

Pilar Ibáñez Martí
Procuradora de los Tribunales
Notificado11/06/ 2018

ROLLO DE APELACIÓN NÚMERO 425/16

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD VALENCIANA
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION QUINTA**

S E N T E N C I A N U M . 4 9 1 / 1 8

En la ciudad de Valencia, a veintinueve de mayo de 2.018.

Visto por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, compuesta por los Ilmos. Sres. don FERNANDO NIETO MARTIN, Presidente, don JOSE BELLMONT MORA, doña ROSARIO VIDAL MAS, DOÑA BEGOÑA GARCIA MELENDEZ y DON ANTONIO LOPEZ TOMAS, Magistrados, el Rollo de apelación número 425/16, interpuesto por el Procurador DON JESUS QUEREDA PALOP, en nombre y representación de FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS S.A. y FOMENTO DE BENICASIM S.A. y asistido por la Letrada DOÑA CONCHA SERNA SÁNCHEZ DE MORA, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 1 de Castellón, en fecha 22-3-16, en el recurso Contencioso-Administrativo 524/13, en el que han sido partes el AYUNTAMIENTO DE VINARÓZ, representado por la Procuradora DOÑA PILAR IBAÑEZ MARTÍ y asistido por la Letrada DOÑA ARANTXA FORN BAGO y ALJARAFE MEDIO AMBIENTE S.L. Y CITRIS ROQUETES S.L. (UTE) representada por la Procuradora DOÑA MONICA FLOR MARTÍNEZ y asistida por el Letrado DON JOSE IGNACIO GAVIÑO NADAL, siendo Ponente la Magistrada Doña Rosario Vidal Más y a la vista de los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-Por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo mencionado se remitió a esta Sala el antedicho recurso contencioso-administrativo junto con el recurso de apelación mencionado, estableciendo el Fallo de la sentencia:

“DESESTIMAR el recurso Contencioso-Administrativo presentado por FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS SA y FOMENTO DE BENICASIM SA contra resolución de fecha 9 DE AGOSTO DE 2013 dictada por el AYUNTAMIENTO DE VINAROS, por la que se acuerda la adjudicación definitiva del contrato de gestión del servicio público de mantenimiento y conservación de los espacios verdes urbanos y arbolado viario del municipio de Vinaros, así como contra la Resolución ...de 1 de julio de 2013 que desestima las alegaciones contra la selección de la oferta más ventajosa y el acta de 25 de marzo de 2013 de adjudicación dictada por la mesa de contratación (expediente general 18/12), DECLARANDO QUE LAS CITADAS RESOLUCIONES son CONFORMES A DERECHO, por lo que procede su confirmación.

Procede condena en costas a la parte actora con el límite legal de 375€.”

SEGUNDO.-Contra dicha Sentencia se interpuso, en tiempo y forma, recurso de Apelación que fue admitido y elevados los autos a esta Sala.

TERCERO.-Se señaló para votación y fallo el día 15-5-2018.

CUARTO.- En la tramitación del presente recurso se han observado todas las prescripciones legales.

FUNDAMENTACION JURIDICA

PRIMERO.-Se interpone el presente recurso de Apelación al estimar la Apelante que, en primer lugar, la sentencia apelada afirma la suficiencia de la motivación del acto administrativo, si bien no razona porque llega a tal conclusión, cuando a tenor de lo establecido por la jurisprudencia, la motivación del adjudicación no puede limitarse al mero otorgamiento de puntuaciones a, invocando sentencias del Tribunal Supremo y de otros

Tribunales Superiores, sin que esta situación se viera modificada tras las alegaciones formuladas contra la adjudicación.

En segundo lugar, considera que se han infringido las normas de valoración de la prueba, al ignorar la prueba pericial judicial practicada, limitándose a señalar que se trata de una opinión divergente, desconociendo que se valora la adjudicación como arbitraria.

Señala, además, que la sentencia apelada es arbitraria porque también desconoce la prueba documental pública practicada, ya que afirma que las mejoras ofrecidas por el adjudicatario no están incluidas en el precio del adjudicación, cuando bastaba analizar la oferta realizada que determina el precio de adjudicación, para llegar a la conclusión contraria.

