incidencia en las condiciones de seguridad de la misma o de gestión de residuos".

El Informe Técnico de Valoración del Comité de Expertos y su Aclaración otorgó a la recurrente la puntuación homogeneizada de 4,5, 7 y 3,5 puntos en los subapartados "calidad de los materiales", "racionalización de procedimientos constructivos" y "ampliación de las medidas de seguridad y salud y gestión de residuos". Para ello valoró de 0 a 3 puntos cada uno de los aspectos o propuestas en que se subdividían los subapartados en la oferta presentada por la actora, (según resulta de su examen en el expediente), y el resto de empresas participantes. Después, según el informe, "Si una empresa obtiene por este método, más puntuación en un apartado (a, b, c) de la máxima puntuación fijada en el Pliego, se homogeneizará la puntuación de este apartado, de forma que, la empresa con mayor puntuación tendrá la máxima del apartado correspondiente, homogeneizándose proporcionalmente la puntuación del resto de empresas". Por



ello dice la aclaración del informe que: "Para ello se valoró a la empresa que realizó más propuestas viables para el proyecto con la máxima puntuación (8 puntos), estableciendo esta proporcionalidad en las puntuaciones de este apartado para todos los licitadores, de forma que si una empresa presenta un mayor número de propuestas viables para el proyecto, debe obtener mayor puntuación que otra empresa que presente menor número de propuestas viables".

Llegados a este punto, la cuestión que se plantea es si tal modo de valorar los subapartados en que se divide el criterio de adjudicación B) contravino o no el Pliego de Prescripciones Técnicas.

Al respecto, la resolución num. 452/2016, de 10 de junio, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, (resolviendo un recurso presentado por LIMCAMAR, SL contra el acuerdo por el que se adjudicó el contrato de prestación de "Servicio de limpieza de centros y edificios municipales" convocado por el Ayuntamiento de Mula a STV GESTIÓN, SL), dice que: "...la inclusión de "criterios de homogeneización" de las ofertas para su valoración, en principio es admisible, aun cuando dichos criterios se introduzcan por la Mesa y no estén contemplados en los Pliegos, si bien su aplicación está sujeta a los límites que ha venido estableciendo la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En efecto, debe partirse de la posibilidad, a nivel teórico, de que la Mesa de Contratación pueda atribuir un peso específico a elementos secundarios de un criterio de adjudicación establecido previamente en el Pliego al valorar la documentación presentada por el licitador sujeta a juicio de valor, posibilidad que ha sido declarada válida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto C 331/04 (ATI EAC Y VIAGGI DI MAIO), que admite esta facultad de la Mesa en interpretación de los artículos 36 de la Directiva 92/50 y 34 de la Directiva 93/28, siempre que el ejercicio de tal facultad respete un triple límite, a saber: a) que no modifique los criterios de adjudicación del contrato definidos en el pliego de condiciones, b) que no contenga elementos que, de haber sido conocidos en el momento de la preparación de las ofertas, habrían podido influir en tal preparación, y c) que no haya sido adoptada teniendo en cuenta elementos que pudieran tener efecto discriminatorio en perjuicio de alguno de los licitadores.

De modo que si los criterios de adjudicación están detallados en el Pliego y tienen un nivel de concreción suficiente como para que la Mesa, al atribuir un peso específico a elementos secundarios de un criterio de adjudicación, no esté realmente definiendo el propio criterio (supuesto en que no se cumpliría con la limitación que la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea impone a esta facultad), la atribución de un peso específico por la Mesa a elementos secundarios del criterio de adjudicación



sería válida, no así si desvirtúan o realmente definen los criterios de adjudicación que contiene el Pliego.

Sobre esta cuestión, el artículo 150 del TRLCSP impone con carácter general el conocimiento detallado de los criterios de valoración de las ofertas con carácter previo a su presentación:

"Criterios de valoración de las ofertas (...)

2. Los criterios que han de servir de base para la adjudicación del contrato se determinarán por el órgano de contratación y se detallarán en el anuncio, en los pliegos de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo. (...)

4. Cuando se tome en consideración más de un criterio, deberá precisarse la ponderación relativa atribuida a cada uno de ellos, que podrá expresarse fijando una banda de valores con una amplitud adecuada. En el caso de que el procedimiento de adjudicación se articule en varias fases, se indicará igualmente en cuales de ellas se irán aplicando los distintos criterios, así como el umbral mínimo de puntuación exigido al licitador para continuar en el proceso selectivo. Cuando, por razones debidamente justificadas, no sea posible ponderar los criterios elegidos, éstos se enumerarán por orden decreciente de importancia.

