

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Rollo de apelación nº 39/2013

SENTENCIA Nº 870/2016

Ilmos. Sres.:

Presidente

Magistrados

En la Ciudad de Barcelona, a treinta de noviembre de dos mil dieciséis.

LA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA (SECCIÓN QUINTA) ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el recurso de apelación nº 39/2013, interpuesto por la entidad mercantil [REDACTED], representada por el Procurador D. [REDACTED] y dirigida por el Letrado D. [REDACTED] contra la sentencia dictada el 8 de octubre de 2012 por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 12 de Barcelona, en el procedimiento ordinario nº 415/2008, siendo partes apeladas el AYUNTAMIENTO DE MOLLET DEL VALLÈS, representado por el Procurador D. [REDACTED] y dirigido por el Letrado [REDACTED] la entidad MOLLET IMPULSA S.L. (antes PROMOCIÓ DE SOL MUNICIPAL DE MOLLET S.L.), representada por el Procurador D. [REDACTED] y dirigida por el Letrado [REDACTED] y la entidad [REDACTED], representada por el Procurador D. [REDACTED] y dirigida por el Letrado D. [REDACTED]

Ha sido Ponente el Magistrado Ilmo. Sr. [REDACTED] quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el procedimiento ordinario nº 415/2008, seguido ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 12 de Barcelona, se dictó sentencia en fecha 8 de octubre de 2012, desestimatoria del recurso dirigido contra la resolución desestimatoria presunta por silencio administrativo del recurso interpuesto por la

entidad actora contra el acuerdo de 26 de marzo de 2008, por el que se resolvió en favor de la entidad [REDACTED] el concurso público convocado para la enajenación de la finca T-1 del PAU 1 "La Vinyota" de Mollet del Vallès.

SEGUNDO.- Contra la referida sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación de la parte actora, que fue admitido en ambos efectos, dándose traslado del mismo a la contraparte para que formalizase su oposición en el plazo legal.

TERCERO.- Elevadas las actuaciones a esta Sala, se acordó formar el oportuno rollo de apelación, se designó Magistrado Ponente y, no habiéndose solicitado el recibimiento a prueba en esta alzada ni la celebración de vista, se señaló fecha para la votación y fallo del recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Como se ha expuesto en los antecedentes, la sentencia apelada ha desestimado el recurso dirigido contra la resolución desestimatoria presunta por silencio administrativo del recurso interpuesto por la entidad actora contra el acuerdo de 26 de marzo de 2008, por el que se resolvió en favor de la entidad [REDACTED] el concurso público convocado para la enajenación de la finca T-1 del PAU 1 "La Vinyota" de Mollet del Vallès.

Disconforme con esta sentencia, la parte actora interpone el presente recurso de apelación, en el que se sostiene que la oferta presentada por la codemandada [REDACTED] debió ser inadmitida por los siguientes motivos: a) por cuanto dicha oferta fue suscrita por quien carecía de facultades de representación de la compañía; b) por haber sido presentada fuera de plazo; c) porque incumplía la normativa urbanística y comercial aplicable, pese a la exigencia que contenía al respecto el pliego de condiciones; y d) porque la oferta se sometía a diversas condiciones suspensivas, que no venían admitidas por el pliego. Además de lo expuesto, la recurrente considera que no se valoraron adecuadamente los criterios de adjudicación relativos a los apartados "mejora de la oferta económica" y "proyecto a desarrollar, usos y actividades".

SEGUNDO.- Por lo que respecta al primero de los citados motivos de impugnación, la recurrente considera que el apoderado que suscribió la oferta presentada por la codemandada y hoy apelada [REDACTED] (en lo sucesivo [REDACTED]) carecía de facultades suficientes para ello, por lo que se incumplió un requisito esencial, y que la posterior ratificación realizada por el Consejero Delegado no puede subsanar la ausencia de este requisito, por haberse presentado en un momento posterior a la presentación de la oferta. En resumen, la tesis que sostiene la recurrente consiste en afirmar que sólo es subsanable la falta de acreditación de un poder preexistente, lo que constituye un mero defecto formal, pero no la inexistencia del poder en el momento en que se presentó la oferta.

