

Roj: **STS 3589/2009 - ECLI:ES:TS:2009:3589**Id Cendoj: **28079130042009100215**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**Sede: **Madrid**Sección: **4**Fecha: **27/05/2009**Nº de Recurso: **4580/2006**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **CELSA PICO LORENZO**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **STSJ AND 9709/2006,**
STS 3589/2009

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintisiete de mayo de dos mil nueve

Visto por la Sección Cuarta de la Sala Tercera del Tribunal Supremo el recurso de casación núm. 4580/06, interpuesto por la Letrada del Parlamento de Andalucía en nombre y representación del Parlamento de Andalucía contra la sentencia de fecha 19 de abril de 2006, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, Sección 1ª, en el recurso núm. 1601/98, interpuesto por D. Víctor , D. Alexander , D. Damaso , D. Gines , Dª Matilde , D. Millán , Dª María Dolores , D. Jose Carlos , D. Adrian y D. Constancio contra la resolución de la mesa de contratación del Parlamento de Andalucía de 3 de junio de 1998, por la que se acuerda la adjudicación del concurso relativo a la consultoría y asistencia técnica de "redacción del proyecto de coordinación en materia de seguridad y salud durante la elaboración del proyecto, redacción del estudio de seguridad y salud, dirección de obras y coordinación en seguridad y salud durante la ejecución de las obras de recuperación de los patios del Cardenal, de la Fuente y de las Flores y accesos en el Hospital de las Cinco Llagas de Sevilla" a Victorio , Aroca y Asociados, SL. Ha sido parte recurrida D. Víctor , D. Alexander , D. Gines , Dª Matilde , D. Millán , Dª María Dolores , D. Adrian y D. Constancio representada por el Procurador de los Tribunales D. Luciano Rosch Nadal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el recurso contencioso administrativo núm. 1601/98, seguido ante la Sala de dicho orden jurisdiccional de Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, Sección 1ª, se dictó sentencia con fecha 19 de abril de 2006 , cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: "Que debemos ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso contencioso- administrativo interpuesto por D. Víctor , D. Alexander , D. Damaso , D. Gines , Dª Matilde , D. Millán , Dª María Dolores , D. Jose Carlos , D. Adrian y D. Constancio contra la Resolución citada en el Fundamento de Derecho Primero, que anulamos por ser contraria a Derecho; reconocemos el derecho de los recurrentes a que se efectúe la adjudicación a su favor, y a que se les indemnice en los beneficios dejados de obtener calculados en el 6% del importe de la oferta económica y, en caso de que el contrato no se haya ejecutado totalmente, se ha de reconocer el derecho a la terminación del mismo por los actores, minorándose la indemnización en los beneficios correspondientes a la parte que ejecuten. Sin costas".

SEGUNDO.- Notificada dicha resolución a las partes, por la representación procesal de D. Víctor y por la representación del Parlamento de Andalucía se preparan sendos recursos de casación y teniéndose por preparados, se emplazó a las partes para que pudieran hacer uso de su derecho ante esta Sala.

TERCERO.- La Letrada del Parlamento de Andalucía por escrito presentado el 22 de septiembre de 2006, formaliza recurso de casación e interesa la estimación de los motivos alegados y que se case la sentencia recurrida resolviendo conforme al suplico contenido en el recurso contencioso-administrativo.



Por auto de esta Sala de fecha 20 de diciembre de 2007 se acordó "Declarar la inadmisión del recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Víctor y otros contra la Sentencia de 19 de abril de 2006, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Andalucía, con sede en Sevilla (Sección Primera), dictada en el recurso nº 1.601/1998, imponiéndose las costas procesales causadas por este recurso a dicha parte; admitir el recurso de casación formulado por la Letrada del Parlamento de Andalucía. Remítanse las presentes actuaciones a la Sección Cuarta, con arreglo a las normas de reparto de asuntos".

CUARTO.- La representación procesal de D. Víctor y otros formalizó el 30 de junio de 2008, escrito de oposición al recurso de casación interesando su desestimación.

QUINTO.- Por providencia de fecha 26 de marzo de 2009 se señaló para votación y fallo el 20 de mayo de 2009, en cuya fecha tuvo lugar el referido acto.

Siendo Ponente la Excma. Sra. D^a. **Celsa Pico Lorenzo**, Magistrada de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La letrada del Parlamento de Andalucía interpone recurso de casación núm. 4580/06, contra la sentencia de fecha 19 de abril de 2006, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, Sección 1^a, en el recurso núm. 1601/98, interpuesto por D. Víctor, D. Alexander, D. Damaso, D. Gines, D^a Matilde, D. Millán, D^a María Dolores, D. Jose Carlos, D. Adrian y D. Constancio contra la resolución de la mesa de contratación del Parlamento de Andalucía de 3 de junio de 1998, por la que se acuerda la adjudicación del concurso relativo a la consultoría y asistencia técnica de "redacción del proyecto de coordinación en materia de seguridad y salud durante la elaboración del proyecto, redacción del estudio de seguridad y salud, dirección de obras y coordinación en seguridad y salud durante la ejecución de las obras de recuperación de los patios del Cardenal, de la Fuente y de las Flores y accesos en el Hospital de las Cinco Llagas de Sevilla" a Victorio, Aroca y Asociados, SL.

