



Roj: **STSJ M 970/2014 - ECLI:ES:TSJM:2014:970**

Id Cendoj: **28079330032014100082**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **23/01/2014**

Nº de Recurso: **1893/2011**

Nº de Resolución: **49/2014**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **MARIA DEL PILAR MALDONADO MUÑOZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

C/ General Castaños, 1 - 28004

33009750

NIG: 28.079.00.3-2011/0002501

Recurso nº 1893/2011

Ponente: Dña. Pilar Maldonado Muñoz

Recurrente : Novasoft Ingeniería, S.L.

Representante: Procurador D. Pedro Antonio González Sánchez

Parte demandada: Comunidad de Madrid

Representante: Letrado de la Comunidad Autónoma

Parte codemandada: Telefónica Soluciones de Informática y Comunicaciones de España.

Representante: Procurador Dña. Carmen Ortiz Cornago

Parte codemandada: SICE (Sociedad Ibérica de Construcciones Eléctricas, S.A.)

Representante: Procurador Dña. Ángeles Galdiz de la Plaza

SENTENCIA NÚM. 49

ILTMO. SR. PRESIDENTE:

D. Gustavo Lescure Ceñal

ILTMOS. SRES. MAGISTRADOS:

Dña. Pilar Maldonado Muñoz

Dña. Margarita Pazos Pita

En Madrid, a 23 de Enero de 2014.

Visto el recurso contencioso-administrativo núm. 1893/2012 interpuesto por la representación procesal de la entidad mercantil Novasoft Ingeniería, S.L, contra resolución del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid de 22 de Septiembre de 2011, que desestima el recurso especial interpuesto contra resolución del Director Gerente de 8 de Agosto de 2011, por el que se adjudica el contrato



de "Servicio de Gestión y Mantenimiento de Puestos Informáticos, incluyendo Instalación de Red Inalámbrica (WIFI) en el Centro de Actividades Ambulatorias del Hospital Universitario 12 de Octubre "; habiendo sido parte demandada la Comunidad de Madrid representada por su Letrado, y como codemandados Telefónica Soluciones de Informática y Comunicaciones de España representada por el Procurador Dña. Carmen Ortiz Cornago y SICE (Sociedad Ibérica de Construcciones Eléctricas, S.A.), representada por el Procurador Dña. Ángeles Galdiz de la Plaza.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La referida parte actora promovió el presente recurso contencioso-administrativo contra la resolución reseñada, y seguido el cauce procesal previsto legalmente, cada parte interviniente despachó, en el momento oportuno y por su orden legal conferido, el trámite correspondiente de demanda y de contestación, en cuyos escritos, y conforme a los hechos y razonamientos jurídicos consignados, suplicaron respectivamente la anulación de acto objeto de impugnación y la desestimación de ésta, en los términos que figuran en aquéllos.

SEGUNDO.- Seguido el proceso por los cauces legales, y efectuadas las actuaciones y los trámites que constan en los autos, quedaron éstos pendientes de señalamiento para votación y fallo, que tuvo lugar el día 22 de Enero de 2.014.

Siendo Ponente la Magistrada Ilma. Sra. Dña. Pilar Maldonado Muñoz.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La representación procesal de la entidad mercantil Novasoft Ingeniería, S.L. interpone el presente recurso contencioso administrativo contra resolución del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid de 22 de Septiembre de 2011, que desestima el recurso especial interpuesto contra resolución del Director Gerente de 8 de Agosto de 2011, por el que se adjudica el contrato de "Servicio de Gestión y Mantenimiento de Puestos Informáticos, incluyendo Instalación de Red Inalámbrica (WIFI) en el Centro de Actividades Ambulatorias del Hospital Universitario 12 de Octubre" (expediente de contratación 2011-0-1) y se inadmiten las pretensiones relativas a la resolución de 23 de Marzo de 2011, por la que se declaraba la nulidad del informe técnico de valoración de los criterios de adjudicación, al haberse pronunciado ya este Tribunal mediante resolución nº 16, de 15 de Junio de 2011, en el recurso también interpuesto por la hoy recurrente con fecha 20 de Mayo de 2011, estimándolo parcialmente, declarando la nulidad de la resolución de adjudicación del contrato de 29 de Abril de 2011, y pronunciándose sobre el momento a que debían retrotraerse las actuaciones seguidas en el expediente, por lo que es de aplicación el principio de cosa juzgada al haberse resuelto en el recurso especial formulado anteriormente las cuestiones relativas a la nulidad de la resolución del Director Gerente de 23 de Marzo de 2011, que anulaba el informe técnico de valoración de los criterios de adjudicación y determinadas actuaciones posteriores.

