



Roj: **STS 4703/2004** - ECLI: **ES:TS:2004:4703**

Id Cendoj: **28079130042004100388**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **02/07/2004**

Nº de Recurso: **3885/2000**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **CELSA PICO LORENZO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dos de Julio de dos mil cuatro.

Visto por la Sección Cuarta de la Sala Tercera del Tribunal Supremo el recurso de casación núm. 3885/00, interpuesto por el Procurador de los Tribunales don Federico Pinilla Peco, en nombre y representación del Ayuntamiento de Ciudad Real, contra la sentencia, de fecha 24 de marzo de 2000, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha, Sección Segunda, con sede en Albacete, en el recurso de dicho orden jurisdiccional núm. 2402/97, en el que se impugnaba la resolución del Ayuntamiento de Ciudad Real de 10 de octubre de 1997, sobre adjudicación del contrato de ejecución de obras de "saneamiento colector este-sur (1ª fase)" a la empresa Huarte, S.A. Han sido parte recurrida la entidad mercantil Construcciones Sarrión, S.A.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el recurso contencioso administrativo núm. 3885/00 seguido ante la Sala de dicho orden jurisdiccional del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, Sección Segunda, con sede en Albacete, se dictó sentencia, con fecha 24 de marzo de 2000, cuyo fallo es del siguiente tenor literal: "Que estimando el recurso contencioso administrativo interpuesto por la entidad mercantil "Construcciones Sarrión, S.A.", anulamos por contraria a derecho la resolución del Ayuntamiento de Ciudad Real de 10 de octubre de 1997, sobre adjudicación del contrato de ejecución de obras de "saneamiento colector este-sur (1ª fase)" a la empresa "Huarte, S.A.", y declaramos la adjudicación del contrato en favor de la entidad atora; en el caso de que la ejecución del contrato ya se haya llevado a cabo, debe condenarse a la Administración municipal demandada a indemnizar a la actora por la ganancia derivada del contrato y dejada de obtener, la cual se determinará en ejecución de sentencia. Todo ello sin condena en costas procesales. Notifíquese esa resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de casación en 10 días para el Tribunal Supremo. Y a su tiempo y con certificación de la presente para su cumplimiento, devuélvase el expediente al lugar de su procedencia. Así por esta nuestra sentencia, la pronunciamos, mandamos y firmamos".

SEGUNDO.- Notificada dicha sentencia a las partes, por la representación procesal del Excmo. Ayuntamiento de Ciudad Real, se preparó recurso de casación y, teniéndose por preparado, se emplazó a las partes para que pudieran hacer uso de su derecho ante esta Sala.

TERCERO.- Dicha representación procesal, por escrito presentado el 19 de Junio de 2000 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.

CUARTO.- La representación procesal de Construcciones Sarrión, S.A. formalizó, con fecha 19 de febrero de 2002, escrito de oposición al recurso de casación interesando la desestimación de éste con costas.

QUINTO.- Por providencia de 29 de abril de 2004 se señaló para votación y fallo el 30 de junio de 2004, en cuya fecha tuvo lugar el referido acto.



Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. CELSA PICO LORENZO, Magistrada de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La representación procesal del Ayuntamiento de Ciudad Real interpone recurso de casación frente a la sentencia dictada el 24 de marzo de 2000 por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla la Mancha en los autos 2402/1997 en que Construcciones Sarrión SA impugnaba la resolución de aquel Ayuntamiento de 10 de octubre de 1997 sobre adjudicación del contrato de ejecución de obras de "saneamiento colector este-sur (1ª fase) a la empresa Huarte SA siguiendo la propuesta de la Mesa de contratación de fecha 29 de setiembre anterior.. "

Resolvió la sentencia estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Construcciones Sarrión SA y, tras ello : a) anular por contraria a derecho la resolución adjudicatoria, b) declarar la adjudicación del contrato a favor de Construcciones Sarrión SA y c) para el caso de que la ejecución del contrato se haya llevado a cabo condenar a la administración municipal demandada a indemnizar a la actora por la ganancia derivada del contrato y dejada de obtener, lo cual se determinará en ejecución de sentencia.