Resuelve la Sala estimar parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto procediendo a su anulación por reputar el acto contrario a Derecho al tiempo que reconoce el derecho de los recurrentes a que se efectúe la adjudicación a su favor, y a que se les indemnice en los beneficios dejados de obtener calculados en el 6% del importe de la oferta económica y, en caso de que el contrato no se haya ejecutado totalmente, se ha de reconocer el derecho a la terminación del mismo por los actores, minorándose la indemnización en los beneficios correspondientes a la parte que ejecuten.

Identifica la sentencia el acto impugnado en su PRIMER fundamento mientras en el SEGUNDO recoge los alegatos esenciales de la demanda así como la oposición de la administración demandada y de la parte codemandada defendiendo la corrección de la actuación de aquella.

En el TERCERO subraya los principios esenciales del concurso en la contratación administrativa respecto a la proposición más ventajosa así como la limitación de la discrecionalidad administrativa en la adjudicación.

Ya en el CUARTO expresa que *"En el Anexo 3, apartado F, se valora con un máximo de 30 puntos la experiencia de buena ejecución en trabajos análogos a los que se licita, realizados en los últimos diez años, de redacción de proyectos y dirección de obras de contratación pública, de reforma o rehabilitación de edificios, con presupuesto de ejecución material para cada una de ellas, mayor del 60% del importe de ejecución material estimado para las obras objeto de licitación. El importe de ejecución material de la obra era el de 3.040.000.000 pesetas, por lo que el 60 % ascendía a 1.824.000.000 pesetas.*

El adjudicatario, en la documentación correspondiente a la valoración de este apartado incluyó 6 trabajos, de los cuales ninguno llegaba al 60% del importe de ejecución material de la obra, pero efectuó una actualización del importe de dichos trabajos. Con dicha actualización uno de los trabajos consistente en la restauración y rehabilitación del Recinto de la Cartuja, con presupuesto total, en 1998, de 1.318.268.103 pesetas, arrojaba una cantidad actualizada de 1.877.716.078 pesetas.

La primera cuestión que hemos de dilucidar, consiste en determinar si era posible proceder a la actualización del importe de los trabajos a los efectos de apreciar si su importe alcanza o no el 60% del presupuesto material exigido para otorgar puntuación.

Se ha de resaltar, que el apartado F del Anexo 3, no contiene ninguna previsión respecto de la posibilidad de actualizar los presupuestos materiales de ejecución de los trabajos efectuados en los últimos 10 años. Por su parte, el apartado E a la hora de valorar la Experiencia Profesional, dispone que "para la especificación de los presupuestos de la obras a reseñar se tendrá en cuenta la actualización de los mismos, conforme al IPC del Instituto Nacional de Estadística".



De una interpretación conjunta de ambos apartados, se ha de concluir que si para un criterio de valoración se establece expresamente la actualización del importe de las obras y para la valoración del siguiente apartado no se recoge dicha actualización, no se puede ir más allá del Pliego de Cláusulas y aplicar actualizaciones o modos de proceder no previstos. No se trata de una omisión en el Anexo 3 de toda referencia a la posibilidad de actualizar el importe de las obras, para otorgar la puntuación, lo que podría dar lugar a entender que existe una omisión que ha de ser suplida para permitir una comparación análoga, sino que, como se ha indicado, se permite expresamente dicha actualización en un apartado concreto y se omite dicha posibilidad en otro apartado, de modo que sólo se ha de aplicar la actualización en los criterio objetivos que así se establezca.

En el caso de autos, como ninguno de los trabajos relacionados por el adjudicatario, sin actualización de cantidad asciende al 60% del importe de ejecución de las obras, conforme con el punto 1 no le correspondería ningún punto en la valoración del apartado F del Anexo 3.

En el QUINTO examina que la parte codemandada impugna igualmente la puntuación otorgada al actor en el apartado F. Resuelve sobre la correcta valoración de los trabajos efectuada en el expediente administrativo. Tal cuestión no está concernida en el recurso de casación por lo que solo destacamos que no es posible sustituir la valoración efectuada por el Comité Técnico de Valoración, por la realizada por la parte, al gozar aquel de discrecionalidad técnica, sin que de la prueba pericial efectuada se desprenda una manifiesta arbitrariedad o incorrección en la puntuación otorgada en este apartado.

Finalmente en el SEXTO resuelve sobre la indemnización solicitada como consecuencia de la no adjudicación del contrato. Expone, *"la Administración tiene derecho a declarar desierto el concurso de conformidad con el art 75.3 de la Ley 13/95 , pero no hizo uso de dicha facultad, y adjudicó el contrato al licitador que obtuvo mayor puntuación, y en ningún documento del expediente se hizo constar la inidoneidad de la oferta de los actores, por lo que ha de entenderse que se le debió adjudicar el contrato.*

Ha de reconocerse una indemnización por el beneficio dejado de obtener como consecuencia de la no adjudicación del contrato, ahora bien, no existe motivación y justificación alguna en la fijación en el 20 % de la oferta económica (213.449.500 pesetas), debiéndose fijar dicho beneficio dejado de obtener en el 6 % de la oferta efectuada, como de modo adecuado hace el Letrado del Parlamento de Andalucía, teniendo en cuenta el criterio fijado en el art 215.3 de la Ley 13/95 . En caso de que el contrato no se haya ejecutado totalmente, se ha de reconocer el derecho a la terminación del mismo por los actores, minorándose la indemnización en los beneficios correspondientes a la parte que ejecuten.