5. Los criterios elegidos y su ponderación se indicarán en el anuncio de licitación, en caso de que deba publicarse (...)"

En aplicación de este precepto, se dispuso en la Resolución de este Tribunal nº 575/2014, que "Los principios rectores básicos de la contratación pública exigen que tanto la descripción de los criterios de adjudicación como la determinación de las reglas de ponderación de los mismos queden fijados con el necesario nivel de concreción en los pliegos, permitiendo a los licitadores conocer de antemano cuáles serán las reglas precisas que rijan la valoración de sus ofertas y evitando que puedan producirse arbitrariedades en dicha valoración, cuyos parámetros no pueden quedar discrecionalmente en manos de la mesa de contratación". Así, en la Resolución nº 301/2011, de 7 de diciembre de 2011, se ponía ya de manifiesto que la previa concreción de los criterios de adjudicación es un requisito esencial, pues como recuerda la Sentencia del TJUE de 24 de noviembre de 2008, Asunto Alexandroupulis, una entidad adjudicadora, en su competencia de valoración de ofertas en un procedimiento de licitación, no puede fijar a posteriori coeficientes de ponderación, ni aplicar reglas de ponderación o subcriterios relativos a los criterios de adjudicación establecidos en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación, sin que se hayan puesto previamente en conocimiento de los licitadores.



Abundando en tal consideración, en la Resolución nº 102/2013, de 6 de marzo señalábamos que su determinación no puede dejarse a una decisión puramente discrecional del órgano de contratación o de la comisión técnica que le asista adoptada con posterioridad a la apertura de las ofertas, puesto que ello puede generar arbitrariedades y desigualdades entre los concurrentes.

Dicho lo anterior, tampoco puede dejar de tenerse en cuenta que cuando se trata de criterios sujetos a juicios de valor la descripción será siempre y necesariamente subjetiva, pues en otro caso estaríamos ante criterios evaluables mediante fórmulas”.

Sentado lo anterior, la decisión de la Mesa de Contratación de acoger la valoración que del criterio de adjudicación B) hace el Comité de Expertos contraviene lo que al respecto prevé el Pliego de Prescripciones Técnicas. Es cierto que en este documento no se detallan de modo exhaustivo los aspectos a valorar en cada uno de los subapartados del criterio B), pero, también es cierto que se fijan pautas orientativas y la puntuación máxima por cada subcriterio. Ni de la lectura de éstas o del resto de Prescripciones se deduce que para la valoración de la “Calidad Técnica de la Propuesta” pudieran emplearse puntuaciones diferentes a los efectos de homogeneizar proporcionalmente las que se otorgaran. Tampoco consta en qué consiste la diversidad de propuestas, tanto en cantidad como en calidad, justificativa del método empleado por la Comisión Técnica. Sabemos, porque así se dice en la aclaración al informe que, a los efectos del subapartado a), “Calidad de los Materiales”, se valoró a la empresa que realizó más propuestas viables para el proyecto con la máxima puntuación de forma que si una empresa presentaba un número mayor de propuestas viables para el proyecto, debía obtener mayor puntuación que la empresa que presentas menor número de propuestas viables. Sin embargo, el Pliego decía que la calidad técnica de las propuestas se debía valorar teniendo en cuenta su viabilidad pero también el grado de definición, ventajas técnicas de su puesta en obra, garantías de calidad... y respecto de los subapartados a), b) y c) no decía que su valoración hubiera de hacerse por cada una de las propuestas o aspectos contemplados en ellos, de 0 a 3 puntos, de modo que a mayor número de propuestas o aspectos mayor posibilidad de obtener una puntuación más alta. En definitiva la Mesa de Contratación acogió una forma de valoración del criterio B) que desnaturalizó los términos de la licitación anunciada e impidió que las ofertas pudieran ser descritas y presentadas de un modo diferente.

A lo anterior, suficiente para declarar contraria a derecho la adjudicación, debemos añadir las conclusiones a que llega el arquitecto autor del informe-dictamen traído a los autos por la actora en el que se dice, respecto de la forma de valorar el criterio B), que: “...no es procedente aplicar criterios de puntuación que no han sido definidos en el Pliego



de Condiciones de la Contratación. Ni que se articulen rangos, ámbitos o agrupaciones de puntuación, ni se establezcan proporcionalidades no anunciadas. El desconocimiento de las formas de aplicación o estimación de puntos deja en evidente desventaja a las empresas que licitan" y, con relación a los errores y falta de justificación de las puntuaciones otorgadas a la adjudicataria que se denuncia, que: "Resulta improcedente la asignación de diversas puntuaciones elevadas a la mercantil LORQUIMUR por parte de la Comisión técnica, cuando hay aspectos no contemplados en su oferta, o son genéricos, o con escasa justificación...".

