



Roj: **STS 3235/2014** - ECLI: **ES:TS:2014:3235**

Id Cendoj: **28079130072014100271**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **7**

Fecha: **21/07/2014**

Nº de Recurso: **334/2013**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **JOSE DIAZ DELGADO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiuno de Julio de dos mil catorce.

Visto por la Sección Séptima de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, constituida por los señores arriba anotados, el recurso de casación número 334/2013 que ante la misma pende de resolución, interpuesto por el Procurador Don Ignacio Cuadrado Ruescas, en nombre de la FUNDACIÓN DIAGRAMA, contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de fecha 15 de noviembre de 2012, recaída en el recurso contencioso-administrativo número 4498/2011, interpuesto contra la resolución de 11-8-11 de la Consellería de Trabajo e Benestar por la que se desestimó el recurso de reposición interpuesto por la actora contra otra de 30-6-11 por la que se adjudicó a la Fundación Camiña Social el lote Nº 2 de la contratación de la gestión del servicio público de centros de reeducación de menores de la titularidad de la Xunta de Galicia. Ha sido parte recurrida la Junta de Galicia, representada por el Procurador Don Argimiro Vázquez Guillen, y la FUNDACION CAMIÑA SOCIAL, representada por el Procurador Don Fernando Pérez Cruz.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de fecha 15 de noviembre de 2012, en su parte dispositiva dice lo siguiente: "*Desestimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Fundación Diagrama Intervención Psicosocial contra la resolución de 11-8-11 de la Consellería de Trabajo e Benestar por la que se desestimó el recurso de reposición interpuesto por la actora contra otra de 30-6-11, por la que se adjudicó a la Fundación Camiña Social el lote Nº 2 de la contratación de la gestión del servicio público de centros de reeducación de menores de la titularidad de la Xunta de Galicia. No se hace imposición de costas*".

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia interpone recurso de casación el Procurador Don Ignacio Cuadrado Ruescas, en nombre de la FUNDACIÓN DIAGRAMA, formalizando el escrito de interposición por medio de escrito que tuvo entrada en este Tribunal en fecha 4 de marzo de 2013 en el que tras alegar los motivos que tuvo por conveniente y que más adelante se analizaran terminó suplicando que:

- a) Se declare la nulidad de la sentencia que se recurre.
- b) Se acuerde la adjudicación del lote número 2 a favor de FUNDACION DIAGRAMA y, previos los trámites legales oportunos, se ordene la formalización del contrato correspondiente a dicho lote.
- c) Subsidiariamente, se reconozca a favor de FUNDACION DIAGRAMA la indemnización que se solicita, cifrada en 1.034.443,70 euros, lo que comprende tanto el daño emergente (122.394,66 euros) como el lucro cesante (912.049,04 euros).
- d) Se impongan las costas procesales a la demandada.

TERCERO.- La FUNDACION CAMIÑA SOCIAL, a través del Procurador Don Fernando Pérez Cruz formalizó su oposición al presente recurso de casación por escrito que tuvo entrada en este Tribunal en fecha 3 de marzo



de 2014 en el que solicitó su inadmisión o subsidiaria desestimación, en ambos casos con condena en costas a la recurrente.

CUARTO.- Por el Procurador Don Argimiro Vázquez Guillen se formalizó la oposición al presente recurso por escrito que tuvo entrada en este Tribunal en fecha 4 de marzo de 2014, solicitando su desestimación.

QUINTO.- Se señaló para votación y fallo del presente recurso la audiencia de 16 de julio de 2014, teniendo así lugar y habiéndose observado en la tramitación de este procedimiento las prescripciones legales.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Jose Diaz Delgado,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La primera cuestión a analizar es la alegación de inadmisibilidad por considerar la codemandada que la cuantía del recurso es indeterminada. Sin embargo la Sección primera ya declaró admisible el recurso de casación, al margen que la parte codemanda no desarrolla este motivo de inadmisibilidad.

