

Incidente de ejecución 4/2023 (Resolución 280/2023)

Recurso 244/2023

Resolución 466/2023

Sección Tercera

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA

Sevilla, 2 de octubre de 2023

VISTO el incidente de ejecución promovido por la persona física **D. F.J.C.G.** respecto a la Resolución de este Tribunal 280/2023, de 2 de junio, por la que se estimó el recurso especial en materia de contratación interpuesto por aquel contra el acuerdo de 13 de abril de 2023 de la mesa de contratación de exclusión de su oferta y la resolución de 8 de mayo de 2023 de adjudicación del contrato denominado «Suministro de materiales para ejecución de las obras: “Reurbanización C/ Batalla de Munda”, “Reurbanización C/ Levante”, “Reurbanización Varias Calles Barriada Generación del 27 (Fase III)” y “Reordenación del Acceso al Polideportivo y Gimnasio Municipal”», (Expte. 2022/6964/GEX 2022/5964), respecto del lote 1, convocado por el Ayuntamiento de Nueva Carteya (Córdoba), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 2 de junio de 2023, este Tribunal dictó la Resolución 280/2023 correspondiente al recurso 244/2023. En la citada Resolución se acordó *«Estimar el recurso especial interpuesto por FRANCISCO JESÚS CANTERO GÓMEZ contra el acuerdo de 13 de abril de 2023 de la mesa de contratación de exclusión de su oferta y la resolución de 8 de mayo de 2023 de adjudicación del contrato denominado “Suministro de materiales para ejecución de las obras: “Reurbanización C/ Batalla de Munda”, “Reurbanización C/ Levante”, “Reurbanización Varias Calles Barriada Generación del 27 (Fase III)” y “Reordenación del Acceso al Polideportivo y Gimnasio Municipal”, (Expte. GEX 2022/5964), respecto del lote 1, convocado por el Ayuntamiento de Nueva Carteya (Córdoba), anulando los actos impugnados, retrotrayendo las actuaciones de conformidad con lo expuesto en el Fundamento de Derecho Sexto.»*.

La resolución fue remitida al órgano de contratación y a la entidad recurrente el 15 de junio de 2023. Como consecuencia del efecto automático de la suspensión del artículo 57.3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP), la resolución igualmente levantaba la misma.

Dicha resolución establecía en el “Acuerda Tercero”:

“TERCERO. De conformidad con lo establecido en el artículo 57.4 de la LCSP, el órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la presente resolución”.

El Ayuntamiento, con relación a este lote 1 no ha comunicado nada a este Tribunal. Sí constan actuaciones en el perfil de contratante de la retroacción llevada a cabo respecto de otros lotes del mismo contrato que fueron objeto del recurso 245/2023, y resuelto estimatoriamente en la resolución 283/2023, de 2 de junio.

SEGUNDO. El 21 de julio de 2023, la persona recurrente presentó en el registro de este Tribunal escrito promoviendo incidente de ejecución respecto al cumplimiento de la Resolución 280/2023, de 2 de junio.

Mediante escrito de 25 de julio de 2023, se dio traslado al órgano de contratación del incidente promovido, requiriéndole la documentación generada con posterioridad a la Resolución 280/2023 y las alegaciones oportunas sobre el citado incidente. El órgano de contratación no ha contestado, siendo en fecha de 26 de septiembre de 2023 cuando se ha vuelto a requerir ante la evidencia de determinada información publicada en el perfil del contratante de fecha 28 de agosto de 2023, es decir, con posterioridad al requerimiento formulado que ha sido obviado y no atendido por dicho Ayuntamiento.

TERCERO. Dadas las evidencias, y teniendo en cuenta la petición subsidiaria que realiza la persona recurrente en su escrito solicitando el incidente de ejecución, reclamando indemnización conforme al artículo 58.1 LCSP, se ha procedido a solicitar al mismo concreción de la cuantía del daño que se le habría producido a efectos de resarcirle, en su caso, tanto en los gastos ocasionados por la preparación de la oferta o la participación en el procedimiento de contratación, así como los demás daños y perjuicios reales, efectivos y evaluables económicamente.