Este argumento no puede ser compartido, por lo que ha de entenderse que la ratificación otorgada en este caso por el Consejero Delegado de la sociedad es

admisible, tal como lo ha entendido la sentencia apelada. Es cierto que existen diversos antecedentes, como los que refiere la recurrente, que se pronuncian en el sentido que sostiene dicha parte. Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha pronunciado mayoritariamente en un sentido más favorable a la posibilidad de subsanar un defecto formal de estas características. Como afirma la sentencia de dicho Alto Tribunal de 21 de septiembre de 2004:

"El criterio expuesto toma en cuenta que una interpretación literalista de las condiciones exigidas para tomar parte en los procedimientos administrativos de contratación, que conduzca a la no admisión de proposiciones por simples defectos formales, fácilmente subsanables, es contraria al principio de concurrencia, que se establece en el artículo 13 de la Ley de Contratos del Estado, de 8 de abril de 1.965, así como que la preclusión de aportaciones documentales tiene por objeto evitar sorpresas para los demás concursantes, o estrategias poco limpias, pero no excluir a los participantes por defectos en la documentación de carácter formal, no esencial, que, como hemos dicho, son subsanables sin dificultad, doctrina que se encuentra recogida en anteriores sentencias de la Sala, como las de 22 de junio de 1.972, 27 de noviembre de 1.984 y 19 de enero de 1.995.

(...)

Además del criterio legal, apoyan esta valoración:

a) *La jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en STC 141/93 de 22 de abril, refiriéndose al artículo 25 del RGCE, no derogado por el R.D. 390/96 al prescribir el modo de acreditar documentalmente la personalidad de la empresa ante la Administración, entiende que es una norma formalista y de procedimiento, que no cumple la condición básica.*

b) *La jurisprudencia de esta Sala, en STS, 3ª, de 5 de junio de 1971, 22 de junio de 1972, 27 de noviembre de 1984, que insisten en las posibilidades subsanadoras, prohibiendo la limitación de concurrencia, frente a la tesis de la sentencia recurrida y la posterior STS, 3ª, de 30 de noviembre de 1992 de la Sección 4ª de la Sala 3ª que distingue, según el artículo 97 RGCE los documentos que deben presentarse y acompañarse obligatoriamente con la proposición licitatoria y los demás previstos en el pliego que de no presentarse, pueden hacerse valer en cualquier momento anterior a la formalización del contrato, lo que permite concluir reconociendo la prevalencia del principio antiformalista en la jurisprudencia y así lo reconoce la STS, 3ª, de 28 de septiembre de 1995, en relación con la no aportación del certificado de la Seguridad Social, máxime cuando en el anuncio no se expresaba que la proposición debería ir acompañada de los documentos en la forma reconocida por la sentencia anterior.*

También son aplicables los precedentes criterios de esta Sala y Sección en sentencia de 6 de julio de 2004, en asunto similar al aquí estudiado".

Aplicando esta doctrina jurisprudencial en el presente caso, debe concluirse que la subsanación de un defecto formal como el que se denuncia resulta ser admisible, puesto que no ha alterado las condiciones de libre concurrencia entre los participantes en el concurso, lo que conduce a desestimar este primer motivo de

impugnación.

TERCERO.- A idéntica conclusión debe llegarse en cuanto se refiere a la presentación extemporánea de la oferta de [REDACTED]. Aunque no se discute que el plazo finalizaba el 22 de diciembre de 2007, tampoco se pone en cuestión que el Registro permaneció cerrado aquel día y los sucesivos, con motivo de las fiestas navideñas, hasta el siguiente día 27, que fue cuando se presentó la oferta. En consecuencia, si se tiene en cuenta que el anuncio publicado en el Boletín Oficial de la Provincia de 23 de octubre de 2007 disponía que las ofertas debían presentarse necesariamente en el domicilio de la entidad adjudicadora, no puede considerarse extemporánea la presentación realizada en el primer día hábil siguiente a la fecha de finalización del plazo, en que el Registro se hallaba cerrado y, por ello, debe equipararse a un día inhábil.

