JUZGADO DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Nº 2
Calle Sol Nº28
Santander
Teléfono: 942367326
Fax.: 942223813
Modelo: TX004

Proc.: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**
Nº: **0000547/2011**
NIG: 3907545320110001635
Materia: Actividad administrativa. Agricultura
Resolución: Sentencia 000263/2013

Intervención:	Interviniente:	Procurador:	Abogado:
Demandante	ACCIONA AGUA SA SOCIEDAD UNIPERSONAL	ESTELA MORA GANDARILLAS	
Codemandado	VALORIZA AGUA, S.L.	IGNACIO CALVO GÓMEZ	
Codemandado	GESTION Y TECNICAS DEL AGUA	BEATRIZ DIAZ HOYOS	
Ddo.admon.local	AYUNTAMIENTO DE CABEZON DE LA SAL	ESTHER GÓMEZ BALDONEDO	

SENTENCIA nº 000263/2013

En Santander, a 27 de septiembre de 2013.

Vistos por el Ilmo./a D./Dña José Ignacio Lopez Carcamo, Magistrado-Juez del JUZGADO DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Nº 2 de Santander y su Partido, los presentes autos de Procedimiento Ordinario nº 0000547/2011 seguidos ante este Juzgado, a instancia de ACCIONA AGUA SA SOCIEDAD UNIPERSONAL representado por el Procurador D./Dña. ESTELA MORA GANDARILLAS y asistido por el Letrado D./Dña. ROBERTO BARRONDO LACARRA, contra AYUNTAMIENTO DE CABEZON DE LA SAL representado por el Procurador ESTHER GOMEZ BALDONEDO y defendido por el Letrado D./Dña. EMILIA DIAZ MENDEZ, codemandado VALORIZA AGUA, S.L. representado por el procurador IGNACIO CALVO GOMEZ y asistido por el letrado FRANCISCO JAVIER ARREDONDO DIAZ, codemandado GESTION Y TECNICAS DEL AGUA representado por el procurador BEATRIZ DIAZ HOYOS y asistido por el letrado VARELA FERNANDEZ; sobre contratación administrativa.

HECHOS

PRIMERO.- Se ha interpuesto recurso contencioso-administrativo contra el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Cabezón de la Sal adoptado en su sesión celebrada el 19 de agosto de 2011.

SEGUNDO.- El presente proceso se ha seguido por el cauce del procedimiento ordinario.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Son circunstancias no discutidas y con alto grado de relevancia para resolver el pleito las siguientes:

Tras el seguimiento de un procedimiento de contratación respecto del cual ninguna de las partes opone vicio jurídico alguno, la Mesa de Contratación, en sesión celebrada el 1 de junio de 2011, propuso como adjudicataria del contrato a la demandante ("ACCIONA AGUA S.A").

El asunto de la adjudicación se incluyó en el orden del día para la sesión del Pleno de 7 de junio de 2011, pero, dado que en tal fecha ya se conocía el resultado de las elecciones municipales celebradas el 22 de mayo y se estaba a la espera de la nueva corporación resultante de las mismas, el Pleno en funciones acordó posponer la decisión sobre dicho asunto.

Posteriormente, el nuevo Pleno acordó, en la sesión de 19 de agosto de 2011, adjudicar el contrato a la UTE VALORIZA-REOCIN.

Tenemos, por ende, que la nueva corporación derivada de las elecciones municipales de 22 de mayo de 2011 se apartó de la propuesta de adjudicación realizada por la Mesa en el procedimiento de contratación de referencia.

