

JUNTA SUPERIOR DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA
C/ Miguelete, 5-1ª Planta
46001 VALENCIA
Tel. 961922109

Ref.: SUB/SCC/mvt
Asunto: Informe 3/2014

INFORME 3/2014, DE 28 DE JULIO DE 2014. RENUNCIA A LA CELEBRACIÓN DE UN CONTRATO. NECESARIA MOTIVACIÓN. IMPROCEDENCIA DE LA DECLARACIÓN DE DESIERTO.

ANTECEDENTES

Con fecha 12 de junio de 2014, ha tenido entrada en la Secretaria de la Junta Superior de Contratación Administrativa solicitud de informe del Ayuntamiento de Náquera, al amparo de lo dispuesto en el art. 15 del Decreto 79/2000, de 30 de junio del Consell, de creación de la Junta Superior de Contratación Administrativa; con el siguiente tenor literal:

"D. DAMIAN IBAÑEZ NAVARRO, Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Náquera (Valencia), ante V.I. comparece y como mejor proceda en derecho, EXPONE:

1- Que el Pleno del Ayuntamiento de Náquera, en sesión de fecha 28 de diciembre de 2006, declaró válida la licitación y adjudicó el contrato de gestión del servicio público de LIMPIEZA VIARIA EN EL TERMINO MUNICIPAL DE NAQUERA a la Unión Temporal de Empresa SECOPSA-NAGARES NAQUERA, como autora de la oferta más ventajosa y por el precio de 198.000'10 euros.

2- El 2 de enero de 2007 se formaliza el contrato en documento administrativo.

3- Por la mercantil TÉCNICAS Y TRATAMIENTOS MEDIOAMBIENTALES, S.A., empresa que tomó parte en la licitación, se interpone recurso de reposición contra el acuerdo del Pleno de 28 de diciembre de 2006, recurso que fue desestimado por acuerdo de la Junta de Gobierno Local de fecha 20 de marzo de 2007. Por último contra ese acuerdo, la mercantil TECNICAS Y TRATAMIENTO MEDIOAMBIENTALES S.A. interpone en tiempo y forma recurso contencioso-administrativo que correspondió al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 1 de Valencia.

4- El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 1 de Valencia, en sentencia número 378/2009, de 6 de julio, estima parcialmente el recurso y, tras anular el acuerdo de la Junta de Gobierno Local, ordena la retroacción de las actuaciones a fin de que la mesa de contratación proceda a valorar las ofertas de conformidad con los criterios establecidos en los Pliegos de Condiciones Particulares.

5- Contra la anterior sentencia se interpone recurso de apelación ante el TSJCV por la Unión Temporal de Empresas SECOPSA-NAGARES NAQUERA y, en sentencia 427/2010, de 7 de julio, el TSJCV desestima el recurso y establece la conformidad a derecho de la sentencia apelada.

6- Por Resolución de la Alcaldía nº 0592/2013 se aprueba la composición de la Mesa de Contratación y se la convoca para el 20 de junio de 2013. Reunida la Mesa acuerda dejar el expediente sobre la mesa al objeto de incorporar al mismo el Informe de Letrado Asesor del Ayuntamiento.

7- Incorporados los informes del Letrado Asesor del Ayuntamiento la Mesa de Contratación, el 27 de marzo de 2014, de nuevo se reúne la Mesa de Contratación. Por la Interventora Municipal se presenta Informe que concluye afirmando que “el fallo de la sentencia, que estima en parte el recurso interpuesto por la mercantil TETMA, indica que **“se proceda a la retroacción de las actuaciones a fin de que la mesa de contratación proceda a valorar las ofertas de conformidad con los criterios establecidos en el pliego de condiciones particulares...”** pero no dice que la Mesa de Contratación tenga necesariamente que proponer al Órgano de Contratación la adjudicación del contrato en virtud de la nueva valoración; simplemente se deberá aplicar la normativa que rige para la contratación en ese caso y desde aquél momento. La propuesta pues al Órgano de Contratación de declarar desierto el concurso de forma motivada por razones de interés general debidamente expuestas es una opción legítima que le otorga la normativa.”

