



T.S.X.GALICIA CON/AD SEC.2 A CORUÑA

SENTENCIA: 00081/2021

Tribunal Superior de Justicia de A CORUÑA

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección segunda

Procedimiento ordinario 4169.2018

S E N T E N C I A

ILMOS. MAGISTRADOS:

MARIA AZUCENA RECIO GONZALEZ (Presidenta)

JOSE ANTONIO PARADA LOPEZ

JULIO-CESAR DIAZ CASALES

ANTONIO MARTINEZ QUINTANAR

En A CORUÑA, a 12 de febrero de 2021

Vistos por la Sala, constituida por los Ilmos. Magistrados relacionados al margen, los autos del RECURSO DE PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0004169 /2018 entre partes, como recurrente SETEX APARKI, S.A representado por la Procuradora de los Tribunales Doña Carina Zubeldia Blein y asistido por el letrado Sr. De Blas Martínez contra Ayuntamiento de Vigo representado por el Procurador Sr. Garrido Pardo y asistido por la letrado del Concello de Vigo Sra. García Álvarez y como codemandado DORNIER, S.A.U. representada por la Procuradora Sra. Casal Barbeito y defendida por el Abogado Sr. Ruiz Dueñas sobre contratación



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se interpuso este Recurso contencioso-administrativo por SETEX APARKI, S.A representado por la Procuradora de los Tribunales Doña Carina Zubeldia Blein y asistido por el letrado Sr. De Blas Martínez formalizándose demanda por la recurrente en la que terminaba suplicando una Sentencia estimatoria del recurso con base a los hechos y fundamentos de derecho contenidos en la demanda, en concreto se suplica que:

1º.-Se anule por ser contraria a derecho la Resolución del Tribunal Central de Recursos Contractuales de fecha 3 de abril de 2018, así como el acuerdo de fecha 26 de diciembre de 2017 de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Vigo, en virtud del cual se adjudica el contrato a la entidad mercantil DORNIER, S.A.

2º.-Se acuerde la retroacción del procedimiento y se adjudique el contrato a SETEX APARKI, S.A. al ser la licitadora que ha presentado la proposición más ventajosa de acuerdo con el orden en que las mismas han sido clasificadas conforme a lo señalado en el apartado 1 del artículo 151 TRLCSP.

3º.-Se condene al Ayuntamiento de Vigo a abonar a SETEX APARKI, S.A. el importe de la indemnización correspondiente al lucro cesante que debe fijarse en el 6% del precio del contrato durante el tiempo que SETEX APARKI se ha visto privada de la ejecución del mismo.

4º. Se condene a las partes que se opongan a la presente demanda al abono de las costas causadas en el procedimiento.

SEGUNDO.- El demandado Concello de Vigo contestó a la demanda exponiendo lo que estimó oportuno, solicitando se dicte Sentencia que inadmita o, subsidiariamente, desestime el recurso

El codemandado DORNIER, S.A.U. contestó a la demanda exponiendo lo que estimó oportuno, solicitando se dicte Sentencia desestimando en su totalidad el recurso interpuesto por ser la resolución recurrida conforme a derecho, condenando a la recurrente al pago de las costas causadas

Se recibió el procedimiento a prueba tras la cual se practicaron conclusiones.





ADMINISTRACIÓN
DE XUSTIZA

TERCERO.- Despachado por las partes el trámite de conclusiones, quedaron los autos para deliberación, votación y fallo, que tuvo lugar el día 11 de febrero del año 2021, en cuyo acto tuvo lugar su celebración, habiéndose observado las formalidades legales referentes al procedimiento.

Es ponente de esta Sentencia el Ilmo. Sr. Don José Antonio Parada López , que expresa el parecer de la Sección.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Planteamiento de la cuestión litigiosa.*

Se impugna en el presente procedimiento la resolución de 3 de abril de 2018 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales que desestima el Recurso Especial en Materia de Contratación interpuesto contra el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Vigo de adjudicación a la entidad mercantil DORNIER, S.A. del procedimiento abierto para la contratación de la "concesión de servicios de estacionamiento regulado y controlado en la vía pública mediante parquímetros" (expte. 90514/210).

