

JUNTA SUPERIOR DE CONTRACTACIÓ ADMINISTRATIVA

C/ Miquel, 5-1a Planta
46001 VALÈNCIA
Tel. 961922109

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

INFORME 3/2014, DE 28 DE JULIOL DE 2014. RENÚNCIA A LA SUBSCRIPCIÓ D'UN CONTRACTE. NECESSÀRIA MOTIVACIÓ. IMPROCEDÈNCIA DE LA DECLARACIÓ DE DESERT

ANTECEDENTS

Amb data 12 de juny de 2014, ha tingut entrada a la Secretaria de la Junta Superior de Contractació Administrativa una sol·licitud d'informe de l'Ajuntament de Náquera, a l'empara del que disposa l'article 15 del Decret 79/2000, de 30 de juny, del Consell, de creació de la Junta Superior de Contractació Administrativa. Té el tenor literal següent:

«DAMIÁN IBÁÑEZ NAVARRO, alcalde president de l'Ajuntament de Náquera (València), davant de vosté compareix i com millor pertoque en dret, EXPOSE:

1. Que el Ple de l'Ajuntament de Náquera, en la sessió de data 28 de desembre de 2006, va declarar vàlida la licitació i va adjudicar el contracte de gestió del servei públic de NETEJA VIÀRIA AL TERME MUNICIPAL DE NÁQUERA a la Unió Temporal d'Empresa SECOPSA-NAGARES NÁQUERA, com a autora de l'oferta més avantatjosa i pel preu de 198.000,10 euros.
2. El 2 de gener de 2007 es formalitza el contracte en un document administratiu.
3. La mercantil TÉCNICAS Y TRATAMIENTOS MEDIOAMBIENTALES, SA, empresa que va prendre part en la licitació, interposa un recurs de reposició contra l'Acord del Ple de 28 de desembre de 2006, recurs que va ser desestimat per un acord de la Junta de Govern Local de data 20 de març de 2007. Finalment contra eixe acord, la mercantil TÉCNICAS Y TRATAMIENTOS MEDIOAMBIENTALES, SA, interposa dins del termini i en la forma oportuna un recurs contenciós administratiu que va correspondre al Jutjat Contenciós Administratiu número 1 de València.
4. El Jutjat Contenciós Administratiu número 1 de València, en la Sentència número 378/2009, de 6 de juliol, estima parcialment el recurs i, després d'anul·lar l'acord de la Junta de Govern Local, ordena la retroacció de les actuacions a fi que la mesa de contractació procedisca a valorar les ofertes de conformitat amb els criteris establits en els plecs de condicions particulars.
5. Contra l'anterior sentència és interposat un un recurs d'apel·lació davant del TSJCV per la Unió Temporal d'Empreses SECOPSA-NAGARES NÁQUERA i, en la Sentència 427/2010, de 7 de juliol, el TSJCV desestima el recurs i estableix la conformitat a dret de la sentència objecte d'apel·lació.
6. Per la Resolució de l'Alcaldia número 0592/2013 s'aprova la composició de la mesa de contractació i se la convoca per al 20 de juny de 2013. Després de reunida la mesa acorda deixar pendent l'expedient a fi d'incorporar-hi l'Informe de lletrat assessor de l'Ajuntament.

7. Una vegada incorporats els informes del lletrat assessor de l'Ajuntament, la mesa de contractació, el 27 de març de 2014, de nou es reunix. La interventora municipal presenta un informe on conclou afirmant que "la dispositiva de la sentència, que estima en part el recurs interposat per la mercantil TETMA, indica que **'es procedisca a la retroacció de les actuacions a fi que la mesa de contractació procedisca a valorar les ofertes de conformitat amb els criteris establits en el plec de condicions particulars...'**, però no diu que la mesa de contractació necessàriament haja de proposar a l'òrgan de contractació l'adjudicació del contracte en virtut de la nova valoració; simplement, s'haurà d'aplicar la normativa que regix per a la contractació en eixe cas i des d'aquell moment. La proposta, doncs, a l'òrgan de contractació de declarar desert el concurs de forma motivada per raons d'interés general degudament exposades és una opció legítima que li atorga la normativa".

