

ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE MÁLAGA

SECCION SEGUNDA

PROCEDIMIENTO ORDINARIO Nº 256/2018

SENTENCIA Nº 3.291/2019

Ilmos Sres Magistrados:

D. Fernando de la Torre Deza
D. Santiago Macho Macho
D. Miguel Ángel Gómez Torres
D^a Belén Sánchez Vallejo

En la ciudad de Málaga a once de Noviembre de 2019

Visto por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, con sede en Málaga, el recurso contencioso-administrativo nº 256/2018, interpuesto por la entidad "Serunion S.A.U.", representada por el procurador D. Luis Benavides Sánchez de Molina, contra la resolución dictada el 30 de Noviembre de 2018, por el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales del Ayuntamiento de Málaga, siendo partes demandadas el Ayuntamiento de Málaga, representado por la procuradora D^a Aurelia Berbel Cascales, y la entidad "Dulcinea Nutrición S.L.", representada por la procuradora D^a Encarnación Tinoco García, se ha dictado en nombre de S.M. el REY, la siguiente sentencia, correspondiendo la ponencia al magistrado D. Fernando de la Torre Deza.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 4 de Abril de 2018, entidad "Serunion S.A.U.", representada por el procurador D. Luis Benavides Sánchez de Molina, interpuso recurso contencioso-administrativo contra la resolución nº 18/2017 dictada el 30 de Noviembre de 2018, por el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales del Ayuntamiento de Málaga, por la que estimo el recurso interpuesto por la entidad "Dulcinea Nutrición S.L.", acordando la retroacción e las actuaciones hasta el momento de valoración de las ofertas presentadas, entre la que debería incluirse las de dicha entidad, levantando la suspensión del procedimiento registrándose con el número de orden 256/2018

SEGUNDO: Una vez admitido a trámite el recurso, previa recepción del expediente, se dio traslado a la parte recurrente a fin de que presentase escrito de demanda, lo que hizo el 9 de Octubre de 2018, en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que entendió



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

aplicables, interés en el suplico que se anulase la resolución recurrida, y para el supuesto de fuese posible la adjudicación contrato a la recurrente, que se le indemnizase en un total de 27.963,32 euros más los intereses legales.

TERCERO: De dicha demanda se dio traslado a las partes demandadas que procedieron a contestarla, oponiéndose a lo interesando y solicitando la desestimación del recurso,

CUARTO: Practicada la prueba interesada y admitida, pasaron los autos para conclusiones y señalándose para deliberación, votación y fallo el día 30 de Octubre de 2019

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Se centra el objeto del recurso en determinar si la resolución recurrida -- resolución nº 18/2017 dictada el 30 de Noviembre de 2018, por el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales del Ayuntamiento de Málaga, que estimo el recurso interpuesto por la entidad "Dulcinea Nutrición S.L.", acordando la retroacción e las actuaciones hasta el momento de valoración de las ofertas presentadas -- es ajustada o no a derecho, entendiendo la parte recurrente que no lo es y ello por los siguientes motivos:

En primer lugar, porque, una vez que la resolución por la que la Junta de Gobierno Local, aprobando la propuesta de la Mesa de Contratación de 5 de Octubre de 2017, acordó excluir a la entidad "Dulcinea Nutrición S.L." de la licitación, adjudicando el contrato a la recurrente, se ajusta a derecho, en tanto en cuanto en ella se razona debidamente el porqué de la exclusión de la mencionada entidad, el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales, al admitir el recurso de ésta entidad acordando la admisión de su oferta, se excedió en sus competencias en la medida en que estas deben limitarse a revisar los actos recurridos, sin que puedan sustituir la competencia de los órganos que intervienen en la contratación, pues al regirse la apreciación de las justificaciones de las ofertas por el principio de discrecionalidad técnica, hubiese sido preciso que la resolución por la que se excluyó a la entidad "Dulcinea Nutrición S.L.", hubiese incurrido en un error manifiesto y constatable, lo que no ocurre en el actual caso, razón por la que el Tribunal Administrativo debió de limitarse si entendía que la resolución recurrida ante él, incurría en un defecto de falta de motivación, se limitarse a retrotraer las actuaciones a fin de que se analizase debidamente la viabilidad de la oferta presentada por "Dulcinea Nutrición S.L.", todo lo cual conlleva a que se haya infringido lo dispuesto en el art 47.1 de la ley 39/2015 y en consecuencia a la nulidad de la resolución recurrida.

