



Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla - Sala de lo Contencioso-Administrativo de Málaga

Avda. Manuel Agustín Heredia, 16, 29001, Málaga.

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

N.º G.: 2906745320180002385.

Procedimiento: Recurso de Apelación 650/2023.

De: VIGILANCIA Y PROTECCION MARIA CARMEN SOLANA IZQUIERDO

Procurador/a: MARIA CARMEN GUERRERO CLAROS

Letrado/a: JOSE ANTONIO IZQUIERDO MARTINEZ

Contra: EXCMO. AYUNTAMIENTO DE MALAGA

Procurador/a: JOSE MANUEL PAEZ GOMEZ

SENTENCIA NÚMERO 1026/2024

ILUSTRÍSIMOS SEÑORES

PRESIDENTE

D. MANUEL LOPEZ AGULLO

MAGISTRADOS

D^ª. TERESA GOMEZ PASTOR

D. CARLOS GARCIA DE LA ROSA

Sección Funcional 1^ª

En la ciudad de Málaga, a once de abril de dos mil veinticuatro.

Visto por la Sala de lo Contencioso-Administrativo con sede en Málaga del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, el recurso de apelación registrado con el número de rollo 650/23, interpuesto en nombre de VIGILANCIA Y PROTECCIÓN MARIA CARMEN SOLANO IZQUIERDO, S.L. representada por el Procurador de los Tribunales D^ª. María Carmen Guerrero Claros, contra la sentencia 87/23, de 28 de marzo, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 5 de Málaga en el seno del procedimiento ordinario 331/18; habiendo comparecido como apelado EXCMO. AYUNTAMIENTO DE MALAGA representado por el Procurador de los Tribunales D. José Manuel Paez Gomezr, se procede a dictar la presente resolución.

Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Carlos García de la Rosa, quien expresa el parecer de la Sala.



ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- La representación de la mercantil VIGILANCIA Y PROTECCIÓN MARIA CARMEN SOLANO IZQUIERDO, S.L., interpuso recurso contencioso-administrativo contra la resolución del Ayuntamiento de Málaga de fecha 26 de marzo de 2018 por la que se desestima el recurso de reposición planteado contra el acuerdo de fecha 12 de diciembre de 2017 por el que se adjudica a la entidad Seguridad Integral Secoex, S.A. el contrato de servicio de vigilancia del complejo municipal de Tabacalera.

SEGUNDO.- El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Número 5 de Málaga dictó, en este recurso contencioso-administrativo tramitado con el nº PO 331/18, sentencia de fecha 28 de marzo de 2023 en la que desestima el recurso contencioso administrativo interpuesto.

TERCERO.- Contra dicha sentencia por la parte recurrente se interpuso Recurso de Apelación, en el que se exponen los correspondientes motivos y que fue admitido a trámite, y del que se dio traslado a las partes personadas, oponiéndose a la estimación del recurso la representación de la Administración demandada, se remitieron seguidamente las actuaciones a esta Sala de lo Contencioso-Administrativo.

CUARTO.- No habiéndose solicitado celebración de vista o presentación de conclusiones, quedaron los autos, sin más trámite para votación y fallo, designándose ponente y señalándose seguidamente día para votación y fallo, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia apelada desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación de la mercantil VIGILANCIA Y PROTECCIÓN MARIA CARMEN SOLANO IZQUIERDO, S.L. contra la resolución del Ayuntamiento de Málaga de fecha 26 de marzo de 2018 por la que se desestima el recurso de reposición planteado contra el acuerdo de fecha 12 de diciembre de 2017 por el que se adjudica a la entidad Seguridad Integral Secoex, S.A. el contrato de servicio de vigilancia del complejo municipal de Tabacalera.