CUARTO.- En cuanto se refiere al incumplimiento de la normativa urbanística y comercial que denuncia la recurrente, debe partirse de lo dispuesto en los apartados V y VI de las bases que rigieron la licitación de la finca de autos, según los cuales *"els projectes proposats s'han d'adequar a la normativa urbanística que afecta les finques continguda en el POUM vigent, així com a la normativa sectorial d'aplicació"* y *"els projectes proposats s'han d'adequar a la normativa d'equipaments comercials vigent"*.

Es cierto que las bases hacen un énfasis especial en el cumplimiento de las referidas disposiciones urbanísticas y comerciales. Sin embargo, no cabe apreciar que se haya producido una vulneración de las mismas, en los términos que sostiene la parte apelante.

Así, en cuanto se refiere a la vulneración de las normas urbanísticas, la recurrente se refiere al artículo 52 de las mismas, que exige agotar como mínimo el 90% del techo edificable que el Plan de ordenación urbanística municipal (POUM) otorgue a la finca de que se trate, lo que no ocurría en la oferta presentada por Decathlon por una escasa diferencia de un 2%, puesto que sólo se contemplaba una edificación que agotaba un 88% del techo edificable. Sin embargo, lo más relevante es que el citado artículo 52 de las Normas urbanísticas del POUM dispone expresamente que este requisito ha de cumplirse **en la solicitud de licencias de obras de construcción, reconstrucción y ampliación de edificios**. En consecuencia, no se trata de un requisito que pueda ser predicado de la oferta, sino de la posterior licencia de obras, momento en que han de concretarse los detalles de la edificación. Es por ello que no cabe considerar que este hecho pudiera determinar la inadmisión de la oferta de [REDACTED].

QUINTO.- Por lo que respecta a la normativa sobre aparcamientos, la sentencia apelada ha desestimado las argumentaciones de la recurrente, partiendo de que la Dirección General de Comercio había otorgado la correspondiente licencia comercial, sin apreciar ninguna infracción a este respecto. Por su parte, la parte apelante sostiene que no basta con la obtención de dicha licencia sectorial, sino que han de cumplirse de forma cumulativa los requisitos que se contienen en las

disposiciones urbanísticas, además de las contenidas en las normas sectoriales de comercio.

Debe partirse de lo dispuesto en el artículo 146.3 de las Normas urbanísticas del POUM, según el cual:

“d) Edificis amb locals comercials.

Una plaça d'aparcament per cada seixanta metres quadrats (60 m2) en aquells locals de superfície superior a tres-cents metres quadrats (300 m2) de superfície construïda. En qualsevol cas, pel que fa als establiments comercials, s'estarà al que disposi la normativa vigent sobre equipaments comercials”.

Dicho precepto debe ser interpretado en el sentido de que las plazas mínimas de aparcamiento que se contemplan en el mismo se refieren a los edificios con locales comerciales, es decir, a aquellas edificaciones destinadas a otros usos que incluyan asimismo locales de esa naturaleza. Sin embargo, cuando se trata de establecimientos comerciales, o sea de edificios destinados exclusivamente a esta finalidad, existe una remisión a lo que disponga la normativa vigente sobre equipamientos comerciales. En definitiva, se prevé la aplicación de la *lex specialis* constituida por la normativa sectorial de comercio.

En consecuencia, deben confirmarse los pronunciamientos de la sentencia apelada sobre este particular, que ha partido de la concesión sin reserva alguna de la licencia comercial por parte de la Dirección General correspondiente, a lo que cabe añadir que tampoco se ha acreditado en este proceso ningún incumplimiento de la referida normativa sectorial.