Se solicita a la persona recurrente el día 26 de septiembre de 2023 que cuantifique los daños, siendo contestado el día 28 de septiembre de 2023, cuantificándolo en concepto del beneficio dejado de percibir conforme a la oferta realizada en 3.058,94 euros. Por otro lado, en los gastos de servicios de letrado en la redacción del escrito promoviendo el incidente de ejecución en 181,50 euros. Es decir, una indemnización por importe de 3.240,44 euros.

Asimismo, al órgano de contratación se le requirió con fecha 26 de septiembre de 2023 que *“se remita a este Tribunal, dentro de los 2 días hábiles siguientes a la recepción de este escrito, lo siguiente:*

Todas las actuaciones realizadas y documentación acaecida con posterioridad a la Resolución del Tribunal 280/2023, de 2 de junio, entre las que deberá constar necesariamente la resolución de adjudicación del lote 1 de fecha 25 de agosto de 2023, publicada el 28 de agosto de 2023, según consta en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público, así como el correspondiente documento de formalización.

Asimismo, se informa que, conforme al apartado segundo de la disposición adicional vigésima octava de la LCSP, sobre responsabilidad de las autoridades y del personal al servicio de las Administraciones Públicas, la infracción o aplicación indebida de los preceptos contenidos en la Ley por parte del personal al servicio de las Administraciones Públicas dará lugar a responsabilidad disciplinaria, que se exigirá conforme a la normativa específica en la materia”.

Transcurrido el plazo de dos días el Ayuntamiento no ha remitido sus alegaciones al respecto.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. La competencia para resolver el incidente de ejecución promovido corresponde a este Tribunal, de conformidad con lo previsto en el artículo 36.3 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual (RPER), aprobado por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, que, en su primer párrafo, dispone: *“Los incidentes que planteen los interesados en relación con la ejecución de la resolución, se resolverán por el Tribunal previa audiencia de los interesados.”*

SEGUNDO. Respecto a la legitimación para formular el incidente de ejecución, el Reglamento antes citado señala que podrán plantearlo los interesados. Así, la persona física ostenta tal condición al ser parte recurrente en el procedimiento que dio origen a la Resolución 280/2023, de 2 de junio, de este Tribunal, cuya ejecución constituye el objeto del incidente promovido.

TERCERO. En cuanto al procedimiento para la resolución de los incidentes de ejecución, el artículo 36.3 del RPER prevé que *“A tal fin, recibido el escrito planteando el incidente, el Tribunal dará traslado del mismo, con la documentación que lo acompañe, a los interesados a fin de que, durante el plazo de diez días hábiles, puedan alegar cuanto estimen oportuno.*

Evacuado el trámite anterior o, en su caso, transcurrido el plazo para ello, el Tribunal resolverá el incidente en el plazo de cinco días hábiles”.

En el supuesto analizado, el escrito promoviendo el incidente se ha presentado ante este Tribunal y se remitió al órgano de contratación, que no ha enviado informe al respecto ni la documentación generada con posterioridad a la notificación de nuestra Resolución 280/2023. Se ha superado el plazo otorgado a fin de que el Ayuntamiento informase, más aún cuando existe una nueva publicación de fecha 28 de agosto de 2023 posterior a ponerle de manifiesto la existencia de este incidente de ejecución. Asimismo, en el procedimiento de recurso que dio origen a la resolución del Tribunal y cuyo cumplimiento es objeto de este incidente, no se personó ningún interesado, razón por la que debe sin más resolverse el incidente de ejecución planteado.

CUARTO. Fondo del asunto: alegaciones de las partes con relación al incidente de ejecución promovido.

