



Roj: **SAN 4140/2013** - ECLI: **ES:AN:2013:4140**

Id Cendoj: **28079230032013100507**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **15/10/2013**

Nº de Recurso: **106/2012**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **JOSE FELIX MENDEZ CANSECO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

Madrid, a quince de octubre de dos mil trece.

Visto el recurso contencioso-administrativo que ante esta Sección Tercera de la **Sala de lo Contencioso-Administrativo** de la Audiencia Nacional y bajo el número **106/12**, se tramita a instancia de D. Alfonso y D. Benedicto , representado por la Procuradora Dña. Blanca Ruiz Minguito contra la resolución dictada el 14 de diciembre de 2011 por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, que inadmitió los recursos acumulados interpuestos por los hoy demandantes contra la resolución de 7 de noviembre de 2011 dictada por el Director de la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo, por la cual se adjudicaban contratos de servicios, y en el que la Administración demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El acto impugnado procede del Ministerio de Economía y es la Resolución de fecha 14 de diciembre de 2011.

SEGUNDO.- Interpuesto recurso contencioso administrativo ante la Sala de lo contencioso administrativo de esta Audiencia Nacional, después de admitido a trámite y reclamado el expediente administrativo, se dió traslado al recurrente para que formalizara la demanda, solicitando en el suplico la estimación del recurso.

TERCERO.- Presentada la demanda, se dió traslado de la misma al Abogado del Estado, con entrega del expediente administrativo para que la contestara y, formalizada dicha contestación, solicitó en el suplico que se desestimaran las pretensiones del recurrente y que se confirmaran los actos impugnados por ser conformes a Derecho.

CUARTO.- Contestada la demanda se acordó el recibimiento del recurso a prueba, llevándose a cabo las pruebas propuestas por la parte actora declaradas pertinentes

Siendo el siguiente trámite el de Conclusiones, a través del cual, las partes, por su orden, han concretando sus posiciones y reiterado sus respectiva pretensiones quedaron los autos conclusos para sentencia, señalándose para votación y fallo el día 8 de octubre de 2.013 en el que, efectivamente, se votó y falló.

QUINTO.- En el presente recurso contencioso-administrativo no se han quebrantado las forma legales exigidas por la Ley que regula la Jurisdicción. Y ha sido Ponente el Magistrado de esta Sección *D. JOSE FELIX MENDEZ CANSECO* .

II.-FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Se interpuso el presente recurso contencioso administrativo contra la resolución dictada el 14 de diciembre de 2011 por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, que inadmitió los recursos acumulados interpuestos por los hoy demandantes contra la resolución de 7 de noviembre de 2011



dictada por el Director de la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo, por la cual se adjudicaba el contrato de servicios de redacción del proyecto básico, proyecto de ejecución, estudio de seguridad y salud y la dirección facultativa de las obras para desarrollar la propuesta de rehabilitación y adecuación de los edificios que componen el conjunto PADELAI para su conversión en la nueva sede del Centro Cultural de España en la ciudad de Buenos Aires (Argentina), siendo el presupuesto base de licitación de 398.087,16 euros.

Solicitan los recurrentes en su demanda se declare su legitimación para recurrir la resolución más arriba mencionada de 7 de noviembre de 2011. Solicitan también se declare la nulidad de pleno derecho de dicha resolución por vulneración del procedimiento legalmente establecido para la adjudicación de los contratos. Y por último, solicitan se retrotraiga el procedimiento para la adjudicación del contrato referido al momento inmediatamente anterior al que, según consideran, tuvo lugar la determinación de las ofertas anormales y desproporcionadas.