SEGUNDO.- Superado este obstáculo procesal, hemos de entrar en el análisis del primer motivo de casación, que al amparo de lo dispuesto en el artículo 88.1.d de la ley jurisdiccional sostiene que la sentencia vulnera lo dispuesto en los artículos 134.2 y 135.1 de la ley 30/2007, de 30 de julio, de contratos del sector público, así como los artículos 85 y 90 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

La sentencia recurrida en su fundamento jurídico segundo centra el objeto de la litis cuando sostiene que: "*La entidad actora pretende en su demanda, de forma principal, que se anule la resolución impugnada y se acuerde la adjudicación a su favor del referido lote N° 2 y la formalización con ella del contrato correspondiente a ese lote; y, de forma subsidiaria, que se reconozca a su favor una indemnización de 646.213,63 euros. Estas pretensiones se fundamentan en que, de acuerdo con lo establecido en la cláusula 18 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, a su oferta económica debieron asignársele 11 puntos y 2,87 puntos a la presentada por la codemandada, lo que determinaría, al ser sumados dichos puntos a los obtenidos por sus ofertas técnicas (64 y 71, respectivamente), que el total que correspondería a la recurrente sería de 75 puntos y de 73,87 puntos a la codemandada*".

Como la sentencia reconoce, el pleito se centra sobre la interpretación que deba darse a la cláusula 18 del Pliego, que como sostiene en su fundamento jurídico tercero : "*(...)establece los criterios objetivos de adjudicación para las proposiciones económicas y técnicas. Para las primera señala una puntuación que va de un máximo de 20 a un mínimo de 0 puntos, y parte del precio unitario máximo de licitación (210 euros). Los 0 puntos se atribuyen a la proposición que coincida con ese precio. Los 20 puntos, a la que coincida con el importe límite de la baja desproporcionada, o que, rebasando dicho límite, cumpla las condiciones establecidas en el artículo 136 de la Ley de Contratos del Sector Público para las proposiciones incursas en presunción de desproporcionalidad. Y entre 0 y 20 puntos a las que no coincidan con el precio máximo unitario de licitación ni con el límite de la baja desproporcionada. La cláusula seguidamente dispone que las proposiciones se valorarán de forma proporcional, y que cuando el órgano de contratación presuma que una no podrá ser cumplida por considerarla desproporcionada o temeraria, y siempre que, en todo caso, suponga una disminución en más de un 10% del precio unitario máximo de licitación, se estará a lo previsto en los artículos 134 a 136, apartados 3 y 4, de la LCSP*".

Según recuerda la sentencia en su fundamento jurídico cuarto:

"La parte actora considera que, al no haber sido presentada ninguna proposición que incurriese en baja desproporcionada o temeraria, la valoración proporcional que exige la cláusula 18 del Pliego ha de hacerse aplicando una sencilla regla de tres: si a una baja de 21 euros (10 % de 210) sobre el precio unitario máximo se le atribuyen 20 puntos, a una de 11,55 euros -la de la actora- le corresponden 11, y a una de 3,01 euros -la de la codemandada- le corresponden 2,87. Las resoluciones de la Administración entienden, por el contrario, que ese modo de proceder no es correcto, ya que no podría ser aplicado en el supuesto, que la citada cláusula contempla, de una proposición económica que, pese a rebasar la baja del 10% sobre el indicado precio, el órgano de contratación considerase que podría ser cumplida a la vista de la justificación ofrecida por quien la formuló; y que al no existir una norma específica de valoración en la LCSP, cabe acudir a una regla de ponderación como la contenida en el artículo 85 del Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Contra esta argumentación la entidad actora alega que el citado artículo 85 no establece criterios de valoración de las ofertas económicas, sino los que sirven para definir una oferta como desproporcionada o temeraria; que el precepto se aplica en el caso de las subastas, no en el de los concursos; que en el presente supuesto no se presentó ninguna baja desproporcionada o temeraria; y que el criterio seguido por la Administración rompe la regla de la proporcionalidad que el Pliego establece. Las dos primeras objeciones opuestas por la parte actora al modo de actuar de la Administración no pueden ser compartidas, pues lo que hizo fue aplicar analógicamente,



no de forma directa, un criterio de ponderación contenido en el citado precepto. En cuanto a la no presentación en el supuesto enjuiciado de una baja desproporcionada o temeraria, lo que establece la cláusula 18 del Pliego es una regla general, y para que tenga este carácter es preciso que sea aplicable a todos los supuestos que ella misma contempla, aunque luego alguno de ellos no se dé en un caso concreto, por lo que esta circunstancia no puede cambiar esa regla general. Y por lo que respecta a la proporcionalidad, la rebaja de 3,01 euros ofrecida por la codemandada supone el 26,06 % de la de 11,55 euros ofrecida por la actora; y los 2,24 puntos atribuidos a la codemandada por su oferta económica suponen el 26,04 % de los 8,60 puntos atribuidos a la actora, por lo que no puede decirse que la puntuación otorgada a una y otra vulnere el principio de proporcionalidad. Por otra parte, los precedentes e informes de los que, según la actora, se aparta la actuación de la Administración se referían, como de forma clara se explica en la contestación a la demanda de dicha parte, a casos en los que las circunstancias que concurrían era diferentes, por lo que tampoco puede ser aceptado lo que se alega al respecto. Por todo ello hay que concluir que lo actuado y decidido por la Administración no es contrario a derecho, ante lo que tienen que ser rechazadas las pretensiones principal y subsidiaria de la demanda, pues ambas se basan en una actuación contraria a la legalidad, que no concurre".