SEXTO.- También se denuncia el incumplimiento de la normativa comercial, en la medida en que la oferta presentada por [REDACTED] contempla una futura ampliación del establecimiento hasta una superficie de 6.000 m2, cuando ni la Ley de Equipamientos Comerciales, ni el Plan Territorial Sectorial (PTSEC), ni el Programa de orientación de equipamientos comerciales (POEC) admiten en el lugar un establecimiento de 6.000 m2 de superficie de venta.

Sin embargo, el examen del expediente administrativo (folio 197) permite apreciar que dicha ampliación se contempla como una mera hipótesis de futuro, bajo el epígrafe de “escenario a medio plazo”. Como es obvio, la materialización de tal proyecto dependerá de la evolución operada en la normativa aplicable en el momento de que se trate, y no condiciona la viabilidad de la oferta presentada por Decathlon, que se limita en lo actual y concreto a la superficie de 3.000 m2 que se ajusta a las previsiones vigentes cuando aquélla fue materializada.

SÉPTIMO.- Como último de los motivos relativos a la inadmisibilidad de la oferta presentada por la entidad adjudicataria, la apelante alega que se introdujeron en la misma una serie de condiciones suspensivas que contravenían lo dispuesto en las bases de la convocatoria. La sentencia del Juzgado *a quo* ha considerado que se trata en realidad de variantes admitidas en el apartado VIII de las bases, por lo que

la oferta no podía ser rechazada.

La cuestión litigiosa ha de ser resuelta a la luz de lo dispuesto en los artículos 79.1 y 87 del Texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, que resulta aplicable por razones de temporalidad en el presente caso.

El primero de dichos preceptos establece que:

"1. Las proposiciones serán secretas y se arbitrarán los medios que garanticen tal carácter hasta el momento de la licitación pública. Se sujetarán al modelo que se establezca en el pliego de cláusulas administrativas particulares. Su presentación presume la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de dichas cláusulas sin salvedad alguna".

Por su parte, el artículo 87 dispone que:

"1. El órgano de contratación sólo podrá tomar en consideración las variantes o alternativas que ofrezcan los licitadores cuando el pliego de cláusulas administrativas particulares haya previsto expresamente tal posibilidad. En este supuesto, el pliego precisará sobre qué elementos y en qué condiciones queda autorizada la presentación de variantes o alternativas.

2. La circunstancia de autorización de variantes se hará constar, además, en el anuncio de licitación del contrato".

La aplicación combinada de ambos preceptos permite concluir que, por una parte, la presentación de una oferta supone la aceptación incondicionada del pliego de cláusulas, que constituye la *lex contractus*, sin que se admita salvedad alguna, mientras que los licitadores podrán ofrecer variantes o alternativas, pero sólo en la medida en que el pliego lo admita y, además, versen sobre los aspectos que expresamente se hayan precisado. La jurisprudencia del Tribunal Supremo, como es de ver en su sentencia de 3 de noviembre de 2011 (FJ 9º), ha incidido de forma reiterada en el carácter vinculante del pliego, cuya aceptación no admite salvedad alguna por parte de los licitadores.

Pues bien, en el presente caso, las bases de la convocatoria admitieron ciertamente la presentación de variantes, pero sólo en cuanto a las actividades concretas a que debía destinarse el inmueble, tal y como se desprende de su apartado VIII (folio 652 del expediente), según el cual:

"Destinació de l'activitat:

L'adjudicatària s'obliga a desenvolupar el projecte presentat a la licitació amb les activitats concretes que hagi fet constar en la seva proposició, amb les variants que hagin estat acceptades".

La presentación de una variante supone el ofrecimiento por parte del licitador de una mejora o solución alternativa que modifique en algún aspecto el contenido del proyecto previsto, pero siempre dentro de los límites establecidos en el pliego de

condiciones. Como se ha expuesto, en este caso la admisibilidad de las variantes se limitó al capítulo relativo al destino de la actividad, según se desprende del apartado VIII de las bases.