En vista d'este informe, la mesa acorda elevar una consulta a l'òrgan consultiu de contractació i sol·licitar un informe sobre la potestat discrecional de la mesa per a declarar desert el concurs.

8. Amb independència de la proposta de la mesa, la veritat és que si la legislació de contractes aplicable a este supòsit preveu expressament la possibilitat que l'Administració puga desistir del contracte ja perfeccionat, amb major raó cal admetre que este desistiment es produïska abans de l'ACTE D'ADJUDICACIÓ, és a dir, abans que el contracte es perfeccione, sempre que raons d'interés públic així ho aconsellen (Dictamen del Consell de l'Estat 2667/2000).

Com a conclusió, pertoca complir la dispositiva de la sentència aplicant-la en els seus propis termes i, en conseqüència, valorant les ofertes tal com s'especifica en la dispositiva d'estes, per a continuació desistir o renunciar a una nova adjudicació del contracte per les raons d'interés públic que consten en l'informe de la interventora municipal.

9. S'hi adjunta la documentació comprensiva de tots els actes que considerem oportuns per a poder informar, amb independència que quedem a la seua disposició per a tota la col·laboració que resulte oportuna demanar, als efectes legals pertinents.

Per tot el que s'ha exposat,

SOL·LICITEM, d'acord amb el que disposa l'article 15.2 del Decret 79/2000, de 30 de maig, del Govern Valencià, pel qual es crea la Junta Superior de Contractació Administrativa de la Generalitat Valenciana i es regulen els registres oficials de Contractes i de Contractistes i Empreses Classificades de la Comunitat Valenciana i les garanties globals, que tinga per presentat este escrit, l'admeta i en virtut del seu contingut, ordene tot el que calga per a expedir, tan ràpidament com siga possible, un informe sobre la possibilitat de declarar desert el concurs o bé renunciar o desistir de seguir avant amb l'adjudicació del contracte, sempre que això no implique un incompliment del que ha resolt la jurisdicció contenciosa administrativa.»

CONSIDERACIONS JURÍDIQUES

En primer lloc, hem d'indicar que la legislació aplicable al procediment d'adjudicació del servei de neteja viària al terme municipal de Náquera i a l'execució del contracte adjudicat en data 28 de desembre de 2006 i formalitzat en data 2 de gener de 2007, és el text refós de la Llei de Contractes de les Administracions Públiques, d'ara en avant TRLCAP, aprovat pel Reial Decret Legislatiu 2/2000, de 16 de juny, així com el seu reglament general, d'ara en avant RGLCAP, aprovat pel Reial Decret 1098/2001, de 12 d'octubre.



En segon lloc, cal destacar que, efectivament, com apunta la consulta, el possible exercici de les facultats de declarar deserta l'adjudicació o renunciar al contracte no impedis ni és incompatible amb el fet de complir el que disposa la Sentència del Tribunal Superior de Justícia de la Comunitat Valenciana 427/2010, de 7 de juliol, que desestima el recurs d'apel·lació interposat per l'adjudicatària UTE SECOPSA-NAGARÉS NÁQUERA, de manera que es confirma la Sentència d'instància número 379/2009, de 6 de juliol, del Jutjat Contenciós Administratiu número 1 de València, que obliga a retrotraure actuacions al moment de la valoració de les proposicions. Sentència que cal complir en el seu propis termes.

1. Qüestions prèvies. Anàlisi del plec de condicions economicoadministratives.

Amb caràcter previ a la qüestió que planteja l'Ajuntament de Náquera, considerem del tot necessari realitzar una sèrie d'observacions al plec de condicions economicoadministratives particulars sobre les quals hem de cridar l'atenció, en tant que entenem que algunes d'elles no s'ajusten a dret encara que no hagen sigut objecte de controvèrsia en els procediments judicials esmentats.

