

Tribunal Superior de Justicia

de Andalucía, Granada (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª) Sentencia num. 569/2016 de 22 febrero

[JUR\2016\111578](#)



CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO: Contrato de gestión integral del sistema de reserva y venta de entradas: adjudicación: impugnación: por no haber sido emitido el informe técnico de valoración de las ofertas por comité de expertos independientes u organismo técnico especializado: anulación: retroacción de actuaciones.

Jurisdicción: Contencioso-Administrativa

Recurso de Apelación 674/2013

Ponente: Illma. Sra. Beatriz Galindo Sacristán

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCIA

SEDE EN GRANADA

SECCION DE REFUERZO DE LA SECCION PRIMERA

ROLLO Nº 674/13

SENTENCIA Nº 569 de 2016

Ilmo Sr. Presidente:

D. Rafael Toledano Cantero

Ilmos Srs. Magistrados:

Dña. Beatriz Galindo Sacristan

Dña. Mª Luisa Martín Morales

D. Luis Angel Gollonet Teruel

Granada, a veintidós de Febrero de dos mil dieciséis

Ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Granada, se ha tramitado el **recurso de apelación número 674/13** dimanante del procedimiento núm. 623/11, seguido ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 2 de Granada, siendo parte **apelante la entidad See Tickets S.A.** que comparece representada por la Procuradora D^a M^a del Carmen Navarro Jiménez y parte **apelada, el Patronato de la Alhambra y Generalif** e que comparece representado por la Letrada de la Junta de Andalucía.

La cuantía del recurso es indeterminada.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el mencionado procedimiento, tramitado ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo citado, se dictó Sentencia el 9 de abril de 2013, interponiéndose frente a la misma recurso de apelación dentro de plazo.

SEGUNDO.- Tras ser admitido por el Juzgado, se dio traslado a las demás partes personadas para que en el plazo de 15 días formularan su oposición al mismo, presentándose por la parte

apelada el escrito de impugnación de dicho recurso.

TERCERO.- Elevadas las actuaciones a esta Sala, se formó el oportuno rollo, se registró, se designó Ponente, y al no haberse practicado prueba, ni celebrado vista o conclusiones, se declararon concluidas las actuaciones para dictar la resolución procedente.

CUARTO.- Se señaló para deliberación, votación y fallo del presente recurso el día referido en las actuaciones, en que efectivamente tuvo lugar.

QUINTO.- En la tramitación del presente recurso se han observado todas las prescripciones legales; siendo Magistrada Ponente la Ilma. Sra. Dña. Beatriz Galindo Sacristan, que expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO

El presente recurso de apelación tiene por objeto la Sentencia núm.195 de 9 de abril de 2013 dictada por el Juzgado de lo contencioso administrativo nº 2 de Granada , que desestimó el recurso interpuesto por la entidad See Tickets S.A. contra la [resolución del Patronato de la Alhambra y Generalife de 17 de junio de 2011](#) por la que se decide la adjudicación del contrato de " *gestión integral del sistema de reserva y venta de entradas* ", expediente 2011/06.

Entiende la Sentencia en esencia, que es conforme a derecho el informe técnico emitido el 24 de mayo de 2011, en tanto que se realiza por servicios técnicos con que cuenta la Administración a los que debe acudir, ya que solo cuando son insuficientes, se podrá acudir a servicios o asesoramiento externos. Que el aval aportado por la adjudicataria es válido, y resultó acreditada su solvencia real, conteniendo los pliegos criterios objetivos para la adjudicación del concurso.

SEGUNDO

El letrado de la apelante fundamenta su recurso en líneas generales en que se han cometido graves infracciones en la preparación y adjudicación del contrato que dan lugar a la nulidad de la resolución impugnada:

-La adjudicataria debió ser excluida de la licitación por la Mesa de Contratación por falta de subsanación de defectos de la garantía provisional y acreditación de la solvencia.

-El informe técnico de valoración de las ofertas se emitió por funcionarios del propio Patronato en lugar de emitirse por **comité de expertos** independientes u organismo técnico especializado.

-La valoración de las mejoras debería haber sido realizada por la Mesa de contratación y no por informe técnico.

