



Roj: **STSJ AS 2266/2016 - ECLI: ES:TSJAS:2016:2266**

Id Cendoj: **33044330012016100623**

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

Sede: **Oviedo**

Sección: **1**

Fecha: **29/07/2016**

Nº de Recurso: **332/2014**

Nº de Resolución: **630/2016**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **ANTONIO ROBLEDO PEÑA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.ASTURIAS CON/AD (SEC.UNICA)

OVIEDO

SENTENCIA: 00630/2016

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ASTURIAS

Sala de lo Contencioso-Administrativo

RECURSO: P.O.: 332/2014

RECURRENTE: EULEN, S.A.

PROCURADOR: D. Rafael Cobián Gil-Delgado

RECURRIDO: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

CODEMANDADO: GESTIÓN INFRAESTRUCTURAS SANITARIAS DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS, S.A. (GISPASA)

PROCURADORA: D^a María Ángeles Fuertes Pérez

CODEMANDADA: LACERA SERVICIOS y MANTENIMIENTO, S.A.

PROCURADORA: D^a Mercedes Márquez Cabal

SENTENCIA

Ilmos. Sres.:

Presidente:

D. Luis Querol Carceller

Magistrados:

D. Antonio Robledo Peña

Dña. Olga González Lamuño Romay

En Oviedo, a veintinueve de julio de dos mil dieciséis.

La Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, compuesta por los Ilmos. Sres. Magistrados reseñados al margen, ha pronunciado la siguiente sentencia en el recurso contencioso administrativo número 332/2014, interpuesto por EULEN, S.A., representada por el Procurador D. Rafael Cobián Gil-Delgado, actuando bajo la dirección Letrada de D. Martín Pastrana Baños, contra el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES, siendo partes codemandadas GISPASA (GESTIÓN INFRAESTRUCTURAS SANITARIAS DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS, S.A.), representada por la Procuradora D^a Ángeles Fuertes Pérez, actuando bajo la dirección Letrada de D. Javier Calzadilla Beúnza y LACERA SERVICIOS Y MANTENIMIENTO, S.A., representada por la Procuradora D^a

Mercedes Márquez Cabal, actuando bajo la dirección Letrada de D. César Monteserín Sánchez. Siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Antonio Robledo Peña.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Interpuesto el presente recurso, recibido el expediente administrativo se confirió traslado al recurrente para que formalizase la demanda, lo que efectuó en legal forma, en el que hizo una relación de Hechos, que en lo sustancial se dan por reproducidos. Expuso en Derecho lo que estimó pertinente y terminó suplicando que, en su día se dicte sentencia acogiendo en su integridad las pretensiones solicitadas en la demanda, y en cuya virtud se revoque la resolución recurrida, con imposición de costas a la parte contraria.

SEGUNDO.- Conferido traslado a la parte demandada para que contestase la demanda, lo hizo en tiempo y forma, alegando: Se niegan los hechos de la demanda, en cuanto se opongan, contradigan o no coincidan con lo que resulta del expediente administrativo. Expuso en Derecho lo que estimó pertinente y terminó suplicando que previos los trámites legales se dicte en su día sentencia, por la que desestimando el recurso se confirme el acto administrativo recurrido, con imposición de costas a la parte recurrente.

TERCERO.- Conferido traslado a las partes codemandadas para que contestase a la demanda lo hicieron en tiempo y forma, solicitando se dicte sentencia con desestimación del recurso, confirmando la resolución recurrida, con imposición de costas al actor.

CUARTO.- Por Auto de 16 de abril de 2015, se recibió el procedimiento a prueba, habiéndose practicado las propuestas por las partes y admitidas, con el resultado que obra en autos.

QUINTO.- No estimándose necesaria la celebración de vista pública, se acordó requerir a las partes para que formularsen sus conclusiones, lo que hicieron en tiempo y forma.