Señala además que existe inadecuación jurídica de la valoración de las ofertas económicas, tanto por la inclusión de las mejoras citada, como por baja temeraria subsidiaria y por oscuridad, remitiéndose a los argumentos anteriores, y señalando la falta de análisis de la oferta presentada, remitiéndose con carácter exclusivo al informe técnico municipal y posición de la adjudicataria.

El Ayuntamiento apelado se opone, en primer lugar, aludiendo a las circunstancias que concurrieron en autos para la designación del perito, en torno a la problemática relativa su capacitación técnica, pasando a continuación a llevar a cabo una crítica pormenorizada de dicho informe.

La entidad adjudicataria, se opone asimismo al recurso de apelación, señalando que en el mismo no existe una crítica de la sentencia, sino un claro desacuerdo con los fundamentos de la misma, reiterando los mantenidos en la primera instancia, lo que vulnera la naturaleza del recurso de apelación.

Señala que la sentencia valora la suficiencia de la motivación del acto de adjudicación y destaca la existencia en el expediente de varios informes técnicos justificativos del otorgamiento de los puntos a cada una de las ofertas valoradas, estimando que las pruebas han sido correctamente valoradas y que la sentencia es conforme a derecho.

La sentencia apelada, tras la identificación del acto objeto del recurso y de las posturas de las partes, destaca (y asume dándolo por reproducido en la sentencia) el *“informe por la técnica municipal de medio ambiente el 6-03-13 (doc 23) que se da por reproducido en esta sentencia, valorando los criterios de adjudicación, resultando relevante el capítulo X del pliego que fija los criterios para adjudicación y el anexo 4 de los modelos de fichas de las zonas verdes, que es uno de los puntos discutidos en cuanto a la puntuación asignada, y que es ratificado por mesa de contratación el 14-03-13”* respecto a la memoria técnica de la oferta adjudicataria.

Señala que los motivos de impugnación deben ser desestimados porque *“no concurre ninguno de los dos defectos que puedan generar nulidad de la*

adjudicación efectuada, ni se aprecia error de puntuación en el subapartado de la memoria técnica del “inventario botánica y planos de todos los jardines”, por cuanto la puntuación recibida de 12 puntos en relación con la de la recurrente de 11 puntos se estima que se ajusta en todo momento a las exigencias del art 3 del pliego de condiciones técnicas, no hay un defecto de justificación o motivación, sino que el informe emitido por la técnico(19-06-13) como ya lo hacía el inicial de 6-03-13 y que se da aquí por íntegramente reproducido, argumenta y expone razones de esa puntuación, que se entienden que son suficientes, cumpliendo el requisito de motivación exigido por el art. 54 LRJPAC y sin que pueda apreciarse atisbo de arbitrariedad. En cuanto al segundo argumento de impugnación relativo a la inclusión de las mejoras en la oferta económica, no sólo en el informe técnico se indica lo contrario, sino que el codemandado ha explicado que se trata de un error de interpretación entender que las mejoras están incluidas en el precio de la oferta económica, es decir, se ha justificado que no se incluyen y que por tanto no suponen un coste adicional para el ayuntamiento, lo que sí se hace, es incluirlas en el total de gastos que va a suponer el contrato para el adjudicatario, razonado que las mejoras, si bien no las paga el ayuntamiento sí las asume económicamente la empresa y por tanto es un coste que debe de soportar, pero en la oferta económica las mejoras no está incluidas.”

Y añade que la diferencia de puntuación en relación con el “inventario botánico y planos de los jardines” entre los 12 de la adjudicataria y los 11 de la ahora recurrente, han respetado los criterios de valoración del Pliego, estando justificada la diferencia en que “las fichas hablan de unos contenidos mínimos y que la adjudicataria los amplía y que además en las fichas de la recurrente no se incluyen los apartados de superficie ni de elementos de equipación, que sí se exigían en el pliego, cierto que los planos aportados por la recurrente podrán ser más completos desde una óptica visual, pero tener mejor programa informático para llevarlos a efecto no les otorga un mejor derecho, porque si bien los de la adjudicataria puedan ser más rudimentarios, con capturas de fotos por satélite de los jardines y con agrupaciones en una misma ficha esto no impide el objeto de las ficha en sí que era conocer la forma de trabajo propuesta atendido las singularidades de cada jardín”.

Invoca a continuación la STSJCV, Sección 5ª, de 10-6-2015.