Además se han interpretado incorrectamente los requisitos exigidos en el pliego de prescripciones técnicas y criterios de adjudicación definidos en el Anexo VII del PCAP, siempre en beneficio de la adjudicataria:

-En la valoración del apartado "funcionalidades" se ha favorecido claramente a la adjudicataria.

-La adjudicataria no presentó ninguna propuesta específica en relación con el criterio c) mejoras, y sin embargo se le conceden por ello 8 puntos.

Frente al escrito de apelación, la apelada formula escrito de oposición solicitando la desestimación del recurso.

TERCERO

Comenzando por el examen del aval presentado por la adjudicataria como garantía provisional, alega el apelante la infracción del artículo 84.1 b) en relación con el [artículo 91 LCSP](#) . Artículos 56 , 58 y 61.4 y [Anexo V](#) del [RD 1098/2001](#) y Anexo I del pliego de cláusulas administrativas.

Examinado el modelo de aval presentado, consta el compromiso de hacerlo efectivo al primer requerimiento del beneficiario, así como su vigencia hasta que el beneficiario autorice su cancelación. También consta el bastanteo de poderes aunque efectuado en fecha posterior a la

finalización del plazo de proposiciones, y desde luego, a la formalización del aval. Sin embargo si con el bastanteo se trata de acreditar la suficiencia del poder de representación de los autorizantes del aval, ninguna objeción puede efectuarse que sea digna de provocar la nulidad pretendida, pues aún reconociendo la importancia de utilizar el modelo oficial, no cabe duda que la finalidad de la norma se ha cumplido y ha quedado acreditado plenamente el cumplimiento del requisito formal, cual es, el poder bastante al momento de otorgar el aval, momento desde luego previo a su formalización y a la finalización del plazo de proposiciones.

Es cierto que el modelo de aval utilizado por la Caixa no contiene la declaración responsable acerca del cumplimiento del avalista de las condiciones de no estar incurso en mora frente a la Administración o suspensión de pagos o quiebra.

Sin embargo lo esencial es como establece el artículo 56.2 del Reglamento, que las entidades avalistas cumplan los siguientes requisitos:

a) *No en contrarse en situación de mora frente a la Administración contratante como consecuencia del impago de obligaciones derivadas de la incautación de anteriores avales. A este efecto, la Administración podrá rehusar la admisión de avales provenientes de bancos o entidades que mantuvieren impagados los importes de avales ya ejecutados treinta días naturales después de haberse recibido en la entidad el primer requerimiento de pago.*

b) *No hallarse en situación de suspensión de pagos o quiebra.*

c) No en contrarse suspendida o extinguida la autorización administrativa para el ejercicio de su actividad.

3. El cumplimiento de los requisitos exigidos en el apartado 2 se acreditará por declaración responsable de la entidad avalista según, el modelo que figura en el anexo V de este Reglamento".

Es decir, que lo esencial es el cumplimiento del requisito, de tal manera que el incumplimiento - fácilmente constatable por la Administración contratante - determina que esta pueda rehusar la admisión del aval. Y no habiendo apreciado tal circunstancia la Administración, quien ni siquiera requirió de subsanación al licitador, no podemos a éste las consecuencias de tal falta de requerimiento, como si del propio incumplimiento del requisito se tratara, sobre el que nada alega la recurrente.

En cuanto a la solvencia económica y financiera de la licitadora, aunque la Sentencia solo aludió a la corrección de la Mesa de contratación cuando decidió aceptar cualquiera de los dos criterios establecidos en el Anexo II-A con carácter alternativo, lo cierto es que los demás defectos imputables a la documentación aportada por la licitadora Serviticket fueron subsanados como consta al documento n^o 20 del expediente tras el requerimiento al efecto realizado por la Administración - certificación de facturación anual acreditando la cifra de negocios en los dos últimos años y póliza de seguro de indemnización por riesgos profesionales por cuantía de 2 millones de euros-. No hay razones para poner en duda la veracidad del certificado emitido por la entidad Comercia Global Payments que opera - según la Administración - como entidad vinculada a la entidad financiera Caixa, y no se alega precepto o cláusula alguna infringida mediante la franquicia que establece el seguro de indemnización (20.000 euros).