SEXTO.- Se señaló para la votación y fallo del presente recurso el día 28 de julio de 2016 pasado en que la misma tuvo lugar, habiéndose cumplido todos los trámites prescritos en la ley.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Se impugna en este proceso la resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de fecha 4 de abril de 2014, por la que estima parcialmente el recurso especial interpuesto por la mercantil aquí actora, contra la resolución de adjudicación del contrato de "Servicios de limpieza, gestión de residuos, control de plagas, limpieza y conservación de viales y jardines del nuevo Hospital Universitario Central de Asturias", ordenando la retroacción de las actuaciones al momento posterior al de la notificación de la adjudicación, al objeto de que por el órgano de contratación se de vista del expediente al recurrente comprensiva de la parte de la oferta técnica del adjudicatario no incurso en confidencialidad de acuerdo con lo indicado en el fundamento de derecho décimo de dicha resolución, desestimando el recurso en todo lo demás.

También es objeto de recurso la resolución del mismo TACRC, de fecha 23 de mayo de 2014, por la que acuerda: 1) inadmitir el recurso interpuesto por la misma empresa, contra el acto de puesta de manifiesto del expediente, contra el acuerdo de adjudicación y contra el contrato (documento de formalización contractual) correspondientes al procedimiento de contratación de los "Servicios de limpieza, gestión de residuos, control de plagas, limpieza y conservación de viales y jardines del nuevo Hospital Universitario Central de Asturias" (Expediente PA 117-13), adoptados por la Gerencia de Infraestructuras Sanitarias del Principado de Asturias, por no ser susceptibles de recurso especial en materia de contratación; 2) inadmitir, por extemporáneos, los motivos de recurso relativos al irregular nombramiento de los miembros de la Comisión de Valoración y al incumplimiento de los artículos 26 y 30.3 del Real Decreto 817/2009 ; 3) desestimar el recurso, respecto a los restantes motivos de impugnación alegados por la recurrente; 4) dejar sin efecto la suspensión automática del procedimiento de contratación; y, 5) apreciar la concurrencia de mala fe y temeridad en la interposición del recurso e imponer a la recurrente una multa de 1.000 euros.

En el suplico de la demanda formulada se interesa que se dicte sentencia por la que, estimándola:

1. Se declaren nulos los acuerdos del citado Tribunal y el Acuerdo de GISPASA que confirman, apreciando los motivos expuestos en la demanda.
2. Se declare que la valoración del criterio 1.2, del Plan de Formación Continuada, no ha sido realizada conforme se establece en el Pliego de Condiciones Jurídicas, debiendo ser sustituida por la que, con respeto al mismo, se recoge en el Fundamento de Derecho Tercero, A.4).



3. Se declare, de conformidad con los datos objetivos que obran en el expediente, que la oferta del licitador LACERA en lo que respecta al criterio de valoración 2.1.1 Propuesta Organizativa del Servicio de Limpieza, no es excelente.
4. Se reconozca el derecho de la actora a ser la adjudicataria del contrato litigioso (Expediente PA 117-13).
5. Subsidiariamente a los tres anteriores y para el caso de que la Sala entienda que en atención a lo manifestado en el cuerpo de la demanda procede estimar el recurso, pero no decretar el mejor derecho de la actora a resultar adjudicataria del contrato, se ordene la retroacción de actuaciones al momento de valorar las proposiciones técnicas presentadas, sobre 2, para que sean nuevamente valorados los apartados 1.2 y 2.1.1 en los términos interesados en el Fundamento de Derecho Tercero.

Por su parte, las mercantiles personadas como partes codemandadas se oponen a las pretensiones deducidas de contrario por la recurrente, interesando que se desestime el recurso contencioso-administrativo, confirmando las resoluciones impugnadas por ser conformes a derecho.