SEGUNDO.- La pretensión de la recurrente se dirige en que al amparo de lo dispuesto en el art. 31.2 LJ, esta parte pretende el reconocimiento de una situación jurídica individualizada que consiste en que por el Juzgado:

1º.-Se acuerde la retroacción del procedimiento y se adjudique el contrato a SETEX APARKI, S.A. al ser la licitadora que ha presentado la proposición más ventajosa de acuerdo con el orden en que las mismas han sido clasificadas conforme a lo señalado en el apartado 1 del artículo 151 TRLCSP.

2º.-Se condene al Ayuntamiento de Vigo a abonar a SETEX APARKI, S.A. el importe de la indemnización correspondiente al lucro cesante que debe fijarse en el 6% del precio del contrato durante el tiempo que SETEX APARKI se ha visto privada de la ejecución del mismo

TERCERO.- Se opone la administración demandada y el codemandado entendiéndose correcta y ajustada a derecho la resolución recurrida.



CUARTO.- *El juicio de la Sala.*

1.- *Resulta acreditado del expediente administrativo y documental aportada lo siguiente:*

a) *Con fecha 12 de mayo de 2016 el Ayuntamiento de Vigo publicó en el DOUE y en el perfil del contratante el anuncio de convocatoria de la licitación pública por procedimiento abierto y pluralidad de criterios del contrato de concesión de servicios de estacionamiento regulado y controlado en la vía pública mediante parquímetros, con un valor estimado, IVA incluido, de 23.405.231,94 euros.*

b) *Como consecuencia de la estimación parcial por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) del recurso especial interpuesto contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Vigo, con fecha 28 de octubre de 2016 aprobó un nuevo pliego con las modificaciones introducidas por la resolución TACRC nº 570/2016.*

c) *La Mesa de Contratación, con fecha 28/12/2016 procedió a la apertura del sobre A y tras la calificación se acordó admitir en el procedimiento a las siguientes empresas:*

1.-*DORNIER, S.A.*

2.-*UTE GERTEK*

3.-*ESTACIONAMIENTOS Y SERVICIOS, S.A.U.*

4.-*SABA APARCAMIENTOS, S.A.*

5.-*UTE ESTACIONAMIENTOS VIGO*

6.-*UTE INDIGO-EXYCSA-API*

7.-*AUSSAAPARCAMIENTOS URBANOS, S.A.*

8.-*SETEX-APARKI, S.A.*

d) *Se procedió a la apertura del "sobre B, proposición evaluable mediante juicio de valor" y la Mesa acordó dar traslado de la misma a los técnicos municipales para su valoración, emitiendo los mismos con fecha 12 de julio de 2017 informe que fue aceptado por la Mesa.*





ADMINISTRACION
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE XUSTIZA

e) La Mesa de contratación en su reunión de 19/7/2017 procedió a la apertura del "sobre C" proposición evaluable mediante fórmulas y acordó solicitar informe de valoración de la misma a los técnicos municipales, que lo emitieron el 8/11/2017.

En el referido informe, se da cuenta de la incongruencia esencial entre la oferta técnica y económica de DORNIER en relación con la oferta de postes de recarga de vehículos eléctricos, que impide a juicio de los técnicos conocer cuál fue la voluntad del licitador en este aspecto concreto de la inversión.

La Mesa de contratación en su reunión de 14 de noviembre de 2017 no consideró que existiese ninguna incongruencia en la oferta de DORNIER y decidió no excluir a esta empresa de la licitación.

f) La Junta de Gobierno Local de Vigo, en sesión celebrada el 21 de diciembre de 2017 acordó adjudicar a DORNIER, S.A. el procedimiento abierto para la contratación de los servicios de estacionamiento regulado y controlado en la vía pública mediante parquímetros.

g) Se interpuso por la recurrente contra el referido acuerdo de adjudicación del contrato recurso especial en materia de contratación ante el TACRC que con fecha 3 de abril de 2018 dictó resolución en el Recurso nº 42/2018 desestimando el recurso.

Este es el acto administrativo objeto del presente recurso contencioso-administrativo cuya anulación se pretende, así como consecuencia de dicha petición la anulación también adjudicación del contrato a DORNIER, S.A.

2.- Los motivos de recurso son los siguientes:

2.1.- La Mesa de Contratación debió excluir de la licitación a la adjudicataria DORNIER, S.A., pues su oferta técnica evaluable mediante juicios de valor no guardaba concordancia con la documentación contenida en el Plan Económico Financiero.