Y en cuanto a la indicación del personal técnico o de las unidades técnicas participantes en el contrato, no era el único medio para acreditar la solvencia técnica, pues bastaba conforme al [artículo 67 LCSP](#) , una relación de los principales servicios o trabajos realizados en los últimos tres años que incluya importe, fechas y el destinatario, público o privado, de los mismos y en todo caso el licitador no fue requerido de subsanación sobre este extremo.

En cuanto a la decisión adoptada en la primera sesión de la Mesa de Contratación, se refería concretamente a lo siguiente según el documento n^o 16 del expediente:

"Revisados los pliegos de prescripciones técnicas y cláusulas administrativas la mesa respecto a los Anexo II-A (solvencia económica y financiera) y Anexo III (solvencia técnica) concluye que ante la

indeterminación de los medios estos serán de carácter alternativo".

Frente a dicho criterio se alega por el recurrente que esta decisión es nula por la inexistencia de la indeterminación al exigir los pliegos claramente todos los medios de acreditación de la solvencia consignados en los mismos.

No se comparte esta conclusión alcanzada por el apelante, pues por un lado es cierta la oscuridad del Anexo II-A del pliego cuando tras indicar varios medios de acreditación de la solvencia económica y financiera, señala que "se considerará que la empresa tiene solvencia económica y financiera si cumple con el criterio o los criterios que se señalan": Indicando a continuación dos de ellos. Y por otro lado y resulta aún más importante, el [artículo 64 LCSP](#) establece que:

"1. La solvencia económica y financiera del empresario podrá acreditarse *por uno o varios* de los medios siguientes:

a) Declaraciones apropiadas de entidades financieras o, *en su caso* , justificante de la existencia de un seguro de indemnización por riesgos profesionales.

b) Declaración sobre el volumen global de negocios y, *en su caso* , sobre el volumen de negocios en el ámbito de actividades correspondiente al objeto del contrato, referido como máximo a los tres últimos ejercicios disponibles en función de la fecha de creación o de inicio de las actividades del empresario, en la medida en que se disponga de las referencias de dicho volumen de negocios".

Es evidente que se trata de un precepto flexible en orden a la prueba de solvencia, solvencia que siendo el verdadero objetivo del requisito legalmente establecido para la participación, no ha sido controvertida, y esta vez no nos encontramos ante un requisito puramente formal.

En cuanto al Anexo III sobre solvencia técnica, tampoco es claro el tenor de su redacción pues después de relacionar tres medios de acreditación, los criterios se hallan en blanco y seguidamente se pasa a señalar otros requisitos. Por ello debemos acudir a lo que establece respecto a la solvencia técnica, el [artículo 67](#) , LCSP que dice:

"En los contratos de servicios, la solvencia técnica o profesional de los empresarios deberá apreciarse teniendo en cuenta sus conocimientos técnicos, eficacia, experiencia y fiabilidad, lo que podrá acreditarse, según el objeto del contrato, *por uno o varios de los medios siguientes*:

a) Una *relación de los principales servicios o trabajos realizados en los últimos tres años que incluya importe, fechas y el destinatario, público o privado, de los mismos* . Los servicios o trabajos efectuados se acreditarán mediante certificados expedidos o visados por el órgano competente, cuando el destinatario sea una entidad del sector público o, cuando el destinatario sea un sujeto privado, mediante un certificado expedido por éste o, a falta de este certificado, mediante una declaración del empresario; en su caso, estos certificados serán comunicados directamente al órgano de contratación por la autoridad competente.

b) *Indicación del personal técnico o de las unidades técnicas* , integradas o no en la empresa, participantes en el contrato, especialmente aquéllos encargados del control de calidad".

De tal redacción se desprende el carácter alternativo de los medios, por lo que relacionándolo con la oscuridad del pliego, la decisión de la Mesa no resulta contraria a derecho.

CUARTO

Alega el apelante que el informe técnico de valoración de las ofertas se emitió por funcionarios del propio Patronato en lugar de emitirse por **comité de expertos** independientes u organismo técnico especializado, con infracción del [artículo 134.2 LCSP](#) , 25 y cc del [RD 817/09](#) y cláusulas 10.2 y 10.4 del PCAP.