Desde esta perspectiva, no puede considerarse que las condiciones suspensivas a las que Decathlon sujetó su oferta constituyeran verdaderas variantes, sino reservas o salvedades que resultaban opuestas a la aceptación incondicional del pliego que exige el artículo 79.1 del Texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Así resulta de las siguientes consideraciones:

a) La propia empresa las califica como condiciones suspensivas, afirmando explícitamente que la validez y eficacia de su propuesta quedaba sometida a la aceptación de las mismas por parte del ente adjudicador.

b) Las condiciones impuestas por [REDACTED] no se refieren al destino de la actividad, único aspecto en el que se admitía la presentación de variantes, según el apartado VIII de las bases de la convocatoria.

c) Por su contenido, las condiciones no suponen en ningún caso el ofrecimiento de mejoras o soluciones alternativas, como es propio de las variantes, sino exigencias adicionales impuestas por el licitador, que exceden claramente de las previsiones contenidas en las bases. Así ocurre especialmente con las que se refieren a la realización de un determinado acceso directo a la finca, a la realización, con resultado positivo, de un ulterior estudio geotécnico del terreno, con el fin de comprobar las conclusiones obtenidas mediante las catas realizadas con anterioridad, y a la retirada de una torre de alta tensión. Como se puede apreciar, algunas de estas cuestiones son propias de la fase de ejecución del contrato, pero no justifican el condicionamiento de la validez y eficacia de la oferta presentada por la entidad que resultó adjudicataria.

Por todo ello, debe concluirse que la oferta de Decathlon debió ser inadmitida, al haber introducido una serie de condiciones suspensivas que implicaban otras tantas reservas al contenido de los pliegos, con infracción de lo dispuesto en el artículo 79.1 del Texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. No puede dejar de señalarse a este respecto que uno de los informes técnicos de valoración de las ofertas (folio 97 del expediente) ya señaló que *"el fet de condicionar l'oferta a l'obtenció d'autorització de l'accés des de la carretera (rotonda) representa una situació no prevista a les Bases del concurs i impediria de moment la resolució definitiva del concurs"*.

OCTAVO.- El anterior pronunciamiento hace necesario determinar la situación jurídica individualizada que procede reconocer a la recurrente. A este respecto, resultan plenamente aplicables las consideraciones que ya se contienen en la sentencia de esta Sala y Sección de 27 de mayo de 1994, confirmada por la del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 2000, sin más alteración que la referida a la normativa aplicable en cada caso por razones de temporalidad. Como se dijo en la primera de dichas sentencias:

"Una vez sentado lo anterior, deben precisarse las consecuencias que han de

extraerse de ello en orden a la resolución del concurso de autos. A este efecto, descartada la legalidad de la adjudicación que se efectuó en favor de (...), procede examinar si ha de declararse en este momento el derecho de la actora a que el concurso se resuelva en su favor. Ciertamente, los artículos 283.2 de la Ley Municipal y de Régimen Local de Cataluña y 36 de la Ley de Contratos del Estado contemplan la posibilidad de que la Administración declare desierto el concurso. Esta decisión, no obstante, sólo será procedente cuando las restantes proposiciones no reúnan las condiciones exigibles ni resulten satisfactorias en función de las finalidades que pretenda alcanzar la Administración convocante. A este respecto, aun teniendo en cuenta la jurisprudencia que ha relativizado el alcance del precepto, no cabe olvidar que el artículo 40.5 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales de 1953 limita la posibilidad de declarar desierto el concurso a los casos en que ninguno de los concurrentes cumpla las condiciones del Pliego.