La demandante alega falta de motivación de tal apartamiento, y al estudio de tal alegato dedicaremos los siguientes fundamentos de derecho

SEGUNDO.- Entendemos que es el art. 144 de la Ley 30/2007 (vigente al iniciarse y terminarse el procedimiento de contratación de referencia) el que, fundamentalmente ha de dirigir el estudio referido. Dice así:

"1. El órgano competente para la valoración de las proposiciones calificará previamente la documentación a que se refiere el artículo 130, que deberá presentarse por los licitadores en sobre distinto al que contenga la proposición, y procederá posteriormente a la apertura y examen de las proposiciones, formulando la correspondiente propuesta de adjudicación al órgano de contratación, una vez ponderados los criterios que deban aplicarse para efectuar la selección del adjudicatario, y sin perjuicio de la intervención del comité de expertos o del organismo técnico especializado a los que hace referencia el artículo 134.2 en los casos previstos en el mismo, cuya evaluación de los criterios que exijan un juicio de valor vinculará a aquél a efectos de formular la propuesta. La apertura de las

proposiciones deberá efectuarse en el plazo máximo de un mes contado desde la fecha de finalización del plazo para presentar las ofertas. En todo caso, la apertura de la oferta económica se realizará en acto público, salvo cuando se prevea que en la licitación puedan emplearse medios electrónicos.

Cuando para la valoración de las proposiciones hayan de tenerse en cuenta criterios distintos al del precio, el órgano competente para ello podrá solicitar, antes de formular su propuesta, cuantos informes técnicos considere precisos. Igualmente, podrán solicitarse estos informes cuando sea necesario verificar que las ofertas cumplen con las especificaciones técnicas del pliego.

2. La propuesta de adjudicación no crea derecho alguno en favor del licitador propuesto frente a la Administración. No obstante, cuando el órgano de contratación no adjudique el contrato de acuerdo con la propuesta formulada deberá motivar su decisión." (El subrayado es nuestro)

Hasta aquí la cita del precepto legal.

De este precepto y de los que regulan el procedimiento de adjudicación y las funciones de la Mesa de Contratación como órgano de valoración (122 y conexos de la Ley 30/2007 y 22 y conexos del RD 817/2009), se desprenden los siguientes asertos jurídicos, todos esenciales para resolver el presente pleito:

-El procedimiento de adjudicación es cauce para garantizar los principios generales que han de regir la contratación administrativa: libertad de acceso, publicidad, transparencia, igualdad de trato y eficacia (art. 1 de la Ley 30/2007).

-Dentro de tal procedimiento de adjudicación y en aras de esos principios, cobra especial preponderancia la actuación del órgano de valoración o mesa de contratación, en cuanto es el competente para dirigir las distintas fases del procedimiento, valorar las ofertas conforme a los criterios fijados en los pliegos y, finalmente, proponer al órgano de contratación, con fundamento en esa valoración, el adjudicatario.

-La Mesa de Contratación es un órgano especializado, cuyas valoraciones, por ende, si no contradicen la norma ni exceden el ámbito de apreciación que los criterios de la contratación ofrecen y cuenta con un fundamento razonable, tienen un valor reforzado.

-Considerando lo que precede, la decisión del órgano de contratación de apartarse de la propuesta de la Mesa de contratación debe verse como algo excepcional y delimitarse y sujetarse en Derecho con el rigor y el alcance que requiere la salvaguarda de los referidos principios de la contratación, de los que, como hemos dicho, el procedimiento de contratación y, dentro del mismo, la actuación del órgano de valoración, son garantía.

-En esa línea de delimitación y sujeción, cabe distinguir dos aspectos:

a) Es el primero el de la decisión de no seguir la propuesta de la Mesa, y en el mismo cobra especial relieve el requisito de la motivación que establece el art. 114.2 citado. Si la sujeción a los criterios de adjudicación y las normas de la contratación (sustantivas y de procedimiento) le es exigible al órgano de valoración, con igual o mayor intensidad ha de serlo al órgano de contratación en la decisión de apartarse de la propuesta de aquél; por lo que la expresión de las razones del apartamiento, y no de cualquier razón, sino de las conectadas directamente con esos criterios y esa normas, es indispensable para la garantía de los principios de la contratación (que, no se olvide, se relacionan con principios y derechos constitucionales, entre ellos la igualdad). Considerando que la Mesa de contratación ha tomado una decisión en el seno de un procedimiento de contratación y en ejercicios de una facultad de valoración (que implica una facultad de interpretación de los criterios de adjudicación y de subsunción en los mismos de los variados aspectos de las ofertas), el órgano de contratación que pretenda apartarse de su propuesta tiene que aportar razones que denoten una clara desviación de la valoración de la Mesa respecto de los criterios y normas de la contratación, tanto sustantivas como procedimentales. Dicho de otro modo, no puede el órgano de contratación, sin que se desvirtúe la finalidad garantista (objetividad, igualdad, eficacia, transparencia) que subyace a la regulación de un procedimiento de contratación y de un órgano de valoración especializado, rechazar la propuesta de dicho órgano sino es con una justificación precisa que denote que la actuación del mismo ha ido en contra de dichos