Examinados los requisitos previos de admisión del incidente, procedemos a analizar la cuestión deducida en el mismo. A efectos de resolver el incidente de ejecución, se han de tener en cuenta los siguientes extremos de interés:

- Los actos impugnados a través del recurso especial 244/2023 eran dos, el acuerdo de 13 de abril de 2023 de la mesa de contratación de exclusión de su oferta y la resolución de 8 de mayo de 2023 de adjudicación. La Resolución de este Tribunal 280/2023 estimó la pretensión del recurso, anulando la exclusión y acordando la retroacción de actuaciones para que la mesa le requiriera, a efectos del artículo 150.2 LCSP, dado que era el propuesto como adjudicatario, en la forma legal citada en dicha resolución, y no por una supuesta vía telefónica, (como ponía de manifiesto el órgano de contratación en el informe al recurso especial), la subsanación de los defectos en la documentación aportada para acreditar la solvencia técnica o profesional.

- En cumplimiento de la resolución del Tribunal, el órgano de contratación no solo no ha realizado ninguna actuación para ejecutar lo dispuesto en ella, sino que sin respetar la suspensión automática que prevé el artículo 53 de la LCSP, habría procedido a seguir realizando actuaciones por la vía de los hechos. Así consta en la publicación realizada en el perfil del contratante de la Plataforma de Contratación del Sector Público que el 28 de agosto se publicó la adjudicación del contrato. Respecto del lote 1 aparece la adjudicación a Transportes y



Excavaciones Javira S.L., sin que se haya comunicado de qué forma se habría procedido a dar cumplimiento a la resolución de este Tribunal.

Señala dicha publicación que la fecha del acuerdo es de 25 de agosto de 2023 (aclarándose que se rectifica la fecha de adjudicación, siendo la nueva fecha esa y no la de 8 de mayo), sin embargo sigue siendo, según la información del perfil del contratante, el plazo de formalización “de 30 de mayo a 2 de junio de 2023”.

- Solicitada información de nuevo al respecto de cómo se ha procedido a dar cumplimiento a nuestra resolución, no se ha remitido por dicho Ayuntamiento la misma.

Expuesto lo anterior, procede analizar la cuestión suscitada en el incidente promovido y las alegaciones del órgano de contratación frente al mismo.

1. Alegaciones de la persona física en el incidente promovido.

1. Inexistencia de plazo de subsanación concedido y actuaciones materiales que indican que las obras se están ejecutando con suministros coincidentes con los del lote 1, cuya adjudicación fue suspendida durante la tramitación del recurso especial 244/2023.

Señala que aún no se le había notificado “*de manera electrónica requerimiento alguno de subsanación de la documentación acreditativa de la solvencia técnica.*”

Asimismo, que “*tampoco se ha notificado a esta parte ni publicado en el perfil del contratante acuerdo alguno del órgano de contratación dando cumplimiento a la Resolución 280/2023, de 2 de junio, dictada por el Tribunal al que tenemos el honor de dirigirnos.*”

Alega que “*las obras a cuya ejecución se destina el suministro objeto del expediente de contratación 2022/6964/GEX 2022/5964 han seguido su curso, pudiendo apreciarse que en la ejecución de las mismas se ha empleado maquinaria como la que es objeto del lote 1, circunstancia que corroboran las siguientes imágenes, tomadas en días posteriores a la notificación de la Resolución estimatoria del recurso especial en materia de contratación interpuesto por esta parte. Tales obras siguen ejecutándose en la actualidad.*”

Aporta como pruebas determinadas fotografías, siendo dicha empresa, Transportes y Excavaciones Javira S.L, la que presuntamente estaba llevando a cabo las obras en el mismo mes de junio. Es decir, con dos meses de anterioridad al dictado del nuevo acuerdo de adjudicación, de 25 de agosto de 2023.

Reclama que dado que el recurso se estimó, bien debe retrotraerse al momento del requerimiento ex 150.2 LCSP, anulándose el acuerdo de la mesa y la adjudicación, por tanto, como acto posterior, y una vez resuelto y retrotraído el procedimiento al trámite viciado de nulidad, proseguir con el procedimiento de adjudicación. Subsidiariamente solicita que “*de no ser ya lo anterior posible por haber sido adjudicado indebidamente a un tercero el contrato omitiendo el procedimiento legalmente establecido*” solicita que “*se fije por ese Tribunal los términos indemnizatorios y compensatorios que a esta mercantil le correspondan.*”

2. Alegaciones del órgano de contratación al incidente promovido .

No ha contestado en plazo, habiéndosele requerido que aporte determinada documentación que este Tribunal, de oficio ha comprobado a efectos de indagar qué habría ocurrido con ocasión del artículo 57.4 LCSP ante el incidente de ejecución promovido.



