

Tribunal Superior de Justicia

de Madrid, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) Sentencia num. 128/2011 de 14 febrero

[JUR\2011\170863](#)



Contratación administrativa.

ECLI: ECLI:ES:TSJM:2011:1870

Jurisdicción: Contencioso-Administrativa

Recurso contencioso-administrativo 4034/2008

Ponente: Ilmo. Sr. D. Gustavo Lescure Ceñal

T.S.J.MADRID CON/AD SEC.3

MADRID

SENTENCIA: 00128/2011

Recurso nº 4034/08

Ponente Sr. Gustavo Lescure Ceñal

Recurrente: "Gastronomía Mediterránea, S.L.U." (Proc. Dª. Ascensión Peláez Díez)

Demandados: Ministerio de Defensa (Abogado del Estado)

"Ramiro Jaquete, S.A." (Proc. D. Antonio Barreiro Meiro)

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SENTENCIA NÚM. 128.

ILTMO. SR. PRESIDENTE:

D. Gustavo Lescure Ceñal

ILTMOS. SRES. MAGISTRADOS:

D. Juan Ignacio Pérez Alférez

Dª. Pilar Maldonado Muñoz

En Madrid, a catorce de Febrero del año dos mil once.

Visto el recurso contencioso-administrativo núm. 4034/08 formulado por la Procuradora Dª. Asunción Peláez Díez en nombre y representación de "GASTRONOMÍA MEDITERRÁNEA, S.L.U.", contra, de un lado Resolución de la Jefatura de Intendencia de Asuntos Económicos de la Primera

Subinspección General del Ejército de Tierra de 19 de Septiembre de 2.008 sobre inadmisibilidad de recurso especial respecto de adjudicación provisional de contrato administrativo, y de otro lado Resolución de la Secretaría de Estado de Defensa de 21 de Octubre de 2.008 confirmatoria en alzada de la adjudicación definitiva del mismo contrato; habiendo sido partes demandadas el MINISTERIO DE DEFENSA representado por Abogado del Estado, y "RAMIRO JAQUETE, S.A." con el Procurador D. Antonio Barreiro Meiro. La cuantía del recurso no se ha determinado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- La referida parte actora promovió el presente recurso contencioso-administrativo contra las resoluciones reseñadas, y seguido el cauce procesal previsto legalmente, cada parte interviniente despachó, en el momento oportuno y por su orden legal conferido, el trámite correspondiente de demanda y de contestación, en cuyos escritos, y conforme a los hechos y razonamientos jurídicos consignados, suplicaron respectivamente la anulación de los actos objeto de impugnación y la desestimación de ésta, en los términos que figuran en aquéllos.

SEGUNDO .- Seguido el proceso por los cauces legales, y efectuadas las actuaciones y los trámites que constan en los autos, quedaron éstos pendientes de señalamiento para votación y fallo, que tuvo lugar el día 3 de Noviembre de 2.010.

Siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Gustavo Lescure Ceñal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO

- Se impugnan en el presente recurso contencioso-administrativo por "Gastronomía Mediterránea, S.L.U." las resoluciones siguientes:

- Resolución de 19.9.08 de la Jefatura de Intendencia de Asuntos Económicos de la Primera Subinspección General del Ejército de Tierra que en el expediente de contratación del "Servicio de Restauración Colectiva en distintas Bases, Acuartelamientos y Establecimientos" durante el periodo de Octubre de 2.008 a Septiembre de 2.009, declara inadmisile por extemporáneo el recurso especial en materia de contratación presentado el 11.9.08 por "Gastronomía Mediterránea, S.L.U." frente a la adjudicación provisional del contrato a "Ramiro Jaquete, S.A.", sobre la base de que *"al ser declarada la tramitación del expediente de urgencia según lo preceptuado en el art. 96 de la Ley de Contratos del Sector Público, y como se hacía constar en el Boletín Oficial del Estado nº 162 de fecha 05/07/08 el plazo máximo para interponer este recurso (especial en materia de contratación) es de siete días hábiles... la publicación en la Plataforma de Contratación del Estado se realizó el día 29/08/08 a las 10'53'13 horas como así se puede ver reflejado en dicha plataforma, momento a partir del cual empieza a contar el plazo para presentar el recurso especial en materia de contratación según lo estipulado en el art. 37 de la LCSP ... el escrito de recurso de ha sido interpuesto fuera del plazo legal establecido al efecto en el art. 37.6 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, puesto que el acto objeto del recurso es la adjudicación provisional y computado correctamente el plazo para interponer el recurso especial en materia de contratación (siete días hábiles) que establece el referido art. 37.6 de la LCSP, éste expiraba el día 6 de septiembre de 2008"*.