principios, por evidente vulneración de trámites esenciales del procedimiento o burdo desconocimiento de los criterios de selección.

En este caso, el órgano de contratación no ha justificado suficientemente su decisión de no seguir la propuesta de la Mesa de Contración, pues en modo alguno ha expresado razones que denoten que la misma ha incurrido en desviaciones claras de las normas sustantivas (incluidos los criterios de selección) o procedimentales de la contratación. Pero no es solo que no haya expresado dichas razones, es que en modo alguno el expediente refleja circunstancias que permitan siquiera poner en duda el proceder en Derecho de la mesa de Contratación; y, es más, de las declaraciones de miembros de la misma que han intervenido como testigos en este proceso, se deduce que la decisión de proponer como adjudicataria a "ACCIONA" se tomo por unanimidad sin que se plantearan objeciones sobre procedimiento o desviación de los criterios de adjudicación ni se considerara la necesidad de otros informes.

b) Y el segundo aspecto es relativo a las actuaciones posteriores a la decisión debidamente justificada de no seguir la propuesta del órgano de valoración.

Lo primero que cabe pensar al respecto es que el órgano de contratación no puede, de reforma directa e inmediata, sin más trámites, sustituir al licitador propuesto por la Mesa por otro de su elección. Y no puede darse tal sustitución directa e inmediata, por la sencilla razón de que el órgano de contratación no es el órgano especializado que la ley establece para la

valoración de las ofertas. Dicho de otro modo: el órgano de contratación adjudica la contratación y formaliza el contrato, pero no valora las ofertas conforme a los criterios de valoración; a tal fin la ley contempla un órgano específico en cuya composición y regulación se plasma la garantía de los sobredichos principios generales de la contratación administrativa. Y, por ello, no cabe considerar la propuesta de adjudicación que hace dicho órgano como un simple asesoramiento o mero informe que prepara la decisión del órgano de contratación, sino como un trámite específico del procedimiento de contratación, que va mas allá en su relevancia y significado que los informes preceptivos, pues la propuesta de adjudicación no se hace por un órgano informante que interviene en una fase del procedimiento y expone su parece técnico sobre una cuestión concreta del objeto del mismo y en relación con las actuaciones realizadas por otros, sino por un órgano que dirige todo el procedimiento y cuya propuesta final es, por ende, el fruto de ese seguimiento y de su función de valorar las ofertas, no una información técnica o jurídica fruto de un trámite puntual, que es lo propio de los informes.

En consecuencia, cuando el órgano de contratación decide no seguir la propuesta de la Mesa, el paso siguiente no puede ser la adjudicación directa e inmediata del contrato a otro candidato.

La Ley guarda silencio sobre esta relevantes cuestión; pero, siguiendo la línea subyacente a lo que venimos argumentado, que es la de la esencialidad del procedimiento de contratación y de la función del órgano de valoración para la salvaguarda de los principios de la contratación

administrativa, podemos concluir que en modo alguno la solución adoptada por la Administración demandada es la ajustada a dichos principios. Veamos:

El órgano de contratación (o, si se quiere, la Administración demanda en la que aquél se integra, sin personalidad jurídica propia) contrató los servicios de un empresa para la valoración de las ofertas y sustentó la adjudicación en esa valoración. Pero tal actuación no tiene la virtualidad justificante que la Administración quiere ver en ella.