Señala que la impugnación del demandante se limita a una discrepancia subjetiva, estando justificada la distinta valoración en el informe de 19-6-13 y “Ciertamente también que el informe pericial efectuado discrepa de la opinión del técnico municipal, pero no deja de ser una opinión divergente, y como se ha dicho la falta de justificación no es tal, en tanto que respecto a las cuestiones sobre las que se presentaron alegaciones como fue el criterio adoptado

respecto al inventario botánico y planos de jardines se explicaron las razones de la puntuación otorgada, por lo que no se comparte que no haya motivación alguna para las puntuaciones que se adjudican”.

Invoca igualmente las STSJCV, Sección 3ª, 10-2-00, las de la Sección 2ª de fecha 29-9-15 y 16-9-15 y STS de 10-5-2007.

SEGUNDO.- Planteada en estos términos la cuestión en la presente instancia y siguiendo el orden en que los fundamentos del recurso de apelación han sido formulados, respecto al primero de ellos, es decir, la falta de motivación de la sentencia apelada cuando se limita a afirmar la suficiencia de la motivación del acto administrativo objeto de impugnación, limitándose el mismo a otorgar puntuaciones, ya hemos visto -en cuanto a lo esencial- en qué términos se pronuncia la sentencia de instancia, es decir, asumiendo en la presente resolución la Jurisprudencia invocada en la sentencia apelada en torno al contenido propio del concepto jurídico de motivación del acto administrativo, su contenido y fundamento, no cabe duda alguna de que la sentencia valora justificada la motivación administrativa de la resolución en la medida en que la misma asume los informes técnicos municipales emitidos en el expediente con fechas 6 de marzo y 19 de junio de 2.013, siendo ésta una de las formas posibles de motivación del acto administrativo, dado que *“... la jurisprudencia, al examinar la motivación de los actos administrativos, no los ha aislado, sino que los ha puesto en interrelación con el conjunto que integra los expedientes, a los que ha atribuido la condición de unidad orgánica, sobre todo en los supuestos de aceptación de informes o dictámenes (motivación “in aliunde”)* (STS 11-3-78, 16-2-88, 2-7-91).

Por tanto, debemos rechazar este primer motivo de impugnación.

En segundo lugar, señala la parte apelante que la sentencia infringe las normas de valoración de la prueba, por ignorar la prueba pericial judicial practicada, limitándose a señalar que se trata de una opinión divergente.

Ya hemos visto en qué términos se pronuncia la sentencia apelada al respecto y en primer lugar debemos rechazar todas las alegaciones formuladas por las partes en torno a la problemática de la designación de perito y su capacitación técnica y ello porque, propuesta de esta forma la pericia y admitida así, ningún cuestionamiento cabe al respecto en este momento procesal, otra cosa es la valoración que de ella se lleve a cabo.

A este respecto, el artículo 348 de la LEC establece que el Tribunal valorará los dictámenes periciales según las reglas de la sana crítica, crítica que en el caso de autos es escasa puesto que se limita a lo señalado anteriormente.

El informe pericial cuestionado, emitido por doña Cristina López Sanz, Ingeniera Industrial, concluye que no existe justificación técnica objetiva, para que la valoración de las ofertas técnicas efectuada por el Ayuntamiento de

VINARÓZ atribuyera las puntuaciones de 12 y 11 a las licitadoras, adjudicataria y demandante respectivamente. De hecho, considera que la valoración debía haber sido al revés. Además, considera importante recalcar que se incumplió claramente el pliego de prescripciones técnicas en la documentación presentada por la empresa finalmente adjudicataria.

Estas conclusiones, que ponen fin a un informe de 25 folios, es cierto que no han sido objeto de comentario alguno en la sentencia, como lo es, que el argumento esgrimido al respecto, es decir, que se trata de una opinión divergente, debió motivar, en su día, la denegación de la prueba, puesto que lo realmente sorprendente cuando de informes técnicos se trata, es alcanzar un resultado unánime o idéntico, por lo que la obviedad, si así se consideraba en su momento, hacía innecesaria su práctica, pero una vez llevada a cabo, debe ser convenientemente valorada aunque sea para rechazar sus conclusiones.

