



Roj: **STSJ M 9447/2016 - ECLI: ES:TSJM:2016:9447**

Id Cendoj: **28079330032016100553**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **16/09/2016**

Nº de Recurso: **427/2015**

Nº de Resolución: **258/2016**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **MARIA FATIMA ARANA AZPITARTE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

C/ General Castaños, 1 , Planta 1 - 28004

33009710

NIG: 28.079.00.3-2015/0012995

Recurso número 427/2015

Ponente: Doña Fátima Arana Azpitarte

Recurrentes: Don Constancio y Doña Fermina

Procuradora: Doña María Elvira Encinas Lorente

Demandado: Empresa Municipal del Suelo de Leganés (EMSULE)

Procurador : Don Carlos Martín Martín

SENTENCIA n° 258

Ilma. Sra. Presidenta:

Doña Fátima Arana Azpitarte

Ilmos. Sres. Magistrados:

Doña Margarita Pazos Pita

Don Rafael Estévez Pendás

En la ciudad de Madrid, a 16 de septiembre del año 2016, visto por la Sala el Recurso arriba referido, interpuesto por la Procuradora Doña María Elvira Encinas Lorente actuando en representación de Don Constancio y Doña Fermina , contra la Resolución de 29 de abril de 2015 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid que desestimó el recurso interpuesto por los recurrentes contra el Acuerdo del Consejo de Administración de la Empresa Municipal del Suelo de Leganés S.A., de fecha 11 de marzo de 2015, por el que se adjudicó a Ponce Arquitectura S.L. el contrato denominado de "Servicios de asistencia para la redacción de proyectos, dirección facultativa de las obras, certificación y liquidación de las mismas, para el edificio residencial en suelo dotacional que EMSULE iba a promover en la parcela NUM000 Plan Parcial " Campo de Tiro" del municipio de Leganés, nº de expediente NUM001 .

Es ponente de esta Sentencia la Ilma. Sra. Doña Fátima Arana Azpitarte , que expresa el parecer de la Sección.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- Se interpuso este Recurso contencioso-administrativo formalizándose demanda por la recurrente en la que terminaba suplicando una Sentencia estimatoria del recurso con base a los hechos y fundamentos de derecho contenidos en la demanda.

SEGUNDO.- El demandado contestó a la demanda exponiendo lo que estimó oportuno, solicitando la desestimación del recurso.

TERCERO.- Despachado por las partes el trámite de conclusiones, quedaron los autos para deliberación, votación y fallo, que tuvo lugar el día 14 de septiembre del año 2016.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - Se impugna en el presente recurso contencioso administrativo la Resolución de 29 de abril de 2015 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid que desestimó el recurso interpuesto por Doña Fermina y Don Constancio , hoy recurrentes, contra el Acuerdo del Consejo de Administración de la Empresa Municipal del Suelo de Leganés S.A., de fecha 11 de marzo de 2015, por el que se adjudicó a Ponce Arquitectura S.L. el contrato denominado de "Servicios de asistencia para la redacción de proyectos, dirección facultativa de las obras, certificación y liquidación de las mismas, para el edificio residencial en suelo dotacional que EMSULE iba a promover en la parcela NUM000 Plan Parcial " Campo de Tiro" del municipio de Leganés, nº de expediente NUM001 .

Los recurrentes solicitan la revocación de la Resolución recurrida y que se declare su derecho a ser los adjudicatarios del procedimiento de licitación y, subsidiariamente, para el caso de que no fuera posible, en compensación por los perjuicios causados, se les indemnice en la cantidad de 86.163,30 euros, con expresa condena en costas a la parte demandada. En fundamento del recurso alegan la incorrecta valoración de su proposición al habersele asignado una puntuación de 0 puntos en "el compromiso de asistencia técnica formulado por el licitador " habiendo obtenido una calificación total en su oferta de 83,85 puntos, frente a los 86,186 puntos del adjudicatario pese a ofertar de forma expresa la ampliación de la asistencia durante 5 años por lo que debiera de haber obtenido 2,5 puntos (0,5x5 años) por lo que su puntuación debería de haber sido de 86,35 puntos , superior a la del adjudicatario y ,consiguientemente, debería de habersele adjudicado el contrato, negando que el compromiso de ampliación de la asistencia técnica y el de acortamiento de plazos debieran de ir incluidos en el sobre 2 para su valoración y no en el sobre 3 en que el recurrente lo hizo, con fundamento en lo dispuesto en la cláusula 11 del PCAP y en el informe pericial emitido a sus instancias por Don Severino , Arquitecto , según el cual tal compromiso debía de figurar en el sobre 3.