Establece el [artículo 134.2 LCSP](#) lo siguiente:

"2. Los criterios que han de servir de base para la adjudicación del contrato se determinarán por el órgano de contratación y se detallarán en el anuncio, en los pliegos de cláusulas administrativas

particulares o en el documento descriptivo.

En la determinación de los criterios de adjudicación se dará preponderancia a aquéllos que hagan referencia a características del objeto del contrato que puedan valorarse mediante cifras o porcentajes obtenidos a través de la mera aplicación de las fórmulas establecidas en los pliegos.

Quando en una licitación que se siga por un procedimiento abierto o restringido se atribuya a los criterios evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas una ponderación inferior a la correspondiente a los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor, deberá constituirse un comité que cuente con un mínimo de tres miembros, formado por expertos no integrados en el órgano proponente del contrato y con cualificación apropiada, al que corresponderá realizar la evaluación de las ofertas conforme a estos últimos criterios, o encomendar esta evaluación a un organismo técnico especializado, debidamente identificado en los pliegos."

Dicha normativa es desarrollada por el [artículo 25](#) del RD 817/09 y reproducida en nuestro caso en la cláusula 10 del pliego.

En la determinación de los criterios de adjudicación se ha de dar preponderancia a aquellos que hagan referencia a características del objeto del contrato que puedan valorarse mediante cifras o porcentajes obtenidos a través de la mera aplicación de las fórmulas establecidas en los pliegos.

La LCSP prevé la posibilidad de que los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor se ponderen por encima de los criterios cuya valoración se produzca de forma automática mediante aplicación de fórmulas, en los términos que después se verán. En todo caso, esta posibilidad está sujeta a una serie de límites:

Sólo cabe en los procedimientos abiertos o restringidos.

Tal posibilidad ha de constar en el anuncio o en los pliegos, al detallarse los criterios de adjudicación.

En cuanto a su ponderación, no se ha limitado a un porcentaje del total (si bien parece que los criterios ligados a un juicio de valor no pueden ser los únicos a tener en cuenta), sino que se ha optado por el sistema de encomendar su valoración a un comité de expertos su organismo técnico especializado.

En virtud de la LCSP cuando en una licitación que se siga por un procedimiento abierto o restringido se atribuya a los criterios evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas una ponderación inferior a la correspondiente a los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor, deberá constituirse un comité que cuente con un mínimo de tres miembros, formado por expertos no integrados en el órgano proponente del contrato y con cualificación apropiada. De esta forma, se está explícitamente requiriendo la independencia entre ambos órganos y su especial preparación técnica, de manera que la valoración de tales criterios no esté influida por quien propone la adjudicación del contrato. Si no se hubiera deseado precisar tal independencia y preparación el legislador no habría introducido en la Ley este nuevo sistema habida cuenta de que la valoración de tales criterios dependientes de un juicio de valor ya se efectuaba por la Mesa de contratación en la [LCAP](#) . De ahí que cuando la Ley se expresa en tales términos debe afirmarse como consecuencia que los miembros del comité de expertos han de ser independientes del órgano que propone el contrato y de los que integran la Mesa de contratación, no pueden formar parte del mismo en aras de tal independencia no ya de quien propone el contrato, sino de quienes tienen por misión efectuar la valoración de tales criterios.

No hay duda que en este caso nos encontramos ante un procedimiento abierto según lo establecido en el [artículo 141](#) LCSP y así consta en el pliego de cláusulas administrativas por lo que dicha norma es de aplicación y tiende a garantizar el cumplimiento de los principios básicos de contratación tal como la objetividad e imparcialidad en la actuación del órgano de valoración de las ofertas.

Además es claro y no resulta controvertido con la mera lectura del Anexo VII del pliego, que la

puntuación atribuida a la proposición económica y mejoras (valorados mediante la aplicación de fórmulas) es inferior a la atribuida a la propuesta técnica valorable mediante juicio de valor, por lo que debió constituirse un comité de expertos encomendar esta evaluación a un organismo técnico especializado, debidamente identificado en los pliegos.