En segundo lugar, porque la resolución recurrida, se ha dictado sin seguir el procedimiento establecido para la tramitación de los recurso especiales en materia de contratación, y ello porque, una vez que el recurso interpuesto por "Dulcinea Nutrición S.L.", ante el Tribunal Administrativo, se dio traslado, para alegaciones por el plazo de cinco días, a la hoy recurrente el día 27 de Noviembre de 2017, lo que hacía que el plazo finalizase el día 4 de Diciembre siguiente, al haberse resuelto el recurso antes de finalizar el plazo para alegaciones, conculcó el derecho de defensa, lo que conlleva que con arreglo a lo dispuesto en el art 47.1.e) de la ley 39/2015, deba declararse su nulidad, máxime cuando además ni siquiera la resolución estimatoria del recurso y objeto del actual recurso, no le fue notificada a la recurrente.



En tercer lugar, porque, para el supuesto en que se estimase el recurso pero no pudiese adjudicarse el contrato a la recurrente, pues el mismo finaliza en 4 de Junio de 2019, debería indemnizársele por los perjuicios causados, para lo cual debería de reconocerse a "Serunió S.A.U." una indemnización por el beneficio dejado de obtener como consecuencia del contrato, el cual ascendería a la cantidad de 27.963,32 euros (8.18% del precio ofertado, 342,000 euros) que es a la que asciende el beneficio fijado en la oferta económica de dicha entidad, más los intereses legales.

A dichos motivos se opusieron por su orden las partes demandadas que, entendiéndolo ajustado a derecho la resolución recurrida y haciendo suyos los razonamientos que en la misma constan, interesaron la desestimación del recurso.

SEGUNDO: Entrando a conocer del primero de los motivos alegados, motivo por el que, como se dijo, la parte recurrente entiende que se ha quebrantado lo dispuesto en el art 47.1 de la ley 39/95, en la medida en que el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales, al admitir el recurso de la entidad " Dulcinea Nutrición S. L." , acordando la admisión de su oferta, se excedió en sus competencias, ya que lejos de limitarse a revisar la resolución de la Mesa de Contratación, se inmiscuyó en sus competencias, el mismo no puede ser acogido y ello por las siguientes consideraciones:

En primer lugar, porque, sin desconocer que la oferta de "Dulcinea Nutrición S.L.", en cuanto que traspasaba a la baja el límite del 5% establecido sobre el precio de la licitación, pues cifraba tal disminución en un 8,4%, hecho que no se discute, ello sin más, no era razón suficiente para excluirla de la licitación, pues como establece el art *artículo 152.3 del R.D. Leg. 3/2011* (en la actualidad *art149/2017*) al regular las ofertas con valores anormales o desproporcionados " Cuando se identifique una proposición que pueda ser considerada desproporcionada o anormal, deberá darse audiencia al licitador que la haya presentado para que justifique la valoración de la oferta y precise las condiciones de la misma, en particular en lo que se refiere al ahorro que permita el procedimiento de ejecución del contrato, las soluciones técnicas adoptadas y las condiciones excepcionalmente favorables de que disponga para ejecutar la prestación, la originalidad de las prestaciones propuestas, el respeto de las disposiciones relativas a la protección del empleo y las condiciones de trabajo vigentes en el lugar en que se vaya a realizar la prestación, o la posible obtención de una ayuda de Estado", es claro que el simple hecho de que el precio superase a la mínima el establecido en la oferta, no era razón suficiente como para excluirlas de la licitación, pues no se trataba del supuesto regulado en el apartado 1º de dicho precepto, en que se trata del supuesto de que el precio fuese el único criterio valorable, sino del supuesto establecido en el parrafo2º establecido para el supuesto en el que deba de considerarse más de un criterio de valoración.

