



VICEPRESIDENCIA
PRIMERA DEL GOBIERNO

MINISTERIO
DE HACIENDA

SUBSECRETARÍA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES

Recurso nº 675/2024 C. A. Región de Murcia 41/2024

Resolución nº 908/2024

Sección 1ª

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 18 de julio de 2024.

VISTO el recurso interpuesto por D. .R.C., D. S.R.C., D. S.R.C. y D. S.R.C., en representación de FRUTAS Y VERDURAS MASSANASSA, SL, contra el acuerdo de exclusión y la resolución por la que se declara desierto el lote 1 del contrato *“Suministro y distribución de frutas, hortalizas y leche a los centros escolares de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia que participen en el programa “Consumo de frutas, hortalizas en las escuelas, para el curso escolar 2023/2024”*”, convocado por la Consejería de Agua, Agricultura, Ganadería y Pesca de la Región de Murcia; el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente Resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. La Consejería de Agua, Agricultura, Ganadería y Pesca de la Región de Murcia anunció en la Plataforma de Contratación del Sector Público (PCSP) el 7 de febrero de 2024 la licitación pública, a tramitar mediante procedimiento abierto, para la adjudicación del contrato arriba indicado, con un valor estimado que asciende a 531.570,64 euros y cuyo objeto se divide en dos lotes.

Segundo. La licitación se rige por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público por la que se trasponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP), y con las demás normas de desarrollo aplicables a los poderes adjudicadores que tienen el carácter de Administración Pública.

Tercero. Publicados los Pliegos para la tramitación del expediente, y abiertas las ofertas presentadas por los licitadores, la empresa FRUTAS Y VERDURAS MASSANASSA, S.L. fue



propuesta como adjudicataria del lote 1 en sesión de 21 de marzo de 2024 y se realiza el requerimiento previsto en el artículo 150.2 de la LCSP. En sesión de 11 de abril de 2024 se requiere por plazo de tres días para que acredite estar al corriente en el pago de las obligaciones con la Seguridad Social.

El 16 de abril de 2024 la Mesa de Contratación, al entender que la empresa FRUTAS Y VERDURAS MASSANASSA, S.L., no ha presentado la documentación que acredite estar al corriente de las obligaciones con la Seguridad Social acuerda la exclusión de su oferta y se propone como adjudicataria a la empresa que presentó la oferta clasificada en segundo lugar (PROEXPORT).

El 2 de mayo de 2024 la Mesa de Contratación se reúne para examinar la documentación entregada por PROEXPORT acreditativa de su capacidad y solvencia y constata que la documentación ha sido presentada fuera del plazo de diez días hábiles concedido para ello.

Finalmente, el expediente de contratación se declara desierto mediante Orden de la Consejería de Agua, Agricultura, Ganadería y Pesca, de 6 de mayo, notificada el día 7 de mayo de 2024.

Cuarto. El día 24 de mayo de 2024 tiene entrada en el Registro General del Ministerio de Hacienda el recurso especial en materia de contratación presentado por la empresa FRUTAS Y VERDURAS MASSANASSA, SL, contra el acuerdo de su exclusión y la Orden de la Consejería de Agua, Agricultura, Ganadería y Pesca por la que se declara desierto el lote 1.

Quinto. Se ha recibido por el Tribunal el expediente administrativo, y el correspondiente informe del órgano de contratación, donde se defiende la legalidad de la valoración realizada por la Mesa de Contratación.

Sexto. Por la Secretaria General del Tribunal se dio traslado del recurso interpuesto a las otras licitadoras, otorgándole un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan alegaciones, no habiendo hecho uso de su derecho ninguna de las empresas licitadoras.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.



Primero. El recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46 de la LCSP y el Convenio de colaboración entre el Ministerio de Hacienda y la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia sobre atribución de competencia de recursos contractuales de fecha 13 de noviembre de 2020 (BOE de fecha 21/11/2020).

Segundo. Resultan de aplicación la LCSP y el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, RPERMC)

Tercero. La recurrente ostenta legitimación para impugnar el acuerdo de exclusión, con arreglo a lo previsto en el artículo 48 de la LCSP que señala *“Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso”*.