Així, el contracte es qualifica com a «concessió administrativa del servici [públic] de neteja viària», i es fixa un import anual pagador per l'Administració de 220.000 € i no li consta a esta junta l'aprovació prèvia del règim jurídic bàsic del servici i del projecte d'explotació, cosa que era totalment necessari d'acord amb el que disposen els articles 158 del TRLCAP i 183 del RGLCAP, conjuntament.

Així mateix, en la lectura del plec esmentat, en tot moment es troba a faltar l'absència de l'element distintiu d'este tipus de contractes concessionals: el compte i risc inherent a la concessió i derivat únicament i exclusivament de l'explotació d'un servici que pot ser utilitzat o no pels usuaris potencials o pels destinataris de les prestacions; en altres paraules, la incertesa econòmica que faça possible la realitat de l'explotació a compte i risc del concessionari. Molt al contrari, s'observa que estem davant de la prestació del servici a canvi d'un preu determinat, de caràcter regular, sense estar sotmés a contingència, eventualitat o contratemps lligats als avatars del mercat, a la incertesa de la demanda o de la utilització, i s'assegura per tant la seua percepció en idèntica quantia amb independència d'estos factors. És a dir, sense el risc que justifique o faça convenient que es recórrega a l'explotació del servici per particulars per mitjà de concessió.

En efecte, tant anteriorment l'article 155 del TRLCAP, com en l'actualitat l'article 275.1 del text refós de la Llei de Contractes del Sector Públic (d'ara en avant TRLCSP), determinen que l'Administració podrà gestionar indirectament, per mitjà d'un contracte, els servicis de la seua competència, sempre que tinguen un contingut econòmic que els faça susceptibles d'explotació per empresaris particulars. I l'article 156 del TRLCAP ja establia que la contractació de la gestió dels servicis públics adoptarà alguna de les modalitats que s'hi definixen; entre estes, la de concessió, «per la qual l'empresari gestionarà el servici pel seu propi compte i risc».

No obstant això, quan la retribució al contractista prové del mateix ajuntament i, simultàniament, no prové de l'explotació del servici ni depén de la utilització d'este pels usuaris, sinó que es tracta de la prestació a la comunitat d'un servici públic obligatori en termes i quantia prèviament assegurats, i quan no existix, per tant, risc inherent a l'explotació, hem d'afirmar sense vacil·lacions que en realitat es tracta d'un contracte de servicis en el sentit de la normativa comunitària i, com no pot ser d'una altra forma, de la mateixa llei, amb l'única particularitat que en qualificar-lo com a concessió es burla o s'evita el límit que la llei imposa a la duració dels contractes de servicis. És a dir, es concedeix al contractista un negoci segur o sense risc inherent a l'explotació i durant un termini desorbitadament llarg en el qual no haurà de tornar a licitar i competir pel contracte.

Precisament, en el nou àmbit comunitari la Directiva 2014/23/UE, del Parlament Europeu i del Consell, de 26 de febrer de 2014, relativa a l'adjudicació de contractes de concessió, considera que el concessionari assumix un risc operacional quan no estiga garantit que, en condicions normals de funcionament, vaja a recuperar les inversions realitzades ni a cobrir els costos que haja contret per a explotar les obres o els

servicis que siguin objecte de la concessió. La part dels riscos transferits al concessionari suposarà una exposició real a les incerteses del mercat que implique que qualsevol pèrdua potencial estimada en que incórrega el concessionari no és merament nominal o menyspreable.