En este caso, conforme a la cláusula 10.4, los miembros del comité de expertos no podrían estar integrados en el órgano que proponga la celebración de contrato (aunque puedan ser personal al servicio del órgano contratante) y en ambos casos deberían identificarse en el anexo I publicándose su designación en el perfil de contratante con carácter previo a la apertura del sobre n° 1.

Sin embargo consta al documento n° 24 que contiene el acta de la Mesa de contratación para la apertura de los sobres de documentación relativa a criterios de adjudicación valorados mediante juicios de valor, que dichos sobres se ponen "a disposición del Departamento de Informática para la elaboración del Informe técnico".

Es decir, no fue constituido el comité de expertos ni encomendada la evaluación a un organismo técnico especializado debidamente identificado en los pliegos, ni publicada su designación con carácter previo a la apertura del sobre n° 1, ni los informantes son independientes del órgano que propone la celebración del contrato, por el contrario, están integrados en el Patronato demandado (Jefe de sección de gestión de ingresos Patronato de la Alhambra y Generalife y Jefe de Departamento de Informática de dicho Patronato) y además formaban parte como Vocales, de la Mesa de Contratación -documento n° 23-.

Resulta inatendible la postura de la demandada cuando señala que el Departamento de Informática del Patronato es un órgano distinto de la Dirección del Patronato, pues se trata de departamentos que pertenecen al organismo proponente y de atender la interpretación que se ofrece, carecería de sentido la previsión legal y del pliego, pues siendo el Director del Patronato el órgano proponente, y no técnico, nunca habría de acudir al nombramiento de comisión de expertos u otro técnico, bastaría acudir al servicio técnico del propio Patronato, desnaturalizándose la misión del precepto.

La Sentencia apelada en la medida en que entendió que los informes técnicos debían realizarse por los propios servicios de la Administración al no constar que fueran insuficientes, debe ser revocada por aplicación del precepto legal invocado en el recurso de apelación, y de las propias cláusulas del pliego de condiciones administrativas particulares.

QUINTO

Procede estimar el recurso de apelación y revocar la Sentencia apelada, y con estimación parcial del recurso contencioso administrativo interpuesto contra la [resolución del Patronato de la Alhambra y Generalife de 17 de junio de 2011](#) por la que se decide la adjudicación del contrato de " *gestión integral del sistema de reserva y venta de entradas* ", anular la resolución impugnada, si bien no procede reconocer el derecho de la recurrente a ser adjudicataria del mismo, pues habríamos de estar al resultado de la evaluación de la documentación presentada por cada licitador y aplicación de los criterios de adjudicación, por lo que procede retrotraer el procedimiento al momento de la constitución de comité de expertos u organismo técnico especializado de conformidad con lo dispuesto en el [artículo 134.2 LCSP](#) hasta la finalización del mismo.

Sin imposición de las costas causadas en esta instancia, de conformidad con lo que dispone el artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción de 13 de julio de 1998.

Vistos los preceptos legales citados y demás de pertinente y general aplicación,

FALLAMOS

Que debemos estimar y estimamos el recurso de apelación interpuesto por el apelante frente a la Sentencia de fecha 9 de abril de 2013, dictada por el Juzgado de lo contencioso administrativo n° 2 de Granada, que se revoca y, estimando en parte el recurso interpuesto por la entidad See Tickets S.A frente a la [resolución del Patronato de la Alhambra y Generalife de 17 de junio de 2011](#) por la que se decide la adjudicación del contrato de " *gestión integral del sistema de reserva y venta de entradas* ", anular la resolución impugnada, y retrotraer el procedimiento al momento de la

constitución de comité de expertos u organismo técnico especializado de conformidad con lo dispuesto en el [artículo 134.2 LCSP](#) hasta la finalización del mismo.

Sin imposición de costas.

Intégrese la presente sentencia en el libro de su clase y devuélvanse las actuaciones, con certificación de la misma, al Juzgado de procedencia, interesándole acuse recibo.

Así por esta nuestra sentencia que se notificará a las partes haciéndoles saber, que contra ella no cabe recurso alguno, definitivamente juzgando lo pronunciamos, mandamos y firmamos.