TERCERO.- El motivo de casación ha de ser estimado, pues el artículo 85 del 2001/34761 RD 1098/2001 de 12 octubre 2001 , establece los criterios para apreciar las ofertas desproporcionadas o temerarias en las subastas, lo que no es el caso y no cabe su aplicación analógica pues la cláusula 18 del pliego es explícita, y aun cuando efectivamente prevé una posible oferta desproporcionada o temeraria que hubiera podido tenerse en cuenta, de darse las circunstancias previstas en el artículo 136.3 y 4 de la Ley de Contratos del Sector Público , esta circunstancia no se ha dado, estando las distintas proposiciones dentro del margen de 10 puntos que delimitan la temeridad y en consecuencia, la regla de tres que propone el recurrente es la proporcional y correcta, ante la ausencia de otros criterios, previamente publicados, de conformidad con lo exigido en los artículos 134 a 136 de la Ley de Contratos del Sector Público .

Igualmente se entiende que se produce igualmente una vulneración de la jurisprudencia, alegada como segundo motivo, acerca de la vinculación al pliego de condiciones. No así del motivo tercero relativo a la falta de motivación y vulneración del artículo 54.1 de la ley 30/1992 , pues el acto impugnado esta motivado, aunque no se comparta la motivación.

CUARTO.- En consecuencia, procede estimar parcialmente el recurso de casación y dictar otra sentencia que estime parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto y reconozca el derecho del recurrente a la adjudicación del lote número 2 del expediente de contratación 59/2010 . Ha de rechazarse la indemnización solicitada de los gastos de representación y defensa, porque estos forman parte de la condena en costas, que por la fecha de interposición del recurso contencioso- administrativo no procede, al no estar en vigor la modificación introducida por la ley 37/2011, de 10 de octubre respecto del artículo 139 de la ley jurisdiccional .

La estimación de la pretensión principal evita pronunciarse sobre la subsidiaria, de indemnización, sin perjuicio de que cuando haya de ejecutarse la sentencia pueda alegarse la imposibilidad de ejecución y sea entonces el momento en que se ejercite la petición de indemnización sustitutoria.

QUINTO.- De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 139 antes citado no procede la expresa imposición de las costas procesales ni en el recurso de casación, ni en la instancia.

FALLAMOS

1.- Ha lugar al recurso de casación número 334/2013, interpuesto por el Procurador Don Ignacio Cuadrado Ruescas, en nombre de la FUNDACIÓN DIAGRAMA, contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de fecha 15 de noviembre de 2012, recaída en el recurso contencioso-administrativo número 4498/2011 , interpuesto contra la resolución de 11-8-11 de la Consellería de Trabajo e Benestar por la que se desestimó el recurso de reposición interpuesto por la actora contra otra de 30-6- 11 por la que se adjudicó a la Fundación Camiña Social el lote Nº 2 de la contratación de la gestión del servicio público de centros de reeducación de menores de la titularidad de la Xunta de Galicia.

2.- Ha lugar a estimar parcialmente el recurso recurso contencioso-administrativo número 4498/2011, interpuesto contra la resolución de 11-8-11 de la Consellería de Trabajo e Benestar por la que se desestimó el recurso de reposición interpuesto por la actora contra otra de 30-6-11 por la que se adjudicó a la Fundación Camiña Social el lote Nº 2 de la contratación de la gestión del servicio público de centros de reeducación de menores de la titularidad de la Xunta de Galicia, reconociendo el derecho de la recurrente a la adjudicación del lote 2 del expediente de contratación.

3.- No ha lugar a la expresa imposición de las costas procesales.



Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez D. Nicolás Maurandi Guillén D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva D^a. Celsa Pico Lorenzo D. José Díaz Delgado D. Vicente Conde Martín de Hijas **PUBLICACIÓN**.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma, estando celebrando audiencia pública la Sala Tercera del Tribunal, el mismo día de su fecha, lo que certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