SEGUNDO .- La resolución dictada el 14 de diciembre de 2011 por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales inadmitió los recursos acumulados interpuestos por los hoy demandantes contra la resolución de 7 de noviembre de 2011. Fundamento de referida inadmisión fue la falta de legitimación de los hoy recurrentes, considerando que lo pretendido por ellos es la nulidad de la resolución de adjudicación y la nulidad del procedimiento de contratación, por entender que no se han cumplido las exigencias previstas en el artículo 136 de la Ley de Contratos del Sector Público [aplicable a la fecha de publicación del anuncio de licitación, junio de 2010] y -precisa la resolución citada- " *aun cuando se admitiera el incumplimiento del artículo 136 de la Ley de Contratos del Sector Público al que aluden los recurrentes, este tribunal no podría declarar la nulidad del procedimiento que pretenden -dado que el incumplimiento alegado no es un supuesto de nulidad radical-, aunque sí podría anular la resolución de adjudicación y ordenar la retroacción de las actuaciones al momento anterior al que tuvo lugar la determinación de las ofertas presuntamente anormales o desproporcionadas, de acuerdo con el criterio objetivo previsto en los pliegos. No obstante, de acuerdo con la información del expediente, con independencia que proceda o no excluir a esos licitadores del procedimiento -cuyas ofertas son presuntamente anormales o desproporcionadas-, previo cumplimiento de las exigencias establecidas en el artículo 136 de la Ley de Contratos del Sector Público, los recurrentes en ningún caso podrían ser adjudicatarios del contrato... En consecuencia, las consideraciones anteriores ponen de manifiesto que los recurrentes no obtendrán beneficio inmediato o cierto alguno más allá de la satisfacción moral de que se admitan sus pretensiones o del cumplimiento de la legalidad -en cuanto a la aplicación del artículo 136 de la Ley de Contratos del Sector Público-, lo cual, de acuerdo con la jurisprudencia citada anteriormente, no es suficiente, puesto que los recurrentes no podrían resultar en modo alguno adjudicatarios, de ahí que los mismos carezcan de interés legítimo para recurrir, puesto que no ostentan un interés concreto que se vaya a ver beneficiado por la eventual estimación de los recursos* ".

TERCERO .- Alegan, en síntesis, los demandantes que su legitimación les viene otorgada con base en el concepto de "interés competitivo" a que se refiere la jurisprudencia y conforme al cual se trata de evitar una concurrencia ilegal en su profesión, y que esto es precisamente lo que fundamenta sus recursos, al existir ofertas anormales y desproporcionadas en los pliegos, de forma tan flagrante que incluso en la propia resolución recurrida se reconoce la concurrencia de esas causas de nulidad de la adjudicación. Por ello se manifiesta en la demanda que a pesar de no existir un interés concreto que vaya a ser beneficiado, lo cierto es que la estimación del recurso protegería el interés de los actores, como profesionales, en que la competencia se produzca por las vías del ordenamiento jurídico. Y así la resolución que declare la nulidad de la adjudicación y la retroacción del procedimiento de adjudicación al momento inmediatamente anterior al que tuvo lugar la determinación de las ofertas anormales y desproporcionadas, comportará que los actores eventualmente puedan ser adjudicatarios. Alegan también los recurrentes que en dos ocasiones solicitaron ante el organismo contratante la justificación de las baremaciones por considerar incoherente la puntuación asignada, habiéndose vulnerado la Ley de Contratos del Sector Público en sus artículos 135 y 136 .

CUARTO .- Como hemos visto más arriba, fundamento de la inadmisión acordada por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales fue la falta de legitimación de los hoy recurrentes, considerando que lo pretendido por ellos es la nulidad de la resolución de adjudicación y la nulidad del procedimiento de contratación, por entender que no se han cumplido las exigencias previstas en el artículo 136 de la Ley de Contratos del Sector Público [aplicable a la fecha de publicación del anuncio de licitación, junio de 2010]

En el caso litigioso los recurrentes aparecen en el ordinal 13º de la lista de ofertas, ordenadas en función de puntuación obtenida, por orden decreciente (folio 927, documento 14, expediente OC). Así pues, aun en el caso de que se calificara como temeraria la oferta del adjudicatario, ello no llevaría a calificar como oferta económicamente más ventajosa la de los actores y en consecuencia adjudicatarios, sino al segundo de la



lista. Por tanto, los recurrentes habrían de acreditar la existencia de algún vicio de legalidad determinante de la exclusión de las doce ofertas anteriores a la suya, lo que no es el caso.

Los recurrentes no sólo no han acreditado la existencia de baja temeraria en la oferta del adjudicatario ni de los otros concurrentes, sino que interpretan la resolución recurrida en el sentido de que ésta reconoce que las puntuaciones son el resultado de un procedimiento que no ha cumplido la legalidad vigente ni el pliego que regulaba el procedimiento, al no haberse excluido las ofertas con bajas temerarias. Pero ello no es así. La resolución recurrida, en su página 4, párrafo 4º, comienza su consideración diciendo que " *aun cuando se admitiera el incumplimiento del artículo 136 de la Ley de Contratos del Sector Público ...* ", de modo que dicha resolución lo que hace es argumentar, a efectos dialécticos, pero no puede concluirse que está afirmando y reconoce que el procedimiento para la adjudicación ha incumplido la legalidad.