SEGUNDO.- Pretende la Corporación en su recurso de casación que se declare haber lugar al mismo para que, casando la sentencia, se declare ajustado a derecho el acto impugnado. O subsidiariamente, interesa la estimación parcial para el caso que se entendiera hubo defectos de forma en la adjudicación del contrato, se declare que no procede el reconocimiento de la adjudicación del contrato de obras objeto de esta litis en favor de la actora en instancia ni atribuirle, en consecuencia, ningún derecho indemnizatorio.

Las antedichas pretensiones las sustenta en varios motivos que vamos a examinar. El primero lo articula al amparo del art. 88.1.de) LJCA al entender infringidos los artículos 62.1.c) y 63.2. de la Ley de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común , Ley 30/1992, de 26 de noviembre , en relación con los artículos 83 y 84 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas , Ley 13/1995, de 18 de mayo , (LCAP) y los artículos 101 a 109 del Reglamento General de Contratación aprobado por el Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre (RGC) y con el art. 1214 C. Civil y su jurisprudencia interpretativa.

La corporación local recurrente combate que la sentencia de instancia acogiera la tesis de la allí demandante. Parte por ello de la urgencia de que se hallaba revestida la contratación en litigio. Y que si bien se abrieron las dos plicas al tiempo solo se tuvieron en cuenta las ofertas económicas a partir de la subsanación de los defectos en alguna de las documentaciones administrativas una vez transcurrido el plazo de tres días concedido al efecto, conforme art. 101 RGC en desarrollo art. 83 LCAP . Rebate, en consecuencia, haber incurrido en vicio invalidante para lo cual transcribe e invoca una amplia panoplia de sentencias de este Tribunal. Insiste en que ninguna prueba se ha propuesto para desvirtuar la legalidad y racionalidad de la oferta. Concluye el argumento manteniendo que la solución adoptada por la sentencia de instancia significa aplicar el criterio de exclusión automática de las ofertas presuntamente incursas en baja temeraria lo que infringe art. 84 LCAP .

Opone la recurrida que la sentencia de instancia deja clara constancia no solo de los vicios en que incurrió el procedimiento de adjudicación sino de la subsiguiente invalidez de la adjudicación a Huarte SA. Adiciona que la misma doctrina invocada por la recurrente para negar la comisión de las infracciones pone en evidencia su realización.

TERCERO.- De todo lo expuesto se comprueba que la controversia gira alrededor de si hubo o no invalidez en el procedimiento de adjudicación de un contrato -saneamiento colector este-sur 1ª fase- mediante el procedimiento de subasta en razón a que en la reunión de la Mesa de contratación acontecida el 5 de setiembre de 1997 se procedió a la apertura de las dos plicas "A" y "B" simultáneamente comunicándose luego a todos los partícipes el resultado mediante la notificación del acta.

En consecuencia, todos los concurrentes, incluidos los que presentaron la documentación completa, los ocho que subsanaron las deficiencias en la documentación administrativa (sobre A) para lo cual les fue otorgado tres días y los cuatro que no lo hicieron, tuvieron conocimiento pleno de las ofertas económicas (sobre B) de los demás concursantes mientras transcurría el plazo conferido para la subsanación de defectos documentales al haber sido comunicado a todos ellos las condiciones de los restantes. Declara la sentencia impugnada que cuatro licitadores que estaban entre los que habían ofertado los precios más altos no subsanaron los defectos advertidos por la Mesa de Contratación, y, por ende, al no computar sus ofertas para efectuar las operaciones aritméticas que determinan si alguna empresa incurría o no en baja temeraria, Huarte SA resultó la empresa con la mejor oferta.



CUARTO.- Partimos, pues, de que el contrato para la realización de las obras de un colector se desenvolvía mediante el procedimiento de subasta, en régimen abierto y con carácter de expediente urgente constituyendo la subasta el mecanismo ordinario de adjudicación en los contratos de obras.

Recordemos que el citado sistema de adjudicación de los contratos de obras ha girado siempre, art. 75 LCAP, vigente al tiempo de la actuación enjuiciada, art. 74 Real Decreto legislativo 2/2000, de 16 de junio, en la redacción vigente como consecuencia de la refundición en un solo texto del contenido de la Ley 13/1995, de 19 de mayo y su importante reforma operada por la Ley 53/1999, de 28 de diciembre de reforma de aquella, o art. 31 de la Ley de Contratos del Estado de 8 de abril de 1965, sobre un mecanismo automático, como es que el contrato se adjudica al licitador que ofrece el precio más bajo a partir de un tipo de referencia expresado en dinero.