SEGUNDO.- Pretende el recurrente se anule la resolución impugnada y se retrotraigan las actuaciones al momento de la propuesta de adjudicación del contrato a favor de Novasoft Ingeniería, S.L. y para el caso de que no procediera la retroacción de las actuaciones por estar ejecutándose o haberse ejecutado el contrato, se condene a la demandada a abonarle la suma de 1.354.500 euros, en concepto de daños y perjuicios, al ser éste el importe a que asciende su oferta económica.

En primer término alega la actora la nulidad de la resolución del Director Gerente de 23 de Marzo de 2011, por la que se declaraba la nulidad del informe técnico de valoración de los criterios de adjudicación, y de los actos y resoluciones derivados de la misma, entre los que se encuentra la resolución de 29 de Abril del 2011 de adjudicación del contrato, con base a que ni la Ley ni los Pliegos de Condiciones autoriza a que el órgano de contratación pueda realizar una nueva valoración de los criterios que dependen de un juicio de valor tras el acto público de apertura de las ofertas económicas de las empresas admitidas y , mucho menos, que ello permita modificar el sentido de la decisión, por lo que la actuación del órgano de contratación supone la adulteración del procedimiento legalmente establecido, a lo que añade la falta de motivación de dicha resolución. Por dichos motivos entiende que el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid en su resolución de 15 de Junio de 2011, al resolver el recurso especial debió anular, no solo la resolución del Director Gerente del Hospital Universitario 12 de Octubre, de 29 de Abril de 2011, por la que se adjudicaba el contrato a Telefónica, sino también la resolución del mismo órgano de 23 de Marzo de 2011 y todas las actuaciones posteriores derivadas de la misma, debiendo haber retrotraído las actuaciones al momento de la propuesta de adjudicación del contrato a favor de Novasoft Ingeniería, S.L.

Sobre las pretensiones formuladas no puede pronunciarse este Tribunal en el presente recurso contencioso administrativo, al no ser el objeto del mismo, ya que sobre dichas cuestiones dictó resolución el Tribunal



Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid con fecha 15 de Junio de 2011; resolución que es objeto de impugnación en el recurso contencioso administrativo nº 1496/2011, que conoce, asimismo, esta Sección y en el que se ha dictado Sentencia nº 784, de fecha 29 de Noviembre de 2013 , cuya parte dispositiva acuerda " *Que con rechazo de la causas de inadmisión opuestas por la Comunidad de Madrid y por Administración demandada, estimamos en parte el Recurso contencioso- administrativo promovido por Novasoft Ingeniería, S.L. contra el Acuerdo del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid de fecha 17 de junio del año 2011 reseñado en el Fundamento de Derecho Primero, el cual anulamos por no ser conforme a Derecho de acuerdo a lo razonado en el Fundamento de Derecho Sexto, declaramos la nulidad de la Resolución de la Dirección Gerencia del Hospital Universitario 12 de Octubre de fecha 23 de marzo del año 2011 por la que se dejó sin efecto la propuesta de adjudicación realizada por la Mesa de Contratación a favor de la mercantil Novasoft Ingeniería, S.L. con fecha 9 de marzo del año 2011, por ser contraria a Derecho, de acuerdo con lo expuesto en el Fundamento de Derecho Séptimo, y declaramos el derecho de la mercantil recurrente a ser indemnizada por la Administración demandada en la cantidad de 81.270 , todo ello sin costas*".