A la vista de este informe, la Mesa acuerda elevar consulta al Órgano Consultivo de Contratación y solicitar informe acerca de la potestad discrecional de la mesa para declarar desierto el concurso.

8- *Con independencia de la propuesta de la Mesa, lo bien cierto es que si la legislación de contratos aplicable a este supuesto prevé expresamente la posibilidad de que la Administración pueda desistir del contrato ya perfeccionado, con mayor razón hay que admitir que tal desistimiento se produzca antes del ACTO DE ADJUDICACION, es decir, antes de que el contrato se perfeccione, siempre que razones de interés público así lo aconsejen. (Dictamen del Consejo del Estado 2667/2000)*

Como conclusión, cabría cumplir con el fallo de la sentencia aplicando la misma en sus propios términos y, en consecuencia, valorando las ofertas tal y como se especifica en el fallo de las mismas, para a continuación desistir o renunciar a una nueva adjudicación del contrato por las razones de interés público que constan en el informe de la Interventor Municipal.

9,- *Se adjunta la documentación comprensiva de todos aquellos actos que consideramos oportunos para poder informar, con independencia de que quedamos a su disposición para cuanta colaboración resulte oportuna recabar, a los efectos legales pertinentes.*

Por todo lo expuesto,

SOLICITAMOS que, conforme a lo dispuesto en el artículo 15.2 del Decreto 79/2000, de 30 de mayo, del Gobierno Valenciano, por el que se crea la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana y se regulan los registros oficiales de Contratos y de Contratistas y Empresas Clasificadas de la Comunidad Valenciana y las garantías globales, que tenga por presentado este escrito, se sirva admitirlo y en méritos a su contenido, se sirva ordenar lo conducente para expedir, a la mayor brevedad posible, Informe acerca de la posibilidad de declarar desierto el concurso o bien renunciar o desistir de seguir adelante con la adjudicación del contrato, siempre que ello no implique incumplimiento de lo resuelto por la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. “

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

En primer lugar, hemos de indicar que la legislación aplicable al procedimiento de adjudicación del servicio de limpieza viaria en el término municipal de Náquera y a la ejecución del contrato adjudicado en fecha 28 de diciembre de 2006 y formalizado en fecha 2 de enero de 2007, es el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en adelante TRLCAP, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, así como su reglamento general, en adelante RGLCAP, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.



En segundo lugar, hay que destacar que, efectivamente, como apunta la consulta, el posible ejercicio de las facultades de declarar desierta la adjudicación o renunciar al contrato no impide ni es incompatible con cumplir con lo dispuesto en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana 427/2010, de 7 de julio, que desestima el recurso de apelación interpuesto por la adjudicataria UTE SECOPSA-NAGARÉS NÁQUERA, confirmando la Sentencia de instancia número 379/2009, de 6 de julio, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Valencia, que obliga a retrotraer actuaciones al momento de la valoración de las proposiciones. Sentencia que hay que cumplir en su propios términos.

1. Cuestiones previas. Análisis del pliego de condiciones económico-administrativas.

Con carácter previo a la cuestión que plantea el Ayuntamiento de Náquera, consideramos del todo necesario realizar una serie de observaciones al pliego de condiciones económico-administrativas particulares sobre las que debemos llamar la atención, por cuanto entendemos que algunas de ellas no se ajustan a derecho aunque no hayan sido objeto de controversia en los procedimientos judiciales citados.

Así, el contrato se califica como “concesión administrativa del servicio [público] de limpieza viaria”, fijando un importe anual pagadero por la Administración de 220.000€ no constando a esta Junta la aprobación previa del régimen jurídico básico del servicio y del proyecto de explotación, lo cual era de todo punto necesario a tenor de lo dispuesto en los artículos 158 del TRLCAP y 183 del RGLCAP, conjuntamente.