Es, pues, un acto estrictamente reglado, sin elemento alguno de discrecionalidad, en el que la adjudicación se atribuye al proponente que hubiere presentado la oferta económica más ventajosa tras haber cumplido los requisitos exigidos para poder tomar parte en el procedimiento convocado.

Adjudicación que tendrá lugar tras el más absoluto respeto de los principios de publicidad (art. 79 LCAP), competencia e igualdad de oportunidades (arts. 80, 81 y 83 LCAP) en la que la racionalidad invocada por la recurrente no desempeña papel alguno. Si, en cambio, es esencial el principio de legalidad que exige respetar el procedimiento legal y reglamentariamente establecido en las normas de contratación. No cabe, por ello, invocar conculcación del art. 84 LCAP relativo a la adjudicación y posibles bajas temerarias cuando la actuación que inicialmente se discute tiene lugar en la fase anterior a la adjudicación y propuesta de adjudicación.

Ese automatismo en la adjudicación al que nos acabamos de referir exige que la LCAP determine de forma clara el procedimiento de selección del contratista, en el que la fase de calificación previa de los documentos a que se refiere el art. 80, en aras a acreditar la seriedad de la proposición económica y la capacidad para contratar del empresario (personalidad jurídica de la empresa, clasificación de la empresa o justificación de su solvencia económica, resguardo acreditativo de la garantía provisional, justificación de estar al corriente de las obligaciones tributarias y de seguridad social, etc.) es absolutamente independiente y previa de la fase ulterior y pública de propuesta por la Mesa de contratación al órgano de contratación de la adjudicación al postor que oferte el precio más bajo.

Cabría que las sociedades de un mismo grupo presenten propuestas independientes, aunque no que cada sociedad presentase más de un pliego, salvo el específico supuesto a que se refiere el art. 80 LCAP, pero, además, en aras a evitar que los concurrentes conozcan las propuestas de los otros partícipes en el procedimiento alterando así su naturaleza es consustancial al sistema la oferta en pliego cerrada a fin de evitar cualquier tipo de maniobra en el procedimiento de selección del contratista.

Sienta, por ello, el citado art. 80 LCAP que "las proposiciones serán secretas y se arbitrarán los medios que garanticen tal carácter hasta el momento de la licitación pública". Aspecto en modo alguno alterado en la normativa actualmente en vigor. Licitación que, reiteramos, tendrá lugar mediante la oportuna propuesta de adjudicación del contrato al postor que oferte el precio más bajo en acto público con la apertura de las ofertas admitidas realizada por la mesa de contratación, conforme al art. 83 LCAP, tras la calificación previa de los documentos presentados en tiempo y forma.

Por ello el art. 99 del Reglamento de desarrollo de la Ley (RGC) determina que han de presentarse en sobre cerrado y separado, firmados por el licitador o la persona que lo represente, tanto las proposiciones económicas como los documentos acreditativos de los requisitos de capacidad y solvencia. Procedimiento del que hablamos en el que, insistimos, si bien la subasta constituye un acto público, la calificación previa de los documentos no ostenta tal carácter ya que debe realizarse a puerta cerrada, conforme se colige "a sensu contrario" del art. 101 del RGC al estatuir el acto público exclusivamente para la apertura de proposiciones admitidas.

Mediante la antedicha actuación se respeta plenamente el principio de competencia por cuanto los concurrentes no toman conocimiento hasta tal momento de las ofertas realizadas por los otros partícipes sin que por ello padezca el principio de transparencia. Así el citado art. 101 RGC determina, en línea con lo dispuesto en el antedicho art. 83 LCAP, que, a efectos de la citada calificación, el Presidente de la Mesa ordenará la apertura de los sobres relativos al cumplimiento de la exigencia de acreditación de la antedicha capacidad financiera, económica y técnica así como de la necesaria solvencia de los solicitantes, con exclusión del relativo a la proposición económica, debiendo, por ello, proceder a la calificación previa de los documentos presentados en tiempo y forma.