Cuarto. La empresa impugna el acuerdo por el que se declara su exclusión del lote 1 y la Orden por la que el mismo declara desierta la licitación de un contrato de suministro de los previstos en el artículo 16 de la LCSP, cuyo valor estimado supera los 100.000 euros, por lo que el contrato y el acto impugnado es susceptible de recurso ante este Tribunal, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 44.1 a) y 2.b) de la LCSP.

Quinto. El recurso ha sido interpuesto en plazo, de conformidad con lo previsto en el artículo 50 de la LCSP.

Sexto. Según el recurso, con la oferta se aportó declaración responsable en la que se hallaba implícita la manifestación de estar al corriente de las obligaciones con la Seguridad Social. Tras requerirse a la mercantil el 22 de marzo, para que se acreditasen las circunstancias del artículo 150.2 de la LCSP, se aportaron dos certificados de carácter positivo de 11 y 13 de marzo de 2024, dirigidos a contratar con el Organismo Autónomo Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo y el Instituto Canario de Calidad Agroalimentaria. A pesar de ello, la Mesa de Contratación, en sesión de 11 de abril de 2024, constata que según certificado de 22 de marzo de 2024 se declaraba que FRUTAS Y VERDURAS MASSANASSA, SL, no



estaba al corriente de sus obligaciones con la Seguridad Social, por lo que se requiere que se aporte un nuevo certificado de fecha posterior al 22 de marzo de 2024 en el que se declarase que se está al corriente de estas obligaciones.

La empresa aportó un escrito en el que discrepaba de una sanción impuesta por la Seguridad Social, y acreditaba el pago de la misma, y a pesar de eso el 16 de abril se excluye su oferta.

Defiende el recurso que, en aplicación del artículo 140.4 de la LCSP y la Resolución de este Tribunal nº 1273/2019, de 11 de noviembre, en la fecha final de presentación de ofertas se acreditó documentalmente que no existían deudas con la Seguridad Social, y con posterioridad se aportaron dos certificados de 11 y 13 de marzo, por lo que la Mesa de Contratación no debió requerir un tercer certificado con fecha posterior al 22 de marzo.

Acompaña la empresa un certificado de 18 de abril en el que acredita estar al corriente de sus obligaciones, por lo que debe retrotraerse el expediente a la sesión de 11 de abril de 2023 y mantenerse la propuesta de adjudicación a favor de su empresa.

Por otro lado, señala que “el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) en su anexo I, cuadro F indica que: "Se ha estimado un plazo de ejecución, para cada lote, de siete (7) semanas, en el período comprendido entre el 6 de mayo y el 21 de junio de 2024.

En el supuesto de retrasos en la tramitación del expediente de contratación que hicieran necesario el inicio de la ejecución del suministro con posterioridad al 6 de mayo, se reducirán proporcionalmente las obligaciones y derechos de los contratistas teniendo en cuenta que la fecha de finalización del 21 de junio de 2024 es invariable. En tal caso, se iniciaría la ejecución de cada lote el día de la firma del respectivo contrato y de acuerdo al programa establecido en el PPT suministrando, en consecuencia, menos fruta y leche y suponiendo ello una reducción proporcional en el precio a abonar por la ejecución de cada lote.”.

De conformidad con los artículos anteriores y considerando que el TACRC podría resolver el presente recurso en dos meses, y pese a que se estimase el mismo, ya habría finalizado el plazo de ejecución del presente contrato de tal forma que la resolución estimatoria devendría en la práctica ineficaz por ello, resulta necesario solicitar una indemnización a la entidad contratante”.



La recurrente considera que se debe indemnizar los daños y perjuicios causados en aplicación del artículo 58.1 de la LCSP, indemnización que cifra en 143.881,06 euros, siendo este el beneficio que hubiera obtenido de la ejecución del contrato entre el 15 de mayo y el 21 de junio de 2024.

Séptimo. Por su parte, el órgano de contratación defiende la legalidad de la actuación seguida, afirmando que se ha cumplido estrictamente con la resolución citada en el recurso, por cuanto en la misma se indica que la empresa adjudicataria debe aportar, antes de la formalización del contrato, un certificado positivo de la AEAT actualizado a una fecha cercana a dicho momento, pues el artículo 140.4 de la LCSP establece que la ausencia de prohibiciones para contratar debe subsistir en el momento de la perfección del contrato.