La conclusión que alcanza la Perito Judicial respecto a uno de los extremos fundamentales de la litis, es decir, la relativa a si fueron o no incluidas por la adjudicataria las mejoras del art. 64 del PPT, se basa en el siguiente razonamiento: si el precio máximo del contrato eran -sin IVA- 299.999€, cantidad mejorable a la baja, la adjudicataria realiza una oferta de 269.999´10€ -también sin IVA- cantidad que incluye la de 44.999´85€ en concepto de mejoras, por lo que concluye que se incumple dicho artículo del PPT que limitaba al 15% del importe máximo anual del contrato y que impedía su repercusión al Ayuntamiento.

Por lo que se refiere al informe técnico municipal de 19 de junio 2013, reproducido en el acta de la mesa de contratación de 1 de julio del mismo año, en relación a las alegaciones formuladas por la apelante, señala que las mejoras sí aparecen en la valoración global del coste del servicio, pero que éstas no aparecen de forma expresa en la justificación del precio del anexo 1, cuya suma total es el precio de licitación ofertado, por lo que entiende que la finalidad de licitador a través de esta valoración global del coste, es facilitar a la administración el conocimiento del equilibrio económico financiero del contrato y los márgenes del riesgo y ventura que licitador está dispuesto a afrontar con su oferta, no teniendo valor contractual esta valoración global, sino informativo y sin valor contractual la propuesta económica del Anexo I tal y como se indica en el índice del sobre económico.

Con relación a la superación del 15% del Valor del contrato, señala este informe, que la conclusión a la que llegan quienes formulan las alegaciones, se debe a que toman en consideración el precio máximo el adjudicatario (269.999´10€), cuando se debe tomar el importe máximo posible del contrato, es decir, 299.999€, cuyo 15% coincide exactamente con el Valor de las mejoras ofrecidas.

Señala además que el importe justificado en el anexo I es de 226.090,24€, importe al que sumando los porcentajes de gastos generales (13%) y beneficio

industrial (6%) resulta un total de 269.999´10 €, importe que sí se corresponde con el precio ofertado.

Pero lo que no nos aclara la técnico municipal, ni al parecer tiene en cuenta, es que en esa cantidad del anexo I, antes de añadir los gastos generales y el beneficio industrial, ya estaba incluido el importe correspondiente a las mejoras, por lo que sus argumentos, además de ser eminentemente elucubrativos (“por lo que entiende que la finalidad de licitador a través de esta valoración global del coste, es facilitar a la administración el conocimiento del equilibrio económico financiero del contrato y los márgenes del riesgo y ventura que licitador está dispuesto a afrontar con su oferta”) pese a que podían haber sido aclarados e incluso probados en el expediente, ceden por su base a la vista de aquella inclusión.

El segundo punto fundamental respecto al que se solicita MOTIVACION es la valoración que se concede al apartado inventario botánico de planos de todos los jardines, estableciéndose en el PPT que se fija como espacio total a mantener y conservar la suma resultante de la medición individual de cada una de las zonas verdes a conservar y que, para ello, el licitador presentará un estudio de inventario exhaustivo de cada espacio verde y calle arbolada, mediante la confección de fichas individualizadas en las que se incluirá, como mínimo, la siguiente información: 1.-tipología del espacio verde, 2.-nombre, 3.-localización, 4.-superficie, 5.-tipología de plantas indicando especies, cantidades y unidades correspondientes, y 6.-tipo de equipamiento y cantidades, adjuntándose un modelo de ficha.

La adjudicataria obtuvo 12 puntos y señala el informe, que a la demandante se le minora un punto respecto a la adjudicataria porque si bien tiene un mayor grado de detalle la información del quinto punto señalado anteriormente, no aporta información ni del punto 4 ni del punto 6 de los señalados.

De nuevo la perito judicial, Sra. López Sanz, disiente en la información técnica municipal, si bien, a diferencia de lo que señala la sentencia apelada, no se trata de una mera opinión divergente, puesto que acompaña documentación acreditativa de que el adjudicatario, no respetó ni el modelo de ficha, ni la adecuada separación de las distintas zonas verdes de actuación, sin respetar los campos mínimos de información del anexo 4, relativa a jardinería, aunque es cierto -dice- que incluyó más campos de información, que -estima- debieron ser adicionales a los requeridos, pero nunca sustitutivos de ellos

Lo que ocurre es que, probadas como han sido estas discrepancias de la adjudicataria respecto a lo solicitado, no se ha determinado en modo alguno qué trascendencia tuvieron ya que el informe técnico municipal, se limita a valorar los defectos de la parte demandante, hoy apelante y a rebajar un punto

su valoración de este apartado, respecto a la adjudicataria y ello sí constituye falta de motivación generadora de indefensión respecto al acto administrativo primero y la sentencia apelada después.