Asimismo, de la lectura del citado pliego, se echa en todo momento de menos la falta del elemento distintivo de este tipo de contratos concesionales: el riesgo y ventura inherente a la concesión y derivado única y exclusivamente de la explotación de un servicio que puede ser utilizado o no por los potenciales usuarios o por los destinatarios de las prestaciones; en otras palabras, la incertidumbre económica que haga posible la realidad de la explotación a riesgo y ventura del concesionario. Muy al contrario, se observa que estamos ante la prestación del servicio a cambio de un precio determinado, de carácter regular, sin estar sometido a contingencia, eventualidad o contratiempo ligados a los avatares del mercado, a la incertidumbre de la demanda o de la utilización, asegurando por tanto su percepción en idéntica cuantía con independencia de estos factores. Es decir, sin el riesgo que justifique o haga conveniente que se recurra a la explotación del servicio por particulares mediante concesión.

En efecto, tanto anteriormente el artículo 155 del TRLCAP como en la actualidad el artículo 275.1 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP) determinan que la Administración podrá gestionar indirectamente, mediante contrato, los servicios de su competencia, siempre que tengan un contenido económico que los haga susceptibles de explotación por empresarios particulares. Y el artículo 156 del TRLCAP ya establecía que la contratación de la gestión de los servicios públicos adoptará alguna de las modalidades en él definidas; entre ellas, la de concesión, “por la que el empresario gestionará el servicio a su propio riesgo y ventura”.

Sin embargo, cuando la retribución al contratista proviene del propio ayuntamiento y, simultáneamente, no deviene de la explotación del servicio ni depende de la utilización del mismo por los usuarios, sino que se trata de la prestación a la comunidad de un servicio público obligatorio en términos y cuantía previamente asegurados, y cuando no existe, por tanto, riesgo inherente a la explotación, debemos afirmar sin vacilaciones que en realidad se trata de un contrato de servicios en el sentido de la normativa comunitaria y, como no puede ser de otra forma, de la propia Ley, con la única particularidad de que al calificarlo como concesión se burla o se evita el límite que la ley impone a la duración de los contratos de servicios. Es decir, se le concede al contratista un negocio seguro o sin riesgo inherente a la explotación y durante un plazo desorbitadamente largo en el que no tendrá que volver a licitar y competir por el contrato.

Precisamente, en el nuevo ámbito comunitario 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, considera que el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes que haya contraído para explotar las obras o los servicios que sean objeto de la concesión. La parte de los riesgos transferidos al concesionario supondrá una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable.

En otro orden de cosas, pero como una prueba más de lo que acabamos de exponer, llama poderosamente la atención que el pliego de condiciones económico-administrativas exige como requisito de solvencia la clasificación de los licitadores como empresas contratistas de servicios del subgrupo U1, relativo a los servicios de limpieza en general, entre los que se incluye la limpieza viaria (vid anexo II del RGLCAP). Cuestión esta censurable por incoherente, puesto que, si de un contrato de gestión de servicio público se trataba, no era en ningún modo exigible la clasificación de los licitadores como empresas contratistas de servicios, pues de conformidad con el artículo 25.1 del TRLCAP la exigibilidad de la clasificación se encontraba limitada y era aplicable exclusivamente a los contratos de obras y de servicios que superasen las cuantías en dicha norma establecidas. A mayor abundamiento, el pliego de cláusulas administrativas particulares exige a los licitadores, además de la clasificación como empresa contratista de servicios, otros criterios relativos a la solvencia económica, cuando sabido es que la clasificación sustituye la exigencia de otros requisitos de solvencia económica y técnica, como no sea únicamente el compromiso de adscripción nominal o concreta de medios personales o materiales.