Es cierto que el informe no ha sido ratificado ni sometido a contradicción. Pero también, que la parte demandada no rebate, mediante prueba alguna, lo que se dice en aquél y no existen razones para dudar de su veracidad.

Por tanto, teniendo en cuenta que sobre el resto de criterios a valorar, (distintos al A) y B)), no existe controversia, AZUCHE 88, SL debió ser la adjudicataria del contrato licitado conforme al informe referido. No siendo ello posible al constar la ejecución material de contrato, debemos pronunciarnos sobre la procedencia o no de la indemnización pedida por la recurrente.

NOVENO.-Solicita la actora que se le indemnice la cantidad de 111.659 euros más intereses desde la fecha de la demanda hasta la fecha de su completo pago, equivalente al 6% del presupuesto que ofertó, (1.860.991,74 euros), al no ser posible la retroacción de las actuaciones.

La resolución de esta cuestión exige, partiendo del presupuesto de que no es posible la adjudicación a la recurrente por haber sido ejecutado el contrato, determinar si procede la indemnización pedida y en qué cuantía.

Respecto de lo primero, el auto del TSJ-CATALUÑA de 7-7-2004, dictado en un incidente de ejecución de una sentencia que reconoció el derecho de una mercantil a la adjudicación de la concesión para la construcción y gestión de un equipamiento deportivo y un aparcamiento que no pudo ser ejecutada, - posteriormente confirmado por la STS de 2-10-2007-, dijo que la pretensión que nos ocupa "(...) ha de apreciarse de modo prudente y restrictivo (STS de 11 de junio de 2002), excluyendo la posibilidad de que a través de ese concepto tenga lugar un enriquecimiento injusto (STS de 21 de noviembre de 1999), de forma que no es admisible atender a una mera posibilidad de dejar de obtener unos beneficios (SSTS de 25 de marzo de 2002 y 21 de noviembre de 1999), y la valoración no puede comprender las meras expectativas o ganancias dudosas o contingentes, ya que es reiterada la jurisprudencia del Tribunal Supremo que no computa las ganancias dejadas de percibir que sean posibles, pero derivadas de resultados inseguros y desprovistos de certidumbre, cuando las pruebas de las ganancias dejadas de obtener sean dudosas o meramente



contingentes (STS de 15 de octubre de 1986)" (...) "En supuestos semejantes al aquí tratado (exclusión del concurso, no adjudicación del contrato, etc.), la jurisprudencia del Tribunal Supremo viene declarando que (...) la indemnización procedente es el 6% de la cantidad ofertada (STS de 26 de abril de 1994, 2 de febrero de 1995, 9 de julio y 12 de noviembre de 1997, 3 de febrero de 2003)".

La posterior STS de 2-10-2007, que confirma el auto, añade que (...) esta Sala del Tribunal Supremo, (...) tiene reiteradamente declarado, (...) que cuando se declara la imposibilidad material de ejecutar una sentencia que había adjudicado un contrato a una determinada empresa esta tiene derecho a obtener el beneficio industrial que se concreta en un 6% del importe del contrato más los perjuicios que se hubieren acreditado haberle sido producidos. Siendo conveniente a este respecto el reproducir los fundamentos de la sentencia de esta Sala de 1 de octubre de 2007, recaída en el recurso de casación 5179/2005, que tenía como antecedente la ejecución de una sentencia que adjudicó el contrato de asistencia técnica a una empresa por cuatro años y se declaró de imposible cumplimiento reconociendo a la empresa le derecho al importe del beneficio que pudo obtener de habersele adjudicado el contrato y a pesar de ello la Sala de Instancia fijó la indemnización en el 6% del importe del contrato y esta Sala del Tribunal Supremo la confirmó, refiriendo en su Fundamento Quinto y Sexto, lo siguiente:

"Quinto.-Partimos de que el fallo de la sentencia declaró el derecho a ser indemnizada por el importe del beneficio que pudo obtener de habersele adjudicado el contrato. Sin embargo dicho aserto no puede ser considerado sin tomar en consideración la fundamentación de la sentencia de la que deriva, es decir, la "ratio dicendi". Así se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en las sentencias antes reproducidas y también este Tribunal Supremo (STS 6 de junio de 2007, recurso de casación 1176/2004 con cita de otras anteriores). Lesionaría no solo el art. 103.2 LJCA EDL1998/44323 en relación con el 105.2 de la misma norma y el art. 24.1. CE una ejecución ceñida a la literalidad de un fallo no suficientemente expresivo en cuanto a las bases sin efectuar la correspondiente integración con la fundamentación jurídica en que áquel se apoya.