- Y Resolución de 21.10.08 de la Secretaría de Estado de Defensa que confirma en alzada la Resolución de 17.9.08 de la Jefatura de Intendencia de Asuntos Económicos de la Primera Subinspección General del Ejército de Tierra por la que se adjudica aquel contrato a "Ramiro Jaquete, S.A.". En tal resolución de alzada se desestiman las alegaciones de "Gastronomía Mediterránea, S.L.U." con relación a la falta de inscripción en el Registro General Sanitario de Alimentos de la empresa adjudicataria y a su falta de capacidad para atender al objeto del contrato.

En su demanda la recurrente solicita la anulación de las resoluciones impugnadas alegando, en síntesis: que el recurso especial en materia de contratación contra la adjudicación provisional del contrato de restauración a "Ramiro Jaquete, S.L." fue interpuesto dentro del plazo legal de siete días desde la publicación del esa adjudicación en el B.O.E., por lo que la Administración debió haber admitido el recurso y entrar a resolver sobre las cuestiones de fondo planteadas; y que la adjudicataria "Ramiro Jaquete, S.L." no poseía la requerida habilitación empresarial o profesional

correspondiente para contratar con el sector público al no disponer de la inscripción en el epígrafe 26 del Registro General Sanitario de Alimentos necesaria para poder prestar los servicios de restauración a las colectividades que son objeto del contrato en cuestión.

SEGUNDO

- El recurso debe desestimarse por las razones que a continuación se exponen.

En primer término, con relación a la declaración administrativa de inadmisibilidad por extemporaneidad del recurso especial en materia de contratación interpuesto por "Gastronomía Mediterránea, S.L.U." contra la adjudicación provisional a "Ramiro Jaquete, S.A." del contrato de que se trata, esta Sala entiende que, habiéndose ya resuelto su adjudicación definitiva a favor de esa misma empresa que también se impugna, el acto administrativo de adjudicación provisional ha sido sustituido por la adjudicación definitiva, por lo que carece de sentido y finalidad entrar a conocer acerca de una cuestión que como la inadmisibilidad de la impugnación de la adjudicación provisional no tiene actualmente ninguna relevancia ni efecto, en la medida que las alegaciones contenidas en aquel recurso especial de contratación son las que se formulan tanto en alzada frente a la adjudicación definitiva como en el presente recurso contencioso respecto de la desestimación administrativa de esa alzada, de manera que una hipotética revocación de la inadmisibilidad del recurso especial de contratación frente a la adjudicación provisional no produciría consecuencia alguna, pues supondría ordenar que la Administración resolviese sobre el fondo de tal recurso especial cuando sus motivos de impugnación ya han sido rechazados por aquélla con la desestimación del recurso de alzada frente a la adjudicación definitiva del contrato, de modo que razones de economía procedimental hacen innecesaria la revisión de la inadmisibilidad solicitada.

TERCERO

- Por lo que se refiere a los motivos de impugnación de fondo planteados respecto de la adjudicación definitiva del contrato de autos, conviene reseñar, como punto de partida, la doctrina jurisprudencial sobre la materia de que se trata, de la que es fiel exponente la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 11 de Julio de 2.006 dictada en recurso de casación 410/04 .

Según la misma, es tajante el art. 87 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP) al establecer la necesidad de que los pliegos de cláusulas administrativas particulares del concurso fijen los criterios objetivos que han de servir de base para la adjudicación, los cuales se indicarán por orden decreciente de importancia y por la ponderación que les atribuya. Tal exigencia obstaculiza la discrecionalidad administrativa en la adjudicación del concurso por cuanto la Administración para resolverlo ha de sujetarse a la baremación previamente determinada. Su discrecionalidad solo juega con anterioridad a la adjudicación al decidir con libertad de criterio cuáles son los criterios objetivos más significativos respetando, eso sí, las reglas esenciales que impregnan nuestra actual normativa sobre contratación administrativa a partir de la transposición de las múltiples Directivas sobre la materia: publicidad, libre concurrencia y transparencia administrativa.