La sentencia apelada desestima el recurso contencioso administrativo al entender que no se ha evidenciado un incumplimiento sustancial del pliego de prescripciones técnicas en lo que se refiere a la confección de un balance económico detallado del servicio. Entiende con los técnicos de la Administración que el presentado por la adjudicataria cumple con las prescripciones del pliego contiene un detalle suficiente de la relación de costes laborales y el hecho de que la recurrente presente un balance con mayor grado de detalle no es óbice para la adjudicación del contrato a favor de la entidad que presentó la oferta económicamente más ventajosa siendo el criterio de adjudicación del precio el único a considerar.

Frente a esta sentencia se alza la recurrente y plantea el presente recurso de apelación impugnando los fundamentos de la sentencia y solicita de esta Sala que se dicte sentencia por la que se revoque la de instancia en base a los siguientes motivos: 1) Vulneración del derecho a valerse de los medios de prueba pertinentes con infracción de los arts. 283.1 y 2 LEC y 24.2 CE. Por la denegación de la práctica de pruebas pertinentes testifical de representantes sindicales y de a la inspección de trabajo para que elabore informe sobre el cumplimiento de la normativa laboral y la posibilidad de cumplir el contrato licitado. 2) Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho a una resolución judicial motivada, por la omisión de una valoración explícita de la pericial de parte. 3) Por error en la valoración de la prueba por efecto de atribución





de superior objetividad a un órgano administrativo sin capacidad técnica y parcial; por atribución de eficacia probatoria a la testifical del legal representante de la adjudicataria; por descalificación motivada de la pericial de parte recurrente. 4) Indebida imposición de las costas en la instancia, por serias dudas de hecho sobre la capacidad de la adjudicataria para hacer frente a las condiciones del pliego de prescripciones técnicas.

La Administración apelada solicita que se desestime el recurso de apelación planteado y se confirme la sentencia de instancia en base a sus propios fundamentos pues considera que se ha realizado una valoración de la prueba ajustada a los criterios de la lógica sin que pueda afirmarse haber alcanzado un resultado absurdo por ilógico o arbitrario, al tiempo que desecha la existencia de infracciones procesales en la inadmisión de la prueba propuesta por la actora que no presentan los requisitos de pertinencia para su admisión.

SEGUNDO.- La apelante invoca una serie de deficiencias procedimentales a las que asocia la generación de indefensión con vulneración del art. 24 de CE.

Por lo que respecta a la inadmisión de las pruebas testificales, las declaraciones de los representantes sindicales constituyen a los efectos que se discuten una prueba impertinente pues ninguna luz han de aportar sobre el ajuste a la legalidad del procedimiento de contratación en el particular que constituye el objeto central de la impugnación, esto es, la detección en fase precontractual de un motivo de exclusión de la oferta de la adjudicataria por desviarse de forma palmaria de las prescripciones técnicas o económicas de los pliegos. A este respecto conviene adelantar que el eventual incumplimiento de las estipulaciones contractuales puede ser motivo de resolución del contrato, pero no incide en la corrección de la apreciación de la concurrencia de motivos de exclusión de las ofertas claramente defectuosas, ni incide en la valoración de los criterios de adjudicación.

De igual modo resulta a las claras impertinente e inadmisibles una prueba técnica que intenta valerse de un funcionario público a modo de perito de parte con utilización desviada de los recursos públicos.

El artículo 381 LEC no autoriza la elaboración de informes técnicos procesales a cargo de empleados de entidades públicas. Se trata de una modalidad de prueba testifical que permite dirigir el interrogatorio a personas jurídicas públicas o privadas sobre *hechos* de los que conozcan por razón de su actividad, cuando no sea posible individualizar en una persona física concreta la fuente de ese conocimiento fáctico.

Hemos insistido en aclarar que el art. 370.4 de LEC cuando contempla la figura del testigo perito admite la posibilidad de llamar a declarar a quien ha tenido conocimiento personal y directo de los hechos controvertidos, quien en razón de su formación técnico científica podrá además aportar los conocimientos de su ciencia, pero en modo alguno es admisible la espuria llamada de un funcionario público para que al margen de las obligaciones propias de su cargo informe en un proceso judicial sobre cuestiones técnicas para las que el ordenamiento procesal tiene prevista la prueba pericial.