Examinados, asimismo, los criterios de adjudicación a cuya aplicación habría que retrotraerse de acuerdo con la sentencia, ha de advertirse al Ayuntamiento consultante que debe desecharse totalmente que las certificaciones ISO referidas en el PCAP sean utilizables como criterios de adjudicación, pues acreditan características subjetivas de la empresa; por ejemplo, de cómo ejecuta una empresa con carácter general sus actividades o sus contratos, por lo que si acaso podrían haberse exigido como requisitos previos de solvencia técnica para la selección de los licitadores, acompañados de la indicación de quienes serían los responsables del control de calidad, pero no establecerse como criterios de adjudicación ya que no tienen una relación directa y concreta con el objeto del contrato ni sirven para determinar la oferta económicamente más ventajosa.

Otro criterio de valoración controvertido es el que fija la necesidad de disponer de una base de servicios a una distancia inferior a 15 km. del casco urbano de Náquera, ya que puede suponer una restricción injustificada de la competencia. En este sentido, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en Sentencia de fecha 27 de junio de 2005 en el asunto C-234/03 Contse S.A. y otros, en causa abierta precisamente contra el Reino de España a instancia de una cuestión prejudicial planteada por la Audiencia Nacional, indicaba que por una parte “se opone al artículo 49 del Tratado CE (libre prestación de servicios dentro de la Comunidad) un requisito de admisión que obliga a la empresa licitadora a disponer, en el momento de la presentación de la oferta, de una oficina abierta al público en la capital de la provincia en la que debe prestarse el servicio y, por otra, unos criterios de valoración de las ofertas que, a efectos de atribuir puntos adicionales, toman en consideración la existencia, en ese mismo momento, de instalaciones propias de producción, de acondicionamiento y de envasado de oxígeno situadas a menos de 1.000 km de la citada provincia o de oficinas abiertas al público en determinadas localidades de ésta y que, en caso de empate entre varias ofertas, favorecen a la empresa que haya prestado anteriormente el servicio de que se trata, en la medida en que tales criterios se apliquen de manera discriminatoria, no estén justificados por razones imperiosas de interés general, no sean adecuados para garantizar la realización del objetivo que persiguen o vayan más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo, extremos que corresponde verificar al órgano jurisdiccional nacional.”

Por último, hemos de indicar que en cuanto al pliego de prescripciones técnicas se remiten únicamente dos páginas que comprenden las obligaciones del servicio de limpieza, los servicios extraordinarios y la frecuencia del servicio de limpieza viaria. A todas luces resulta insuficiente, dado que no se recoge en el



mismo algo tan básico como los medios materiales y personales necesarios, por lo que el Ayuntamiento deja al albur del contratista la disposición efectiva de los necesarios o mínimos.

2. Declaración de desierto y renuncia al contrato

El ayuntamiento consultante basa la posibilidad de declarar desierto el concurso o de renunciar o desistir del contrato en el informe de la Intervención incorporado al Acta de la sesión de la Mesa de contratación de 27 de marzo de 2014. Básicamente el informe viene a reconocer que los pliegos que en su día rigieron la adjudicación del servicio de limpieza viaria no garantizan la certeza del precio, en el sentido de que se desconoce su relación con el coste efectivo del servicio, se utiliza una fórmula de revisión de precios actualmente prohibida, y además en la actualidad no se adecuan a los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera que han de regir en la actuación de las administraciones públicas, principio recogido en el artículo 135 de nuestra Constitución.

Con carácter general y atendiendo al TRLCAP, la declaración de desierto de un procedimiento de contratación se da básicamente en los siguientes supuestos o, mejor dicho, circunstancias: a) La falta de licitadores; b) La no admisión a la licitación de los mismos, y c) Las llamadas ofertas irregulares o inaceptables por no atenerse a los pliegos que rigen la licitación.