De lo expuesto se deduce claramente que esta Sala en la mencionada Sentencia se ha pronunciado sobre las pretensiones planteadas por la sociedad recurrente para estimarlas en parte, llegando a la conclusión, como se deduce del fundamento de derecho sexto de dicha Sentencia que no procede " *retrotraer las actuaciones para que por el Tribunal Administrativo de Contratación Pública se entre a conocer del Recurso especial interpuesto por Novasoft Ingeniería, S.L. contra la Resolución de la Dirección Gerencia del Hospital de fecha 23 de marzo del año 2011, sino que al haber cumplido la mercantil recurrente con su deber de interponer el Recurso especial en materia de contratación contra la mencionada Resolución, y al habersele privado indebidamente por la Administración y por el Tribunal Administrativo de Contratación Pública del enjuiciamiento y resolución de dicho Recurso especial, lo más conforme al derecho a la tutela judicial efectiva que garantiza a todos la Constitución, es que esta Sala entre a conocer si la mencionada Resolución de 23 de marzo del año 2011 es o no conforme a Derecho, y una vez resuelto este punto, decida lo procedente en relación a la adjudicación del contrato controvertido*" y en el fundamento de derecho séptimo, tras analizar detenidamente la actuación del recurrente, de Telefónica y de la Administración demandada afirma que " *la propuesta de adjudicación del contrato que a favor de Novasoft Ingeniería, S.L hace la Mesa de Contratación al órgano de contratación con fecha 9 de marzo del año 2011, no puede dejarse sin más sin efecto, sino que solo puede hacerse por medio de los cauces establecidos esto es, bien por medio de un Recurso especial en materia contractual interpuesto por cualquier licitador, bien por medio de la revisión de oficio o la declaración de lesividad que acuerde el órgano de contratación, por lo que la actuación de la Mesa de Contratación y del órgano de contratación, y en concreto la Resolución de este último de fecha 23 de marzo del año 2011, vulneran frontalmente la LCSP en lo relativa al procedimiento de adjudicación del contrato, incurriendo en la causa de nulidad de pleno derecho recogida en el artículo 62.1.e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre , por lo que se está en el caso de la estimación del Recurso contencioso-administrativo, la anulación del Acuerdo del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid de fecha 15 de junio del año 2011 y la declaración de nulidad de la Resolución de la Dirección Gerencia del Hospital Universitario 12 de Octubre de fecha 23 de marzo del año 2011 por la que se dejó sin efecto la propuesta de adjudicación realizada por la Mesa de Contratación a favor de la mercantil Novasoft Ingeniería, S.L. con fecha 9 de marzo del año 2011. La nulidad de la Resolución de la Dirección Gerencia de fecha 23 de marzo del año 2011, determina que la propuesta de adjudicación a favor de Novasoft Ingeniería, SL realizada con fecha 9 de marzo del año 2011 era conforme a Derecho, y en consecuencia, que el contrato debió ser adjudicado a la referida mercantil. Ahora bien, como quiera que el contrato objeto de este Recurso fue adjudicado a Telefónica Soluciones de Informática y Comunicaciones de España, S.A. y al día de hoy está ejecutado en buena parte, ya no es materialmente posible que Novasoft Ingeniería, S.L. ejecute el contrato, por lo cual lo único que cabe es indemnizar a esta última por los perjuicios derivados de la no adjudicación. En este sentido la indemnización de perjuicios, a salvo de que el licitador acredite cumplidamente los daños reales causados, se estima que consiste en el lucro cesante derivado de la falta de adjudicación y ese lucro cesante se concreta en el llamado beneficio industrial, que desde siempre se ha considerado que es el 6% del presupuesto de ejecución material, y así lo recoge en la actualidad 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 del año 2004 (Recurso número 3885/2000), de 15 de noviembre del año 2004 (Recurso número 6812/2001), de 19 de julio del año 2005 (Recurso número 6852/2001) y de 24 de enero del año 2006 (Recurso número 4600/2001) y de su Sección 7ª de 15 de noviembre del año 2011 (Recurso número 2800/2009). Así las cosas se considera que la indemnización de perjuicios a favor de la recurrente debe cifrarse en el beneficio industrial, que será el 6% del importe por el que se propuso la adjudicación del contrato a Novasoft Ingeniería, S.L., sin incluir en dicho importe el IVA toda vez que este tributo el adjudicatario lo tiene que ingresar en la Hacienda Pública, esto es siendo 1.354.500 el importe referido, el 6% de la cantidad anterior asciende a 81.270 , que es la indemnización que la Administración demandada debe abonar a aquella*".