En segundo lugar, porque una vez que " Dulcinea Nutrición S.L.", recurrió el acuerdo por el que se le excluía de la licitación, exponiendo las razones que entendió oportunas para discutir dicha exclusión, la Mesa de Contratación, si entendía que no eran suficientes para justificar su recurso y por tanto incluirla en la licitación, debió de exponer motivadamente las razones por la que no admitía su recurso -- motivación que no puede entenderse suficiente pues si bien contesto a todas las alegaciones de dicha entidad, lo hizo en términos



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

formales e hipotéticos en cuanto que a la alegación relativa a los costes de personal adujo que “ concluimos que ha sido conocido por las empresas licitantes...”, en cuanto a los costes de las materias primas que al no variar el número de comidas previstas, no debe de variar el número de materias primas a utilizar, en cuanto a la estructura regional de los medios de la empresa que se entendía que las demás empresas también pudieran tenerla, y en cuanto a la estructura de las compras, que al no sin nombrar las empresas proveedoras, que no se encuentra fundamentado el motivo — razones todas ellas que no cubren el requisito de la motivación, como así ha entendido el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en cuya resolución 24/2011 estableció que “... aun admitiendo que la forma normal de actuar en el mundo empresarial, no es hacerlo presumiendo que se sufrirán pérdidas como consecuencia de una determinada operación, situación ésta que sólo se produciría si aceptamos los cálculos de costes de la recurrente, es claro también que entre las motivaciones del empresario para emprender un determinado negocio no sólo se contemplan las específicas de ese negocio concreto, sino que es razonable admitir que para establecer el resultado de cada contrato, se haga una evaluación conjunta con los restantes negocios celebrados por la empresa y que, analizado desde esta perspectiva, pueda apreciarse que produce un resultado favorable. Así las cosas, lo que interesa determinar es si el licitador que resultó adjudicatario se encuentra en condiciones de cumplir el contrato en los términos de la proposición presentada, y a este respecto es necesario reconocer que las alegaciones de la recurrente no han proporcionado elementos de juicio suficientes para sustentar la opinión de que no podrá cumplirlo” y en la nº 328/2017 que “ ...En resumen, y como se refleja asimismo en la Resolución nº 17/2016, de 15 de enero, no resulta necesario que por parte del licitador se proceda al desglose de la oferta económica, ni a una acreditación exhaustiva de los distintos componentes de la misma, sino que basta con que ofrezca al órgano de contratación argumentos que permitan explicar la viabilidad y seriedad de la oferta. A la vista de dicha documentación, el rechazo de la oferta exige de una resolución "reforzada" que desmonte las justificaciones del licitador. Se ha señalado además que en la revisión de la decisión del órgano de contratación en estos casos no opera la doctrina de la "discrecionalidad técnica", pues no se trata de acreditar el cumplimiento de la oferta, fase procedimental ya superada, sino de razonar porqué la misma es seria y viable (Resolución nº 82/2015). Finalmente, es también doctrina de este Tribunal, que la exhaustividad de la justificación aportada por el licitador habrá de ser tanto mayor cuanto mayor sea la baja en que haya incurrido la oferta, por relación con el resto de ofertas presentadas. Y del mismo modo, a menor porcentaje de baja, menor grado de exhaustividad en la justificación que se ofrezca “, no pudiendo argüirse que no se tuvo en cuenta el informe emitido por el Servicio de Contratación y Compras, que era contrario a la admisión del recurso de “Dulcinea Nutrición S.L.”, pues como ha establecido el mencionado Tribunal central en la Resolución 328/201, 7”...la decisión sobre si la oferta puede cumplirse o no corresponde al órgano de contratación sopesando las alegaciones formuladas por la empresa licitadora y los informes emitidos por los servicios técnicos. Evidentemente ni las alegaciones mencionadas ni los informes tienen carácter vinculante para el órgano de contratación, que debe sopesar adecuadamente ambos y adoptar su decisión en base a ellos”

En tercer lugar, porque la postura de la entidad “Serunion S.A.U.”, resulta incoherente pues, tras afirmar al folio 15 de su escrito de demanda, que las consecuencias de la supuesta falta de motivación reforzada, no debió ser la aceptación de la oferta, sino la simple retroacción de las actuaciones a fin de que se analizase la oferta de “Dulcinea Nutrición S.L.”, y



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

teniendo en cuenta que esto fue lo acordado por el Tribunal Administrativo, que se limitó a devolver lo actuado a la Mesa de Negociación para que resolviésemos sobre las ofertas, el razonamiento del aparte recurrente apunta a la endeblez del motivo