No puede, por contra, reconocerse indemnización por la pérdida de imagen profesional, pues no se ha acreditado en modo alguno la realidad de dicho daño, ni es posible o se ha intentado su cuantificación. Igualmente tampoco es posible indemnizar los gastos ocasionados por la preparación de la oferta para participar en el concurso, al no derivar dichos daños de la no adjudicación, siendo costes que ha de asumir al acudir a una licitación y que se ven resarcidos del beneficio obtenido por la adjudicación y ejecución del contrato.

SEGUNDO.- Partimos de que mediante auto de esta Sala de fecha 20 de diciembre de 2007 se acordó declarar la inadmisión del recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Víctor y el resto de los demandantes en instancia contra la Sentencia de 19 de abril de 2006, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Andalucía , con sede en Sevilla (Sección Primera), dictada en el recurso nº 1.601/1998.

TERCERO.- 1. Un primer motivo al amparo del artículo 88.1 d) de la LJCA ; por infracción de los artículos 60, 75.3 y 89 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, LCAP , y de la Jurisprudencia que delimita el alcance del control judicial de las potestades discrecionales atribuidas a la Administración en la adjudicación del concurso.

Afirma que la sentencia recurrida sobrepasa los límites del control jurisdiccional de las potestades reconocidas a la Administración para la interpretación del PCAP en el procedimiento de adjudicación del contrato, por los artículos 60, 75.3, 87 y 89 de la Ley 13/1995 , Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, LCAP, infringiendo dichos preceptos, así como la Jurisprudencia dictada por el Tribunal Supremo en la interpretación y aplicación de los mismos. A este respecto invoca la jurisprudencia contenida en la STS de 19 de julio de 2000 y su FJ 5 . Destaca que en esta misma sentencia se pone de manifiesto que estas limitaciones del control judicial encuentran su fundamento en el propio de las potestades discrecionales. Doctrina Jurisprudencial que se recoge igualmente en numerosas SSTS entre las cuales se cita a título de ejemplo STS de 19 de octubre de 1999, de 4 de julio de 2003, 5 de marzo de 2002, 2 de julio de 2004, ó 7 de noviembre de 2005 .

Defiende que, aunque de conformidad con lo dispuesto en el art. 87 de la LCAP , los criterios objetivos de valoración establecidos en el pliego de cláusulas administrativas particulares son uno de los elementos reglados de la potestad reconocida al órgano de contratación por los arts. 75.3 y 89.2 de la LCAP, en el caso



concreto del apartado F) de Anexo 3 del PCAP ("Experiencia en la buena ejecución de trabajos análogos a los que se licita") este elemento reglado se encuentra definido a través de un concepto jurídico indeterminado, el de trabajos análogos a los que se licita.

Arguye que en este contexto debe ser entendido el subapartado 7 del Apartado F del Anexo 3 del PCAP. Así resulta de lo dispuesto en el inciso inicial de este Apartado F del baremo, en el cual se establece que lo que se valorarán son "las tipologías edificatorias y el volumen de los trabajos de redacción de proyectos y dirección de obras de contratación pública realizadas en los 10 últimos años de acuerdo con el siguiente baremo", y no el presupuesto de ejecución de las obras a las que se refieren los trabajos alegados por los concursantes.

Sostiene se trata, de una cuestión que se sitúa en el ámbito de la discrecionalidad técnica atribuida al Parlamento por los artículos 75.3 y 89 de la LCAP, en el cual, como se ha visto, su decisión sólo puede ser anulada por el órgano judicial cuando se demuestre que la actuación del mismo infringe flagrantemente el ordenamiento jurídico o que es manifiestamente errónea o arbitraria.

2. Un segundo, se apoya en el artículo 88.1 d) de la LJCA, por infracción de los artículos 75.3 y 89 de la Ley, LCAP, y de la Jurisprudencia dictada en aplicación de los mismos.

Considera que la sentencia recurrida infringe estos preceptos porque, no se ha limitado a declarar la nulidad del acto de adjudicación retrotrayendo las actuaciones al momento de baremación de ofertas, sino que ha asumido una potestad que corresponde exclusivamente a la Administración por estar situada en el ámbito de la discrecionalidad técnica y determina cual es la puntuación que corresponde a cada uno de los concursantes, y declara cual es la oferta más ventajosa para el interés público.

Aduce que esta nueva valoración y ponderación de las ofertas no corresponde al órgano judicial, sino al Parlamento de Andalucía, tal y como se desprende de lo dispuesto en los artículos 75.3 y 89 de la Ley 13/1995 y de la cláusula 11 del PCAP. Así lo ha entendido reiteradamente la Jurisprudencia del Tribunal Supremo. En este sentido invoca la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 2002.