Por lo que hace a la valoración de las pruebas técnicas obrantes en autos, y en particular de la pericial de parte, el art. 348 de LEC consagra el criterio de la sana crítica como medida valorativa, este criterio no obliga a exponer de modo extenso el motivo por el que se prefiere un dictamen sobre otro, y si bien es cierto que el criterio de la mayor objetividad de los técnicos de la Administración debe ponerse en relación con la jurisprudencia del TS expresada en sentencias como la de 17 de febrero de 2022 citada por la apelante, de modo se entienda que no gozan de ningún privilegio procesal, ni presunción de acierto, que permita elevarlos en su consideración abstracta por encima de dictámenes de parte, pero de la lectura de la sentencia apelada no podemos nosotros concluir con la recurrente que el fundamento único o principal de la decisión de la instancia descansa en una genérica presunción de acierto del informe técnico administrativo.





El fundamento de derecho cuarto expresa las razones por las que se considera que las posibles omisiones del balance económico de la adjudicataria no eran decisivas de un incumplimiento de las prescripciones del pliego de condiciones técnicas, en particular las que se refieren a la confección del balance económico detallado del servicio, y tras el contraste de los documentos técnicos disponibles, descarta que el mayor detalle del balance de la recurrente sea elemento sustancial sobre el que basar la decisión de adjudicación, resultando en este punto de mayor peso la más atinada conclusión del técnico de la administración, experto en el objeto de la contratación pública, que pone el énfasis correctamente en el agotamiento del requisito formal de la presentación del balance de detalle exigido en los pliegos, con independencia de que deba ser de cargo del adjudicatario cumplir rigurosamente los compromisos contractuales a su riesgo y ventura.

Irrelevante nos parece el aporte a la decisión del pleito del contenido de la declaración del representante legal de la adjudicataria, sobre el que la sentencia no realiza ninguna valoración de relieve sobre el aspecto que constituye el objeto del proceso: la concurrencia de causa de exclusión de la oferta presentada por la adjudicataria.

Debemos recordar que esta Sala está constreñida en su función revisora en el marco del recurso de apelación, de modo que su intervención no puede sustituir la valoración probatoria del órgano de instancia evacuada conforma a los cánones de la lógica. Solo en el caso de grave transgresión de los preceptos procesales que rigen su admisión o práctica y de violación de las normas procesales sobre carga de la prueba es justificada una revisión del juicio probatorio del órgano a quo.

En el caso de la prueba pericial y testifical, el órgano judicial revisor no puede sustituir la lógica o la sana crítica del juzgador de instancia por la propia, salvo cuando se acredite en el proceso de revisión que la valoración judicial no se atiene a las máximas de la experiencia o a las reglas de la sana crítica, entendidas éstas como los criterios de la lógica interpretativa, o cuando la libertad de crítica no se expresa de acuerdo con los criterios propios del razonar humano, incurriendo en arbitrariedad, incoherencia o contradicción (entre las recientes, sentencias dictadas por la Sala Tercera del Tribunal Supremo con fechas de 30 de octubre , 7 y 13 de noviembre de 2007, recursos de casación números 6998/2003 , 6698/2004 y 6851/2004 , así como las reiteradamente citadas de 11 de marzo , 28 de abril , 16 de mayo , 15 de julio , 23 de septiembre y 23 de octubre de 1995 , 27 de julio y 30 de diciembre de 1996 , 20 de enero y 9 de diciembre de 1997 , 24 de enero , 14 de abril , 6 de junio , 19 de septiembre , 31 de octubre , 10 de noviembre y 28 de diciembre de 1998 y 30 de enero , 22 de marzo y 17 de mayo de 1999. Igualmente, las sentencias dictadas por la Sala Primera del Tribunal Supremo con fechas de 21 y 28 de febrero y 9 de octubre de 2003, dictadas, respectivamente en los recursos de casación números 2117/1997 , 2180/1997 y 4164/1997).