QUINTO. Fondo del asunto: consideraciones del Tribunal.

Expuestos los antecedentes necesarios y las alegaciones de las partes, procede examinar si el órgano de contratación ha ejecutado o no adecuadamente la Resolución 280/2023 de este Tribunal.

Dicha resolución resolvía estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por D. Francisco Jesús Cantero Gómez contra el acuerdo de 13 de abril de 2023 de la mesa de contratación de exclusión de su oferta y la resolución de 8 de mayo de 2023 de adjudicación del contrato “*anulando los actos impugnados, retro trayendo las actuaciones de conformidad con lo expuesto en el Fundamento de Derecho Sexto, a cuyo tenor deben retrotraerse al momento del requerimiento ex 150.2 LCSP, anulándose el acuerdo de la mesa y la adjudicación, por tanto, como acto posterior, y una vez resuelto y retrotraído el procedimiento al trámite viciado de nulidad, proseguir con el procedimiento de adjudicación*”.

Es decir, debía concretar el defecto u omisión apreciado por la mesa, qué debía subsanarse y conceder el plazo de subsanación de tres días hábiles contemplado en el pliego, con indicación precisa de la documentación específica que considerara pertinente que se aportara para llevar a cabo la misma. El requerimiento de subsanación debía ser notificado electrónicamente al recurrente. No se ha respetado el contenido de la Resolución nº 280/2023 y dicho requerimiento no se ha llevado a efecto. El órgano de contratación ni respetó la suspensión automática producida con la interposición del recurso 244/2023, ni ha respetado la ejecutoriedad de la resolución 280/2023, de 2 de junio, es decir, ha continuado ejecutando las obras por medio de suministros no contratados a través de esta licitación, desconociéndose el modo ni con quien se ha contratado. Incluso como pone de manifiesto la persona recurrente se habrían suministrado incluso antes de la adjudicación que figura en el perfil del contratante de la Plataforma de Contratación del Sector Público. Actuación realizada por la vía de los hechos dado que no consta justificación alguna al respecto.

El art. 57.2 de la LCSP, señala que “*La resolución del recurso estimará en todo o en parte o desestimará las pretensiones formuladas o declarará su inadmisión, decidiendo motivadamente cuantas cuestiones se hubiesen planteado. En todo caso, la resolución será congruente con la petición y, de ser procedente, se pronunciará sobre la anulación de las decisiones no conformes a derecho adoptadas durante el procedimiento de adjudicación... así como, si procede, sobre la retroacción de actuaciones...*”.

El art. 59 de la LCSP expresa que “*las resoluciones de los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales son directamente ejecutivas y contra ellas no cabe ningún recurso más en vía administrativa, ni su revisión de oficio por parte del Tribunal. La única vía impugnatoria de las mismas es el recurso jurisdiccional contencioso-administrativo*”.

De acuerdo con ello, el artículo 36.1 del Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, dispone que:

“Las resoluciones que pongan fin al procedimiento de recurso se ejecutarán por el órgano de contratación autor del acto impugnado con sujeción estricta a sus términos...

Cuando proceda la retroacción del procedimiento, la anulación de trámites ordenada por el Tribunal no será obstáculo para que se mantenga la validez de aquellos actos y trámites cuyo contenido hubiera permanecido igual de no haberse cometido la infracción”.

