



Roj: **STSJ EXT 5/2016 - ECLI:ES:TSJEXT:2016:5**

Id Cendoj: **10037330012016100005**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Cáceres**

Sección: **1**

Fecha: **14/01/2016**

Nº de Recurso: **337/2015**

Nº de Resolución: **2/2016**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **RAIMUNDO PRADO BERNABEU**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.EXTREMADURA SALA CON/AD

CACERES

SENTENCIA: 00002/2016

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, integrada por los lltmos. Sres. Magistrados del margen, en nombre de S.M. el Rey, ha dictado la siguiente:

SENTENCIA N°2

PRESIDENTE :

DON DANIEL RUIZ BALLESTEROS

MAGISTRADOS:

DOÑA ELENA MÉNDEZ CANSECO

DON MERCENARIO VILLALBA LAVA

DON RAIMUNDO PRADO BERNABEU

DON CASIANO ROJAS POZO

En Cáceres a 14 de Enero de dos mil dieciséis.-

Visto el recurso contencioso administrativo nº **337** de **2.015** , promovido por el Procurador D. Luis Gutiérrez Lozano, en nombre y representación del recurrente **BAYER HISPANIA S.L.** , siendo parte demandada la **JUNTA DE EXTREMADURA (S.E.S)**, representado y defendido por el Sr. Letrado de la Junta de Extremadura; recurso que versa sobre: Resolución del TACRC de fecha 8 de mayo de 2015.

Cuantía Indeterminada.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la parte actora se presentó escrito mediante el cual interesaba se tuviera por interpuesto recurso contencioso administrativo contra el acto que ha quedado reflejado en el encabezamiento de esta sentencia.-

SEGUNDO.- Seguido que fue el recurso por sus trámites, se entrego el expediente administrativo a la representación de la parte actora para que formulara la demanda, lo que hizo seguidamente dentro del plazo, sentando los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes y terminando suplicando se dictara una sentencia por la que se estime el recurso, con imposición de costas a la demandada; dado traslado de la demanda a la parte demandada de la Administración para que la contestase, evacuó dicho trámite interesando se dictara una sentencia desestimatoria del recurso, con imposición de costas a la parte actora.-

TERCERO.- Recibido el recurso a prueba, se admitieron y practicaron todas las propuestas, obrando en los ramos separados de las partes, declarándose concluso este periodo, se pasó al de conclusiones, donde



las partes evacuaron por su orden interesando cada una de ellas se dictara sentencia de conformidad a lo solicitado en el suplico de sus escritos de demanda y de contestación a la misma.

CUARTO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.-

Siendo Ponente para este trámite el Ilmo. Sr. Magistrado D. RAIMUNDO PRADO BERNABEU.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto de Recurso, la Resolución del TACRC de fecha 8 de mayo de 2015 y recaída en materia de contratación, número de resolución 416/2015.

SEGUNDO.- Damos por acreditados los hechos objetivos que dimanen de las actuaciones y del expediente y que en realidad no son objeto de controversia. Así, contenido de los Pliegos, contenido extrínseco de las resoluciones dictadas y fechas de las mismas. Organismos que las que emanan. Fechas de los escritos y recursos así como el contenido de los mismos, etc. No se hace necesario por ser conocido por las partes y constar en el expediente, las circunstancias fácticas acaecidas y que se recogen en los hechos primero a quinto de la propia resolución que se recurre y a la que nos remitimos.

Con carácter previo, la Junta alega falta de Litisconsorcio pasivo, entendiendo que puesto que el TCRAC, es un órgano adscrito a la Administración estatal, ésta debería haber sido traída al procedimiento. Debe indicarse que el art 21.3 de la LJCA , señala que en los recursos contra las decisiones adoptadas por los órganos administrativos a los que corresponde resolver los recursos especiales y las reclamaciones en materia de contratación a que se refiere la legislación de Contratos del Sector Público los citados órganos no tendrán la consideración de parte demandada, siéndolo las personas o Administraciones favorecidas por el acto objeto del recurso, o que se personen en tal concepto, conforme a lo dispuesto en el artículo 49. En este supuesto se da la circunstancia especial consistente en que el TACRC, dicta la resolución atendiendo a un Convenio de colaboración entre el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y la Comunidad Autónoma de Extremadura sobre atribución de competencia de Recursos Contractuales. Así pues cabe entender que el interesado y beneficiado por el acto, no es la Administración central del estado, sino la autonómica que es quien adjudicó el referido contrato y a quien se le ha otorgado la razón. No debe olvidarse que aquí no se impugna el Acuerdo marco estatal sino el pliego elaborado por el SES. En consecuencia tal alegación debe ser desestimada.