2.2.- La Mesa de Contratación debió excluir de la licitación a la adjudicataria DORNIER, S.A. por no cumplir su oferta



técnica con la exigencia establecida en artículo 14.3.4 i. del Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT).

2.3.- Adjudicación del Contrato e Indemnización de daños y perjuicios

3.- Alega el Concello de Vigo con carácter previo al análisis del fondo del asunto de las cuestiones litigiosas esta parte la inadmisibilidad del recurso por no haberse cumplido del requisito consistente en acreditar la demandante, por tratarse de una persona jurídica, la voluntad de recurrir de conformidad con lo dispuesto en el apartado d) del art.45 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa que prescribe que al escrito de iniciación del recurso contencioso- administrativo se acompañará... "El documento o documentos que acrediten el cumplimiento de los requisitos exigidos para entablar acciones las personas jurídicas con arreglo a las normas o estatutos que les sean de aplicación, salvo que se hubieran incorporado o insertado en lo pertinente dentro del cuerpo del documento mencionado en la letra a) de este mismo apartado". No vale la representación por apoderamiento notarial conferida al procurador por el Administrador de la sociedad sino que es necesario acompañar el acuerdo expreso y específico de la Junta o acreditar que los estatutos de la sociedad no le atribuyen dicha competencia. Así lo ha considerado el Tribunal Supremo, entre otras, en sentencias nº 759/2017 de 4 de mayo de 2017 o 465/2018 de 20 de marzo de 2018.

Dicha causa no puede prosperar al constar aportado por la ahora recurrente Setex aparki, SA certificación del administrador único de fecha 27 de abril de 2018 en la que se toma la decisión de ejercitar las acciones judiciales pertinentes en aras de este recurso por lo que dicho requisito se entiende cumplido.

4.-Primer motivo de recurso: La Mesa de Contratación debió excluir de la licitación a la adjudicataria DORNIER, S.A., pues su oferta técnica evaluable mediante juicios de valor no guardaba concordancia con la documentación contenida en el Plan Económico Financiero.

Sostiene el recurrente en cuanto a este motivo que el contenido de los Pliegos contradice las afirmaciones





contenidas en la resolución recurrida, en concreto la cláusula 14ª.5 PCAP sobre el Plan Económico Financiero que debe incluirse en el "sobre C: Proposición evaluable mediante fórmula" y que dice lo siguiente: "PLAN ECONÓMICO-FINANCIERO. Los licitadores deberán presentar un Plan Económico Financiero relativo al servicio, en el cual se deberán diferenciar las inversiones, ingresos, gastos derivados de la explotación y mantenimiento.

De forma general el Plan económico y financiero deberá contener una memoria explicativa de los valores adoptados para las variables fundamentales que intervengan en la propuesta, así como las hipótesis realizadas para su evolución a lo largo del período concesional ofertado. Toda la información se aportará con el máximo desglose atendiendo especialmente al detalle de las inversiones realizadas en cada etapa del proyecto, incluyendo las propuestas de fuentes de financiación y en caso de que el adjudicatario vaya a constituir una sociedad concesionaria, se deberá de especificar el apoyo financiero de cada uno de los socios. De igual manera, se deberán indicar con el máximo detalle los diferentes conceptos incluidos en la cuenta de explotación. El licitador podrá presentar cualquiera otra documentación que considere que contribuye a una mejor comprensión del proyecto.

El Plan Económico financiero deberá fundamentarse en los siguientes aspectos:

- a) Coste de la inversión total prevista con el detalle de las fuentes de financiación.
- b) Estructuración de los ingresos. Justificación de los ámbitos de ingresos derivados de la propuesta de gestión.
- c) Estructuración de los costes de explotación.
- d) Estructuración de los costes de amortizaciones.
- e) Estructura de gastos financieros.
- f) Niveles de viabilidad del proyecto a lo largo de la propuesta de los años de concesión.
- g) Proyección del balance de situación de la cuenta de pérdidas y ganancias durante el período de la concesión. Toda la información se aportará con el máximo nivel de detalle,



garantizando la coherencia, fiabilidad y viabilidad de los datos propuestos. El Estudio incluirá las previsiones de la evolución del servicio. En cualquier caso la justificación de viabilidad exige que el resultado final debe ser positivo.