Se dice por ello que se cumplió con lo exigido en la resolución del TACRC, por cuanto, consultado con autorización del licitador la base de datos de la Seguridad Social se obtuvo un certificado negativo y no le excluyó, sino que se concedió un plazo de diez días para que se aportara uno positivo. Transcurrido este plazo, se presentó en el último día, junto con el resto de la documentación requerida, dos certificados de fecha anterior al obtenido por el órgano de contratación de 11 y 13 de marzo y un escrito en el que exponía que se debía a un error de la Seguridad Social y que en tres o cuatro días aparecería subsanado el error y se obtendría el certificado positivo.

No obstante el incumplimiento, por la Mesa de Contratación se otorgó tres días más para subsanar, sin embargo, agotado este plazo el día 16 de abril, se aportó un nuevo escrito en el que se decía que persistía el error, y se adjuntó el resguardo de haberse interpuesto un recurso de alzada el 9 de abril, un informe de deuda de la Seguridad Social en el que se dice que tiene una deuda de 5.339,11 euros de fecha de 16 de abril y resguardo acreditativo del pago de la deuda, desconociéndose por qué no se obtuvo un certificado positivo de manera inmediata.

Finalmente, por vía electrónica se aportó un certificado positivo de fecha de 18 de abril, pero se entendió que este ya no servía por cuanto el principio de no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores, y el breve tiempo de ejecución del contrato, hizo necesario proponer la adjudicación a la segunda empresa mejor clasificada.



Octavo. Vistas las alegaciones formuladas por la empresa recurrente, lo informado por el órgano de contratación y la documentación obrante en el expediente, asiste la razón a la recurrente respecto de su exclusión por incurrir en causa de prohibición, en la medida que dicha solución no se ajusta a la doctrina seguida por este Tribunal desde su Acuerdo del Pleno de 5 de abril de 2022 sobre la aplicación del llamado “*self cleaning*”, previsto en el artículo 57.6 de la Directiva 2014/24/UE de 26 de febrero. Acuerdo que ha sido citado recientemente en nuestra Resolución de 16 de mayo de 2024, recurso 408/2024, en la que nos pronunciamos en su F.Dº. 7º del siguiente modo:

“El acuerdo recurrido se fundamenta en que el recurrente estaba incurso en prohibición de contratar en la fecha en la que le fue requerida la documentación acreditativa de su aptitud, al no estar al corriente de sus obligaciones con la Seguridad Social (artículo 71.1.d) de la LCSP).

El TJUE viene admitiendo el denominado “self cleaning”, que, al amparo de lo dispuesto por el artículo 57.6 de la Directiva 2014/24/UE permite a quienes estén incurso en un motivo de exclusión del artículo 57.4 (prohibiciones de contratar, en la LCSP) demostrar su fiabilidad. Dice, en este sentido, la STJUE de 14 de enero de 2021 (C-387/19, “RTS infra BVBA” (§ 26), “A este respecto, en primer lugar, cabe recordar que, en virtud del artículo 57, apartado 6, de la Directiva 2014/24, todo operador económico que haya incurrido en uno de los motivos de exclusión facultativos contemplados en el artículo 57, apartado 4, de dicha Directiva podrá presentar pruebas de que las medidas adoptadas por él son suficientes para demostrar su fiabilidad, y, si dichas pruebas se consideran suficientes, el operador económico de que se trate no podrá quedar excluido del procedimiento de contratación por ese motivo. Así pues, esta disposición introduce un mecanismo de medidas correctoras (self-cleaning), al conferir a los operadores económicos un derecho que los Estados miembros deben garantizar al transponer la citada Directiva, cumpliendo las exigencias establecidas por esta [véase, por analogía, en relación con el artículo 38, apartado 9, de la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión (DO 2014, L 94, p. 1), que es equivalente al artículo 57, apartado 6, de la Directiva 2014/24, la sentencia de 11 de junio de 2020, Vert Marine, C-472/19, EU:C:2020:468, apartados 16 y 17]”.