TERCERO.- Entrando en el fondo de la cuestión, diversos son los motivos aunque íntimamente relacionados entre sí, alegados por la Recurrente para solicitar la anulación de la resolución, de los pliegos del Acuerdo Marco, así como de la imposición de la sanción efectuada por el propio TCRAC a la empresa Bayer. Se reseña en esencia que en el contrato derivado no se puede limitar la oferta del precio y que por tanto la interpretación que se realiza y relativa a que el establecido en el Acuerdo marco, rige ya para el contrato derivado sin la posibilidad de ofrecer una oferta a la baja, no es conforme a Derecho. Asimismo se indica que las aclaraciones o correcciones de los pliegos del AM, realizada en la forma que se ha hecho, vulnera principios generales administrativos y de la contratación. Por último se impugna la multa impuesta, por diversas consideraciones a las que en su momento nos referiremos. Por su parte, la Administración autonómica, en esencia se remite a la resolución del Tribunal administrativo contractual. Igualmente se apoya la idea de que la nota aclaratoria es correcta y en todo caso sí se entiende que forma parte del pliego del AM, no puede ser objeto de recurso en este procedimiento. Por último existe asimismo una remisión a los criterios determinantes de la sanción. Pues bien, partiendo de lo anterior y como ha puesto de relieve, algún Tribunal y así por ejemplo, la STSJ Madrid de 30 JUNIO 2015el acuerdo marco es un "sistema de racionalización de la contratación", esto es, una técnica utilizada por la Administración para racionalizar la contratación de la ejecución de obras, las adquisiciones de bienes y las prestaciones de servicios. Como señala el informe 36/2010, de 28 de Octubre de 2011, de la Junta Consultiva de Contratación del Estado, nos encontramos ante un sistema de racionalización técnica de la contratación pública, por lo que no se trata de un contrato especial, ni de un procedimiento de contratación, ni de un procedimiento de adjudicación. Las disposiciones aplicables al acuerdo marco se encuentran contenidas dentro de los artículos 196 a 198 del actual TRLCSP. De la normativa expuesta se comprueba que en ningún momento se utiliza el término "contrato" para mencionar el "acuerdo marco", y, por el contrario, siempre se denomina "contrato" al negocio jurídico posterior y derivado del acuerdo marco. La norma, como ya hemos dicho, se refiere a los acuerdos marco como aquellos a celebrar por la Administración con uno o varios empresarios para fijar las condiciones a que habrán de ajustarse los contratos que pretendan adjudicar en un periodo de tiempo determinado. Se trata de una manera de preselección de ofertas para después contratar con aquel licitador que cumpliendo con las exigencias y requerimientos de los pliegos suponga para el contrato la oferta más ventajosa. Se trata, por tanto, de un sistema de racionalización de la contratación pública, en la que se va a seleccionar a una empresa o conjunto de empresas, como ocurre en