Los razonamientos de la sentencia no aportan mayor información por cuanto se limitan a expresar que ha de sustituirse el derecho a la adjudicación de un contrato de asistencia técnica por la indemnización por el importe del beneficio que pudo obtener. No es ajeno a nuestro ordenamiento que proceda la indemnización por lucro cesante como consecuencia de la imposibilidad de llevar a cabo, por ejemplo, un contrato de suministro al que se hubiera tenido derecho. Tampoco es extraño que tal pronunciamiento se realice en sentencia ante la imposible ejecución de la misma por haber



sido cumplimentado el concurso (STS 15 de noviembre de 2004, recurso de casación 6812/2001) (...)."

La doctrina expuesta permite concluir la existencia de un derecho a ser indemnizado, como mínimo, en el 6% del beneficio industrial dejado de obtener, a falta de prueba sobre otros posibles perjuicios.

Sobre lo que deba entenderse por beneficio industrial la STS antes referida dice que "Abarca (...) el beneficio dejado de obtener no el importe total del contrato o su precio", y la STS 22-12-2011 mantiene que "(...) ese lucro cesante se concreta en el llamado beneficio industrial, que desde siempre se ha considerado que es 6% del presupuesto de ejecución material, y así lo recogía el artículo 131.1.b del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, y la jurisprudencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo en Sentencias de su Sección 4ª de 2 de julio de 2004 (recurso número 3885/2000), de 15 de noviembre del año 2004 (recurso número 6812/2001), de 19 de julio de 2005 (recurso número 6852/2001) y 26 de enero de 2006 (recurso número 4600/2001)."

Sentado lo anterior, el Ayuntamiento demandado debe indemnizar a la recurrente en el 6% del presupuesto de ejecución material de contrato, siendo tal cifra la de 111.659 euros teniendo en cuenta que el importe del presupuesto de ejecución material ascendía a 1.860.991,74 euros, devengando aquella cantidad el interés legal del dinero desde la fecha de la presentación del escrito de interposición del recurso origen de los presentes autos hasta su completo pago.

DÉCIMO.-Conforme al art. 139 de la LJCA procede la condena en costas de la parte demandada al ser estimada la pretensión de la parte recurrente.

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

III.-FALLO.-

Que debo: 1º.-estimar la demanda de recurso contencioso-administrativo formulada por la Procuradora D^a. INMACULADA , en nombre y representación de la entidad mercantil AZUCHE 88, SL, contra los actos referidos en el fundamento de derecho segundo de la presente sentencia; 2º.-declararlos contrarios a derecho, dejándolos sin efecto; 3º.-declarar el derecho de la parte recurrente a ser indemnizada en la suma de 111.659 euros incrementada con el interés legal del dinero desde la fecha de la presentación del escrito de interposición del recurso origen de los presentes autos hasta su completo pago; y 4º.-condenar al AYUNTAMIENTO DE MULA al pago de la suma referida; sin hacer pronunciamiento alguno en materia de costas procesales.





Esta sentencia es no firme y contra ella las partes pueden interponer ante este Juzgado dentro de los quince días siguientes a su notificación recurso de apelación del que, en su caso, conocerá la SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DEL TSJ-MURCIA.

Para la admisión del recurso es preciso es preciso acreditar la consignación en la "Cuenta de Depósitos y Consignaciones" abierta a nombre de de este Juzgado con el num. 3316, código 22, en la entidad bancaria BANCO DE SANTANDER de la cantidad de 50 euros, estando exentos quienes gocen del beneficio de justicia gratuita, el M°. Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las entidades locales y los organismos autónomos dependiente de todos ellos.

Líbrese y únase testimonio de esta sentencia a los autos con inclusión de la original en el Libro de Sentencias.

Así por esta mi sentencia, juzgando en primera instancia, lo pronuncio, mando y firmo. JUAN ,
Magistrado-Juez Titular del Juzgado Contencioso Administrativo nº 6 de Murcia.

PUBLICACIÓN: En la misma fecha fue leída y publicada la anterior resolución por el Ilmo. Sr/a. Magistrado que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.