La Mesa, en resolución motivada, excluirá de la licitación las proposiciones en las que concurra alguna de las siguientes circunstancias:

- Que la proposición evaluable mediante fórmula no guardara concordancia con la documentación examinada y admitida.
- Se apartara sustancialmente del modelo establecido.
- Comportara error manifiesto en los importes de la proposición.
- Existiera reconocimiento por parte del licitador de que adolece de error o inconsistencia que la hagan inviable.”

Según el recurrente lo dispuesto en el PCAP, queda claro que las inversiones ofertadas por el licitador, como lo son los postes de recarga de vehículos eléctricos y las acometidas, en ningún caso pueden ser una previsión como se argumenta en la resolución recurrida, sino que deben coincidir con la realidad de la oferta y por ello el pliego obliga a los licitadores a incluir en el Plan Económico el detalle de dichas inversiones, esto es, el número de unidades ofertadas y su coste, así como el plazo e importe de la amortización de dicha inversión.

En consecuencia, la información sobre las inversiones contenida en el Plan Económico debe ser coherente con lo ofertado por el licitador en el sobre B que ha sido objeto de una previa evaluación mediante juicios de valor, pues de no serlo, procedería la exclusión de la oferta.

La recurrente centra el objeto de debate en sólo dos cuestiones de hecho, a las que daremos respuesta a continuación, la primera referente a la incorrección en el número de postes de recarga eléctrica, a partir del año quinto, en el estudio económico acompañado en su oferta.

En lo que hace referencia a la argumentación de que no es posible conocer la voluntad del adjudicatario por haber incluido en su oferta técnica 9 postes de recarga eléctrica al inicio del contrato y 18 postes de recarga eléctrica en el año





5 del contrato, mientras que en el estudio económico acompañado en su oferta se incluye 9 postes de recarga eléctrica al inicio del contrato y 9 postes de recarga eléctrica en el año quinto del contrato señalar que a diferencia de lo alegado de contrario que el estudio económico es un elemento informador pero que no es susceptible de valoración toda vez que el estudio económico-financiero acompañado en la oferta del adjudicatario no forma parte de la oferta económica del Sobre C.

La proposición evaluable está formada por los criterios de valoración que, tal y como determina el artículo 150.2 del TRLCSP "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".

Así la oferta económica del Sobre C se encuentra conformada por los siguientes conceptos (cláusula 16.2 del PCAP): 1) porcentaje de reducción del presupuesto de gastos del servicio previsto en el estudio económico financiero del contrato, 2) porcentaje de reducción de los importes de coste plaza/día previstos en el estudio económico financiero del contrato, 3) reducción de la retribución del concesionario sobre la fijada en la cláusula 6 del PCAP, 4) adscripción de vehículos sostenibles a la prestación del servicio.

Por ello el estudio económico-financiero acompañado en la oferta del adjudicatario no ha sido valorada siendo sólo una mera previsión de ingresos y gastos que fundamente la viabilidad económica del contrato.

El error aritmético, que se constata a la vista del expediente, en el número de postes de recarga eléctrica incluido en su estudio económico-financiero no altera la oferta económica como alega el recurrente.

De ahí que debamos compartir los argumentos que han sido recogidos en la resolución del TACRC.

5.- Segundo motivo de recurso: La Mesa de Contratación debió excluir de la licitación a la adjudicataria DORNIER, S.A. por no cumplir su oferta técnica con la exigencia establecida en artículo 14.3.4 i. del Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT).



Según lo dispuesto en la cláusula 14ª del PCAP, sobre la proposición evaluable mediante juicios de valor, los licitadores deberán aportar en sus ofertas un "Proyecto de implantación y explotación del servicio", que se ajustará a los requisitos y contenido mínimo establecidos en el PPT.

Y en el artículo 14 del PPT relativo a los parquímetros, se establecen unos requerimientos funcionales mínimos, entre los que se encuentra que el consumo de energía del parquímetro en reposo debe ser inferior a 3 mA (apartado 14.3.4.i.). DORNIER oferta 150 parquímetros de la marca CALE CWT y en relación con el consumo de energía del parquímetro en reposo, al folio 297 de su oferta manifiesta lo siguiente: "El consumo de energía del parquímetro será inferior a 3mA en las condiciones fijadas en los pliegos de condiciones." En el Informe de evaluación del Proyecto de Implantación y Explotación del Servicio, en el apartado 1.1.3.4. sobre el consumo de energía de los parquímetros, los técnicos municipales manifiestan que en la documentación de los parquímetros marca CALE CWT ofertados por DORNIER no se especifica el consumo de energía del parquímetro en reposo, si bien aceptan las manifestaciones de la licitadora sobre este extremo, sin que conste en el expediente que se haya realizado una comprobación del consumo del parquímetro ofertado por DORNIER.