Esta posibilidad, según la Sentencia referida, puede ejercerse por el operador económico tanto por iniciativa propia como a instancia del poder adjudicador, y tanto en el momento de presentar la solicitud de participación o la oferta como una fase posterior del procedimiento (§ 28).

El Pleno de este Tribunal, en sesión celebrada el 5 de abril de 2022, adoptó un acuerdo sobre la aplicación del “self-cleaning” contemplada en el artículo 57.6 de la Directiva 2014/24/UE de 26 de febrero, en el que concluimos lo siguiente (el subrayado es nuestro),

“Las prohibiciones para contratar se aplicarán a todos los licitadores que concurran a un procedimiento de contratación sujeto a la LCSP, no solo al propuesto como adjudicatario.

- Los licitadores deberán no encontrarse incurso en prohibición para contratar al fin del plazo de presentación de ofertas.

- El licitador propuesto como adjudicatario no podrá encontrarse incurso en prohibición para contratar, al tiempo de la celebración del contrato.

- Durante la licitación el órgano de contratación podrá exigir que se acredite no encontrarse incurso en prohibición para contratar, cuando aprecie indicios de lo contrario y no solo en el trámite previsto en el artículo 150.2 de la LCSP.

- Encontrarse en causa de prohibición para contratar es causa de exclusión.

- Previamente a declarar la exclusión, cuando se aprecie la existencia de una prohibición para contratar, ha de ponerse de manifiesto al licitador afectado, concediéndole la oportunidad de probar su fiabilidad, pese a la existencia de un motivo de exclusión.

Ello incluye además la posibilidad de regularizar su situación tributaria y en materia de Seguridad Social, procediendo al pago o a la celebración de un acuerdo de fraccionamiento o aplazamiento del mismo o acreditando la suspensión de su eficacia con ocasión de su impugnación, administrativa o judicial”.

Pues bien, a pesar de que consta en el expediente un certificado negativo de la Seguridad Social de fecha de 16 de abril de 2024, lo cierto es que en la documentación que se aportó en



la contestación al segundo requerimiento, efectuado como consecuencia del acuerdo de la sesión de 11 de abril de 2024 obra un informe de la Seguridad Social que cifra la deuda total exigible en 5.339,11 euros, y, además, carta de pago, abonada mediante transferencia bancaria, por el total del importe que aparece como adeudado en la base de datos de la Seguridad Social.

Así las cosas, entendemos que la empresa acreditó haber regularizado su situación con la Seguridad Social aun cuando todavía no se pudiera obtener un certificado positivo en la consulta a la base de datos. Es cierto que se desconocen los motivos por los que no se genera este certificado, ahora bien, no por ello ha de ser esta circunstancia imputable a la empresa, o sufrir sus consecuencias, toda vez que acreditó haber abonado el total de lo adeudado a la Seguridad Social. Tampoco resulta aventurado suponer que la falta de certificado positivo se puede deber a que la fecha de la transferencia bancaria es del mismo día 16 de abril, por lo que aún no se habría hecho el abono del importe en las cuentas bancarias de la Seguridad Social. Sin embargo, si está acreditado que el importe finalmente llegó, aunque ya se hubiera excluido a la empresa, pues el propio órgano de contratación confirma que se emite un certificado positivo de fecha de 18 de abril del mismo año.

En definitiva, el 16 de abril la empresa propuesta como adjudicataria acreditó su fiabilidad y el haber regularizado las deudas pendientes con la Seguridad Social, o que estaba en el proceso de hacerlo, por lo que no debió ser excluida del expediente de licitación. De este modo esta alegación del recurso será estimada, debiendo anularse tanto el acuerdo de exclusión, como la orden por la que se declara desierto el recurso, con el fin de que se retrotraiga el expediente y se admita la regularización de las obligaciones pendientes de pago de la empresa recurrente con la Seguridad Social.