SEGUNDO.- Siendo el motivo por el que a los recurrentes no se les valoró el criterio de adjudicación recogido en el apartado 7.4 del Anexo I del PCAP que ,entre los criterios evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas, incluía el "compromiso de asistencia técnica durante los cinco años posteriores a la terminación de la obra con retención económica (2,5 puntos)", el de haber incluido dicho compromiso en el sobre 3 ,referido a la proposición económica, en lugar de haberlo hecho en el 2 referido a la proposición técnica, como exigían los Pliegos según la demandada y la Resolución recurrida del TACP, de lo que discrepan los recurrentes entendiendo conforme al Pliego la inclusión en el sobre 3 , procede examinar tal cuestión a la vista de lo dispuesto en los Pliegos que rigieron la convocatoria que constituyen la "lex contractus " con fuerza vinculante para los licitadores y la Administración.

En tal sentido, el Tribunal Supremo tiene reiteradamente establecido (Sentencia de 11 de mayo de 2004) que los Pliegos de Condiciones de los Contratos Administrativos constituyen un dictado para los que participan en el Concurso quedando obligados los que obtienen la adjudicación de la obra ó servicio a su cumplimiento y sometidos a todas las consecuencias que se deriven de dichas condiciones (Sts. 26-2-1952 ; 25-9-1965 ; 3-11-1967 ; y 30-1-1995 entre otras), y que todo aquél que toma parte en un concurso sin impugnar previamente las bases por el que se va a regir pierde la oportunidad de alegar irregularidad alguna afectante a las mismas (T.S. 9-3-1991).

Asimismo, en el caso presente, la cláusula 9 del PCAP disponía que "la presentación de proposiciones supone, por parte del empresario, la aceptación incondicional del clausulado de este Pliego y del de prescripciones técnicas que rigen el presente contrato, sin salvedad alguna".

Pues bien, a nuestro juicio, según el PCAP el "compromiso de asistencia técnica durante los cinco años posteriores a la terminación de la obra" , debía de realizarse dentro del sobre 2 referido a la proposición técnica y no en el sobre 3 ,referido a la proposición económica, pues así resulta de la cláusula 11 del PCAP referida a la "Forma y contenido de las proposiciones", conforme a la cual las proposiciones debían de constar de tres sobres cerrados correspondiendo a cada sobre la siguiente documentación:

Sobre 1 "Documentación Administrativa"



Sobre 2 "Proposición Técnica"

Sobre nº 3 "Proposición Económica"

Expresándose, en cuanto al contenido del Sobre 2 " Proposición Técnica" que "

En este sobre se incluirá la documentación técnica que se exija ó permita suficientemente la correcta evaluación de criterios automáticos por aplicación de fórmulas , excepto el criterio del precio, así como los criterios cuya evaluación dependa de un juicio de valor.

Para mejor comprensión, los criterios evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas, se incorporarán en la memoria como un apartado específico.

En la documentación contenida en el sobre, no se incluirán datos que permitan la identificación del licitador

Este sobre no llevara ninguna identificación del licitador en el exterior".