Adiciona que en este concreto ámbito de la baremación de las ofertas a la luz de los criterios del baremo, el juicio valorativo adoptado por la Administración en base a su discrecionalidad técnica no puede ser suplido ni sustituido por el órgano judicial, el cual se tiene que limitar a efectuar el control negativo de la concreta puntuación otorgada a las ofertas por el órgano de contratación. Así lo ha entendido unánimemente la Jurisprudencia del Tribunal Supremo. En este sentido invoca la sentencia de 19 de julio de 2000. Dice que en el mismo sentido, se pronuncia la STS de 4 de julio de 2003. También las STS de 2 de julio de 2004, así como la STC 34/1995, de 6 de febrero.

Expresa finalmente, que aunque en algunos casos la Jurisprudencia del Tribunal Supremo ha admitido la sustitución de la decisión discrecional, para ello ha exigido que el contenido del acto se encuentre predeterminado por las propias potestades discrecionales ejercidas previamente por la Administración, SSTS de 1 de diciembre de 1993. Mantiene que, ello no ocurre en el presente caso.

3. Un tercero, conforme a lo dispuesto en el art. 88.1 d) de la LJCA, por quebranto del artículo 14 de la Constitución y de la Jurisprudencia dictada en interpretación del mismo y del principio de igualdad de los licitadores.

Invoca la necesidad de que los criterios de valoración establecidos sean aplicados por igual a todos los participantes en el concurso es una exigencia impuesta por el respeto al del derecho de igualdad consagrado en el art. 14 de la Constitución, cuya aplicación, por lo demás, al ámbito de la contratación administrativa encuentra su plasmación expresa en el art. 11 de la Ley 13/1995 de Contratos de las Administraciones Públicas, habiendo sido, igualmente exigida por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo. En este sentido invoca la STS de 2 de junio de 1999 y la STC 115/1996. Destaca que la doctrina contenida en esta sentencia del Tribunal Constitucional resulta aplicable al presente caso.

Mantiene que para comprobar si los recurrentes tenían derecho a mantener los 30 puntos que le había otorgado el órgano de contratación, hubiera resultado necesario que la sentencia, aplicando el nuevo criterio interpretativo adoptado por el órgano judicial, y teniendo en cuenta que los presupuestos de ejecución de las obras ya no podían ser actualizados, hubiera analizado la oferta de los recurrentes contrastando los trabajos relacionados en la misma con todos los elementos establecidos para la baremación de los trabajos análogos en los siete subapartados de que consta este apartado del baremo básicamente, volumen, presupuesto, tipología edificatoria y participación en los mismos de los miembros de los equipos oferentes. Exigencia del principio de igualdad que dice no se ha cumplido en el presente caso.



4. Un cuarto, al amparo del art. 88.1 d) de la LJCA , por quebranto de los arts. 75.3 y 89 apartados 1º y 2º , así como de los artículos 82.3 y 83.2 en relación con el artículo 91, todos ellos de la LCAP , y de la Jurisprudencia aplicable a la interpretación de estos preceptos.

La interpretación de la Sala afirma pugna con el tenor literal de los artículos 75.3 y 89.2 de la LCAP, en los que las facultades de adjudicar el contrato a la oferta más ventajosa o de declararlo desierto se establecen como alternativas puras y por tanto como facultades discrecionales de la Administración, sin más límites, en su ejercicio, que los que son inherentes a cualquier potestad discrecional. La interpretación de estos preceptos que se acaba de sostener, se encuentra avalada por la STS de 14 de febrero de 1989 .

El tenor literal de los artículos 83.2 y 82.3 de la LCAP, elimina cualquier dada que pudiera existir al respecto y se encuentra corroborado por la doctrina contenida en la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de julio de 2000 .

Alega que frente a lo sustentado por la sentencia recurrida, el derecho de los actores a obtener la adjudicación del contrato no puede fundamentarse en que en el expediente no exista ningún documento que justifique la inidoneidad de la oferta de los mismos. En contra de lo que sostiene la Sentencia, la Administración no está obligada a dejar constancia en el expediente de los motivos de una decisión que no ha tomado.

5. Un quinto, conforme art. 88.1 d) de la LJCA , por infracción del art. 139.2 y 141.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas, LRJAPAC .

Argumenta que el derecho a obtener la indemnización requiere que se acredite fehacientemente la existencia de los daños y que se aporte prueba de la cuantía de cada uno de los mismos.

Dice que ninguno de estos requisitos se cumple en la sentencia, en la cual ni siquiera se manifiesta que el daño haya quedado acreditado y en la que el importe de la indemnización se ha fijado directamente sobre la base de lo dispuesto en el artículo 215.3 de la Ley 13/1995 , en un 6% de la oferta efectuada, sin exigir previamente a los actores la justificación de la realidad del daño y de la cuantía de esta indemnización.

CUARTO.- Podemos examinar conjuntamente los motivos primero, segundo y cuarto del recurso de la Junta de Andalucía pues, aunque son prolijos en su argumentación, todos ellos coinciden esencialmente en negar al Tribunal de instancia las facultades interpretativas del Pliego de cláusulas administrativas particulares y en rechazar, en sustancia, la llevada a cabo por la Sala de Sevilla, con fundamento en los mismos preceptos o sus concordantes.