Hemos dicho que la propuesta de adjudicación del órgano de contratación es algo distinto y con mucha mayor relevancia en el procedimiento de contratación que un trámite de informe. Pues bien, la intervención de esa empresa a la que el órgano de contratación encargó una nueva valoración no pasa de ser un mero informe, emitido por alguien que no se ha integrado en el procedimiento de valoración, que no lo ha dirigido, que no responde a la especifica configuración de la Mesa de Contratación, que no ha seguido las fases de la valoración que regula le ley (momentos de apertura de los sobres y consiguiente valoración de los distintos tipos de criterios de selección: lo que implican juicios de valor y los que no); y, por consiguiente, no puede en modo alguno garantizar la objetividad, transparencia, igualdad y eficacia, que son, entre otros, los bienes jurídicos cuya realización en cada caso concreto hacen de la contratación administrativa una actividad justa (en el sentido jurídico de compatible con el Derecho). Y quede claro que lo que precede es absolutamente independiente de la capacidad técnica de dicha empresa y de quienes

realizaron el informe, pues se refiere exclusivamente a las garantías objetivas que ofrecen el procedimiento de selección del contratista y la función en el mismo del órgano de valoración,

Y no se diga que también el órgano de valoración se sirvió de una empresa para la valoración, pues tal actuación en nada desvirtúa el hecho de que es el órgano de valoración el que realmente valora y propone al candidato, con el asesoramiento que precise (o sin el, si no es necesario). Mientras que lo que el órgano de contratación ha hecho no es valorar las ofertas, apoyándose para ello de una asesoría externa, sino dejar en manos de esta última la valoración misma.

En definitiva, no solo el órgano de contratación no ha justificado su decisión de no seguir la propuesta de la mesa de contratación, sino que ha realizado una adjudicación injustificada y con clara desvirtuación de las reglas legales sobre procedimiento de selección e intervención del órgano de valoración.

Y la consecuencia jurídica no puede ser otra que la invalidez del acto impugnado y su consiguiente anulación en esta sentencia.

TERCERO. Procede ahora analizar la pretensión de la demandante de que se declare su derecho a la adjudicación del contrato.

Según hemos entendido, la Administración demandada considera que tal declaración es jurídicamente imposible porque implicaría la intromisión del

juzgador en una decisión incluida en lo que se ha venido en llamar discrecionalidad técnica, por lo que corresponde en exclusiva a la Administración cupiendo solo un control judicial externo que, en su caso, únicamente puede conducir a la anulación del acto.

Pues bien, cierto es que según el art. 71.2 de la LJCA: "Los órganos jurisdiccionales no podrán (...) determinar el contenido discrecional de los actos anulados." Pero este precepto debe ponerse en conexión con el art. 71.1.b) deL que se deriva que, si así lo impone el Derecho, la sentencia debe reconocer la situación jurídica individualizada pretendida por la parte actora y adoptar las medidas que sean necesarias para el pleno restablecimiento de la misma. Y hay que tener en cuenta que esta precisión sirve a la garantía del derecho a la tutela judicial efectiva, efectividad que se ve seriamente mermada cuando la sentencia no llega a solucionar todos los aspectos del derecho o interés legítimo respecto del que la parte solicita tutela y concreta en sus pretensiones. Y, por ello, la limitación que se establece en el art. 172.2 de la LJCA debe interpretarse conforme a dicho derecho fundamental y conforme al principio de proporcionalidad, viendo en cada caso la relación entre la efectividad de la tutela judicial y los requerimientos del valor jurídico a que tal limitación de la sentencia responde.

Dicho valor jurídico es la capacidad de apreciación administrativa para la solución de un conflicto jurídico que la ley establece, cuando, en razón de una disposición expresa en ese sentido o por la escasa densidad normativa de su regulación, puede concluirse que la solución de dicho

conflicto admite varias soluciones en Derecho por las que la Administración puede optar, de tal manera que el núcleo de la decisión no está sometido a un parámetro jurídicamente aprensible sino que cabe la introducción de un criterio de oportunidad (Y recuérdese que el control judicial del quehacer administrativo es solo un control jurídico).