Noveno. Por último, queda por examinar la alegación referida a la petición de indemnización daños y perjuicios que se formula en el recurso. Esta se calcula *“tomando en consideración el posible número de días y semanas de ejecución del contrato, a partir del acta de la Mesa de Contratación de fecha 11 de abril de 2024.*

Efectivamente, atendiendo a la fecha en la que se dicta la presente Resolución y lo previsto en la cláusula F del Cuadro de Características del PCAP, en la que se señala que la fecha de



finalización del suministro es el 21 de junio de 2024, siendo esta fecha invariable, cuando se retrotraigan actuaciones, el plazo de ejecución ya habrá vencido.

Respecto de la indemnización solicitada, cabe realizar el siguiente análisis:

I. El artículo 58.1 de la LCSP establece los requisitos para el reconocimiento y para la cuantificación por este Tribunal, de una indemnización a favor del licitador recurrente por los daños y perjuicios que le hubiera podido causar la infracción legal que hubiera dado lugar al recurso especial.

II. Ahora bien, la interpretación y aplicación de este precepto ha de hacerse en virtud del principio de primacía conforme al Derecho de la Unión, muy especialmente la Directiva 89/665/CE (modificada por la posterior Directiva 2007/66), tal y como expresivamente señala el párrafo 47 de la sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 6 de junio de 2024 (asunto C-547/22).

Esta sentencia resuelve una cuestión prejudicial suscitada precisamente sobre la legitimación y el alcance del derecho a la indemnización por los daños y perjuicios sufridos por un licitador indebidamente excluido que reclama indemnización en concepto de lucro cesante y señala lo siguiente:

“A este respecto, basta con recordar que, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, para garantizar la efectividad del conjunto de las disposiciones del Derecho de la Unión, el principio de primacía obliga, en particular, a los órganos jurisdiccionales nacionales a interpretar, en la medida de lo posible, su Derecho interno de manera conforme con el Derecho de la Unión (sentencia de 4 de marzo de 2020, Bank BGŻ BNP Paribas, C-183/18, EU:C:2020:153, apartado 60 y jurisprudencia citada) y que esta exigencia de interpretación conforme obliga a los órganos jurisdiccionales nacionales a modificar, en caso necesario, su jurisprudencia reiterada, incluso asentada, si esta se basa en una interpretación del Derecho interno incompatible con los objetivos de una directiva (véase, en este sentido, la sentencia de 3 de junio de 2021, Instituto Madrileño de Investigación y Desarrollo Rural, Agrario y Alimentario, C-726/19, EU:C:2021:439, apartado 86 y jurisprudencia citada)”.



Partiendo, así, del Derecho de la Unión, para el reconocimiento del derecho que el recurrente pretende debemos partir del artículo 2 apartados 1 letra c) y 7 de la Directiva 89/665/CE, la cual señala:

«1. Los Estados miembros velarán por que las medidas adoptadas en relación con los procedimientos de recurso contemplados en el artículo 1 prevean las facultades necesarias para:

(...)

c) conceder una indemnización por daños y perjuicios a las personas perjudicadas por una infracción.

(...)

7. Excepto en los casos previstos en los artículos 2 quinquies a 2 septies, los efectos del ejercicio de las facultades contempladas en el apartado 1 del presente artículo sobre un contrato celebrado tras un procedimiento de adjudicación se determinarán con arreglo al Derecho nacional.

Por otra parte, excepto en caso de que una decisión deba ser anulada antes de conceder una indemnización por daños y perjuicios, los Estados miembros podrán establecer que, una vez celebrado el contrato de conformidad con el artículo 1, apartado 5, el apartado 3 del presente artículo, o los artículos 2 bis a 2 septies, las facultades del órgano responsable de los procedimientos de recurso se limiten a indemnizar por daños y perjuicios a cualquier persona perjudicada por una infracción.