SEGUNDO .- En primer lugar, entiende la representación actora que al inadmitir la segunda de las resoluciones impugnadas varios de los motivos que alegó en su impugnación de la adjudicación, se hace una interpretación no acorde con el derecho a la tutela judicial efectiva, argumentación que debe ser rechazada por no corresponderse con lo actuado, toda vez que la razón de ser de aquella inadmisión se debe a que se trataba de motivos que pudieron ser aducidos en el primer recurso interpuesto ante el TACRC, en el que ya se resolvió sobre la impugnación que se hizo de la adjudicación del contrato, y cuya alegación en el segundo recurso es improcedente y extemporánea, por vincularse en algún caso a la impugnación de los Pliegos del concurso, que habrían sido tácitamente aceptados una vez hubo sido presentada la proposición por la recurrente, de manera que ese segundo recurso solo podía versar sobre los eventuales defectos en la declaración de confidencialidad de la oferta técnica de la adjudicataria, confidencialidad cuyo alcance y extensión se entendió que podía impedir a la recurrente interponer recurso suficientemente fundado contra el acto de adjudicación, lo cual no niega el derecho a la tutela judicial efectiva que sin duda le asiste ni veda a la actora a que pueda acudir a esta vía jurisdiccional en defensa de sus pretendidos derechos, como efectivamente así ha hecho alegando diferentes motivos y articulando cuantos medios ha considerado convenientes a tal efecto.

TERCERO .- Se alega seguidamente sobre las irregularidades en el nombramiento de la Comisión Técnica de Valoración, dada la incompetencia del órgano que designó a sus miembros integrantes, quienes no reúnen los conocimientos adecuados para la valoración de la propuesta técnica en la presente licitación. Obviando el reproche que se le hace al TACRC por no haberse pronunciado expresamente sobre esta cuestión, toda vez que como ya queda indicado la misma debió haber sido planteada en el primer recurso especial interpuesto y no de manera improcedente y extemporánea en el segundo, que tenía un concreto y limitado objeto vinculado al acto de puesta de manifiesto del expediente de contratación, con exclusión de los documentos afectados por la declaración de confidencialidad formulada inicialmente por la adjudicataria, se ha de advertir la falta de razón que acompaña a la tesis actora, pues la designación de los miembros de la Comisión de Valoración por el Director Gerente de GISPASA se ajustó a las instrucciones del Consejero de Sanidad y dicha designación fue ratificada por el Consejo de Administración en su sesión de 11 de septiembre de 2013, que como órgano de contratación que es tiene facultades de delegación y encomienda de gestión para la ejecución del contrato, según la cláusula 4 del Pliego de Cláusulas Jurídicas, habiendo aprobado la propuesta de adjudicación del contrato que le hizo la Mesa de Contratación, con arreglo a las puntuaciones otorgadas por dicha Comisión de Valoración, cuyos integrantes gozan de la cualificación técnica suficiente para la labor de valoración de las distintas propuestas presentadas en lo relativo a los métodos de limpieza en un complejo hospitalario de singulares características como el que nos ocupa, como así fue puesto de manifiesto ante la Sala en la prueba practicada con manifestaciones de los que en ella depusieron que revelaron tanto la solvencia de sus conocimientos sobre la materia objeto de valoración como la unanimidad de los tres expertos elegidos para alcanzar sus conclusiones, con lo que en modo alguno se aprecia la vulneración de lo previsto al respecto en el artículo 28 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la LCSP, y en las cláusulas 12.5 y 13.3 del Pliego de Cláusulas Jurídicas.

CUARTO .- También discrepa la parte sobre la valoración del sobre 2 relativo a los aspectos cualitativos de la proposición técnica, ya que se otorga toda la puntuación a una oferta que contiene deficiencias desde el punto de vista técnico-sanitario, centrando su impugnación en dos criterios de valoración, los señalados como 1.2 Plan de Formación Continuada, y 2.1.1 Propuesta organizativa del servicio de limpieza, siendo este último el de más peso relativo y el principal de los servicios a prestar.