Por otra parte, los recurrentes consideran infringidos los artículos 135 y 136 de la Ley de Contratos del Sector Público, pero no concretan el cálculo por el cual llegan a la conclusión de calificar como temeraria la oferta del licitador que resultó adjudicatario ni por qué consideran incoherente la puntuación asignada.

Según el artículo 136 de dicha ley y el punto 4 del pliego de cláusulas administrativas particulares, se considerará baja temeraria o desproporcionada a la oferta cuya baja sea superior a la baja media más 10 puntos porcentuales (folio 13, expediente OC). De este modo, la temeridad de la oferta viene determinada por el precio. Y la baja media vendrá determinada por la suma de todas las ofertas dividida por el número de licitadores admitidos, y como quiera que según consta en los folios 912 a 916 del expediente administrativo OC, la suma del conjunto de ofertas presentadas y admitidas asciende a 9.572.144,73 euros, ello, dividido entre el número de ofertas admitidas (folio 928 del expediente OC) da como resultado una oferta media de 265.892,91 euros, que menos el 10% establecido en la norma arroja la cifra de 239.303,62 euros, que pudiera hacer sospechosa cualquier oferta inferior. Y como quiera que la oferta del adjudicatario era de 256.395 euros, no es de apreciar en ella referida temeridad, y aun excluidas las ofertas inferiores a mencionada cifra (las de las filas 4, 5, 13, 16, 21, 23, 25, 33 y 40 (folio 912 a 916 del referido expediente) la suma resultante ascendería 7.539.554,99 euros, que divididos entre las 27 ofertas válidas arroja un importe de oferta media de 279.242 euros, que reducido en un 10% daría como oferta sospechosa de temeridad toda aquella inferior a 251.318,49 euros, cantidad también inferior a la oferta del adjudicatario.

En consecuencia, se incluyan o no las nueve ofertas supuestamente temerarias, ello no altera el sentido de la adjudicación, de modo que no es de apreciar vulneración alguna del ordenamiento jurídico.

Y por último, tampoco es de apreciar infracción de procedimiento por el hecho de que el órgano de contratación omitiera excluir del cómputo y de la relación de ofertas presentadas aquellas que incurrieron en temeridad ni por omitir la audiencia prevista en el artículo 136. 3 de la ley respecto de las referidas 9 ofertas supuestamente temerarias, pues en virtud de lo dispuesto en el apartado 4 de dicho artículo 136 dicho trámite sólo sería necesario en el caso de que la oferta presuntamente temeraria fuera la del adjudicatario, es decir, la correspondiente a la oferta económicamente más ventajosa.

QUINTO .- Respecto de la cuestionada legitimación de los recurrentes, debe tenerse en cuenta que, como reiteradamente ha declarado la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional (SSTC 220/2001 EDJ 2001/41643, STC 195/1992 EDJ 1992/11281 , 93/1990 EDJ 1990/5441 y 24/1987 EDJ 1987/24), *al conceder el artículo 24.1 de la Constitución Española el derecho a la tutela judicial a todas las personas que sean titulares de derechos e intereses legítimos, está imponiendo a los Jueces y Tribunales la obligación de interpretar con amplitud las fórmulas que las leyes procesales utilicen en orden a la atribución de legitimación activa para acceder a los procesos judiciales. En el mismo sentido, las STC 252/2000 EDJ 2000/33365 y 88/1997 EDJ 1997/2616 subrayan que pese a que determinar quién tiene interés legítimo para recurrir en la vía contencioso-administrativa es una cuestión de legalidad ordinaria, los órganos jurisdiccionales quedan compelidos a interpretar las normas procesales, no sólo de manera razonable y razonada sin sombra de arbitrariedad ni error notorio, sino en sentido amplio y no restrictivo, esto es, conforme al principio "pro actione", con interdicción de aquellas decisiones de inadmisión que por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón, revelen una clara desproporción entre los fines que las causas de inadmisión preservan y los intereses que sacrifican.*

Desde el referido planteamiento, las SSTC 252/2000 EDJ 2000/33365 , 7/2001 EDJ 2001/4 , y 24/2001 EDJ 2001/471 advierten que se ha de aplicar al contencioso-administrativo la regla general de la legitimación por interés (ventaja o utilidad jurídica que se obtendría en caso de prosperar la pretensión ejercitada), de modo que "para que exista interés legítimo en la jurisdicción contencioso-administrativa, la resolución impugnada (o la inactividad denunciada) debe repercutir de manera clara y suficiente en la esfera jurídica de quien acude al proceso, siendo por ello inconstitucionales las decisiones jurisdiccionales de inadmisión de recursos en los que se pueda cabalmente apreciar tal interés ". En la línea indicada las SSTC 60/1982 EDJ 1982/60 , 62/1983