Dicho artículo ha sido interpretado por la sentencia anteriormente citada de 6 de junio de 2024, alcanzando las siguientes consideraciones:

En primer lugar, para que surja el derecho a la indemnización es necesario que concurren tres requisitos: *que la norma del Derecho de la Unión infringida tenga por objeto conferirles derechos, que la infracción de dicha norma sea suficientemente caracterizada y que exista una relación de causalidad directa entre esa infracción y el daño sufrido por tales particulares (sentencia de 29 de julio de 2019, asunto C-620/17)*



En segundo lugar, *el derecho a la indemnización se reconoce no solo a aquellas (personas) que hayan sufrido un perjuicio por no haber obtenido la adjudicación de un contrato público, a saber, su lucro cesante, sino también a las que hayan sufrido un perjuicio derivado de la pérdida de la posibilidad de participar en el procedimiento de licitación de ese contrato y de obtener un beneficio derivado de tal participación.*

En tercer lugar, *la reparación de los daños causados a los particulares por infracciones del Derecho de la Unión debe ser adecuada al perjuicio sufrido, en el sentido de que debe permitir, en su caso, compensar íntegramente los perjuicios efectivamente sufridos.*

Esta es precisamente la interpretación que debe darse al artículo 2 de la Directiva 89/665 a la hora de determinar y cuantificar la indemnización, pues, a continuación, se detalla en la sentencia citada que *si bien un perjuicio puede resultar de la no adjudicación, como tal, de un contrato público, procede señalar que, en un caso, como el indicado en el apartado anterior, el licitador que ha sido excluido ilegalmente puede sufrir un perjuicio distinto, que se corresponde con la oportunidad perdida de participar en el procedimiento de contratación pública correspondiente para obtener la adjudicación de dicho contrato.*

Y de forma contundente el párrafo 44 de la sentencia señala:

Por lo tanto, el artículo 2, apartado 1, letra c) de la Directiva 89/665/CE debe interpretarse en el sentido de que la indemnización de daños y perjuicios que las personas perjudicadas por una infracción del Derecho de la Unión en materia de contratación pública pueden solicitar con arreglo a dicha disposición puede cubrir el perjuicio sufrido como consecuencia de una pérdida de oportunidad.

III. Establecido el marco comunitario, a la luz del mismo analizaremos el ordenamiento jurídico español y su aplicación.

Para ello habremos de tener en cuenta, en particular, lo señalado en los artículos 58.1 de la LCSP y 32.2 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico (en adelante LRJ).

El apartado primero del artículo 58 de la LCSP establece:



“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, resarcéndole, 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.”

Los apartados primero y segundo del artículo 32 de la LRJ señalan:

“1. Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley.

La anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone, por sí misma, derecho a la indemnización.

2. En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas.”

La interpretación conjunta de ambos preceptos permiten concluir en primer lugar que el derecho a la indemnización puede reconocerse a favor del licitador excluido y al que finalmente no ha sido adjudicatario, siempre que concurren los tres requisitos exigidos por el Derecho de la Unión anteriormente citados (*que la norma del Derecho de la Unión infringida tenga por objeto conferirles derechos, que la infracción de dicha norma sea suficientemente caracterizada y que exista una relación de causalidad directa entre esa infracción y el daño sufrido por tales particulares*).

Nótese, en particular, la necesidad de apreciar una relación de causalidad directa entre la infracción y el daño sufrido por esos particulares. Esto es y a modo de ejemplo, la mera anulación de la decisión de exclusión no conlleva necesariamente el derecho a la



indemnización, salvo que se acredite que de no haber mediado aquella, la recurrente habría resultado adjudicataria del contrato.

En segundo lugar, el alcance de la indemnización no se limita a los gastos ocasionados en la preparación de la oferta o la participación en el procedimiento de contratación, pudiendo incluir otros daños y perjuicios sufridos incluido el lucro cesante.

Las expresiones “*cuando menos*” (artículo 58.1 de la LCSP) y “*En todo caso*” (artículo 32.2 de la LRJ), avalan la afirmación hecha en el párrafo anterior.

En tercer lugar, la pretensión resarcitoria ha de seguir los cauces del Derecho nacional, al cual debe ajustarse la pretensión relativa a los gastos para la participación y a los daños y perjuicios sufridos, en el sentido de probarse suficientemente.

En cuarto lugar, entrando con más detalle a analizar el resarcimiento en concepto de lucro cesante, dada la pretensión ejercitada por el recurrente, debemos comenzar señalando que su cuantificación se ha vinculado tradicionalmente al beneficio industrial por nuestros tribunales, con alguna excepción.