Se alega así que la falta de respeto al pliego al no valorar el número de cursos ofertados ni la coherencia entre los cursos, su duración y sus destinatarios y el cálculo erróneo de las horas de formación vulnerando las exigencias del pliego, hace que la valoración de la oferta vulnere la ley del contrato y deba considerarse



como alternativa respetuosa con el pliego la que ofrece la actora en el dictamen que aporta elaborado a su instancia, que a su juicio se apoya en cálculos objetivos que no incluyen elemento subjetivo alguno y que aplica parámetros marcados por la propia Comisión de Valoración a las exigencias igualmente objetivas del pliego rector de la contratación.

La cuestión ya fue analizada por el TACRC en la primera de las resoluciones impugnadas contraponiendo las conclusiones que alcanza la actora con base en el informe que aporta con las que asume el órgano de contratación partiendo del informe de la Comisión de Valoración que, dada la redacción del Pliego, optó por valorar en este punto las ofertas atendiendo al concepto de 'mayor formación ofertada', ante la desigualdad que representaría valorar a quien oferta un gran número de cursos pero pocas horas de formación, considerando dicho criterio razonable y ajustado a la finalidad del criterio de valoración y a los parámetros generales de valoración que se establecen en el Pliego de Cláusulas Jurídicas, en concreto en su cláusula 14.1.1, referida a los criterios cualitativos, por lo que si los Pliegos establecen como criterio interpretativo rector el de la valoración ponderada atendiendo al resultado final que se persiga con cada criterio de valoración, estima el TACRC que el criterio empleado por la Comisión (cantidad efectiva de formación ofertada) atiende a ese objetivo de una forma más satisfactoria que el propuesto por la recurrente (atribución de la misma puntuación a cada uno de los dos parámetros, cursos y horas ofertados, aisladamente considerados).

La conformidad a los Pliegos del criterio empleado para la valoración del plan formativo se puso de manifiesto en el desarrollo de la prueba practicada, donde los testigos-peritos que depusieron explicaron que la mejor manera de valorar era tener en cuenta el número de cursos, el número de horas y el número de destinatarios en su conjunto, primando la mayor oferta formativa, juicio de valor técnico que debe prevalecer sobre el criterio pretendido por la recurrente, en la medida que el propio perito judicial admite que puede ser una forma válida para llevar a cabo la valoración, y por ello no se ha demostrado que sea ilógica e irrazonable, y menos aún incurra en los errores que la actora le atribuye, pues se ha constatado con la prueba practicada la realización por parte del comité de expertos de un verdadero juicio de coherencia con el objeto del contrato, en los términos exigidos en el Pliego, y porque en definitiva con la valoración alternativa propuesta por el perito judicial la oferta de la adjudicataria puede ser valorada como excelente y recibir la puntuación de 25 puntos, mientras que la oferta de la recurrente puede ser valorada con una puntuación más proporcionada a su calidad, entre 15 y 20 puntos, con lo que parece claro que en este concreto criterio no variaría el resultado de la adjudicación.

QUINTO .- También se denuncian los para la recurrente errores en la valoración de la propuesta organizativa del servicio de limpieza por incurrir la efectuada por la adjudicataria en inconsistencias y vulneraciones de los pliegos en elementos importantes, sin estar la oferta ajustada a la realidad del HUCA, con pérdida de tiempo y métodos inadecuados en un hospital de última generación, por lo que resultaría insostenible la calificación dada como excelente y la máxima puntuación asignada a la misma, al tiempo que estima incorrecta la baja puntuación otorgada a la oferta de la actora que se trata de justificar en las leves inconsistencias apreciadas, de forma que la valoración jurídica de la actuación de la Comisión de Valoración al analizar y puntuar este aspecto de la valoración no es coherente, y bien se ha basado en unos motivos desconocidos, no aportados en la fundamentación de su informe y que por lo tanto harían su valoración nula, o bien los motivos son los que la Comisión consideró, y lo que es errónea es su adecuación al material fáctico que resulta del expediente, pudiendo la Sala ajustar la valoración a la realidad fáctica que se deriva del expediente, corrigiendo a favor de la recurrente, licitador que resultó en segundo lugar y a escasos puntos del adjudicatario, la puntuación tan excesiva dada a la oferta adjudicataria.