Y es muy importante señalar que la constación de eses margen de apreciación entre indiferentes jurídicos no cabe apreciarla en abstracto, sino considerando las circunstancias del caso, pues lo que a primera vista y en ab abstracto puede parecer como una facultad administrativa discrecional, se presenta en el caso concreto como una decisión sujeta a parámetros jurídicos aprensibles y, por ende, controlables por el juzgador. Manifestación de esta idea es la doctrina conocida como la reducción a cero de la discrecionalidad, reducción que se produce cuando de la propia significación los vicios jurídicos apreciados por el juzgador en la actuación administrativa, se deriva la solución en Derecho del conflicto sin alternativas sujetas a la apreciación administrativa por criterios de oportunidad.

Pues bien, en el caso presente, el reconocimiento del derecho de la demandante a ser la adjudicataria del contrato se presenta como solución justa en Derecho sin que para ello el juzgador deba hacer juicios de oportunidad ni juicios técnicos que solo corresponden a la Administración.

En efecto, la falta de justificación de la decisión del órgano de contratación de no seguir la propuesta de la Mesa y el alejamiento de las garantías del

procedimiento de selección que implica la decisión de adjudicar el contrato a un candidato distinto del propuesto por aquélla, descubren un parámetro jurídico que permite dar una solución en Derecho a la referida pretensión de la demandante. Veamos:

Esos vicios jurídicos del acto impugnado dejan a la propuesta de la Mesa de contratación como un acto jurídicamente valido, un acto emitido por el órgano que, según la ley, dirige el procedimiento de selección y valora las ofertas conforme a las normas de la contratación; y, en razón de esto, tal propuesta es un dato jurídico que el juzgador debe tener en cuenta y que permite declarar el derecho de la demandante a la adjudicación. Dicho de otra manera: Sin la justificación suficiente del apartamiento, dicha propuesta pasa a tener un efecto vinculante en cuanto resultado del seguimiento correcto del procedimiento de selección y decisión del órgano que realmente ostenta lo que de discrecionalidad técnica pueda tener la tarea de valoración de las ofertas (que es el órgano de valoración y no la Administración contratante); y desconocer ese efecto en este proceso, quedándose la sentencia en la mera anulación del acto impugnado, sería, a mi parecer una merma desproporcionada del derecho a la tutela judicial efectiva.

CUARTO.- No apreciamos motivos que justifiquen la condena en costas, pues no hay datos que permitan concluir con la seguridad precisa la temeridad o mala fe de la posición procesal de la demandada, y es es el criterio que se fijaba en el art. 139 en la redacción anterior a la Ley

37/2011, que es la redacción aplicable habida cuenta que el proceso se inicio antes de la entrada en vigor de dicha ley.

F A L L O

Estimo el presente recurso contencioso-administrativo, anulo el acto impugnado y declaro el derecho de la demandante a ser la adjudicataria del contrato de referencia. Sin condena en costas.

Notifíquese esta resolución a las partes personadas, haciéndoles saber:

MODO DE IMPUGNACIÓN:

*Recurso de **apelación** ante este órgano judicial en el plazo de **QUINCE DIAS** desde su notificación, debiendo acompañar el documento que acredite el ingreso de **50 EUROS** en la cuenta de consignaciones de este Órgano Judicial en Banesto con el número **3904000000054711** debiendo especificar en el campo "concepto" del documento de resguardo de ingreso que se trata de un **"Recurso"** seguido del código **"22 Contencioso-Apelación (50 €)"**, y en el campo de observaciones, **la fecha de la resolución** objeto de recurso en formato **dd/mm/aaaa**. Los ingresos deberán ser **individualizados** para cada resolución recurrida, con el apercibimiento de que no se admitirá a trámite ningún recurso cuyo depósito no esté constituido.*

Quedan exentos de su abono, en todo caso, el Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las Entidades Locales y los Organismos Autónomos dependientes así como aquellos que tengan reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita (disposición adicional decimoquinta de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, añadida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial).

Así por esta mi sentencia, de la que se expedirá testimonio para su unión a los autos, lo pronuncio, mando y firmo.

El/La Magistrado-Juez

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo./a Sr/a. Magistrado-Juez que la suscribe, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha. Doy fe.