Así, la sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 12 de abril de 2023, Sección Quinta, núm. de recurso 1136/2021, haciéndose eco de anteriores sentencias del Tribunal Supremo, señala:

“Pudiendo también tenerse en cuenta, entre otras, lo dispuesto en la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 2007 (casación 5179/2005), que, tras precisar que el concepto “beneficio industrial” abarca el beneficio dejado de obtener, no el importe total del contrato o su precio, descarta que pueda ser distinto si el adjudicatario de un contrato sufre el desistimiento de la Administración y si el licitador que, habiendo sido adjudicatario de un contrato, no puede ejecutarlo por haber agotado aquél su eficacia -supuesto este último que sería el aquí concurrente -, pues los efectos han de ser iguales en ambos supuestos”.

IV. Aplicado todo lo anterior al caso que nos ocupa debemos además tener en cuenta para su resolución las circunstancias propias del mismo, de la licitación y del recurso especial:



- El recurrente resulta excluido en el trámite del 150.2 de la LCSP, una vez superadas con éxito todas las fases previas.
- El recurrente resulta excluido por un solo motivo: encontrase incurso en una prohibición para contratar consistente en no encontrarse al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones con la Seguridad Social; ningún reproche merece el resto de condiciones para acreditar su aptitud para contratar con el sector público ni su oferta ni su participación en la licitación.
- El único motivo de exclusión es el combatido en el recurso, el cual se estima mediante la presente resolución.
- La recurrente que ha sido así indebidamente excluida de la licitación, habría sido adjudicataria.
- El contrato era de suministro y tenía reglas especiales en orden a su ejecución (cláusula F del CC del PCAP y 3.5 del PPT), para acompasar los plazos de esta con el cumplimiento de las obligaciones: entrega de bienes y pago de estos.

Conforme a las mismas, el recurrente resultó excluido el 16 de abril de 2024, cuando, para cumplir con la tramitación correspondiente, ya no resultaba posible el cumplimiento íntegro del contrato, pues con independencia de su fecha de inicio (prevista el 6 de mayo de 2024), necesariamente su ejecución finalizaba el 21 de junio, al ser esa la fecha del fin del curso escolar.

Atendido todo lo anterior, el recurrente reclama una indemnización que supondría la ganancia que, según sus estudios, habría obtenido de haber ejecutado el contrato, por el período que habría realizado el suministro de no haber sido excluido, esto es, el que media entre la fecha que, según sus estimaciones, se habría formalizado el contrato si se hubiese admitido su documentación en la sesión del 16 de abril de 2024, la cual fija en el 15 de mayo, y el fin de ejecución el 21 de junio.

El período que reclama está teniendo en cuenta plazos de tramitación necesarios. El órgano de contratación guarda silencio respecto de la adecuación de dichos plazos a sus procedimientos y sus periodos de tramitación, por lo que, en caso de que hubiese aportado



información para contrastar lo alegado, se habría considerado un plazo de tramitación más ajustado a sus procedimientos, por lo que el plazo de ejecución podría haber sido inferior al señalado por el recurrente. Dada la ausencia de esta información al respecto y atendiendo a los trámites considerados por el recurrente, podría admitirse la fecha de inicio del suministro del 15 de mayo.

Lo que no podemos admitir es la cuantía solicitada (143.881,06€), pues no se prueba ni directa ni indirectamente (por referencia a las reglas de resolución del contrato de suministros, cuya ejecución no hubiera sido iniciada por desistimiento de la Administración) y *prima facie* resulta desorbitada, al pretender un beneficio del 60% de su oferta según los cálculos hechos por este Tribunal y que se recogen en el siguiente cuadro:

	Plazo de ejecución inicial	Plazo ejecución según recurrente
Desde	06/05/2024	15/05/2024
Hasta	21/06/2024	21/06/2024
TOTAL KG	83.969,76	75.549,48
PBL sin IVA	335.871,41	257.478,60
OFERTA sin IVA	314.912,76	241.411,73 (*)
INDEMNIZACIÓN SOLICITADA POR RECURRENTE		143.881,06
INDEMNIZACIÓN SOLICITADA/ OFERTA PRORRATEADA		60%

*Importe obtenido considerando que el contrato comienza, según el Calendario del PPT, en la SEMANA 2 y que el suministro de esa semana se hace por la totalidad del producto a entregar

Téngase en cuenta que el reconocimiento del derecho a la indemnización del lucro cesante padecido por el licitador ilegalmente excluido de una licitación, en cuanto futuro y desconocido, ha de moverse entre lo que es razonablemente esperado conforme a la actividad que se iba a desarrollar y la eventualidad de unas ganancias infundadas o simplemente dudosas (sueños de ganancias, sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 2017, Sección 5ª, Resolución nº 1940/2017). La ejecución de un contrato administrativo, no siempre genera beneficios al contratista, quien ejecuta el contrato a su riesgo y ventura.