Ninguna de estas circunstancias se dan en el presente caso, por lo que se trataría de alegar el interés general que pueda subyacer para que un procedimiento en los que no se han dado ninguno de los motivos esgrimidos y, por tanto, con licitadores que cumplen con las previsiones de los pliegos y, a mayor abundamiento, con los criterios de adjudicación, pudiera declararse desierto.

Cierto es que el artículo 74.3 del TRLCAP indica en su apartado 3 que “en el concurso la adjudicación recaerá en el licitador que, en su conjunto, haga la proposición más ventajosa, teniendo en cuenta los criterios que se hayan establecido en los pliegos, sin atender exclusivamente al precio de la misma y sin perjuicio del derecho de la Administración a declararlo desierto.” Pero no es más cierto que el citado Texto, al regular en su artículo 88.2 la adjudicación de los contratos, constriñe la declaración de desierto a la motivación con referencia a los criterios de adjudicación del concurso que figuren en los pliegos.

Del expediente remitido, en ningún momento podemos apreciar causa alguna que en virtud de esos criterios de adjudicación puedan conllevar, por dicho motivo, a declarar desierto la adjudicación. El Tribunal Supremo, en Sentencia de 18 de febrero de 2.002, acogiendo a lo ya expresado en Sentencias anteriores de 20 de febrero de 1996 y 7 de junio de 1999, que señalan que “la facultad de la Administración de adjudicar el contrato a la proposición más ventajosa o declarar desierto el concurso implica que el hecho de la elección de una de esas dos opciones -planteadas normativamente en términos de alternativa- constituye el ejercicio de una potestad discrecional, lo que desde luego no autoriza la arbitrariedad administrativa. Y en esta línea la sentencia de 21 de julio de 2000 ha señalado que “sobre esta base, los criterios de adjudicación que se incluyan en el pliego del concurso de que se trate tienen el valor de servir de pauta u orientación a la decisión que haya de adoptarse, ahora bien, dentro de ese espacio de libertad legalmente reconocido en cuanto a la alternativa de adjudicar o declarar desierto el concurso. Es decir, esos criterios cumplen el papel de directriz de la decisión que haya de tomarse, pero no predeterminan su necesario contenido. Como consecuencia de lo anterior, la declaración de un concurso como desierto será válida cuando incluya las concretas razones de interés general que la aconsejen, y, además, estas razones sean coherentes con esas pautas que representan los criterios de adjudicación del pliego de condiciones”.

En esta línea, ha de hacerse notar cómo la actual normativa de contratos del sector público ha recogido la limitación a la facultad de declarar desierto la adjudicación de un contrato, de tal forma que no podrá declararse desierto la adjudicación cuando exista alguna oferta o proposición que sea admisible de acuerdo

con los criterios que figuren en el pliego (artículo 151.3, segundo párrafo, del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público).

En cuanto a la renuncia al contrato, teniendo en cuenta que nos encontramos ante la aplicación del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, ya tuvo esta Junta oportunidad de pronunciarse en informe 2/2011, de 14 de junio. Así, se manifestaba que: "Dicho Texto, en su artículo 93, apartado 6, contempla específicamente la posibilidad de renunciar a un contrato ofertado. Renuncia que, de acuerdo con la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en sentencias de fecha 16 de septiembre de 1999 y de 18 de febrero de 2002, debe llevarse a efecto cuando se trata de infracciones no subsanables de las normas de preparación del contrato o del procedimiento de adjudicación, u otras razones que justificadamente impidan seleccionar la oferta económicamente más ventajosa o la de precio más bajo. En ambos casos se deberá motivar la decisión, notificar a los licitadores o candidatos, en el menor tiempo posible, a los que les asiste el derecho de defensa. Asimismo deberá notificar la nueva licitación que, en su caso, se llevare a efecto cuando hayan desaparecido las causas que motivaron tal renuncia y así quede justificado en el expediente."