Por su parte el art. 89 de la LCAP declara que el concurso se adjudicará tras motivar, en todo caso, con referencia a los criterios de adjudicación del concurso que figuren en el pliego. Constituye pues, la motivación, conforme al art. 54.2 de la Ley de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC) un elemento esencial para evitar la arbitrariedad, al tiempo que permite a los demás interesados conocer los argumentos utilizados por la mesa de contratación para, en su caso, impugnar la adjudicación. En tal sentido resulta claro el contenido del art. 94 de LCAP que obliga no sólo a comunicar a los demás participantes en la licitación la adjudicación del contrato sino, incluso, a notificar, previa petición de los interesados, los motivos del rechazo de su proposición y las características de las proposiciones del adjudicatario determinantes de la adjudicación a su favor. Motivación de la decisión que habrá de ser razonada y fundada con arreglo a los criterios del pliego.

Finalmente, el art. 75.3 de LCAP declara que la adjudicación recaerá en el licitador que, en su conjunto, haga la proposición más ventajosa, teniendo en cuenta los criterios que se hayan establecido en los pliegos. No puede adjudicarse a cualquier concursante sino al que haga la proposición más ventajosa a fin de no incurrir en arbitrariedad, es decir que no puede separarse la Administración de los criterios objetivos especificados en los pliegos del concurso. Si bien como

recuerda la STS de 24 de Enero de 2.006 (recurso de casación 7645/00), con cita de otras anteriores como las de 25 de Julio de 1.989 , 1 de Junio de 1.999 y 7 de Octubre de 1.999 , la Administración tiene un margen de discrecionalidad en el momento de valorar la proposición más ventajosa y también puede acudir a una interpretación y aplicación de las cláusulas razonable. Por ello como afirma la STS de 24 de Junio de 2.004 (recurso de casación 8816/99) tampoco puede prescindir de los informes técnicos que apoyan una propuesta de adjudicación mediante apreciaciones subjetivas que no tengan un apoyo real en dichos criterios objetivos.

Lo acabado de exponer evidencia que si bien la Administración ostenta, en un primer momento, un margen de discrecionalidad en la fijación de los criterios que han de reunir los que concurran al concurso así como en la determinación de la puntuación atribuible a cada uno de aquellos, no acontece lo propio con la asignación particularizada a cada uno de los concursantes a la vista de la documentación presentada. En esta segunda fase la administración debe respetar absolutamente las reglas que ella estableció en el correspondiente pliego. Es incontestable que en materia de concursos el pliego de condiciones se constituye en la ley del concurso (SsTS de 28 de Junio de 2.004, recurso de casación 7106/00 , y de 24 de Enero de 2.006, recurso de casación 7645/00).

Como se dijo en la STS de 28 de Junio de 2.004 (recurso de casación 7106/00), con cita de otra anterior de 4 de Noviembre de 1.997, "puede resultar contrario a la buena fe, que debe presidir el contrato, el que se consienta una o varias cláusulas o prescripciones técnicas, aceptando el procedimiento de contratación pública mediante la propia participación y luego, al no resultar, adjudicatario, impugnar la adjudicación argumentado que los actos de preparación consentidos son contrarios al ordenamiento jurídico".

Significa, pues, que aceptadas las bases de la convocatoria solo podemos entrar a examinar si la adjudicación del concurso ha respetado o no los pliegos de condiciones. Como se afirmaba en la STS de 28 de Junio de 2.004 (recurso de casación 7106/00) "la naturaleza contractual, y no reglamentaria, de los pliegos de cláusulas explica y justifica que la falta de impugnación convalide sus posibles vicios, a menos que se trate de vicios de nulidad de pleno derecho; e, incluso, en este caso en que puede entenderse que la denuncia no está sujeta a plazo preclusivo, habría de seguirse una acción de nulidad con sujeción a los criterios generales de ésta, siempre que resulta a salvo el indicado principio de buena fe y la seguridad jurídica, a cuya preservación tiende la firmeza de los actos para quienes los han consentido, aspirando incluso, en su día a la adjudicación".

En la misma línea, señala el Tribunal Supremo en su Sentencia de 14 de Julio de 2.004 que la doctrina reiterada de este Tribunal admite la posibilidad de una cierta discrecionalidad por parte de la Administración, en la fase de valoración de las distintas proposiciones, precisamente en atención a la finalidad pública que cumplen este tipo de convenios, pero sostiene con igual vigor la necesidad de acomodarse a los criterios objetivos de valoración indicados en el Pliego de Condiciones o Prescripciones Técnicas, como normas concretas a las que ha de acomodar la resolución del concurso, y también la exigencia de utilización de criterios adecuados en la valoración o puntuación a otorgar a los distintos participantes. Las SsTS de 25 de Enero y 30 de Junio de 2.000 y 24 de Junio de 2.004 discurren sobre el alcance de la discrecionalidad de la Administración en cuanto a los criterios a seguir sobre la valoración de propuestas u ofertas concurrentes en caso de adjudicación de contratos por el sistema de concurso, negando rotundamente que cuando la selección haya de hacerse con arreglo al concepto jurídico indeterminado de "proposición más ventajosa" puede separarse la Administración de los criterios objetivos básicos especificados en los pliegos de cláusulas de todo orden por los que haya de regirse la apreciación de esa mayor ventaja.