Sobre este particular, el TACRC se refiere en su resolución de 4 de abril de 2014 al extenso informe técnico de la Comisión de Valoración que hace una evaluación global, conjunta y sistemática de cada una de las ofertas en este punto, destacando el análisis que en el mismo se contiene de la oferta de la aquí actora, a la que se le asigna una puntuación de 'aceptable' porque "es una oferta muy completa, aunque debe revisar las inconsistencias en cuanto a zonas sin asignar personal y ajustar sus ritmos de trabajo de acuerdo con la criticidad de la zona", y de la oferta de la adjudicataria aquí codemandada, que es calificada como 'excelente', pues "la organización del trabajo está bien estructurada y detallada, así como el dimensionamiento del personal y tajo es adecuado y justificado para el servicio a realizar. Y la presentación de la documentación es clara y muy estructurada, lo que facilita su comprensión. La oferta de servicio es eficaz en cuanto a su estructura propuesta de personal y su gestión propuesta, y es idónea en tanto que se ajusta a lo requerido en el PPT con gran precisión. La puntuación otorgada es del 100%". En atención a que los razonamientos que llevan a la puntuación son detallados y resultan ajustados a los pliegos, el TACRC considera correcta la valoración de la oferta de la adjudicataria, sin que entienda que proceda revisar ese juicio técnico de la Comisión de Valoración, en sus aspectos materiales o sustantivos, ya que no puede suplir la discrecionalidad técnica del órgano de valoración.



SEXTO .- Habida cuenta, pues, los términos en que se ha desarrollado el objeto de debate, conviene hacer referencia a la doctrina elaborada en relación con la discrecionalidad técnica de los órganos de contratación. En este sentido, como recuerda la STS de 24 de enero de 2006 , con cita de otras anteriores como las de 25 de julio de 1989 , 1 de junio de 1999 y 7 de octubre de 1999 , la Administración tiene un margen de discrecionalidad en el momento de valorar la proposición más ventajosa y también puede acudir a una interpretación y aplicación de las cláusulas razonable. Asimismo, según la STS de 18 de julio de 2006 , "La valoración efectuada por la Comisión correspondiente entra en lo que se denomina discrecionalidad técnica, no siendo de recibo sustituir por los propios de la recurrente los criterios de adjudicación tenidos en cuenta por la Administración demandada en uso de facultades fundamentadas en juicios o valoraciones de carácter técnico efectuados por la Comisión de Valoración calificando las ofertas presentadas y precisando el alcance de los conceptos contenidos en las cláusulas (...). Y en fin, porque existiendo, como existe un órgano técnico para efectuar la evaluación y habiendo este señalado los criterios de adjudicación, conforme a reiterada doctrina de esta Sala, sentencias 11 de diciembre de 1998 , 14 de julio de 2000 y 13 de octubre de 2004 , y del Tribunal Constitucional, sentencia de 17 de mayo y auto 8 de junio de 1983 , la revisión de esa evaluación solo podría aceptarse, cuando, bien, no hubiera aplicado a todos los concursantes los mismos criterios, bien cuando esa evaluación no se ajustara a las bases del concurso, bien cuando existiera dolo, coacción o error manifiesto".