En efecto, el artículo 93 del TRLCAP, al regular la notificación y publicación de la adjudicación, dispone, en su apartado 5, que el órgano de contratación comunicará a todo candidato o licitador rechazado que lo solicite, en el plazo de quince días a partir de la recepción de la solicitud, los motivos del rechazo de su candidatura o de su proposición y las características de la proposición del adjudicatario determinantes de la adjudicación a su favor, observándose respecto de la comunicación lo dispuesto en el apartado anterior de dicho artículo. Y a renglón seguido, en su apartado 6, establece que lo mismo procederá en los casos en los que se ha decidido renunciar a un contrato ofertado o a reiniciar el procedimiento. Informará también a la Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas de esta decisión cuando el contrato haya sido anunciado en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas. (El subrayado es nuestro).

Visto cuanto antecede, el cumplimiento del artículo 135 de la Constitución Española, bien podría ser motivo suficiente para renunciar al contrato, siempre y cuando se motive, no solo por su mención, sino con clara referencia a los límites impuestos para la adjudicación del contrato, así como por los criterios que se derivan de lo dispuesto en la Ley 27/2013, de Medidas para la Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local. Es evidente que la sentencia del tribunal debe cumplirse en sus propios términos y obliga al Ayuntamiento a retrotraerse al momento procedimental de la valoración de las ofertas, pero no es menos cierto ni menos relevante que, hecha dicha valoración, la posible adjudicación se produciría ahora, en la actualidad, y que de adjudicarse el contrato este tendría que ejecutarse cuando ya están en vigor las normas citadas y, muy posiblemente, en contra del interés general que las mismas protegen.

No obstante, también debemos hacer mención a la posibilidad de los licitadores, además de recurrir tal decisión, de solicitar la indemnización por los gastos ocasionados para concurrir a la licitación. Indemnización que, si bien con la actual legislación, se halla expresamente regulada y procede en todo caso sin mediar solicitud de los licitadores o candidatos, no se establecía de este modo en la legislación aplicable a la contratación de referencia.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Con carácter general y atendiendo al TRLCAP, la declaración de desierto de un procedimiento de contratación se da básicamente en los siguientes supuestos o circunstancias: a) La falta de licitadores; b) La no admisión a la licitación de los mismos, y c) Las llamadas ofertas irregulares o inaceptables por no atenerse a los pliegos que rigen la licitación.

Ninguna de estas circunstancias se dan en el presente caso, por lo que se trataría de alegar el interés general que pueda subyacer para que un procedimiento en los que no se han dado ninguno de los motivos esgrimidos y, por tanto, con licitadores que cumplen con las previsiones de los pliegos y, a mayor



abundamiento, con los criterios de adjudicación, pudiera declararse desierto.

SEGUNDA.- El artículo 93, apartado 6 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, contempla específicamente la posibilidad de renunciar a un contrato ofertado.

TERCERA.- El cumplimiento del artículo 135 de la Constitución Española, bien podría ser motivo suficiente para renunciar al contrato, siempre y cuando se motive, no solo por su mención, sino con clara referencia a los límites impuestos para la adjudicación del contrato, así como por los criterios que se derivan de lo dispuesto en la Ley 27/2013, de Medidas para la Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local.

El presente Informe se emite al amparo de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto 79/2000, de 30 de mayo, del Gobierno Valenciano, por el que se crea la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana, y no tendrá carácter vinculante. Por tanto, el órgano consultante podrá adoptar su decisión ajustándose o apartándose del criterio de la Junta, con la obligación de motivar su decisión en este último caso.

LA SECRETARIA

Margarita Vento Torres

VºBº

EL PRESIDENTE DE LA JUNTA
(Por sustitución, Art. 1.a) Orden de
11 de junio de 2001, DOGV 17/07/2001)

Carmela Cots Soler
VICEPRESIDENTA

APROBADO POR LA JUNTA SUPERIOR DE
CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA en fecha
28 de julio de 2014.