EDJ 1983/62 , 257/1988 EDJ 1988/573 , 97/1991 EDJ 1991/4834 , 195/1992 EDJ 1992/11281 , 143/1994 EDJ 1994/4114 y ATC 327/1997 , y las SSTs de 8 y 12 de febrero de 1996 EDJ 1996/570 , 13 de marzo de 1997 y 8 de febrero EDJ 1999/572 y de 28 de diciembre de 1999 EDJ 1999/48414 recuerdan que el "interés legítimo" , derivado de la relación unívoca existente entre el sujeto y el objeto de la pretensión a ejercitar ante la jurisdicción contencioso-administrativa -acto o disposición impugnados- es identificable con cualquier ventaja o utilidad jurídica o desventaja, derivadas de la reparación que se pretende; beneficio o perjuicio que puede ser actual o futuro, pero que, en todo caso, ha de ser cierto y concreto, sin que baste, por tanto, su mera invocación abstracta y general o la mera posibilidad de su acaecimiento. Que la ventaja o perjuicio en que se materialice el interés legitimador sea "concreto", implica que cualquiera que sea su naturaleza -material o moral-, afecte o haya de afectar de forma necesaria a la esfera jurídica del sujeto de quien se predique su condición de legitimado. En palabras del Tribunal Constitucional, es preciso que la anulación pretendida "produzca automáticamente un efecto positivo (beneficio) o negativo (perjuicio), actual o futuro pero cierto" en el recurrente (ATC 327/1997). En todo caso, el concepto de interés legítimo no puede ser asimilado al de interés en la legalidad, que haría equiparable la legitimación en el orden jurisdiccional contencioso- administrativo a la legitimación popular, que solo en los casos "expresamente" contemplados en la Ley es admisible, conforme determina el art. 19.1.h) de la vigente Ley Jurisdiccional EDL 1998/44323 .

Según lo establecido en el artículo 312 de la Ley de Contratos del Sector Público " podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso "

Y a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.3 de la Directiva 89/665/CE , modificada por 2007/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de diciembre de 2007 por la que se modifican las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE del Consejo en lo que respecta a la mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos (DOUE de 20 de diciembre de 2007). Dicha norma establece que " 3. Los Estados miembros velarán por que, con arreglo a modalidades detalladas que ellos mismos podrán determinar, los procedimientos de recurso sean accesibles, como mínimo, a cualquier persona que tenga o haya tenido interés en obtener un determinado contrato y que se haya visto o pueda verse perjudicada por una presunta infracción "

Por su parte la sentencia del Tribunal de Justicia (CE) Sala 6ª, S 19-6-2003, nº C-249/2001 (STJCE Sala 6ª de 19 junio 2003 , EDJ 2003/16806), en respuesta a la cuestión prejudicial en su día formulada sobre la posible interpretación del artículo 1, apartado 3, de la Directiva 89/665 [...] en el sentido de que los procedimientos de recurso deben ser accesibles a cualquier persona que desee obtener la adjudicación de un contrato público, declaró entre otras cosas, lo siguiente: ... 19. Por lo tanto, procede responder a la primera cuestión que el artículo 1, apartado 3, de la Directiva 89/665 no se opone a que los procedimientos de recurso previstos por dicha Directiva sólo sean accesibles a las personas que desean obtener la adjudicación de un contrato público determinado si éstas se han visto o pueden verse perjudicadas por la infracción que alegan.

Los demandantes alegan que su legitimación les viene otorgada con base en el concepto de "interés competitivo" a que se refiere la jurisprudencia y conforme al cual se trata de evitar una concurrencia ilegal en su profesión. Por ello se manifiesta en la demanda que a pesar de no existir un interés concreto que vaya a ser beneficiado, la estimación del recurso protegería el interés de los actores, como profesionales, en que la competencia se produzca por las vías del ordenamiento jurídico.