Como recuerda la STS de fecha 25 de abril de 2017 (rec. 3830/15) *“Respecto de la forma de acometer la valoración de la prueba, también es consolidada la jurisprudencia que afirma la validez de la valoración conjunta de los medios de prueba, sin que sea preciso exteriorizar el valor que al Tribunal sentenciador le merezca cada concreto medio de prueba obrante en el expediente administrativo o la aportada o practicada en vía judicial. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha declarado que “... la Constitución no garantiza el derecho a que todas y cada una de las pruebas aportadas por las partes del litigio hayan de ser objeto de un análisis explícito y diferenciado por parte de los jueces y tribunales a los que, ciertamente, la Constitución no veda ni podría vedar la apreciación conjunta de las pruebas aportadas” (ATC 307/1985, de 8 de mayo)”*.

En definitiva la sentencia apelada desestima el recurso basándose para ello en el contraste de las pruebas técnicas practicadas en el curso del proceso, y la documental a su disposición, de acuerdo con los principios de inmediación y contradicción, alcanzando una conclusión que no puede tacharse de irrazonable o arbitraria por ilógica.

TERCERO.- En el plano sustantivo la apelante reprocha a la oferta de la adjudicataria el haberse incurrido en una suerte de baja desproporcionada, pues de su balance económico se deduce la imposibilidad de atender los costes salariales atendida su deficiente consideración a los costes de





contratación social y la elevación de las horas extra por encima de los límites legales, todo ello con transgresión de lo preceptuado en el pliego de prescripciones técnicas en cuanto a la obligatoriedad de confeccionar un balance económico detallado del servicio.

En nuestra sentencia de 7 de noviembre de 2019 (rec. 55/17) explicábamos en relación con el fenómeno de la baja anormal o desproporcionada que *“ la figura de las ofertas con valores anormales o desproporcionados -las también conocidas como bajas temerarias-, tiene como fin evitar los problemas causados por un eventual incumplimiento en la ejecución de un contrato ocasionado por un adjudicatario que presentó una proposición de difícil o imposible cumplimiento.*

Aunque podría pensarse que es preferible para el interés público que el poder adjudicador pague cuanto menos mejor por una prestación. La regla del precio más bajo tiene unos límites, por debajo de los que sobrepasarlos se considera un indicio de que la proposición no puede ser cumplida y que, por tanto, deben tomarse precauciones antes de realizar la adjudicación.

La regulación de las ofertas o proposiciones con valores anormales o desproporcionados persigue un doble objetivo: en primer lugar, garantizar la ejecución correcta del contrato, es decir que la ejecución del contrato no se pueda frustrar como consecuencia del hecho de que una oferta o una proposición contenga valores anormales o desproporcionados y por lo tanto comprobar que tales ofertas o proposiciones son viables y que en caso de ser seleccionadas se podrán cumplir correctamente en los términos establecidos y, en segundo lugar, establecer unos mecanismos de protección para la empresa licitadora, de manera que su oferta o proposición no pueda ser rechazada de forma automática, sino que tenga la posibilidad de defenderla, aclarando y explicando los elementos en que el licitador fundamentó su oferta y en la verificación de que, conforme a dicha aclaración, la misma es viable de forma que la ejecución de la prestación que constituye el objeto del contrato queda garantizada en el modo y manera establecidos en los pliegos de condiciones, a lo que se añade que corresponde al órgano de contratación (art. 152.4 del TRLCSP) "considerando la justificación efectuada por el licitador y los informes mencionados en el apartado anterior", estimar si la oferta puede o no ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados.