En el caso ahora examinado, ninguno de los informes obrantes en el expediente administrativo, y especialmente el de la Comisión técnica de valoración constituida al efecto, permite extraer la conclusión de que la proposición presentada por la sociedad actora no sea aceptable en sí misma considerada y no resulte adecuada para la satisfacción de los fines que la Administración pretende alcanzar al convocar el concurso de autos. Por el contrario, se efectúa un examen comparativo entre ambas proposiciones que parte de la aptitud inicial de todas ellas para alcanzar dichas finalidades. En consecuencia, resulta procedente, tal y como "ad exemplum" efectúa la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de 1991 en un supuesto de análoga significación al presente, declarar el derecho de la actora a que se le adjudique el contrato de autos, puesto que: a) no resulta admisible la oferta de la agrupación de empresas a favor de la que la demandada efectuó dicha adjudicación, según lo antes expuesto; b) no existen otros licitadores; y c) no se aporta ningún dato que permita entender admisible y ajustado a Derecho que se declare desierto el concurso por no reunir la proposición de la actora las condiciones exigibles".

Por su parte la citada sentencia del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 2000, que confirmó la anterior, afirma que:

"El tercer motivo de casación del Ayuntamiento de (...) (alegaciones tercera a séptima), acogido al número 4º del artículo 95.1 de la Ley de la Jurisdicción, alude al problema de que la sentencia de instancia no se limitó a anular la concesión verificada por los acuerdos de 22 de marzo y 24 de diciembre de 1.991, sino que resolvió declarar el derecho de (...) a que el concurso de autos se resuelva a su favor.

A juicio del Ayuntamiento de (...) la sentencia de 27 de mayo de 1.994, al anular la adjudicación y decidir simultáneamente a favor de quien debe ser realizada, ha infringido los artículos 36 de la Ley de Contratos del Estado y 116 de su Reglamento, que, cuando regulan el desarrollo de los concursos, establecen que la Administración tendrá alternativamente la facultad de adjudicar el contrato a la proposición más ventajosa o de declarar desierto el concurso; se ha excedido del control de legalidad de la actividad administrativa que a los Tribunales atribuye nuestro ordenamiento, que, en una materia discrecional como la enjuiciada, no les permite sustituir el criterio de la Administración; ha infringido por indebida aplicación el artículo 40.5 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales, de 9

de enero de 1.953 , ya que la Ley y el Reglamento de Contratos del Estado no contienen la limitación que preveía el precepto citado; no ha tomado en cuenta que el Pliego exige (artículo 4) que el proyecto debe ser informado favorablemente por el Ayuntamiento y posibilita que el concurso pueda ser declarado desierto (artículos 24 y 26); infringe la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, según la cual, la apreciación de las aptitudes de determinados candidatos es una cuestión de discrecionalidad técnica, que escapa al control jurisdiccional (sentencia de 17 de mayo de 1.983), y la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que solo permite en estos casos la revisión de la legalidad de los actos recurridos; e infringe por último, siempre a juicio del Ayuntamiento de (...), el artículo segundo de la Ley Orgánica del Poder Judicial , al desbordar los límites del control judicial de la actividad administrativa.

El motivo debe ser desestimado. Las facultades discrecionales de la Administración ni en éste ni en ningún otro caso son omnímodas, no pudiendo ejercerse arbitrariamente, y estando sujetas al control de los Tribunales por medio de las diversas técnicas de control de la discrecionalidad, una de las cuales consiste en llevar a cabo dicho control por medio del examen y análisis de los hechos determinantes. La discrecionalidad administrativa no equivale ni significa exención del control judicial, posición adoptada por la jurisprudencia desde antiguo (cfr. sentencias de 3 de noviembre de 1.980, 24 de noviembre de 1.981 y 21 de febrero de 1.984). Como expresó la sentencia de 15 de junio de 1.984 toda norma, por imprecisa y ambigua que sea, y con independencia de la amplitud de la remisión a la apreciación administrativa que efectúe, tiene una estructura compuesta por un supuesto de hecho abstracto y una consecuencia jurídica, conectada a la concurrencia en la realidad de un supuesto de hecho concreto subsumible en el hecho abstracto contemplado por la norma. En el caso que examinamos el Ayuntamiento de (...) tenía la alternativa de adjudicar el contrato a la proposición más ventajosa o de declarar desierto el concurso, pero siempre teniendo en cuenta la finalidad pública que con la concesión se pretendía conseguir, que era construir y gestionar un equipamiento deportivo y un aparcamiento para el servicio de los ciudadanos.