Para ello hemos de poner de relieve, en primer lugar, que en nuestro ordenamiento contractual administrativo el pliego de condiciones es la legislación del contrato para la contratista y para la administración contratante teniendo, por ende, fuerza de ley entre las partes. De ahí la relevancia tanto de los Pliegos de cláusulas administrativas generales, como del Pliego de cláusulas administrativas particulares como del Pliego de prescripciones técnicas. Bajo el marco de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público , evidentemente aquí no aplicable por razones temporales, se ha avanzado aún más en su significancia al establecer incluso un recurso especial administrativo para impugnar los pliegos reguladores de la licitación.

En la legislación aquí concernida el ámbito en que se definen los derechos y obligaciones de ambos contratantes es el pliego de cláusulas administrativas particulares que obligatoriamente deberá aprobarse por el órgano de contratación competente, previa o conjuntamente a la autorización del gasto y siempre antes de la perfección, y en su caso, de la licitación del contrato (art. 50 LCAP).

Cabe establecer modelos de contratación tipo de general aplicación a los contratos de naturaleza análoga. Mas lo significativo es que la participación en el concurso por los licitadores comporta la asunción de los derechos y deberes definidos en el pliego que, como ley primordial del contrato, constituye la fuente a la que debe acudir para resolver todas las cuestiones que se susciten en relación al cumplimiento, interpretación y efectos del contrato en cuestión.

No conviene olvidar que los contratos se ajustarán al contenido de los Pliegos Particulares cuyas cláusulas se consideran parte integrante de los respectivos contratos (art. 50.5 LCAP).

QUINTO.- Es incontestable que en el sistema de concurso (art. 75.3 LCAP) no se adjudica a la oferta más baja como acontece con la subasta (art. 75.2 LCAP) sino que recaerá en el licitador que, en su conjunto, haga la proposición más ventajosa, teniendo en cuenta los criterios establecidos en los pliegos, sin atender exclusivamente al precio de la misma y sin perjuicio del derecho de la Administración a declararlo desierto.

Y el art. 87 de la LCAP es tajante al establecer necesariamente que los pliegos de cláusulas administrativas particulares del concurso fijen los criterios objetivos que han de servir de base para la adjudicación los cuales se indicarán por orden decreciente de importancia y por la ponderación que les atribuya. Tal exigencia obstaculiza la discrecionalidad administrativa en la adjudicación del concurso por cuanto la administración



para resolverlo ha de sujetarse a la baremación previamente determinada por la misma. Se ha insistido en que el Pliego de Condiciones es la Ley del Contrato por lo que ha de estarse a lo que se consigne en él (Sentencia de 17 de octubre de 2000, rec. casación 3171/1995 con cita de otras muchas). Hay obligación "de atenerse a los criterios valorativos que se insertan en el Pliego de cláusulas que ha de regir el concurso". (Sentencia de 24 de junio de 2004, rec. casación 8816/1999).

La discrecionalidad administrativa solo juega con anterioridad a la adjudicación al decidir con libertad de criterio cuáles son los criterios objetivos más significativos respetando, eso sí, las reglas esenciales que impregnan nuestra normativa sobre contratación administrativa: publicidad, libre concurrencia y transparencia administrativa.

El art. 75.3 LCAP declara que la adjudicación recaerá en el licitador que, en su conjunto, haga la proposición más ventajosa, teniendo en cuenta los criterios que se hayan establecido en los pliegos.

No puede un concurso adjudicarse a cualquier participante en el mismo sino exclusivamente al que haga la proposición más ventajosa a fin de no incurrir en arbitrariedad. Volvemos, pues, al eje esencial de los concursos en la contratación pública como son los criterios de valoración establecidos en los pliegos y su subsiguiente aplicación en el concurso de autos.

Expresa la sentencia de 19 de julio de 2000, rec. casación 4324/1994 que la jurisprudencia clásica, "ha entendido que la adjudicación en el concurso suponía el ejercicio de una potestad discrecional que permitía a la Administración elegir entre varias soluciones igualmente válidas (SSTS 18 de mayo de 1982, 13 de abril de 1983, 9 de febrero de 1985, y 14 de abril de 1987), pero la más reciente doctrina de esta Sala se inclina por el más intenso control de la decisión administrativa basado en que la expresión proposición «más ventajosa» es un concepto jurídico indeterminado que actúa como mecanismo de control que permite llegar a que sólo una decisión sea jurídicamente posible, siendo injustas o contrarias al ordenamiento jurídico las restantes (STS 2 de abril y 11 de junio de 1991)".

No contradice la anterior doctrina la esgrimida sentencia de 21 de julio de 2000, rec. casación 1768/1996 pues los invocados párrafos segundo y tercero de su FJ 3º están analizados fuera de su contexto que no guarda similitud con el supuesto de autos. Y, en modo alguno, avalan la pretendida discrecionalidad técnica del órgano de contratación para optar por la adjudicación o por declarar desierto el concurso. Así dice que "la declaración de un concurso como desierto será válida cuando incluya las concretas razones de interés general que la aconsejen, y, además, estas razones sean coherentes con esas pautas que representan los criterios de adjudicación del pliego de condiciones".