A la vista de todo ello y habida cuenta de que los resultados obtenidos por la parte adjudicataria fueron 47'80 puntos frente a los 46'90 de la apelante, se desprende que ambos motivos de impugnación, llevan consigo la alteración del orden final de los licitadores y la procedente adjudicación a la demandante-apelante, con estimación del presente recurso de apelación.

TERCERO.-El artículo 139 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, vigente al tiempo del presente procedimiento, establece que en primera o única instancia, el órgano jurisdiccional, al dictar sentencia o al resolver por auto los recursos o incidentes que ante el mismo se promovieren, impondrá las costas a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que aprecie y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho.

En las demás instancias o grados se impondrán al recurrente si se desestima totalmente el recurso, salvo que el órgano jurisdiccional, razonándolo debidamente, aprecie la concurrencia de circunstancias que justifiquen su no imposición.

La imposición de las costas podrá ser a la totalidad, a una parte de éstas o hasta una cifra máxima.

Procede por tanto imponer las costas de la primera instancia a los demandados en cuantía máxima de 3.000€ por todo concepto y sin imposición de las costas de esta instancia.

A la vista de lo dispuesto en la LO 6/1985, redacción dada por la LO 1/2009, en su Disposición Adicional Decimoquinta, apartado 8 ("Si se estimare total o parcialmente el recurso, o la revisión o rescisión de sentencia, en la misma resolución se dispondrá la devolución de la totalidad del depósito") procede la devolución del depósito constituido en su día para la interposición del presente recurso.

Vistos los preceptos legales citados, concordantes y de general aplicación,

F A L L A M O S

1) La estimación del recurso de Apelación interpuesto por el Procurador DON JESUS QUEREDA PALOP, en nombre y representación de FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS S.A. y FOMENTO DE BENICASIM S.A. y asistido por la Letrada DOÑA CONCHA SERNA SÁNCHEZ DE MORA,

contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 1 de Castellón, en fecha 22-3-16, en el recurso Contencioso-Administrativo 524/13 revocando la misma y, en consecuencia, debemos estimar dicho recurso contencioso-administrativo interpuesto por FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS SA y FOMENTO DE BENICASIM SA contra la Resolución de 9 de agosto 2013 dictada por el AYUNTAMIENTO DE VINAROS, por la que se acuerda la adjudicación definitiva del contrato de gestión del servicio público de mantenimiento y conservación de los espacios verdes urbanos y arbolado viario del municipio de Vinaros, así como contra la Resolución de 1 de julio de 2013 que desestima las alegaciones contra la selección de la oferta más ventajosa y el acta de 25 de marzo de 2013 de adjudicación dictada por la mesa de contratación (expediente general 18/12), que se anulan y dejan sin efecto, declarando como situación jurídica individualizada el derecho de la parte recurrente a la adjudicación de dicho contrato.

2) La imposición de costas en la primera instancia a la parte demandada hasta un importe máximo de 3.000€ y la no imposición de las costas causadas en esta instancia.

3) La devolución del depósito interpuesto para recurrir.

A su tiempo y con certificación literal de la presente, devuélvanse los Autos a su procedencia.

Esta Sentencia no es firme y contra ella cabe, conforme a lo establecido en los artículos 86 y siguientes de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, recurso de casación ante la Sala 3ª del Tribunal Supremo o, en su caso, ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana. Dicho recurso deberá prepararse ante esta Sección en el plazo de treinta días a contar desde el siguiente al de su notificación, debiendo tenerse en cuenta respecto del escrito de preparación de los que se planteen ante la Sala 3ª del Tribunal Supremo los criterios orientadores previstos en el Apartado III del Acuerdo de 20 de abril de 2016 de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, sobre la extensión máxima y otras condiciones extrínsecas de los escritos procesales referidos al Recurso de Casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo (BOE número 162 de 6 de julio de 2016).

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

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Iltrma. Sra. Magistrada Ponente que ha sido para la resolución del presente recurso, estando celebrando audiencia pública esta Sala en el mismo día de su fecha, de lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.