Y en cuanto al contenido del Sobre nº 3 "Proposición Económica" que " *La proposición económica se presentará redactada conforme al modelo fijado en el Anexo II al presente Pliego no aceptándose aquellas que contengan omisiones, errores ó tachaduras que impidan conocer claramente lo que EMSULE SA estime fundamental para considerar la oferta.*

Si alguna proposición no guardase concordancia con la documentación examinada y admitida excediese del presupuesto base de licitación variase sustancialmente el modelo establecido comportase error manifiesto en el importe de la proposición , ó existiese reconocimiento por parte el licitador de que adolece de error ó inconsistencia que le hagan inviable, será desechada sin que sea causa bastante para el rechazo el cambio u omisión de algunas palabras del modelo si ello no altera su sentido.

Este sobre no llevara ninguna identificación del licitador en el exterior del mismo".

Conforme a ello, en el sobre nº 2 relativo a la proposición técnica debía de incluirse toda la documentación técnica tanto la evaluable mediante criterios automáticos por aplicación de fórmulas , como los criterios cuya evaluación dependa de un juicio de valor, especificándose , de forma expresa que en este sobre como hemos transcrito se incluiría toda la documentación técnica evaluable por criterios automáticos por aplicación de fórmulas , excepto el criterio del precio que iba en el sobre nº 3, diciéndose incluso que -dentro del sobre nº 2 los criterios evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas, se incorporarían en la memoria como un apartado específico.

Los Pliegos no fueron impugnados por los recurrentes, sino aceptados al participar en la licitación, por lo que los recurrentes debieron de ajustarse al formular su oferta a lo especificado en los mismos y al no haberlo hecho así , es correcto que no se les valorara el compromiso de asistencia técnica no realizado en el sobre 2 referido la proposición técnica en que el PCAP exigía que se incluyera, por lo que la Resolución recurrida que así lo entendió es conforme a derecho.

TERCERO. - Tales razonamientos y conclusión no han sido desvirtuadas por el informe pericial aportado por la recurrente con la demanda y ratificado en periodo probatorio, cuya interpretación y conclusiones no compartimos.

Al respecto hemos de tener en cuenta que ,conforme a lo dispuesto en el art. 335 de la LEC , el objeto y finalidad del dictamen de peritos es facilitar al juzgador conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos que sean necesarios para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto o adquirir certeza sobre ellos, pero no realizar o emitir opiniones jurídicas sobre otras cuestiones , debiendo de recordarse asimismo que la prueba pericial no constituye en nuestro ordenamiento jurídico prueba tasada sino que debe ser valorada por el juzgador con arreglo a las reglas de la sana crítica (art. 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) lo que implica que deba de realizarse de ella una adecuada valoración y no una mera asunción sin más de sus pronunciamientos. Por lo demás, la prueba pericial es útil cuando para valorar hechos, ó circunstancias relevantes en el asunto sean necesarios conocimientos científicos, artísticos, técnicos ó prácticos, pero sin poder sustituir nunca el perito al juzgador en su tarea propia de declarar probados unos hechos en función de la valoración de la prueba practicada y de los datos resultantes del procedimiento ni poder extenderse el perito al examen de cuestiones jurídicas. Así el Tribunal Supremo tiene declarado ,entre otras, en sus Sentencias de 6 de mayo de 1993 y 2 de abril de 1998 que " Ha de atenderse, en primer lugar, a la fuerza convincente de los razonamientos que contienen los dictámenes, pues lo esencial no son sus conclusiones, sino la línea argumental que a ellas conduce, dado que la fundamentación es la que proporciona la fuerza convincente del informe y un informe no razonado es una mera opinión sin fuerza probatoria alguna" así como que "Un tercer criterio que debe ser tenido en cuenta es la necesaria armonía de las conclusiones contenidas en los informes periciales con el resto



de los elementos probatorios, cuales pueden ser, entre otros, las diversas pruebas documentales practicadas en las actuaciones".

Pues bien, el perito considera, en el caso presente, que según el PCAP y, en especial, según el Anexo II del mismo referido a la proposición económica, el compromiso de ampliación de la asistencia técnica y el de acortamiento de los plazos debían de ser incluidos por los licitadores en el sobre 3, así como que la tesis del órgano de contratación y del TACP de que debían de incluirse en el sobre 2 imposibilita el cumplimiento del art. 150.2 del TRLCSP.