Tampoco avala la posición de la recurrente lo manifestado en sentencia de 5 de marzo de 2002, rec. contencioso-administrativo 99/1998 pues la referencia a "un amplísimo criterio de discrecionalidad administrativa en cuanto a los extremos puramente técnicos" no comprende en el presente caso los criterios sobre los que se pronuncia la sentencia ya que éstos se refieren a aspectos de carácter objetivo para los que no es preciso conocimiento técnico específico.

SEXTO.- De lo expuesto podemos concluir que si bien la Administración ostenta, en un primer momento, un margen de discrecionalidad en la fijación de los criterios que han de reunir los que concurren al concurso así como en la determinación de la puntuación atribuible a cada uno de aquellos no acontece lo mismo con la asignación particularizada a cada uno de los concursantes a la vista de la documentación presentada. En esta segunda fase la administración debe respetar absolutamente las reglas previamente establecidas por ella en el correspondiente pliego. Será así como se alcanzara el concepto "proposición más ventajosa".

El art. 89 de la LCAP establece que el concurso se adjudicará tras motivar, en todo caso, con referencia a los criterios de adjudicación del concurso que figuren en el pliego.

Constituye pues, la motivación, conforme al art. 54.2 Ley de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común, (LRJPAC) un elemento esencial para evitar la arbitrariedad, al tiempo que permite a los demás interesados conocer los argumentos utilizados por la mesa de contratación para, en su caso, impugnar la adjudicación. En tal sentido resulta claro el contenido del art. 94 LCAP que obliga no sólo a comunicar a los demás participantes en la licitación la adjudicación del contrato sino, incluso, a notificar, previa petición de los interesados, los motivos del rechazo de su proposición y las características de la proposiciones del adjudicatario determinantes de la adjudicación a su favor. Motivación de la decisión que habrá de ser razonada y fundada con arreglo a los criterios del pliego.

Si atendemos al apartado segundo del art. 54. LRJPAC observamos que "la motivación de los actos que pongan fin a los procedimientos selectivos y de concurrencia competitiva se realizará de conformidad con lo que dispongan las normas que regulen sus convocatorias, debiendo, en todo caso, quedar acreditados en el procedimiento los fundamentos de la resolución que se adopte".



Respecto al citado precepto existe una amplia y constante jurisprudencia de esta Sala asumiendo plenamente lo vertido en la STS de 14 de julio de 2000, recurso 258/1997 como recuerda la STS de 15 de enero de 2008, recurso de casación de 15 de enero de 2008 .

Se dijo en el FJ 4º , apartado tercero, de la precitada STS de 14 de julio de 2000 que la "discrecionalidad técnica reduce las posibilidades del control de dicha actividad evaluadora, que prácticamente estarán constituidas por estos dos básicos supuestos: el de la inobservancia de los elementos reglados -cuando estos existan-, y el del error ostensible o manifiesto; y, consiguientemente, deja fuera de ese limitado control posible a aquellas pretensiones de los interesados que solo postulen una evaluación alternativa a la del órgano calificador, pero moviéndose también dentro de ese aceptado espacio de libre apreciación, y no estén sustentadas con un posible error manifiesto."

Y se añadió en el apartado 4 del mismo FJ 4º que "Lo anterior explica que las normas reguladoras de la actuación de esos órganos calificadores solo exijan a estos formalizar sus dictámenes o calificaciones mediante la expresión de la puntuación que exteriorice su juicio técnico. Y que tal puntuación sea bastante para que pueda ser considerada formalmente correcta dicha actuación de evaluación técnica.

Y cuando tales normas no exijan más que dicha puntuación, el órgano calificador cumplirá con limitarse a exteriorizarla, y no podrá reprochársele, desde un punto de vista formal, el no la haya acompañado de una explicación o motivación complementaria."

Por su parte reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional (STC 17/2009, de 26 de enero FJ 5) reitera su consolidada doctrina acerca de que los Tribunales de justicia no pueden sustituir en las valoraciones técnicas a los órganos administrativos calificadores. No debe olvidarse que puede haber cuestiones que han de resolverse mediante elementos de carácter exclusivamente técnico (STC 219/2004, de 29 de noviembre, FJ 6).

SEPTIMO .- En la Sentencia de 4 de abril de 2007, recurso de casación 923/2004 recordábamos que constituye doctrina reiterada de este Tribunal que la función hermenéutica corresponde a los órganos de instancia, sin que sea posible corregir sus resultados, en sede casacional, salvo que se haya alcanzado una interpretación que sea manifiestamente ilógica, arbitraria e ilegal, en coherencia con reiterada jurisprudencia de este Tribunal.

Y con mención de la Sentencia de 15 de febrero de 2000 de la Sala Tercera, recurso de casación 1073/94 destacábamos que las dudas sobre la interpretación de las cláusulas contenidas en los contratos ha de realizarse de acuerdo con el artículo 1.288 del Código Civil , en el sentido más favorable para la parte que hubiera suscrito el contrato, ya que su oscuridad no puede favorecer los intereses de quien los ha ocasionado. Mientras la sentencia de 2 de junio de 1999, rec. casación 4727/1993 al sostener que el Pliego de Condiciones es la ley del contrato añade que ha de tenerse en cuenta "la aplicación supletoria de las normas del Código Civil, puesto que el artículo 3.1 del Título Preliminar prevé que la interpretación de las normas ha de basarse en el sentido propio de las palabras y el artículo 1281 del Código Civil prevé que si los términos del contrato son claros y no dejan lugar a dudas sobre la intención de los contratantes, ha de estarse al sentido literal de las cláusulas".