QUINTO.- Bajo la vigencia del citado RGC este Tribunal ha elaborado una amplia doctrina jurisprudencial a la que nos vamos a referir por cuanto la recurrente ha invocado la conculcación de los preceptos de la citada norma reglamentaria. Así en la Sentencia de 15 de enero de 1999 se afirma que "la mesa de contratación no dispone de facultades discrecionales para decidir la exclusión de un concursante del procedimiento de contratación, sino que, ante un defecto como el que se cuestiona, debió conceder tres días para su subsanación. La frase "si lo estima conveniente" debemos referirla a la correcta apreciación por la mesa de la naturaleza del defecto concurrente, no a la concesión de unas facultades discrecionales que excluyan su criterio de revisión a través de los oportunos recursos".

Y, ciertamente la norma reglamentaria de la contratación entonces vigente, art. 101, permitía a la Mesa de contratación, conceder discrecionalmente pues no otra calificación merece el término "si lo estima conveniente", un plazo supletorio no superior a tres días para subsanar los errores cometidos en la presentación de la documentación. No se trataba, pues, del requerimiento preceptivo por término de 10 días que para subsanar documentación ha concedido habitualmente nuestra legislación reguladora del procedimiento administrativo (art. 71 LPA 1958 , art. 71 LRJAPPAC Ley 30/1992 , que actualmente excluye expresamente la posibilidad de ampliación del plazo hasta otros cinco días más en los procedimientos de concurrencia competitiva), sino de un plazo inferior y potestativo.

Su concesión significaba la paralización del procedimiento establecido por el término concedido para a su vencimiento, una vez cumplimentadas o no las deficiencias, continuar en la fase ulterior de apertura de proposiciones económicas.

En la misma posición se alinea el actual Reglamento General de la Ley de Contratos, RD 1098/2001, de 12 de octubre, art. 80 y siguientes , respecto a la separación de ambas fases y la subsanación por 3 días de las posibles deficiencias en la documentación antes de la apertura de las proposiciones.

En la Sentencia de 15 de enero de 1999 "una interpretación literalista de las condiciones exigidas para tomar parte en los procedimientos administrativos de contratación, que conduzca a la no admisión de proposiciones por simples defectos formales, fácilmente subsanables, es contraria al principio de concurrencia, que se establece en el art. 13 de la LCE de 8 abril de 1965 , así como que la preclusión de aportaciones documentales tiene por objeto evitar sorpresas para los demás concursantes, o estratagemas poco limpias, pero no excluir a los participantes por defectos en la documentación de carácter formal, no esencial, que ..son subsanables sin dificultad, doctrina que se encuentra recogida en anteriores Sentencias de la Sala, como las de 22 de junio de 1972, 27 de noviembre de 1987 y 19 de enero de 1995 ".

Justamente en esta última sentencia de 19 de enero de 1995 se decantó este Tribunal por que ante defectos susceptibles de ser subsanados -un aval no legitimado notarialmente- no cabe excluir a un licitador. Sentaba con el marco legal allí vigente (LCE 1965) similar en este punto al aquí aplicable y al actual que "como el precio está en sobre cerrado que contiene la proposición económica, el hecho de que la Ley de Contratos del Estado (art. 31) y el Reglamento General de Contratación (art. 101) obliguen a la Mesa a adjudicar el contrato al mejor postor, tiene el significado de que la Administración, ante defectos meramente materiales -como el consignado- en la documentación presentada, debe procurar su subsanación".

En la de 27 de noviembre de 1998 también calificamos de defecto material, y por tanto subsanable, la presentación de un resguardo que acredita la prestación del aval, en lugar del documento original en que éste se constituye. Subsancable también la declaración jurada de no estar incurso en incompatibilidad (sentencia de 27 abril de 1999) y también el hecho de que fuere presentado un aval bancario a favor de persona que no era la que suscribió la oferta pero era socio del licitador para la explotación del servicio objeto del concurso, manifestándolo así ante la mesa de contratación (sentencia de 15 de enero de 1999).

SEXTO.- De los pronunciamientos anteriores se concluye la absoluta subsanabilidad de deficiencias documentales mas no que tal rectificación debe llevarse a cabo en paralelo a la apertura de las proposiciones económicas por mucha urgencia que se invoque. No olvidemos que los contratos cuya adjudicación sea preciso acelerar por razones de interés público se encuentran especialmente regulado en la LCAP (art. 72) con una drástica reducción de plazos, entre otras características, mas sin que por ello se altere el respeto a los principios esenciales del procedimiento.