Sin embargo, ello, como dijimos, no resulta de la cláusula 11 del PCAP que hemos transcrito con anterioridad. Es cierto que el Anexo II referido al "Modelo de Proposición Económica", al expresar las condiciones en que el licitador se comprometía a tomar a su cargo la ejecución del contrato, además de las referidas al % de baja sobre el precio base, base imponible, IVA, e importe total de la oferta, mencionaba el plazo de ejecución y la ampliación de la asistencia, no obstante, entendemos, que dada la claridad de la cláusula 11 del PCAP en relación a la documentación que debía de incluirse en el sobre 2 (la relativa a todos los criterios de adjudicación del contrato recogidos en la cláusula 7 del Anexo I, excepto el criterio del precio) la documentación relativa al acortamiento de plazos y al compromiso de asistencia técnica debía de incluirse en el sobre 2, sin perjuicio de que conforme al Anexo II en el modelo de proposición económica se expresara, entre las condiciones conforme las que se comprometía el licitador a tomar a su cargo la ejecución del contrato, que lo hacía conforme a un determinado plazo de ejecución y de ampliación de la asistencia.

La interpretación que sostenemos se corrobora examinando el informe técnico obrante a los folios 43 a 233 del expediente administrativo realizado por la empresa Área Técnica determinando las puntuaciones de la documentación exigida a incluir en el sobre 2, del que resulta que de las 43 licitadores que accedieron a dicha fase a 25 les fue valorado el criterio del compromiso de asistencia técnica durante los cinco años posteriores a la terminación de la obra que incluyeron en el sobre 2, por lo que no debieron de tener dudas de que en tal sobre debía de incluirse tal criterio de adjudicación y sin que ello motivara la exclusión de ninguno de ellos desvirtuándose la manifestación del perito que en el acto de ratificación manifestó que si la recurrente hubiera incluido tal compromiso en el sobre 2 habría sido excluida de la licitación, lo que evidentemente no es cierto.

Si la recurrente tuvo dudas acerca de en qué sobre debía de introducir la documentación debió de solicitar aclaración ó información a la Administración sobre tal extremo, lo que no consta realizara.

A lo expuesto hemos de añadir que el art. 150.2 del TRLCSP lo que exige es que la evaluación de las ofertas conforme a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas se realice después de efectuar previamente la de aquellos otros criterios en que no concurra esta circunstancia, con la finalidad general de que la valoración de los criterios sometidos a juicio de valor se realice antes de conocer la oferta económica a fin de evitar que tal conocimiento pueda influenciar en la valoración de los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor, siendo así que en el caso presente así se hizo. En cualquier caso, si se consideraba que la regulación contenida en los Pliegos no era conforme a derecho debieron de impugnarse éstos en su momento, sin poder cuestionarse ahora su contenido al no haber sido impugnados.

La imposibilidad de asignar a la recurrente los 2,5 puntos que solicita y de considerarla adjudicataria del concurso hace innecesario examinar si incluso fue sobrevalorada erróneamente en 3 puntos más.

CUARTO.- En consecuencia, el recurso contencioso administrativo debe de ser desestimado lo que determina, de conformidad con lo establecido en el art. 139. 1 de la LJCA, la condena en costas a la demandante, si bien como permite el apartado tercero del mismo precepto procede limitar su cuantía a 1.000 euros.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que desestimamos el recurso contencioso administrativo interpuesto por la Procuradora Doña María Elvira Encinas Lorente, actuando en representación de Don Constancio y Doña Fermina, contra la Resolución de 29 de abril de 2015 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, a que esta "litis" se refiere, con expresa imposición de las costas a la parte demandante en los términos establecidos en el último fundamento jurídico de esta Sentencia.

Notifíquese la presente a las partes personadas, haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer, en su caso, recurso de casación en los términos establecidos en el art 86 de la LJCA.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.



PUBLICACION: Leída y publicada fue la anterior sentencia por la Ilma. Sra. D^a. Fátima Arana Azpitarte, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha; certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