Por tanto, habiéndose ordenado la anulación de los acuerdos impugnados y la retroacción de actuaciones para permitir al recurrente subsanar la documentación acreditativa de la solvencia técnica, debió procederse a la realización de dicho trámite para cumplir lo acordado por ese Tribunal. La omisión de cualquier actuación



conducente a ello, y la posterior contratación prescindiendo total y absolutamente del procedimiento establecido impone la estimación del incidente, de tal forma que sin perjuicio de otras consideraciones y efectos que en Derecho puede merecer la desobediencia de la Resolución 280/2023 de este Tribunal, procede la anulación de cualquier actuación posterior a dicha Resolución, a través del correspondiente procedimiento de revisión de oficio. Siendo imposible ya la ejecución del contrato por parte de la persona física recurrente, y no siendo posible la adjudicación a la persona recurrente debe ser indemnizada conforme a los argumentos y cuantía que se expone en el siguiente fundamento de Derecho.

SEXTO. Sobre la indemnización solicitada por la persona recurrente.

1. Sobre la solicitud de indemnización realizada por la persona física recurrente.

El artículo 58.1 LCSP señala que: *“1. El órgano competente para la resolución del recurso, a solicitud del interesado, podrá imponer a la entidad contratante la obligación de indemnizar a la persona interesada por los daños y perjuicios que le haya podido ocasionar la infracción legal que hubiese dado lugar al recurso, resarciéndole, cuando menos, de los gastos ocasionados por la preparación de la oferta o la participación en el procedimiento de contratación. La cuantía de la indemnización se fijará atendiendo en lo posible a los criterios establecidos en el Capítulo IV del Título Preliminar de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público”.*

Es decir, la tramitación de esta solicitud de indemnizar debe realizarse conforme a las reglas y principios de la responsabilidad patrimonial.

Por otro lado, el artículo 33 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales aprobado por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, recoge la indemnización de daños y perjuicios, señalando que:

“El Tribunal, en el caso de estimar el recurso, podrá apreciar en su resolución, a instancia del recurrente, los daños y perjuicios derivados para él de la actuación del órgano de contratación fijando al efecto la indemnización a satisfacer por ello. Entre los daños indemnizables podrán incluirse los gastos necesariamente originados por la intervención en el procedimiento de recurso incluidos los derivados de la práctica de prueba. En todo caso deberá tratarse de daños y perjuicios reales, efectivos y evaluables económicamente”.

A efectos de determinar la indemnización procedente conforme a dichos preceptos en fecha 26 de septiembre de 2023 se ha procedido a requerir a la recurrente la cuantificación de los perjuicios reales efectivos y evaluables económicamente, los cuales han sido solicitados en los siguientes conceptos:

En el concepto del beneficio dejado de percibir conforme a la oferta realizada, 3.058,94 euros. Por otro lado, en los gastos de servicios de Letrado en la redacción del escrito promoviendo el incidente de ejecución en 181,50 euros. Es decir, una indemnización por importe total de 3.240,44 euros.

Es decir, de acuerdo con el artículo 58.1 de la LCSP, la persona física recurrente solicita que se le imponga a la entidad contratante por este Órgano, la obligación de indemnizar a la persona interesada por los daños y perjuicios ocasionados. El artículo 58 de la LCSP señala que será, cuando menos, de los gastos ocasionados por la preparación de la oferta o la participación en el procedimiento de contratación. La cuantía de la indemnización se fijará atendiendo en lo posible a los criterios establecidos en el Capítulo IV del Título Preliminar de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP). El órgano de contratación, a pesar de



haber tenido conocimiento de ello, no se ha pronunciado sobre ello en el plazo de alegaciones realizado a efectos del incidente de ejecución que se tramita.

En cuanto a la responsabilidad de las administraciones públicas, hay que resaltar que el artículo 32 de la LRJSP establece que los particulares tendrán derecho *“a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos”*.

Del mismo modo, informa de una cuestión troncal, y es la de las características que deben objetivarse en el daño alegado: *«... el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas.»*.

En síntesis, el sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas tiene como presupuestos o requisitos los siguientes:

- 1) Que exista en el particular una lesión de sus bienes o derechos real, concreta y susceptible de evaluación económica;
- 2) Que la lesión sea antijurídica, en el sentido de que el perjudicado no tenga obligación de soportarla;
- 3) Que la lesión sea imputable a la Administración y consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos y;
- 4) Que, exista una relación de causa a efecto entre el funcionamiento del servicio y la lesión, y no sea ésta consecuencia de un caso de fuerza mayor.