Y si alguna duda existiese acerca de la absoluta separación entre lo actuado en una y otra fase, así como el carácter indiscutiblemente previo de la calificación de documentos, nos la resuelve el contenido del art. 104 RGC al decretar que "antes de la apertura de la primera proposición económica se invitará a los asistentes a que manifiesten las dudas que se les ofrezcan o pidan las explicaciones que estimen necesarias, procediéndose por la Mesa a las aclaraciones y contestaciones pertinentes, pero sin que este momento pueda aquella hacerse cargo de documentos que no hubiesen sido entregados durante el plazo de admisión de ofertas, o el de subsanación de defectos a que se refiere el art. 101 ". De su lectura se infiere inequívocamente que el plazo de



corrección de los defectos de la documentación administrativa es absolutamente anterior al de apertura de las proposiciones económicas lo que veda, en consecuencia, que puedan desarrollarse en paralelo.

La transparencia resulta básica y esencial en la fase de apertura de proposiciones económicas por lo que se lleva a efecto en acto público pero ni es buscada ni deseada en la fase de apertura de las plicas administrativas a fin de no alterar el normal régimen de concurrencia competitiva e igualdad de oportunidades . Es esencial, en términos de la sentencia de 20 de febrero de 2001 citando otra anterior de 17 de febrero de 1992 , evitar el surgimiento de favoritismos que desnaturalicen la esencia de la contratación.

En consecuencia la norma no prevé una garantía informativa de las ofertas de los postores concurrentes hasta el momento de la apertura de las proposiciones justamente para evitar que la no aportación voluntaria de algún documento pudiera provocar en la fase de subsanación la retirada interesada de algún postor, a fin de favorecer a otro, por haber tenido conocimiento de las proposiciones de los competidores.

SEPTIMO.- Normas las antedichas cuya conculcación invoca la recurrente en la exposición del motivo de casación en el que menciona un amplio número de sentencias de este Tribunal en aras a entender no producido vicio alguno y menos invalidante, a la luz de lo establecido en los arts. 62.1.e) y 63.2 de la LRJAPAC . Defiende que la comunicación a todos los licitadores de las ofertas económicas junto con la notificación de la ausencia de parte de la documentación administrativa a alguno de aquellos constituye defecto de forma pero que no puede provocar ni la anulabilidad ni la anulación del acto.

Nulidad de los actos administrativos que han de examinarse en consonancia con lo vertido en los arts. 63 y 64 de la LCAP relativos a las causas de nulidad y de anulabilidad de derecho administrativo que pueden afectar a la validez de los contratos que, además de establecer causas específicas, remiten también al estricto contenido de los arts. 62 y 63 LRJAPAC reiterándolo expresamente.

Ciertamente de los fundamentos de la sentencia de instancia no se desprende si la declaración por la que anula el acto de adjudicación del contrato de ejecución de obras lo sustenta en el art. 62.1.e), nulidad absoluta por ausencia de procedimiento, o en el art. 63.2. de la LRJAPAC , anulación por defecto de forma al carecer de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados, mas tal omisión no puede conducir al acogimiento del motivo del recurso cuando cabe inferir la causa en que lo incardina.

Es evidente que la actuación de la Mesa de contratación no supuso, de entrada, una omisión global del procedimiento establecido en la LCAP, su reglamento de desarrollo y el pliego de condiciones económico-administrativas que regía el procedimiento en cuestión, sino que se limitó a la omisión flagrante de un trámite tan esencial como es la apertura por separado de los dos sobres a que nos venimos refiriendo, el de cumplimiento de las condiciones administrativas y el de las proposiciones económicas.

Flagrante y esencial debemos reputar la omisión del trámite por cuanto el procedimiento de subasta gira alrededor de la oferta económica por el mejor postor que podría verse alterado con acuerdos entre los concurrentes si éstos conocen, con anterioridad al inicio de la licitación, es decir la apertura de las proposiciones económicas, las ofertas de los otros partícipes y la relación que guardan con los precios ofertados por cada uno de ellos.