el supuesto enjuiciado, en el que, según el PCAP la Administración procede a seleccionar, con base al criterio único del precio, los licitadores cuyas ofertas son económicamente más ventajosas para cada lote, y que son los únicos que van a poder participar en las licitaciones derivadas, con arreglo al procedimiento descrito en el apartado segundo del art. 198.4 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. Pues bien, de la interpretación conjunta de lo dispuesto en el artículo 198.4 del TRLCSP se deduce que para la adjudicación concreta del contrato, la Administración deberá volver a consultar a todas las empresas seleccionadas en cada lote, Es en esa consulta donde el órgano de contratación mencionará el presupuesto máximo del contrato, los criterios de adjudicación (ya no solo juega el precio sino también los criterios técnicos relacionados y no relacionados con el producto) y su ponderación, plazos y lugar de entrega, y aquellas condiciones que se consideren necesarias, si bien que todo ello se deberá atener a lo ya estipulado en el PCAP y PPT que rigen el acuerdo marco. A la vista de ello, las empresas consultadas deberán formular sus ofertas, adjudicando la Administración el contrato para cada lote a la proposición más ventajosa de las presentadas teniendo en cuenta los criterios de adjudicación fijados y formalizándose el contrato en documento administrativo". Pues bien, esta determinación expuesta es de perfecta aplicación al supuesto. Del contenido de lo previsto en el art 198 de la LCSP, en relación con el clausulado del AM, cabe deducir que la interpretación que realiza el TCRCAC, es ajustada a Derecho. Una valoración interpretativa global, conduce a entender que el precio se encuentra determinado en la fase inicial y que precisamente eso es lo que da lugar a la elección de la empresa. Asimismo ese elemento, pasa a ser un elemento esencial e inamovible en la segunda fase, es decir en el contrato derivado. La cláusula 1.2.2, en este sentido es relevante cuando indica que: "en la primera fase, se seleccionan las empresas y se fijan los precios unitarios de las unidades a suministrar en cada lote". Nos encontramos así pues, ante un acuerdo marco, donde queda fijada con carácter inamovible uno de los requisitos esenciales del contrato cual es el precio. En la segunda fase, es decir en el contrato estricto y por aplicación del art 198, las empresas podrán añadir, proponer mejoras, aclaraciones, etc., pero lo que no deben es modificar bien sea a la baja o de cualquier otra manera, un elemento que como decimos es esencial y ha sido determinante para preseleccionar a los posibles adjudicatarios. En ese sentido por tanto, compartimos los argumentos del TCRCAC, y en consecuencia no apreciamos vulneración legal ni contractual. Tampoco entendemos que existan vulneraciones, en las actuaciones posteriores. En primer lugar, no debe olvidarse que aquí y ahora no se juzga el AM, sino las condiciones generales que han de regir la adjudicación y que convocó el SES, en su expediente CS/99/115010674/15/PNSP. Desde esa óptica, no procedería acceder a lo que la parte pide en una de sus peticiones en el Suplico, pero yendo más allá, tampoco podría accederse a la nulidad que se solicita por la inclusión de la nota relativa a la imposibilidad de modificación en la propuesta del precio. Como se ha indicado en diversas Sentencias, la infracción de normas procedimentales puede graduarse de una triple forma en cuanto que puede dar lugar a un motivo de nulidad de pleno derecho por omisión total y absoluta de trámites esenciales (art. 62.1.e) de la Ley 30/92) o, si se está ante un procedimiento sancionador, por participar de la indefensión prevista en el art. 24.1 de la Constitución en relación con los diferentes contenidos del párrafo 2 (art. 62.2.a)); fuera de ese supuesto la indefensión puede constituir un simple motivo de mera anulabilidad (art. 63.2 in fine) o bien, como última manifestación, puede dar lugar a una mera irregularidad no invalidante ya que por tratarse de una simple infracción de tipo formal y no real o material es susceptible de subsanación bien sea en vía administrativa previa o bien por los propios trámites del proceso judicial; en consecuencia, fuera de los supuestos de nulidad de pleno derecho sólo tienen alcance anulatorio aquellas infracciones del procedimiento que hayan dejado al interesado en una situación de indefensión real o material por dictarse una resolución contraria a sus intereses sin haber podido alegar o no haber podido probar. Siendo doctrina reiterada del Tribunal Supremo, que en las infracciones procedimentales sólo procede la anulación del acto en el supuesto de que tales infracciones supongan una disminución efectiva, real y trascendente de garantías, incidiendo en la resolución de fondo, de forma que puedan alterar su sentido, pero que, en cambio, no es procedente la anulación del acto por omisión de un trámite preceptivo cuando, aún cumplido este trámite, se puede prever lógicamente que volvería a producirse un acto administrativo igual al que se pretende anular, o cuando la omisión de un trámite no cause indefensión al interesado, indefensión que no existe cuando, a pesar de la omisión de aquél, el interesado ha tenido ocasión de alegar a lo largo del procedimiento administrativo, o en vía del recurso administrativo o jurisdiccional, todo lo que no pudo alegar al omitirse dicho trámite. Dicho lo anterior, es evidente que no existe indefensión alguna. Pero además, no cabe indicar que ha existido desconocimiento. La Recurrente alude a que la nota modificativa se introduce a consecuencia del procedimiento de adjudicación en Ceuta, por lo que nada tiene que ver con el de Extremadura, pero aparte de lo anterior y retomando el asunto, lo cierto y verdad es que esa nota o cláusula ha sido conocida y forma parte del propio procedimiento del contrato derivado y contra la misma se ha podido alegar lo que se ha tenido por oportuno. No se trata de una cuestión sorpresiva, imprevista, que limite las condiciones de participación en la contratación. Por el contrario y como se ha expuesto con anterioridad, el precio en este AM, fue decisivo y no admitía modificaciones ulteriores, ya que de ser así se habría desvirtuado la preselección. En el contrato derivado se podrían realizar otras series de modificaciones no esenciales previstas, pero no la del precio. Aparte lo dicho, es irrelevante a los efectos que nos ocupa, el medio o el Porqué, la nota aclaratoria se añadió