Concurren en el caso circunstancias de hecho (hechos determinantes) que obligaban a que, al revisarse el ejercicio de la potestad discrecional del Ayuntamiento de (...), y decidido que la adjudicación que la Corporación había resuelto en favor de (...) debía anularse por infringir el ordenamiento jurídico, la Sala de instancia estimase que tales circunstancias de hecho determinaban la procedencia de adjudicar el concurso a (...). En efecto, la sentencia impugnada expone (fundamento de derecho sexto) que la decisión de declarar desierto el concurso sólo sería procedente cuando las restantes proposiciones no reuniesen las condiciones exigibles ni resultasen satisfactorias en función de los fines que pretendía alcanzar la Administración convocante. Expone a continuación que el derecho de (...) a que se le adjudique el contrato deriva de los siguientes hechos: a) No resulta admisible la oferta de la Unión Temporal de Empresas; b) No existen otros licitadores; c) No se aporta ningún dato que permita entender admisible y ajustado a derecho que se declare desierto el concurso por no reunir la proposición de (...) las condiciones exigibles. Estos hechos determinantes permiten a la Sala a quo limitar y controlar el ejercicio de la potestad discrecional del Ayuntamiento de (...). Es evidente que la finalidad de la convocatoria del concurso es conseguir la

construcción y puesta en funcionamiento del equipamiento deportivo y del aparcamiento para ponerlos al servicio de los ciudadanos. La solución de declarar desierto el concurso no es una potestad sin límites de que la Administración pueda hacer uso sin justificación alguna. Su imprescindible motivación ha de radicar en que ninguna de las ofertas realizadas por los licitadores cumpla los requisitos necesarios para su aceptación. Pero en el supuesto de autos ocurre que sólo existían dos ofertas, que una tenía que ser rechazada por no ajustarse a las condiciones del Pliego, y que respecto a la otra (la formulada por...), no se aportó ningún dato que permitiese entender ajustado a derecho su rechazo, declarando desierto el concurso. La consecuencia de ello es que la Sala de instancia actuó conforme al ordenamiento, efectuando un control de la actividad discrecional de la Administración por razón de los hechos determinantes, al decidir la procedencia de adjudicar el concurso a (...).

Las alegaciones que el Ayuntamiento de (...) expone para fundamentar este motivo de casación deben, en virtud de lo dicho, ser desestimadas. No se ha producido infracción de los artículos 36 de la Ley de Contratos del Estado y 116 de su Reglamento, dado que, como razona la sentencia impugnada y debemos confirmar, existían motivos suficientes para resolver la adjudicación en favor de (...). No ha habido exceso en el control de la legalidad administrativa, al haberse procedido al control de la actividad discrecional por los medios apropiados para ello. No existe una indebida aplicación del artículo 40.5 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales, porque, aun prescindiéndose de dicho precepto, la solución procedente es la misma. No existe infracción del artículo 4 del Pliego de Condiciones, pues el informe favorable del Ayuntamiento se refiere al proyecto de construcción del aparcamiento y edificio deportivo, que habrá de obtenerse, lo mismo que la licencia municipal de obras, por el adjudicatario, licencia municipal a que también alude el mencionado artículo 4, señalando en cambio la sentencia impugnada que ninguno de los informes que aparecen en el expediente administrativo, especialmente el de la Comisión Técnica de valoración constituida al efecto, permite extraer la conclusión de que la proposición presentada por (...) no sea aceptable en sí misma considerada y no resulte adecuada para la satisfacción de los fines que la Administración pretendía alcanzar al convocar el concurso, efectuándose un examen comparativo de ambas proposiciones que parte de la aptitud inicial de las mismas para alcanzar dichas finalidades. No existe infracción de la jurisprudencia citada en el motivo casacional, que, de acuerdo con lo expuesto, no es aplicable al caso enjuiciado, en que el control de la actividad discrecional de la Administración por los hechos determinantes da lugar a que la resolución de adjudicación del concurso a (...) sea conforme a derecho. No es posible apreciar, finalmente, infracción del artículo segundo de la Ley Orgánica del Poder Judicial, ya que, como hemos reiterado, la Sala de instancia ha ejercido las facultades de control de la actividad discrecional de la Administración que el ordenamiento le reconoce".