TERCERO: Desestimado el anterior motivo y entrando a conocer del segundo de los formulados – motivo por el que la recurrente entiende, al amparo de lo dispuesto en el art 47.1 e) de la ley 39/2015, que el procedimiento se encuentra incurrido en motivo de nulidad radical, en tanto en cuanto el Tribunal Administrativo de Contratación procedió a resolver el recurso interpuesto por “Dulcinea Nutrición S.L.” antes de que finalizase el plazo que le había sido conferido a la recurrente para efectuar las alegaciones frente al recurso de dicha entidad, y aun cuando la certeza del hecho es indiscutible, pues el plazo finalizaba el día 4 de Diciembre, siendo dictada la resolución el 30 de Noviembre anterior, la consecuencia no puede ser la nulidad del procedimiento pues, una vez que el mencionado precepto establece que son nulos de pleno derecho de los actos “... dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido ...”, la simple omisión de un trámite, aunque sea el de audiencia, no debe de llevar aparejada la nulidad pues por un lado, como ha establecido el T.S. en la sentencia de 5 de Mayo de 2008 “ la jurisprudencia de esta Sala ha señalado que para apreciar dicha causa de nulidad de pleno derecho no basta con la infracción de alguno de los trámites del procedimiento, sino que es necesario la ausencia total de éste o de alguno de los trámites esenciales o fundamentales, como ha entendido este Alto Tribunal, en sentencias, entre otras, de 10 de octubre de 1991, 18 de abril y 18 de julio de 1998 .Así, en Sentencia de 19 de mayo de 2004 , se ha señalado que “para que el acto administrativo adolezca de invalidez por esta causa, no basta cualquier defecto acaecido en el procedimiento, sino que es preciso que se hubiera prescindido total y absolutamente del procedimiento establecido o que el defecto fuera de tal naturaleza, que se equiparara su ausencia a la del propio procedimiento. En este sentido, cualquier vicio u omisión producido en el procedimiento administrativo no da lugar a una nulidad absoluta o de pleno derecho, de acuerdo con lo que establecía el artículo 47.c) LPA y el 62 .e) de la Ley 30/1992 , esto es, no equivale a “prescindir total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido”., pronunciamiento que se confirma en otros posteriores como en dictado en la sentencia de 11 de Mayo de 2017, y por otro, porque, como razona el Tribunal Administrativo en la resolución dictada el 30 de Mayo de 2018, por la que inadmite el recurso presentado ante él por la entidad “Serunion S.A.U.”, las alegaciones llevadas a cabo por dicha entidad, aun cuando formalmente no obtuvieron respuesta, pues es obvio que al no haberse efectuado, no podían ser resueltas, materialmente sí, en tanto en cuanto una vez efectuadas se pudo comprobar por un lado que los motivos alegados por ella materialmente habían sido tratados y rebatidos, hasta el punto que dichas alegaciones no hubiesen alterado lo resuelto.

CUARTO: Por último, en cuanto al tercero de los motivos aducidos por la recurrente – motivo por el que interesa que de no poder adjudicarse el contrato a la recurrente, pues el mismo finaliza en 4 de Junio de 2019, debería indemnizársele por los perjuicios causados, para lo cual debería de reconocerse a “Serunión S.A.U.” una indemnización por el beneficio dejado de obtener como consecuencia del contrato, el cual ascendería a la cantidad de 27.963,32 euros (8.18% del precio ofertado, 342,000 euros) que es a la que asciende el beneficio fijado en la oferta económica de dicha entidad, más los intereses legales – el



ADMINISTRACIÓN
DE

JUSTICIA

mismo no puede ser acogido y ello porque, una vez que se desestiman los anteriores, el motivo cae por su base al resultar falto del substrato necesario para su justificación.

QUINTO: En cuanto al pago de las costas procesales causadas, vista la desestimación del recurso procede, al amparo de lo dispuesto en el art 139 de la ley 29/98, condenar a su pago a la parte recurrente.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS: Que desestimamos el recurso contencioso administrativo interpuesto por el procurador D. Luis Benavides Sánchez de Molina, en la representación indicada, contra la resolución nº 18/2017 dictada el 30 de Noviembre de 2017, por el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales Económico Administrativo del Ayuntamiento de Málaga, condenando a la parte recurrente al pago de las costas procesales

Librese testimonio de la presente para unir al procedimiento de su razón

Notifíquese la sentencia a las partes, haciéndole saber que contra ella cabe interponer, si presentase interés casacional, recurso de casación ante el Supremo, que se preparara ante esta Sala en el plazo de 30 días desde la notificación de la misma

Así lo acuerdan y firman los magistrados que constan en el encabezamiento

PUBLICACIÓN: La anterior sentencia fue leída y publicada en audiencia pública, al día siguiente a su fecha, por el magistrado ponente, de lo que doy fe.