Finalmente, se afirma en la STS de 22 de Marzo de 2.005 que la doctrina del Tribunal Constitucional ha declarado reiteradamente que la existencia de la discrecionalidad técnica de los órganos de valoración en los procedimientos de concurrencia competitiva no supone desconocimiento del derecho a la tutela judicial efectiva recogida en el art. 24.1 de la Constitución, ni del principio de sometimiento pleno de la Administración Pública a la Ley y al Derecho (art. 103.2), ni la exigencia del control judicial sobre la legalidad sobre la actuación administrativa y su sumisión a los fines que la justifican (art. 106.1), y si bien reconoce cierta limitación de los Tribunales de Justicia en el control de esa actividad administrativa, señala que si el órgano judicial diera por buena, sin más, la decisión administrativa sin realizar el control exigible de la misma que impone el art. 24.1 ,

vulneraría el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (STC 219/2.004 de 29 de Noviembre).

CUARTO

- En el caso de los presentes autos el debate litigioso se centra sustancialmente en determinar si la falta de inscripción de la adjudicataria "Ramiro Jaquete, S.A." en el Registro General Sanitario de Alimentos conlleva la ausencia de la requerida habilitación empresarial o profesional correspondiente para contratar con el sector público la prestación de los servicios de restauración a las colectividades que son objeto del contrato en cuestión.

Con relación a tal cuestión, esta Sala comparte en esencia las apreciaciones al respecto de la Abogacía del Estado y la mercantil codemandada. En efecto, según el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del contrato, su objeto es la prestación del "Servicio de Restauración Colectiva en Bases, Acuartelamientos y Establecimientos" dependientes del Ministerio de Defensa, a efectuar de tal forma que "todas las operaciones inherentes al servicio a prestar son realizadas por parte de la empresa adjudicataria en las instalaciones militares", y resulta que el Real Decreto 3484/2.000, de 29 de Diciembre , por el que se establecen las normas de higiene para la elaboración, distribución y comercio de comidas preparadas, en su artículo 5 distingue entre "*empresas que elaboran, envasan, almacenan, distribuyen, importan, suministran y, en su caso, sirven comidas preparadas, en un local propio o ajeno, para colectividades, otros establecimientos y puntos de venta*" que quedan sujetas a inscripción en el Registro General Sanitario de Alimentos, y "*empresas que, en el mismo local, elaboran, envasan, almacenan, sirven y, en su caso, venden comidas preparadas directamente al consumidor final, con o sin reparto a domicilio*" que quedan excluidas de la obligatoriedad de inscripción en el Registro General Sanitario de Alimentos, lo que concuerda con lo previsto en el artículo 2.3.c) del Real Decreto 1712/1.991, de 29 de Noviembre , sobre Registro General Sanitario de Alimentos, que excluye "*de la obligatoriedad de inscripción en el Registro, sin perjuicio de los controles sanitarios correspondientes:...* c) *Los establecimientos que elaboren productos para su consumo en los mismos*", que es en definitiva el objeto del contrato de restauración a que remite el presente enjuiciamiento. Además, como apunta la Abogacía del Estado en su contestación a la demanda, la Comunidad de Madrid, en su guía sobre la inscripción en el Registro Sanitario, establece que no necesitan estar inscritos aquellos establecimientos que elaboren productos para su consumo en los mismos, incluyendo, a título enunciativo, a los comedores colectivos, como son las dependencias militares donde se lleva a cabo el servicio de restauración del caso de autos.

QUINTO

- No se aprecia mala fe o temeridad en ninguna de las partes procesales a efectos de una expresa imposición de las costas causadas (artículo 139.1 de la Ley Jurisdiccional 29/1.998).

VISTOS los preceptos legales citados, y los demás de concordante y general aplicación.

FALLAMOS

Que DESESTIMAMOS el recurso contencioso-administrativo de "Gastronomía Mediterránea, S.L.U." reseñado en el encabezamiento de esta sentencia, sin pronunciamiento acerca de las costas procesales.

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

PUBLICACIÓN

- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma, en el día de la fecha, estando celebrando audiencia pública en la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de lo que doy fe.