El título de imputación de la responsabilidad patrimonial por los daños o perjuicios generados por el funcionamiento normal o anormal de los servicios no consiste sólo en la actividad generadora del riesgo, sino que radica singularmente en el carácter inadecuado de la tramitación del procedimiento de contratación llevado a cabo.

De los hechos denunciados en el incidente de ejecución y de la información existente en la Plataforma de Contratación del Sector Público podemos apreciar todos los elementos anteriormente enumerados, pues en efecto ha existido una lesión, pues la lesión surge por no respetar el Ayuntamiento la suspensión automática del art. 53 de la LCSP y por no atender a la ejecutoriedad de nuestra resolución 280/2023 de 2 de junio, omitiendo su existencia cuando con posterioridad, se ha llevado a cabo el 28 de agosto de 2023 una publicación en la misma plataforma de contratación, de la adjudicación, sin llevar a cabo la anulación material de la adjudicación de 8 de mayo de 2023, y retroacción del procedimiento, es decir, no ha llevado a cabo el requerimiento de subsanación. Ha procedido a sustituir el acuerdo por otra fecha, pero no consta nueva sesión de la mesa de contratación, ni el acuerdo formal de adjudicación, tras hacer ejecutar la resolución 280/2023, de 2 junio. Ello, además de otras posibles consecuencias jurídicas para los responsables de obviar el acatamiento de la resolución de este Tribunal, obviamente ha privado de la potencial adjudicación a la persona física que promueve este incidente, dado que era la persona propuesta como adjudicataria, por lo que existe un previsible lucro cesante correspondiente al beneficio industrial contenido en su oferta, mejor clasificada.

Los hechos acaecidos son constitutivos de una desviación de poder, pues es predicable del órgano del órgano de contratación el ejercicio de sus potestades, la de dictar el acto de adjudicación (formal o verbal), con una finalidad distinta, pues ello queda confirmado al apartarse de los preceptos de obligado acatamiento de la LCSP. Ello supone que este comportamiento que se ha puesto de manifiesto deba reputarse, por un lado, como antijurídico.



Asimismo, la imputabilidad es consustancial al incumplimiento de dar ejecución a la resolución de este Tribunal. Existe un reconocimiento que lleva aparejada la existencia de una imputabilidad de los hechos.

Puede concluirse que existe una lesión antijurídica que va más allá del riesgo de aquel que participa en una licitación, pues dadas las circunstancias no tiene el deber de soportar y ello supone además que exista un nexo causal.

Por otro lado, y en cuanto a los requisitos procesales de la solicitud de indemnización, y en aplicación de la remisión normativa establecida en el artículo 60.4 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa debe tenerse en cuenta que rige en el proceso contencioso-administrativo el principio general, inferido del artículo 1214 del Código Civil, que atribuye la carga de la prueba a aquél que sostiene el hecho, así como los principios consecuentes que atribuyen la carga de la prueba a la parte que afirma, no a la que niega y que excluye de la necesidad de probar los hechos notorios y los hechos negativos.

Este Tribunal ha de partir del criterio de que cada parte soporta la carga de probar los datos que, siendo notorios y quedando probados, constituyen el supuesto de hecho de la norma cuyas consecuencias jurídicas invoca a su favor, todo ello sin perjuicio de que la regla pueda intensificarse o alterarse, según los casos, en aplicación del principio de la buena fe en su vertiente procesal, mediante el criterio de la facilidad, cuando hay datos de hecho que resultan de clara facilidad probatoria para una de las partes. Teniendo esto en cuenta el daño debe ser efectivo, es decir no hipotético ni contingente, que sea económicamente evaluable y que sea individualizado. A la vista del recurso y la documentación que se acompaña se ha producido ese daño efectivo producido a la entidad recurrente, justificando los gastos que le ha causado participar en la licitación, así como el beneficio industrial algo que en este caso además estimamos que podría considerarse que tiene el deber de soportar, dado que pese a la estimación del recurso la misma ha sido excluida sin más y que no se haya visto satisfecha su pretensión de ser la adjudicataria previsible del contrato.