Sentado lo anterior, la puntuación asignada a las distintas ofertas se ha obtenido conforme al procedimiento regulado en la Ley del contrato, que es el pliego, y siendo así, como con acierto señala el TACRC, según se ha explicado, no cabe más que coincidir en sus atinadas apreciaciones y confirmar asimismo la adjudicación efectuada, objeto de controversia, por más que el perito judicial equipare la valoración de la propuesta organizativa efectuada por cada una de las empresas litigantes, al entender que las leves inconsistencias que concurren en las mismas, hacen que deba rebajarse la clasificación de la propuesta de LACERA a 'buena', y recibir la puntuación de 35,5 puntos, y por los mismos motivos ascender a la clasificación de 'buena' la propuesta de EULEN, y recibir igual puntuación de 35,5 puntos, pues como viene a reconocer en su propio informe, con los criterios establecidos en el Pliego de Cláusulas Jurídicas "son posibles errores de clasificación y desacuerdo entre observadores. La decisión de elegir entre 'menos simplificada y concreta' y 'clara' tiene un componente subjetivo. Este componente subjetivo afecta a todos los informes de valoración, incluido este que estoy redactando, pero no invalidaría un proceso de selección", razón por la cual la valoración alternativa a las propuestas organizativas que se contiene en el informe emitido y que califica como igualmente 'buena' y con idéntica puntuación una y otra de las propuestas organizativas efectuadas por la actora y por la adjudicataria codemandada, no sirve para desvirtuar convenientemente el juicio técnico alcanzado por la Comisión de Valoración, cuya imparcialidad, objetividad y cualificación apropiada al caso de sus miembros ha quedado patente a lo largo de su intervención que como testigos-peritos tuvieron en la práctica de la prueba, por lo que no habiéndose apreciado por la Sala arbitrariedad en su actuación, ni tampoco por el perito judicial, su informe de valoración debe prevalecer también en este particular aspecto controvertido.

SÉPTIMO .- Por último, se advierte que en el escrito de conclusiones la actora hace una serie de consideraciones atinentes a motivos de fondo que en modo alguno fueron aludidos en la demanda, siendo en dicho trámite de conclusiones cuando por primera vez se suscitan. Partiendo de esta base, hemos de recordar que el artículo 65.1 de la Ley de la Jurisdicción es tajante al disponer que en el escrito de conclusiones " *no podrán plantearse cuestiones que no hayan sido suscitadas en los escritos de demanda y contestación* ". Consiguientemente, no procede analizar ahora estos motivos alegados, al ser inadmisibles el planteamiento de cuestiones de fondo en el escrito de conclusiones, cuando no lo fueron oportunamente en el escrito de demanda, suscitándose ahora extemporáneamente como unas cuestiones nuevas.

OCTAVO .- Lo anteriormente expuesto conduce a la desestimación del recurso interpuesto con íntegra confirmación de las resoluciones impugnadas, con la consecuencia añadida de que en materia de costas procesales las mismas deben ser impuestas a la parte recurrente al ser desestimada su pretensión anulatoria y no concurrir motivos o circunstancias para su no imposición, de conformidad con lo establecido en el artículo 139.1 de la Ley 29/1998 reguladora de esta Jurisdicción, si bien con el límite de 1.800 euros para cada una de las partes personadas como codemandadas y por todos los conceptos, habida cuenta la problemática del asunto y la actividad procesal desplegada por las mismas, conforme a la facultad que a tal efecto otorga al Tribunal que juzga el apartado 3 del indicado precepto.

Vistos los preceptos legales citados y demás de pertinente aplicación.

FALLO



En atención a todo lo expuesto, la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, ha decidido: Desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por don Rafael Cobián Gil-Delgado, Procurador de los Tribunales, en nombre y representación de la mercantil EULEN, S.A., contra la resolución núm. 288/2014 de fecha 4 de abril de 2014, dictada en el recurso núm. 197/2014, y contra la resolución núm. 417/2014 de fecha 23 de mayo de 2014, dictada en el recurso núm. 360/2014, ambas del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en el que han sido partes codemandadas las mercantiles Gestión de Infraestructuras Sanitarias del Principado de Asturias, S.A., (GISPASA), y Lacera Servicios y Mantenimiento, S.A., a su vez representadas por las también Procuradoras doña María Ángeles Fuertes Pérez y doña María Mercedes Márquez Cabal, respectivamente, resoluciones que se mantienen por ser conformes a Derecho. Con expresa imposición de costas a la mercantil recurrente con el indicado límite máximo por todos los conceptos antes indicado.

Contra la presente resolución cabe interponer ante esta Sala, previa constitución del depósito necesario para recurrir, RECURSO DE CASACIÓN, en el término de diez días, para ser resuelto por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará testimonio a los autos, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.