En consecuencia, y habiendo examinado la Sentencia nº 784, de fecha 29 de Noviembre de 2013 de esta Sección las pretensiones formuladas en el presente recurso por el recurrente (retroacción de las actuaciones al momento de la propuesta de adjudicación del contrato a favor de Novasoft Ingeniería S.L, y para el caso de que no procediera la retroacción de las actuaciones por estar ejecutándose o haberse ejecutado el contrato, se condene a la demandada a abonarle la suma de 1.354.500 euros, en concepto de daños y perjuicios, al ser éste el importe a que asciende su oferta económica), para estimarlas parcialmente, el presente recurso queda limitado a la anulación de la resolución impugnada, que procede parcialmente a la vista de lo acordado en la resolución judicial transcrita, y en consecuencia, anulamos la resolución del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid de 22 de Septiembre de 2011, en cuanto que desestima el recurso especial interpuesto contra resolución del Director Gerente de 8 de Agosto de 2011, por el que se adjudica el contrato de "Servicio de Gestión y Mantenimiento de Puestos Informáticos, incluyendo Instalación de Red Inalámbrica (WIFI) en el Centro de Actividades Ambulatorias del Hospital Universitario 12 de Octubre" (expediente de contratación 2011-0-1), ya que, conforme a la Sentencia de este Tribunal de 29 de Noviembre de 2013 , la propuesta de adjudicación a favor de Novasoft Ingeniería, SL realizada con fecha 9 de marzo del año 2011 era conforme a Derecho, y en consecuencia, el contrato debió ser adjudicado a la referida mercantil. Por el contrario procede confirmar dicha resolución en cuanto que inadmite las pretensiones relativas a la resolución de 23 de Marzo de 2011, por la que se declaraba la nulidad del informe técnico de valoración de los criterios de adjudicación, al haberse pronunciado ya este Tribunal mediante resolución nº 16, de 15 de Junio de 2011 (resolución administrativa que fue objeto de impugnación en el recurso contencioso administrativo nº 1496/2011, que conoció, asimismo, esta Sección y en el que se ha dictado la citada Sentencia nº 784, de fecha 29 de Noviembre de 2013).

TERCERO.- No procede hacer expresa imposición de las costas en los términos del artículo 139 de la Ley Jurisdiccional .

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación

FALLAMOS

Que estimando en parte el presente recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de la entidad mercantil Novasoft Ingeniería, S.L. anulamos la resolución del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid de 22 de Septiembre de 2011, en cuanto que desestima el recurso especial interpuesto contra resolución del Director Gerente de 8 de Agosto de 2011, por el que se adjudica el contrato de " Servicio de Gestión y Mantenimiento de Puestos Informáticos, incluyendo Instalación de Red Inalámbrica (WIFI) en el Centro de Actividades Ambulatorias del Hospital Universitario 12 de Octubre "(expediente de contratación 2011-0-1), por no ser conforme a derecho; confirmando dicha resolución administrativa en cuanto que inadmite las pretensiones relativas a la resolución de 23 de Marzo de 2011, por la que se declaraba la nulidad del informe técnico de valoración de los criterios de adjudicación, al haberse pronunciado ya este Tribunal mediante resolución nº 16, de 15 de Junio de 2011; sin costas.

Llévese esta Sentencia al libro de su clase y expídase testimonio de ella que se enviará, junto con el expediente administrativo, al órgano de origen de éste.

Así por esta nuestra Sentencia, que se notificará en legal forma a las partes, haciéndoles saber que contra ella cabe Recurso de casación ante la Sala 3ª del Tribunal Supremo, que se preparará ante esta Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el plazo de diez días a partir de su notificación, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado ponente en el día de la fecha, mientras se celebraba audiencia pública en la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de lo que doy fe.