al Pliego del SES, la realidad es que desde ese momento de la invitación el 23 de marzo de 2015, ya se conoce el criterio, por lo que no cabe hablar de inclusiones sorpresiva. Cuestión diferente es que no se comparta el criterio jurídico por parte de la Recurrente, pero como ya se ha expuesto anteriormente, el criterio adoptado por el INGESA, el SES y el TCRAC, lo entendemos adecuado, razonable y legal en interpretación conjunta de los pliegos del AM.

CUARTO.- Por lo que a la sanción respecta, no es necesario por ser sobradamente conocido desarrollar el criterio constitucional referente a que en materia de Derecho administrativo sancionador, es de aplicación con matices, los principios y garantías básicas del Derecho Penal. La Sanción se impone al amparo del art 47.5 de la LCSP, precepto que indica que en caso de que el órgano competente aprecie temeridad o mala fe en la interposición del recurso o en la solicitud de medidas cautelares, podrá acordar la imposición de una multa al responsable de la misma. El importe de ésta será de entre 1.000 y 15.000 euros determinándose su cuantía en función de la mala fe apreciada y el perjuicio ocasionado al órgano de contratación y a los restantes licitadores. Es evidente por tanto, que para el caso de que la sanción fuese típica, no se vulneraría la proporcionalidad al ser impuesta en el mínimo del grado mínimo. Ahora bien, el concepto mala fe o temeridad debe venir referido a una actuación abusiva y contraria al normal y leal ejercicio para con los demás de los medios jurídicos que el Ordenamiento pone a disposición de los interesados. En principio compartimos que si existiesen resoluciones precedentes similares y conocidas por la Recurrente y aún así insistiera de manera abusiva en la interposición de Recursos, ello justificaría la multa. Sin embargo, no consta que eso sea así. El Tribunal, no cita cuales han sido las resoluciones idénticas acerca de las que ya se pronunciara con anterioridad a la de 8 de mayo de 2015 en la que se utilizaran los mismos motivos y hubiera recaído idéntica resolución. Tampoco consta ni se acredita que Bayer lo supiera. El argumento referente a la falta de fundamento en la argumentación, tampoco debe ser compartida. No se trata de motivos irracionales o esperpénticos o alejados de cualquier motivación lógica. A lo anterior debe añadirse que efectivamente y como consta en las actuaciones, en supuestos muy similares, el Tribunal no ha apreciado la mala fe. Por lo que sería una apreciación discriminatoria.

QUINTO.- De conformidad al art 139 de la LJCA, no cabe efectuar imposición en costas.

Vistos los artículos que se citan y los demás de general y pertinente aplicación.-

Por la potestad que nos confiere la Constitución Española:

FALLAMOS

Que estimamos parcialmente el Recurso interpuesto el Procurador D. Luis Gutiérrez Lozano, en nombre y representación del recurrente BAYER HISPANIA S.L. y en su consecuencia confirmamos la resolución recurrida y a la que se refiere el primer fundamento, salvo lo referente a la imposición de la multa que anulamos. Ello sin imposición en costas.

La presente sentencia no es firme y puede ser recurrida en casación ante la Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, del Tribunal Supremo, que deberá prepararse ante esta misma Sala sentenciadora en el plazo de diez días, previa constitución, en su caso, de un depósito de 50 euros.

Y para que esta sentencia se lleve a puro y debido efecto, una vez alcanzada la firmeza de la misma, remítase testimonio junto con el expediente administrativo al órgano que dictó la resolución impugnada, que deberá acusar recibo dentro del término de diez días, conforme previene la Ley, y déjese constancia de lo resuelto en el procedimiento.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION : En la misma fecha fue leída y publicada la anterior resolución por el Ilmo. Sr/a. Magistrado que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.