La comunicación a los licitadores de las proposiciones económicas, con ocasión de la apertura de la documentación administrativa para eventuales subsanaciones, permite saber la media de las ofertas económicas presentadas por lo que conocer la proposición que se encuentra en baja temeraria por estar un 10% más baja de la media resulta operación matemática de gran sencillez. Constituye requisito básico para garantizar la virtud de la subasta y, en consecuencia, elemento primordial en el procedimiento establecido mantener en secreto el importe ofertado por cada uno de los concurrentes a la licitación y la subsiguiente imposibilidad de modificar las propuestas presentadas.

No cabe duda de que la Sala de instancia entiende concurre un supuesto de nulidad absoluta al afirmar que la mesa de contratación "no respetó el procedimiento de contratación legalmente establecido incurriendo en vicios sustanciales". Criterio que, debe asumirse por cuanto la conculcación de un aspecto tan trascendente del procedimiento como es la apertura separada de las plicas, en los términos antes expuestos, inobservando así las exigencias de respeto pleno a los principios de concurrencia e igualdad de armas, tiene como consecuencia la nulidad de pleno derecho. Máxime cuando, luego, tal quiebra del procedimiento resultó contumaz al continuar el procedimiento pese a la producción de tal vicio esencial. Así al efectuar la Mesa de contratación la correspondiente propuesta de contratación al órgano correspondiente el cual, a su vez acordó la adjudicación.

Todo lo cual conduce a la imposibilidad de acoger el motivo de casación.



OCTAVO.- El segundo motivo lo articula también al amparo del art. 88.1.d) LJCA por entender infringido los arts. 83 y 84 LCAP y 109 RGC en relación art. 1214 Ccivil y la jurisprudencia que los ha interpretado. Reitera argumentos vertidos en el motivo anterior acerca de la inacreditación de que Huarte SA hubiere incurrido en baja temeraria. Atribuye a la sentencia infracción de la normativa invocada por la declaración de la adjudicación del contrato a favor de Construcciones Sarrión SA.

Opone la recurrida que la declaración de la sentencia es consecuencia ineludible del contenido del art. 42 LJCA citando en apoyo de su argumento diversas sentencias entre las que destaca la de 30 de marzo de 1998 ordenando la retroacción de actuaciones al momento anterior a la adjudicación de un concurso. Mantiene que la retroacción al momento anterior en que fueron comunicadas las ofertas económicas a todos los licitadores, es decir el momento en que se cometieron los vicios invalidantes del procedimiento de subasta, coloca a la demandante en instancia en el precio más bajo sin estar incurso en temeridad por lo que concurrían los requisitos para le fuese adjudicado el contrato. Defiende, por ello, el argumento de la sentencia acerca de que la no tramitación por el Ayuntamiento de Ciudad Real del procedimiento contradictorio previsto en el art. 84 LCAP no puede ser utilizado en beneficio de quien incurrió en la infracción del ordenamiento jurídico y, por ende, la aplicación de lo estatuido en el art. 84.2 LCAP . Adiciona que, para el caso de que no fuera posible la adjudicación por no poder reponer las cosas al estado anterior interesa la indemnización sustitutoria.

Ya hemos consignado en el fundamento anterior que la propuesta de la Mesa de contratación lo será a favor del mejor postor, conforme, art. 83 LCAP . A consecuencia de la declaración de nulidad del acto de adjudicación a Huarte SA resulta obligado reponer la situación al momento anterior a producirse el vicio.

Es cierto como aduce la recurrida que si se toman en consideración todas las proposiciones económicas, incluidas las de los licitadores que no subsanaron las deficiencias documentales Construcciones Sarrión SA ostentaba la cualidad de mejor postor sin incurrir en baja temeraria. También lo es que no resulta admisible que la administración que, no solo incurrió en un vicio tan esencial del procedimiento como el anteriormente analizado sino que tampoco tramitó el procedimiento contradictorio a que se refiere el art. 84 LCAP , en línea con lo fijado por las Directivas comunitarias sobre contratación pública, pueda invocarlo en su beneficio. Resulta contrario a la buena fe intentar obtener un beneficio por parte del sujeto que ha cometido la infracción.

Sin embargo la consideración de las empresas que realmente no subsanaron la documentación como empresas que hipotéticamente hubieran mantenido la licitación a fin de buscar al mejor postor con exclusión de la baja temeraria conduce al exceso que constituye la adjudicación del contrato a Construcciones Sarrión SA.