Asertos que también ha de tenerse presente respecto a los pliegos con base en las prerrogativas interpretativas establecidas en el art. 60 LCAP y las adjudicaciones que pueda realizar la mesa de contratación.

OCTAVO.- En el caso de autos no se incorporaron parámetros específicos de actualización en un apartado mientras si se recogieron respecto a otro. Y ni la primera opción ni la segunda consideración encajan bajo la naturaleza de elementos exclusivamente de carácter técnico que escapen al control jurídico que es el que opera en los tribunales. Así el concepto de proposición "más ventajosa" no presenta los problemas pretendidos por la administración recurrente ni se acomoda a los supuestos examinados por la jurisprudencia esgrimida ya que los criterios establecidos incorporan presupuestos netamente objetivos sin dificultades de contraste.

Tal opción administrativa fijando distintos criterios en los apartados F) y E) del Anexo III no fue cuestionado por ninguno de los licitadores que acudieron al concurso y, por tanto, no puede ser objeto de revisión. Aquellos aceptaron plenamente el contenido del Pliego de Condiciones Técnicas y de Cláusulas Administrativas Particulares referenciado en cuanto que establecía una diferente regulación en ambos apartados. Son hechos aceptados por los licitadores que deben ser respetados.

Y con arreglo a la jurisprudencia precedente, no resulta que la interpretación llevada a cabo por la Sala de instancia, del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares en un juicio de estricto razonamiento jurídico, que no invade aspecto alguno de discrecionalidad técnica sea irrazonable y permita a esta Sala en sede casacional, anular o casar la sentencia recurrida. Atiende a la literalidad de los Pliegos lo que resulta lógico y coherente con arreglo a las normas de interpretación.



Finalmente, añadir que no hay vulneración del art. 82.3 LCAP que se refiere al supuesto de que el órgano de contratación no adjudique el contrato, supuesto que no ha ocurrido en el presente caso. Y en cuanto al 83.2 LCAP, tampoco se ha conculcado ya que aquí el Parlamento adjudicó el contrato a la propuesta formulada por la Mesa de Contratación.

Respecto la pretendida infracción del artículo 91, LCAP tampoco se ha producido porque tal precepto se refiere a la aplicación subsidiaria de las normas de la subasta a los concursos, cuestión que no se ha planteado en la sentencia impugnada y, en consecuencia, no examina.

No prosperan los motivos primero, segundo y cuarto.

NOVENO.- Prohíbe el art. 14 CE las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios o juicios de valor generalmente aceptados y como insiste la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (por todas la STC 33/2006, de 13 de febrero FJ 3 con cita de otras anteriores) "las consecuencias jurídicas que se deriven de tal distinción deban ser proporcionadas a la finalidad perseguida, de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos".

Pero, además, de la igualdad ante la ley, se protege la igualdad en la aplicación de la ley exigiendo un amplio conjunto de requisitos para entenderla producida (STC 2/2007, de 15 de enero FJ 2).

Y entre los citados presupuestos se encuentra la existencia de un término de comparación, dado que el juicio de igualdad solo puede realizarse comparando, bien resoluciones judiciales, STC 130/2007, de 4 de junio, FJ 3 bien aplicaciones distintas de las normas por los órganos administrativos no valoradas por los órganos judiciales.

No basta con alegar la desigualdad sino que es preciso justificar cómo se ha producido. Y pese a la prolija argumentación actora no queda justificado que las bases no se aplicaran por igual a todos los concursantes sin que la doctrina respecto al art. 23.2 CE examinada en la STC 115/1996, de 25 de junio resulte aquí concernida. La Sala en sus razonamientos se atuvo a las bases del Concurso aplicándola por igual a todos sus partícipes.

No se acoge el tercer motivo.

DECIMO.- El marco legal aplicable al supuesto de autos, LCAP, fijaba en su art. 152.4 un porcentaje del 6% de beneficio industrial ya presente en la precedente legislación sobre contratos públicos para los supuestos de desistimiento o suspensión de las obras ya iniciadas por plazo superior a ocho meses, mientras determina una indemnización del 3% en el supuesto de suspensión de la iniciación de las obras por tiempo superior a seis meses.

Tales porcentajes se repiten en el art. 194 relativo a la resolución del contrato de suministro. Mientras respecto a los efectos de la resolución de los contratos de consultoría y asistencia y de los de servicios, el art. 215 tenía una redacción homogénea con la del resto de los artículos y limitaba los porcentajes al 3 y 6% en concepto del beneficio dejado de obtener.

Es significativo que ya el art. 53 de la Ley de Contratos del Estado, aprobada por Decreto 923/1965, de 8 de abril, por el que se aprueba el Texto Articulado de la Ley de Bases de Contratos del Estado, LCE, recogía el derecho del contratista al beneficio industrial de las obras dejadas de realizar cuando la administración decidiese la suspensión de las obras o dejase transcurrir un año desde la suspensión temporal sin ordenar la reanudación de las mismas.