En referencia a este segundo argumento de si los parquímetros ofertados por la adjudicataria cumplen o no con el consumo de energía en reposo previsto en los PPT que se entiende acreditado por un correo electrónico enviado por el fabricante de los parquímetros ofertados por DORNIER, S.A.U., en el que dice que los parquímetros tienen un consumo superior al exigido en los pliegos tampoco puede prosperar toda vez que existe aportado en las alegaciones al Recurso Especial en vía administrativa por el fabricante un certificado de cumplimiento de los parquímetros con las condiciones técnicas exigidas por los PPT.

La parte recurrente utiliza un argumento no asumible para fundamentar su impugnación cual es presuponer que la adjudicataria iba a incumplir las prescripciones técnicas lo cual no está amparada en los términos de la oferta en la que se acepta en su integridad el contenido de los pliegos, dicho eventual incumplimiento podría determinar la resolución del contrato pero no la nulidad de la adjudicación. De ahí que





cuando se indicaba por los técnicos en el informe de fecha 23 de enero de 2018 (f. 1273 del expte. admto. municipal) que "En nuestro informe de valoración a la Mesa efectivamente advertíamos que en la oferta de la ahora adjudicataria DORNIER S.A. en relación con el parquímetro CALE CWT no se especificaba en la documentación técnica el requisito del consumo en reposo aunque sí comprometía su cumplimiento según los requisitos establecidos en el Pliego (apartados 6.1, 6.3.1 e 6.3.4 del tomo "Proyecto de Implantación y Explotación del Servicio" del sobre B de su oferta técnica)" no implicaba de contrario que no cumplirían los requisitos del pliego.

Así dicho certificado de fecha 30 de enero de 2018 refiere lo siguiente: "La máquina expendedora Cale Web Terminal ofertada, con pantalla a color de 7" de tamaño, cumple con todos los requisitos incluyendo, pero no limitado, a los siguientes: Requisitos de autonomía con alimentación solar con consumo en reposo inferior a 3mA."

6.- Tercer motivo de recurso: Adjudicación del Contrato e Indemnización de daños y perjuicios

Habiendo desestimado los anteriores motivos no procede valorar el tercer motivo que procedería de la estimación de alguno de los anteriores dado su carácter subsidiario.

La demanda debe de ser desestimada.

QUINTO.- Costas.

De conformidad con lo establecido en el artículo 139.1 de la Ley Jurisdiccional 29/1.998, dada la desestimación de la demanda se hace expresa imposición de costas procesales a la parte recurrente limitada en 1500 euros por todos los conceptos.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

PRIMERO.- Que desestimando la demanda interpuesta por SETEX APARKI, S.A representado por la Procuradora de los Tribunales Doña Carina Zubeldia Blein y asistido por el letrado Sr. De Blas Martínez contra Ayuntamiento de Vigo representado por el Procurador Sr. Garrido Pardo y asistido



por la letrado del Concello de Vigo Sra. García Álvarez y como codemandado DORNIER, S.A.U. representada por la Procuradora Sra. Casal Barbeito y defendida por el Abogado Sr. Ruiz Dueñas sobre contratación.

SEGUNDO.- Se hace expresa imposición de costas procesales a la parte recurrente limitada en 1500 euros por todos los conceptos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Contra esta Sentencia podrá interponerse recurso de casación bien ante esta Sala o bien ante la Sala de lo contencioso administrativo del Tribunal Supremo, que conforme a lo dispuesto en el art. 86 de la LRCJA habrá de prepararse por escrito que habrá de reunir las condiciones exigidas en el art. 89.2 de la misma Ley, presentado ante la Sala en el plazo de 30 días desde su notificación.

Para admitir a trámite el recurso al prepararse deberá constituirse en la cuenta de depósitos y consignaciones de este Tribunal el depósito al que se refiere la disposición adicional decimoquinta de la ley orgánica del poder judicial 1/2009 de 3 de noviembre.

Una vez firme, procédase a remitir testimonio de esta sentencia a la administración demandada en unión al expediente administrativo.

Así lo pronunciamos, mandamos y firmamos