No estamos aquí en el supuesto a que se refiere el inciso a) del apartado segundo del art. 84 LCAP que permite la adjudicación al siguiente postor no afectado por la infracción del ordenamiento jurídico cometida por la Mesa de contratación ya que tal atribución exige que la infracción afecte exclusivamente al licitador en cuyo favor se realiza la propuesta. Aquí la infracción del ordenamiento jurídico no afecta exclusivamente a Huarte SA sino a todo el procedimiento de apertura de las plicas económicas.

Acogemos, pues, el motivo de casación.

NOVENO.- Un último motivo lo residencia en el art. 88.1. LJCA por entender infringidos los arts. 102.4 en relación 139 y 141 de la ley de Régimen Jurídico y del Procedimiento Administrativo Común , Ley 30/1992, de 26 de noviembre , art. 42 LJCA y de las sentencias del TS de 22 de setiembre de 1988, 9 de octubre de 1990 y 26 de abril de 1994 , invocadas en la sentencia como fundamento de la indemnización que concede. No está conforme con que la sentencia de instancia tras la anulación del acto de adjudicación del contrato a Huarte SA y la declaración de adjudicación a favor de Construcciones Sarrión SA condene a la administración a la indemnización de los perjuicios causados.

Rechaza, por tanto, la Corporación recurrente que se reconozca a Construcciones Sarrión SA derecho indemnizatorio alguno por cuanto no llegó a ser adjudataria ni hubo la desviación a que se refieren las sentencias invocadas en la que aquí es objeto de impugnación.

Defiende Construcciones Sarrión SA que, en el caso de no ser posible la adjudicación del contrato a su favor, deviene obligada la indemnización sustitutoria de la restitución "in natura" citando así en su apoyo en conjunto de sentencias de este Tribunal (30 de octubre de 1976, 22 de setiembre de 1988 y 2 de febrero de 1995).

Anticipamos en el fundamento anterior que la adjudicación a favor de Construcciones Sarrión SA resultaba un exceso sin perjuicio de que, resultara materialmente imposible desde el momento que la Corporación local recurrente mantiene en su recurso que la obra se ejecutó por Huarte SA a plena satisfacción de la recurrente. No obstante hemos de examinar si la anulación del citado acto de adjudicación genera algún derecho por responsabilidad patrimonial derivado de acto nulo conforme a la normativa que se aduce como conculcada.



DECIMO.- Insiste la recurrente en la infracción de la jurisprudencia de esta Sala al fijar como indemnización la ganancia derivada del contrato y dejada de obtener, a determinar en ejecución de sentencia. Hagamos, pues, un repaso a la jurisprudencia citada en la sentencia impugnada e invocada como conculcada por la recurrente (22 de septiembre de 1988, 9 de octubre de 1990 y 26 de abril de 1994) así como a la opuesta por la parte recurrida (30 de octubre de 1976, 22 de septiembre de 1988, 2 de febrero de 1995).

En la sentencia de 22 de septiembre de 1988 , se afirma que la Administración no puede adjudicar el concurso a cualquiera, sino ha que ha de atenerse a la oferta que sea más ventajosa, no siendo determinante el valor económico por sí solo. Por ello la adjudicación a quien no figuraba en primer lugar sin explicación razonable o suficiente resulta no ajustado a derecho dando lugar a la indemnización sustitutoria a favor de quien legalmente debía ser atribuido el concurso.

En la sentencia de 17 de abril de 1990 se confirma la adjudicación del contrato a la recurrente, en el ámbito de la contratación directa, por cuanto la Administración no se atuvo a los criterios técnicos dimanantes del expediente en el ejercicio de su facultad de selección. Mas, ante la imposible retroacción al trámite de adjudicación se admite la indemnización sustitutoria de los perjuicios a cuantificar en trámite de ejecución de sentencia.

En la sentencia de 9 de octubre de 1990 se confiere derecho a indemnización por la suspensión indefinida de la contratación en un concurso subasta dejando sin adjudicación las obras de construcción inicialmente acordadas al interrumpirse indefinidamente la segunda fase de licitación.