Estos mismos criterios resultan aplicables en este caso, en cuanto a la interpretación del artículo 88.2 del Texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Como en el supuesto que examinaron las sentencias transcritas, sólo existían en este caso dos licitadores, la oferta de la empresa que obtuvo la adjudicación debió ser excluida y no se acredita ninguna razón que justifique que el concurso se declare desierto ni que la oferta de la recurrente no sea apta para dar respuesta a las finalidades que se pretendían alcanzar con la licitación. En

consecuencia, procede reconocer a la apelante el derecho a obtener la adjudicación del contrato.

NOVENO.- Las anteriores consideraciones no pueden dar lugar, sin embargo, al reconocimiento en esta instancia de la indemnización que solicita la recurrente. Debe tenerse en cuenta, en primer lugar, que dicha indemnización económica sólo sería procedente en el caso de que exista actualmente una imposibilidad legal o material de ejecución de esta sentencia en cuanto a la materialización del derecho que se le reconoce a la parte apelante de obtener la adjudicación del concurso. En segundo lugar, que dicha imposibilidad legal o material debe ser instada, en su caso, por la Administración local demandada, en trámite de ejecución de sentencia, conforme a lo dispuesto en el artículo 105.2 de la Ley Jurisdiccional. Por último, que ni siquiera la recurrente afirma ni justifica que no sea posible ejecutar la sentencia en sus propios términos, sino que se refiere de forma inconcreta a una pérdida actual del interés comercial del proyecto de construcción del establecimiento que contemplaba su oferta.

Por todo ello, debe deferirse a la fase de ejecución de esta sentencia la determinación de si existe o no imposibilidad de ejecución de la sentencia y, en consecuencia, si resulta procedente el reconocimiento de una indemnización económica.

DÉCIMO.- Al estimarse parcialmente el recurso de apelación y también la demanda de la parte actora, no procede hacer un especial pronunciamiento sobre las costas procesales causadas en ambas instancias, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la Ley Jurisdiccional.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

En atención a todo lo expuesto, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sección Quinta) ha decidido:

1º.- Estimar parcialmente el recurso de apelación que interpone la entidad [REDACTED] contra la sentencia dictada el 8 de octubre de 2012 por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 12 de Barcelona, en el procedimiento ordinario nº 415/2008, la cual se revoca y deja sin efecto.

2º.- Estimar parcialmente el recurso contencioso-administrativo formulado por la entidad actora y, en consecuencia, declarar no ajustada a Derecho y anular la resolución impugnada de 26 de marzo de 2008, declarándose asimismo el derecho de la recurrente a que se resuelva a su favor el concurso de autos.

3º.- No efectuar especial pronunciamiento sobre las costas causadas en ambas instancias.

Notifíquese la presente resolución a las partes en la forma prevenida por la Ley, llevándose testimonio de la misma a los autos principales.

Contra esta sentencia cabe, en su caso, recurso de casación, que se deberá preparar ante esta Sección en el plazo de 30 días desde su notificación, con arreglo al artículo 89.1 de la Ley Jurisdiccional, en la redacción conferida por L.O. 7/2015, en relación con lo previsto en el artículo 86 y siguientes LJCA.

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

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, estando la Sala celebrando audiencia pública en el mismo día de su pronunciamiento. Doy fe.