Y el art. 162 del Reglamento de desarrollo, Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Contratación del Estado, RGCE reputaba beneficio industrial "la cantidad resultante de aplicar el coeficiente del 6% al presupuesto de ejecución material con deducción de la baja de licitación en su caso". Precepto este último prácticamente reproducido en el art. 171 del Reglamento de la LCAP, Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre. No había una previsión específica respecto de los contratos de consultoría y asistencia por cuanto la Ley operaba bajo un sistema que no contemplaba la externalización de dichas actividades.

Y no ofrece duda que la jurisprudencia (STS de 15 de noviembre de 2004, recurso de casación 6812/2001 con cita de otras anteriores) ha venido aceptando el citado tanto por cien bajo el concepto de beneficio industrial del contratista.

UNDECIMO .- El derecho al resarcimiento del daño derivado de la imposibilidad de ejecución de la sentencia por haberse ya materializado las obras constituye el fundamento de la resolución.

La sentencia es explícita en cuanto determina que el derecho a indemnizar es "el importe del beneficio que pudo haber obtenido de habersele adjudicado el contrato". El concepto de "beneficio industrial" ha sido y está reconocido en nuestra normativa contractual como acabamos de exponer. Abarca por tanto el beneficio dejado



de obtener no el importe total del contrato o su precio ni tampoco un porcentaje aleatoriamente interesado por el contratista afectado.

Y tal beneficio no puede ser distinto en lo que se refiere al licitador que habiendo sido reconocido como adjudicatario de un contrato no puede ejecutarlo por haber agotado aquel su eficacia en contraposición al contratista que había sido adjudicatario de un contrato sufre el desistimiento de la administración.

Los efectos han de ser iguales en ambos supuestos con amparo en los preceptos citados en el fundamento anterior aplicables en función de la normativa vigente en cada momento.

Cuestión distinta es que, como afirma la jurisprudencia, si se alegan y, por ende se justifican, unos daños realmente causados hubiere, además, derecho a su cuantificación. No es necesario, por tanto, la justificación del daño que reclama la parte administración recurrente al esgrimir los preceptos sobre responsabilidad patrimonial.

Las sentencias de 26 de abril de 1994, recurso de apelación 546/1991 y 2 de febrero de 1995, recurso de apelación 2616/1988 referidas a un contrato de gestión de servicios públicos y a un contrato de suministro, respectivamente coinciden literalmente en afirmar que la indemnización debe quedar reducida al 6%, a determinar en período de ejecución de sentencia, al no haberse alegado la existencia de daños, siguiendo así una jurisprudencia anterior de 22 de septiembre de 1988 y 9 de octubre de 1990.

Si tal porcentaje lo aplica la Sala de instancia sobre el precio del contrato, aceptado en su cuantificación por ambas partes como se concluye de los distintos escritos que figuran en el incidente de ejecución, no ofrece duda que la sentencia no vulnera los preceptos esgrimidos.

No prospera el último motivo del recurso.

DUODECIMO.- Las valoraciones anteriores obligan, conforme a lo dispuesto en el artículo 95 de la Ley de la Jurisdicción , a declarar no haber lugar al recurso de casación, con expresa condena en costas a la parte recurrente. Y al amparo del artículo 139 de la Ley de la Jurisdicción se señala como cantidad máxima a reclamar por el Letrado de la parte recurrida la cantidad de 3000 euros. Todo ello en atención; a), a que las costas se imponen por imperativo legal, y en tales casos esta Sala de acuerdo además con las normas del Colegio de Abogados de Madrid, exige una especial moderación; y b), a que la actividad de las partes se ha referido a motivos de casación sin especial complejidad. Obviamente sin perjuicio de que el Letrado pueda interesar de su cliente la cantidad que estime proceda.

Por lo expuesto, en nombre de su Majestad el Rey y por la potestad que nos confiere la Constitución,

FALLAMOS

No ha lugar al recurso de casación núm. 4580/06 interpuesto por la letrada del Parlamento de Andalucía contra la sentencia de fecha 19 de abril de 2006, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía , con sede en Sevilla, Sección 1ª, en el recurso núm. 1601/98, interpuesto por D. Víctor , D. Alexander , D. Damaso , D. Gines , Dª Matilde , D. Millán , Dª María Dolores , D. Jose Carlos , D. Adrian y D. Constancio contra la resolución de la mesa de contratación del Parlamento de Andalucía de 3 de junio de 1998, por la que se acuerda la adjudicación del concurso relativo a la consultoría y asistencia técnica de "redacción del proyecto de coordinación en materia de seguridad y salud durante la elaboración del proyecto, redacción del estudio de seguridad y salud, dirección de obras y coordinación en seguridad y salud durante la ejecución de las obras de recuperación de los patios del Cardenal, de la Fuente y de las Flores y accesos en el Hospital de las Cinco Llagas de Sevilla" a Victorio , Aroca y Asociados, SL, la cual se declara firme con expresa imposición de costas a la parte recurrente en los términos fijados en el último fundamento de derecho.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección lo pronunciamos, mandamos y firmamos **PUBLICACION.-** Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Excm. Sra. Magistrada Ponente de la misma, Doña Celsa Pico Lorenzo, hallándose celebrando audiencia pública, ante mi la Secretaria, certifico.