En la sentencia de 26 de abril de 1994 se confirma la anulación de acuerdo municipal declarando desierta la licitación del expediente de contratación de un servicio de limpieza por concurso por cuanto la exclusión de una empresa por falta de bastateo de poder constituía irregularidad subsanable conforme doctrina anterior de la Sala (la de 11 de julio de 1991). Por ello al resultar la oferta de la recurrente como la notoriamente más beneficiosa admite una indemnización a favor de la citada empresa siguiendo el tradicional criterio jurisprudencial establecido para los supuestos de desviación en la designación de adjudicatarios de concursos, conforme sentencias de 22 de setiembre de 1988 y 9 de octubre de 1990 , que se concretas en los daños realmente causados y en el 6% del beneficio industrial. En el citado caso al no haberse alegado la existencia de los daños la indemnización la reduce al citado porcentaje a determinar en período de ejecución de sentencia.

En la sentencia de 19 de enero de 1995 se desestima el recurso de apelación del Abogado del Estado frente a sentencia de instancia que reconoce el derecho a ser indemnizado por la exclusión en una subasta de un licitador en razón a presentar un aval no legitimado no notarialmente sin atender a la petición de la empresa para subsanar el citado defecto. Todo ello tras haber confirmado la anulación de la adjudicación definitiva a favor de otra empresa.

En la de 2 de febrero de 1995 se estima parcialmente el recurso de apelación del Abogado del Estado frente a sentencia que anula una adjudicación de suministro de material por concurso al no razonarse motivación alguna para tal adjudicación cuando no era la oferta económicamente más ventajosa de las presentadas. Reduce la indemnización fijada en instancia y se atiende a los criterios ya vertidos de las sentencias de 22 de setiembre de 1988 y 26 de abril de 1994 .

La jurisprudencia expuesta evidencia situaciones distintas a la que es objeto de este recurso de casación al referirse esencialmente a supuestos de desviación en la adjudicación de contratos en los procedimientos de concurso. Solo la de 19 de enero de 1995 se refiere al procedimiento de subasta al contemplar la exclusión de un licitador por no haberle permitido subsanar una falta de documentación pese a haberlo solicitado lo que determinó la nulidad del procedimiento de adjudicación y, por ende, el reconocimiento de una indemnización. Caso sustancialmente diferente al aquí impugnado por lo que no resulta trasladable sin mas al supuesto de autos. Todo lo cual conduce a afirmar que, tal cual pretende la recurrente, ha habido conculcación de la jurisprudencia no solo de la aplicada en la sentencia recurrida.

Por todo lo cual el motivo debe ser acogido.

UNDECIMO.- Conforme art. art. 95.1. d) LJCA el acogimiento de los dos motivos obliga a resolver dentro de los términos en que aparece planteado el debate.

Procede, por ello, tal cual mantiene la sentencia de este Tribunal (de 30 de marzo de 1998) esgrimida por la recurrida, aunque referida a un concurso, ordenar la retroacción de actuaciones al momento anterior a la propuesta de adjudicación para que por la administración se proceda a una nueva adjudicación entre los licitadores ya admitidos, es decir entre los que subsanaron las deficiencias documentales, a favor de la proposición que oferte el precio más bajo lo cual conlleva a la realización de nuevas proposiciones económicas en sobre cerrado.



DUODECIMO.- A tenor del art. 139 no procede imposición expresa sobre las costas de este recurso ni sobre las de instancia.

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

FALLAMOS

1º.- Que ha lugar al recurso de casación formulado contra la sentencia estimatoria dictada el 24 de marzo de 2000 por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha en los autos 2402/1997 en que Construcciones Sarrión S.A. impugnaba la resolución de aquel Ayuntamiento de 10 de octubre de 1997 sobre adjudicación del contrato de ejecución de obra de "saneamiento colector este-sur" (primera fase) a la empresa Huarte S.A.

2º.- Que casamos la sentencia de instancia.

3º.- Que se estima parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Construcciones Sarrión S.A. contra el acto de 10 de octubre de 1997 anulándolo y ordenando la retroacción del expediente administrativo al momento anterior a la propuesta de adjudicación para que por la administración se proceda a una nueva adjudicación entre los licitadores ya admitidos.

4º.- Que no ha lugar a imponer las costas causadas en este proceso ni en instancia.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse 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.