Ahora bien, llegados a este punto resulta que el órgano de contratación en su informe al recurso, no se opone al reconocimiento del derecho a la indemnización.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 56 de la LCSP, el informe al recurso se emite a la vista y con conocimiento del recurso especial, de forma que el órgano de contratación conoció la reclamación, esto es, su cuantía y los motivos para la misma, y pese a ello, no se ha opuesto formal ni materialmente a la reclamación.

Siendo ello así, atendidas las circunstancias del caso concreto ya expuestas, consideramos que procede estimar parcialmente el derecho a la indemnización, reconociendo este, pero modulando su cuantía.

Para cuantificar el derecho, a falta de prueba por ambas partes, debemos aplicar, siguiendo los precedentes judiciales, lo dispuesto en el artículo 307.2 de la LCSP y las cláusulas del pliego, *lex contractus*, relativas al plazo de ejecución, las cuales el propio recurrente acepta y toma como base para el cálculo de la cuantía pretendida.

El artículo 307.2 de la LCSP reconoce una indemnización del 3% del precio de adjudicación, a favor del adjudicatario, cuando la Administración desiste del contrato formalizado, antes del inicio de la ejecución.

Por otra parte, como anteriormente hemos señalado, el pliego señala el 21 de junio como fecha fin del plazo de ejecución del contrato.

La aplicación conjunta de lo dispuesto en el artículo 307.2 de la LCSP y en el pliego, conducirían a reconocer el derecho a una indemnización del 3% del precio ofertado por el recurrente (9.447,38 €), pues de no haber sido excluido, su oferta habría sido la adjudicataria.

Dicha cuantía (3% del importe de adjudicación) debe ser minorada hasta 7.242,35 € (3% x 241.411,73 €, ver cuadro anterior), pues es la que habría correspondido al plazo máximo de ejecución, siendo este el que habría mediado entre la formalización (de no haber sido excluido y admitiendo las estimaciones realizadas por el recurrente) hasta el 21 de junio. Este plazo podría haberse reducido, si el órgano de contratación hubiese ofrecido, *quod non*, un cálculo



mínimo, que hubiese acreditado que el inicio de la ejecución solo hubiera podido producirse con posterioridad.

Atendido lo anterior, procede estimar el derecho a la indemnización, si bien dicha estimación es parcial en la medida que no es por la cuantía solicitada por el recurrente sino por 7.242,35 €, que se corresponde con el 3% del precio correspondiente a la adjudicación del contrato que habría podido ejecutarse.

Décimo. Como consecuencia de lo anteriormente expuesto, procede la estimación del primer motivo de impugnación (exclusión de la oferta del recurrente) y, como consecuencia de ella, la estimación parcial del segundo motivo de impugnación (derecho a la indemnización por la cuantía de 7.242,35 €, inferior a la solicitada por el recurrente).

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha, **ACUERDA:**

Primero. Estimar parcialmente el recurso interpuesto por D. .R.C., D. S.R.C., D. S.R.C. y D. S.R.C. en representación de FRUTAS Y VERDURAS MASSANASSA, SL, contra el acuerdo de exclusión y la resolución por la que se declara desierto el contrato “*suministro y distribución de frutas, hortalizas y leche a los centros escolares de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia que participen en el programa “Consumo de frutas, hortalizas en las escuelas, para el curso escolar 2023/2024”*”, convocado por la Consejería de Agua, Agricultura, Ganadería y Pesca de la Región de Murcia..

Segundo. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1.k) y



46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

LA PRESIDENTA

LOS VOCALES