Al constituir una presunción iuris tantum, el hecho de que una oferta incluya valores anormales o desproporcionados no implica la exclusión automática de la licitación, sino la necesidad de conferir trámite de audiencia al contratista para que justifique la viabilidad económica de la proposición, y de recabar los asesoramientos técnicos procedentes. La decisión final sobre la justificación de la viabilidad de las ofertas incursas en valores anormales o desproporcionados corresponde al órgano de contratación, atendiendo a los elementos de la proposición y a las concretas circunstancias de la empresa licitadora, y valorando las alegaciones del contratista y los informes técnicos emitidos, ninguno de los cuales tienen carácter vinculante.”

De esta manera para que la Administración pueda detectar una oferta anormalmente baja, con potencial compromiso para la ejecución del contrato, y cuando el único criterio de adjudicación sea el del precio, se aplicarán los parámetros objetivos que se establezcan reglamentariamente, en concreto los del artículo 85 Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, parámetros cuantitativos que el recurrente no ha puesto en evidencia se hayan superado a partir del informe pericial que insiste en unas deficiencias de cálculo menores en relación a los costes salariales, a partir de los cuales no es posible deducir la baja anormal que obliga a la Administración a aperturar el trámite contradictorio que hace posible la exclusión del licitador incurso en baja temeraria.

En otro orden de cosas, no cualquier incumplimiento de las prescripciones técnicas determina la automática exclusión del licitador. Se impone precisar en concordancia con lo sostenido por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su resoluciones 613/2014, de 8 de septiembre, 815/14, de 31 de octubre y 985/2015, de 23 de octubre que *“las exigencias de los PPT deben ser interpretadas y aplicadas de manera que no supongan obstáculos indebidos a los principios generales que guían la contratación administrativa (libertad de acceso a las licitaciones,*





publicidad y transparencia de los procedimientos, no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos y eficiente utilización de los fondos públicos en conexión con el principio de estabilidad presupuestaria), recogidos en el art 1 del TRLCSP. En este mismo sentido, se pronuncia el art 139 del TRLCSP cuando exige que: "Los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación al principio de transparencia".

En consonancia con ello, debe interpretarse el artículo 84 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre que realiza una regulación muy precisa de los casos en los que los defectos en la proposición por defectos formales o por no ajustarse a las exigencias mínimas de los pliegos pueden dar lugar a la adopción de la decisión administrativa de excluir una proposición de la licitación, por lo que no cualquier incumplimiento ha de suponer automáticamente la exclusión, sino que debe subsumirse en alguna de las causas recogidas en la normativa, interpretarse con arreglo a los principios de igualdad y concurrencia, y siempre ha de suponer la imposibilidad de la adecuada ejecución del objeto del contrato.

A mayor abundamiento cabe señalar que el incumplimiento del PPT por la descripción técnica contenida en la oferta ha de ser expreso y claro. Así, no puede exigirse por los órganos de contratación que las proposiciones recojan expresa y exhaustivamente todas y cada una de las prescripciones técnicas previstas en el pliego, sino exclusivamente aquellas descripciones técnicas que sean necesarias para que la mesa pueda valorar la adecuación de la ofertas al cumplimiento del objeto del contrato. Así en caso de omisiones, debe presumirse que la propuesta del licitador en el aspecto omitido se ajusta al PPT, y si los términos y expresiones empleados son ambiguos o confusos, pero no obstante admiten una interpretación favorable al cumplimiento de las prescripciones técnicas, esta es la que debe imperar. Solo cuando el incumplimiento sea expreso, de modo que no quepa duda alguna que la oferta es incongruente o se opone abiertamente a las prescripciones técnicas contenidas en el pliego, procede la exclusión.

De otro lado el incumplimiento ha de ser claro, es decir, debe referirse a elementos objetivos, perfectamente definidos en el PPT y deducirse con facilidad de la oferta, sin ningún género de dudas, la imposibilidad de cumplir con los compromisos exigidos en los pliegos."