Sin embargo, la recurrente no ha remitido una justificación de los gastos que alega, por lo que, si bien existen daños y perjuicios, estimamos que lo único que queda acreditado es lo que puede determinarse de la oferta total que consta en el expediente de contratación. Siendo ésta de 24.674,47 euros, aplicando un 6% a efectos de calcular de beneficio industrial, la indemnización quedará fijada en 1.480,47 euros.

Este Tribunal incluye el Impuesto sobre el Valor añadido (IVA) de acuerdo con la consideración final que se realiza en este fundamento de Derecho.

2. Sobre la acción de regreso.

La Disposición Final 28ª de la LCSP señala que:

“1. La responsabilidad patrimonial de las autoridades y del personal al servicio de las Administraciones Públicas derivada de sus actuaciones en materia de contratación pública, tanto por daños causados a particulares como a la propia Administración, se exigirá con arreglo a lo dispuesto en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Régimen Jurídico del Sector Público, así como en la normativa reglamentaria de desarrollo de la misma.

2. La infracción o aplicación indebida de los preceptos contenidos en la presente Ley por parte del personal al servicio de las Administraciones Públicas dará lugar a responsabilidad disciplinaria, que se exigirá conforme a la normativa específica en la materia”.



No es más que trasladar al ámbito de la contratación pública, las consecuencias de la responsabilidad extracontractual recogida en el artículo 36. 2 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Régimen Jurídico del Sector Público cuando señala que:

“La Administración correspondiente, cuando hubiere indemnizado a los lesionados, exigirá de oficio en vía administrativa de sus autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido por dolo, o culpa o negligencia graves, previa instrucción del correspondiente procedimiento.”

Para la exigencia de dicha responsabilidad y, en su caso, para su cuantificación, se ponderarán, entre otros, los siguientes criterios: el resultado dañoso producido, el grado de culpabilidad, la responsabilidad profesional del personal al servicio de las Administraciones públicas y su relación con la producción del resultado dañoso.”

El procedimiento para la exigencia de la responsabilidad al que se refiere se sustanciará conforme al apartado 4 d de dicho precepto.

3. Consideración a mayor abundamiento sobre la nulidad de las actuaciones realizadas.

La nulidad de las actuaciones realizadas por la vía de hecho y que constituyen una desviación de poder, deben ser anuladas instando el órgano de contratación su revisión de oficio de acuerdo con las reglas del título V de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Teniendo en cuenta los límites del artículo 106 de este texto legal, así como los pronunciamientos jurisprudenciales en la materia. A título de ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 2015 (RC 475/2014), que trae a colación la doctrina del enriquecimiento sin causa, aplicada ya por la jurisprudencia a casos semejantes (FJ 8º), debiendo detraerse el 6% de beneficio industrial para el servicio prestado sin contrato (FJ 10º y 11º).

En este sentido, el artículo 42.1 de la LCSP, expresa que *“la declaración de nulidad de los actos preparatorios del contrato o de la adjudicación, cuando sea firme, llevará en todo caso consigo la del mismo contrato, que entrará en fase de liquidación, debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo y si esto no fuese posible se devolverá su valor”*, añadiendo que *“la parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido”*. La revisión de oficio de un acto administrativo, acordada por órgano competente, que declara nulo de pleno derecho, trae como consecuencia que dicho acto no produjo, o no debió hacerlo, ningún efecto jurídico. Téngase en cuenta el tenor de lo dispuesto en la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de enero de 2013, la cual menciona que no incluirá el beneficio industrial la indemnización, porque únicamente se abona en el caso de que la Administración sea la única culpable, lo cual no parece que sea el caso dado que la empresa que ha resultado adjudicataria no podía desconocer la existencia del recurso, pues fue notificada para realizar alegaciones ante este Tribunal. Los conceptos de lucro cesante y de beneficio industrial, ha de ser objeto de indemnización cuando se produce la resolución de contrato por incumplimiento de las obligaciones, pero no en el caso de nulidad del contrato, precisamente porque no debería desplegar ningún efecto y menos los que supone un contrato válido. En definitiva, así las cosas, la indemnización que procede se corresponde con el coste del servicio, suministro o de la obra, descontando el beneficio industrial del 6% y aplicado el IVA, una vez detraído dicho beneficio.