Al respecto debe precisarse que según la STS Sala 3ª de 26 junio 2007 , EDJ 2007/104598, " nuestra jurisprudencia no reconoce la legitimación fundada en el mero interés por la legalidad o en motivos extrajurídicos, susceptibles de satisfacer apetencias, deseos o gustos personales, alejados del interés auténticamente legitimador objeto de protección legal (S. 12.4.1991 EDJ 1991/3761), pero sí ha ido reconociendo como incluíbles en el concepto de interés legitimador beneficios tales como los morales, los de vecindad, los competitivos o profesionales; y, asimismo, además de los personales o individuales, los colectivos y los difusos. Y recordar, en fin, que en relación a estos últimos se acepta como posible la modalidad del ejercicio individual y no sólo colectivo, justificada por el hecho de que el ciudadano que ejercita la defensa de un interés difuso está en ocasiones defendiendo su propio círculo vital afectado, al proyectarse aquel interés sobre su esfera personal. Este breve recordatorio de ideas sobre la evolución del título legitimador, al que cabe unir el conocido principio de interpretación restrictiva de las causas que impiden el examen del fondo de la pretensión, conduce a rechazar que en los actores no concurra la legitimación procesal exigible, pues su esfera personal se ve afectada, cuando menos de manera indirecta o refleja, a través de actuaciones que entienden limitativas de la libre competencia en el ámbito en que se desenvuelven su ejercicio profesional, o vulneradoras de la efectividad de un derecho, el de la información, a cuya protección están singularmente llamados por razón, precisamente, de la profesión elegida . "



En el mismo sentido, la STS Sala 3ª de 26 marzo 2010 , EDJ 2010/31722, cuando declara que el " concepto de interés directo ha de aplicarse con un criterio laxo, con el fin de que en situaciones dudosas se evite el cerrar el acceso del administrado a la revisión jurisdiccional, hasta el punto de haber estimado como interés legitimador el interés competitivo, el profesional o de carrera, el interés por razón de vecindad y otros similares " .

Ahora bien, la mera invocación del interés competitivo como legitimador de los recurrentes no puede considerarse suficiente. Éstos debieron haber argumentado y acreditado en qué medida la estimación de su recurso habría de ocasionarles algún tipo de beneficio concreto y determinado o evitarles cualquier clase de perjuicio, también concreto. Se manifiesta en la demanda que a pesar de no existir un interés concreto que vaya a ser beneficiado, la estimación del recurso protegería el interés de los actores, como profesionales, en que la competencia se produzca por las vías del ordenamiento jurídico, pero con tal argumento se está reconociendo que la legitimación que se pretende aparece fundada en el mero interés por la legalidad o en motivos extrajurídicos.

Tampoco es de recibo el argumento de los recurrentes de que si se declarase la nulidad de la adjudicación y la retroacción del procedimiento de adjudicación al momento inmediatamente anterior al que tuvo lugar la determinación de las ofertas anormales y desproporcionadas, ello comportaría que los actores eventualmente puedan ser adjudicatarios. Tal alegación no puede ser acogida para afirmar una supuesta legitimación, pues de lo contrario, cualquiera, incluso quien no hubiera participado en el concurso, podría considerarse así legitimado. Además, por otra parte, considerando que los recurrentes aparecen en el ordinal 13º de la lista de ofertas habrían de acreditar la existencia de algún vicio de legalidad determinante de la exclusión de las doce ofertas anteriores a la suya en orden acreditar referida eventualidad, lo que en el presente caso no se ha demostrado.

En consecuencia, ajustándose al ordenamiento jurídico la actuación administrativa recurrida, es lo procedente desestimar el presente recurso.

De conformidad con lo previsto en el artículo 139 de la Ley Jurisdiccional , habiendo sido desestimadas todas las pretensiones de la parte recurrente y no concurriendo las circunstancias expresadas en el apartado 1 de dicho precepto, el recurrente debe ser condenado al pago de las costas causadas.

FALLAMOS

Que desestimamos el presente recurso interpuesto por D. Alfonso y D. Benedicto .

Condenamos a la parte recurrente al pago de las costas.

Sin condena en costas.

La presente sentencia es susceptible de RECURSO DE CASACIÓN ante el Tribunal Supremo y que se preparará ante esta Sala en el plazo de DIEZ DIAS contados desde el siguiente a su notificación.

Así por esta nuestra sentencia, testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen a los efectos legales, junto con el expediente administrativo, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

D. JOSE FELIX MENDEZ CANSECO D. EDUARDO MENENDEZ REXACH

D. FRANCISCO DIAZ FRAILE D. JOSE LUIS TERRERO CHACON