En este sentido la doctrina administrativa emanada del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales ha afirmado de manera constante que "el cumplimiento de los requisitos técnicos exigidos en el PPT no es, en principio, causa de exclusión del licitador, pues tales prescripciones deben ser verificadas en fase de ejecución del contrato y no puede presuponerse ab initio que dicho incumplimiento se vaya a producir; ahora bien si de las especificaciones de la propia oferta cabe concluir, sin género de dudas, que efectivamente se va a producir tal incumplimiento, cabe la exclusión (resoluciones 325/2011, de 21 de diciembre, y 19/2012, de 18 de enero, 250/2013, 548/2013, 29 noviembre, 4 de julio, 208/2014, de 14 de marzo, 490/2014, de 27 de junio, 551/2014 de 18 de julio, 763/2014, de 15 de octubre y 560/2015, de 12 de junio y 448/2017, de 26 de mayo)."

Esto es, el incumplimiento debe ser claro, es decir referirse a elementos objetivos, perfectamente definidos en el pliego de prescripciones técnicas, y debe deducirse con facilidad de la oferta, sin género de dudas, la imposibilidad de cumplir con los compromisos exigidos en los pliegos.

Las puntuales imprecisiones que se denuncian en el balance económico de la adjudicataria no son, por sí mismas expresivas de un incumplimiento de entidad sustancial que permita deducir ex ante la imposibilidad absoluta de llevar a cabo los términos del contrato.

Se impone rescatar la regla que prescribe que el licitador asume el cumplimiento del contrato en sus estrictos términos, y es de su costa el riesgo empresarial inherente al desajuste de sus previsiones económicas, de modo que solo las más groseras deficiencias de cálculo que evidencien





claras la imposibilidad de ejecutar el contrato son tributarias de exclusión de la oferta, mientras que las omisiones puntuales o imprecisiones en los aspectos técnicos de la oferta no permiten su exclusión so riesgo de comprometer otros principios rectores de la contratación pública como el de libre concurrencia e igualdad de licitadores caso de aplicación rigorista de las causas de exclusión.

Esto no obsta para que durante la ejecución del contrato se sancione el incumplimiento contractual de la contratista, circunstancia que dicho sea de paso se ha negado de forma explícita por la Administración contratante, pero en la fase precontractual el potencial incumplimiento futuro como motivo de exclusión de la oferta solo puede presumirse en relación con transgresiones flagrantes e indubitadas del contenido de los pliegos.

Se desestima el recurso de apelación.

CUARTO.- De conformidad con lo reglado en el artículo 139.2 LJCA, en los casos de desestimación del recurso de apelación las costas se impondrán a cargo de la parte apelante hasta el límite de 1.000 euros por todos los conceptos (art. 139.4 de LJCA).

Las costas de la primera instancia están correctamente impuestas a la parte recurrente que ha visto desestimadas sus pretensiones en su integridad conforme al criterio del vencimiento objetivo, sin que concurren razones excepcionales que permitan excluir su aplicación.

Por las razones expuestas, en nombre de Su Majestad el Rey y por la potestad de juzgar que nos ha conferido el Pueblo español en la Constitución.

FALLAMOS

Desestimar el recurso de apelación interpuesto por el Procurador de los Tribunales D^a. María Carmen Guerrero Claros, en nombre y representación de VIGILANCIA Y PROTECCIÓN MARIA CARMEN SOLANO IZQUIERDO, S.L. contra la sentencia del Juzgado de lo contencioso-administrativo nº 5 de Málaga de fecha 28 de marzo de 2023, que se confirma, con expresa imposición de las costas de esta apelación a cargo de la apelante hasta el límite de 1.000 euros por todos los conceptos.

Notifíquese a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de casación a preparar por escrito ante esta Sala en el plazo de treinta días a contar desde su notificación en los términos del art. 89 de LJCA.

Firme que sea emítase testimonio de la presente resolución al Juzgado de lo Contencioso Administrativo de procedencia para su ejecución.

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





PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Ponente que la ha dictado, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha, ante mí, el Secretario. Doy fe.-





ADMINISTRACION
DE JUSTICIA