Sin perjuicio de que la consideración se realiza a mayor abundamiento, y con relación a ello al respecto del IVA soportado, cumple mencionar que la Consulta V 1409/2016 de 6 abril 2016 de la Dirección General de Tributos señala que *“no forman parte de la base imponible del IVA cuando no tienen como contrapartida un acto de consumo, aunque si se integran en la base imponible aquellas cuyo pago implica la entrega de un bien o la prestación de un servicio, en la medida en que, por sí mismas, suponen un acto de consumo y por ello quedan*



sujetas al impuesto”. Ello trasladado a nuestro supuesto supondría que se considerase sujeto al IVA aquel acto de consumo que sea de gasto, y que fuera generado o no por los trámites procedimentales ordinarios, ya que el artículo 78. Tres 1º de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del IVA señala que las cantidades percibidas por razón de indemnizaciones no forman parte de la base imponible del IVA, pero solo cuando no puedan considerarse contraprestación de entregas de bienes o prestaciones de servicios. Es decir, aunque sea mediante indemnización, lo que se está pagando realmente son los servicios prestados e incluido en la base imponible sujeta al impuesto, detráido el importe correspondiente al beneficio industrial.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal,

ACUERDA

PRIMERO. Estimar el incidente de ejecución promovido por física **D. F.J.C.G.** respecto a la Resolución de este Tribunal 280/2023, de 2 de junio, por la que se estimó el recurso especial en materia de contratación interpuesto por aquel contra el acuerdo de 13 de abril de 2023 de la mesa de contratación de exclusión de su oferta y la resolución de 8 de mayo de 2023 de adjudicación del contrato denominado «Suministro de materiales para ejecución de las obras: “Reurbanización C/ Batalla de Munda”, “Reurbanización C/ Levante”, “Reurbanización Varias Calles Barriada Generación del 27 (Fase III)” y “Reordenación del Acceso al Polideportivo y Gimnasio Municipal”», (Expte. 2022/6964/GEX 2022/5964), respecto del lote 1, convocado por el Ayuntamiento de Nueva Carteya (Córdoba), al no haberse ejecutado aquella resolución con sujeción estricta a sus términos.

SEGUNDO. De conformidad con lo establecido en el artículo 57.4 de la LCSP, el órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la presente resolución, así como del inicio del correspondiente procedimiento de la acción de regreso y de revisión de oficio respecto de las actuaciones realizadas en materia de contratación sobre el citado lote nº1 con posterioridad a la resolución 280/2023, de 2 de junio.

TERCERO. Remitir a los interesados en dicho procedimiento de contratación, la presente resolución por parte del órgano de contratación a los efectos que aquellos convenga.

CUARTO. Remitir por el órgano de contratación al órgano competente en materia de personal de dicha entidad, la presente resolución a los efectos previstos en la disposición adicional vigésimo octava de la LCSP, dado el incumplimiento de las obligaciones formales, con relación al incumplimiento de la obligación de informar a este Tribunal como consecuencia del dictado de la resolución 280/2023 de 2 de junio.

QUINTO. Remitir la presente resolución a la Secretaría General de Administración Local, dependiente de la Consejería de Justicia, Administración Local y Función Pública, a los efectos previstos en la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local y en la Ley 5/2010, de 11 de junio, de autonomía local de Andalucía, dado el incumplimiento del Ayuntamiento de Nueva Carteya de las obligaciones que le impone la normativa sobre el recurso especial en materia de contratación, puesto de manifiesto en esta resolución.

SEXTO. Fijar la indemnización que deberá abonar el órgano de contratación a la persona recurrente en la cantidad de 1.480,47 euros.

NOTIFÍQUESE la presente resolución a las personas interesadas en el procedimiento.



Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