En un altre orde de coses, però, com una prova més del que acabem d'exposar, crida poderosament l'atenció que el plec de condicions economicoadministratives exigix com a requisit de solvència la classificació dels licitadors com a empreses contractistes de servicis del subgrup U1, relatiu als servicis de neteja en general, entre els quals s'inclouen la neteja viària (vegeu annex II del RGLCAP). I esta qüestió és censurable per incoherent, ja que, si d'un contracte de gestió de servici públic es tractava, no era de cap manera exigible la classificació dels licitadors com a empreses contractistes de servicis, perquè de conformitat amb l'article 25.1 del TRLCAP l'exigibilitat de la classificació es trobava limitada i era aplicable exclusivament als contractes d'obres i de servicis que superaren les quanties establides en esta norma. A més a més, el plec de clàusules administratives particulars exigix als licitadors, a més de la classificació com a empresa contractista de servicis, altres criteris relatius a la solvència econòmica, quan se sap que la classificació substituïx l'exigència d'altres requisits de solvència econòmica i tècnica, com no siga únicament el compromís d'adscripció nominal o concreta de mitjans personals o materials.

Després d'examinats, així mateix, els criteris d'adjudicació a l'aplicació dels quals caldria retrotraure's d'acord amb la sentència, cal advertir a l'Ajuntament consultant que ha de rebutjar-se totalment que els certificats ISO esmentats en el PCAP siguin utilitzables com a criteris d'adjudicació, perquè acrediten característiques subjectives de l'empresa; per exemple, de quina manera executa una empresa amb caràcter general les seues activitats o els seus contractes, i per això, si de cas podrien haver-se exigut com a requisits previs de solvència tècnica per a la selecció dels licitadors, acompanyats de la indicació dels que serien els responsables del control de qualitat, però no establir-se com a criteris d'adjudicació ja que no tenen una relació directa i concreta amb l'objecte del contracte ni servixen per a determinar l'oferta econòmicament més avantatjosa.

Un altre criteri de valoració controvertit és el que fixa la necessitat de disposar d'una base de servicis a una distància inferior a 15 km del nucli urbà de Náquera, ja que pot suposar una restricció injustificada de la competència. En este sentit, El Tribunal de Justícia de la Unió Europea en la Sentència de data 27 de juny de 2005 en l'assumpte C-234/03 Contse SA i altres, en una causa oberta precisament contra el Regne d'Espanya a instància d'una qüestió prejudicial plantejada per l'Audiència Nacional, indicava que d'una banda «s'oposa a l'article 49 del Tractat CE (lliure prestació de servicis dins de la Comunitat) un requisit d'admissió que obliga l'empresa licitadora a disposar, en el moment de la presentació de l'oferta, d'una oficina oberta al públic a la capital de la província en què ha de prestar-se el servici i, d'una altra, uns criteris de valoració de les ofertes que, a l'efecte d'atribuir punts addicionals, prenen en consideració l'existència, en eixe mateix moment, d'instal·lacions pròpies de producció, de condicionament i d'envasament d'oxigen situades a menys de 1.000 km de la província esmentada o d'oficines obertes al públic en determinades localitats d'esta i que, en cas d'empat entre diverses ofertes, afavorixen l'empresa que haja prestat anteriorment el servici de què es tracta, en la mesura que estos criteris s'apliquen de manera discriminatòria, no estiguen justificats per raons imperioses d'interés general, no siguin adequats per a garantir la realització de l'objectiu que perseguixen o vagen més enllà del que és necessari per a aconseguir l'objectiu esmentat, qüestions que correspon verificar a l'òrgan jurisdiccional nacional.

Finalment, hem d'indicar que quant al plec de prescripcions tècniques es remetent únicament dos pàgines que comprenen les obligacions del servici de neteja, els servicis extraordinaris i la freqüència del servici de neteja viària. Sense cap dubte resulta insuficient, atés que no s'hi recull una cosa tan bàsica com els mitjans materials i personals necessaris, i per tant l'Ajuntament deixa a elecció del contractista la disposició efectiva dels necessaris o mínims.

2. Declaració de desert i renúncia al contracte

L'ajuntament consultant basa la possibilitat de declarar desert el concurs o de renunciar al contracte o de

desistir d'este en l'informe de la Intervenció incorporat a l'acta de la sessió de la mesa de contractació de 27 de març de 2014. Bàsicament l'informe reconeix que els plecs que al seu dia van regir l'adjudicació del servei de neteja viària no garantixen la certesa del preu, en el sentit que es desconeix la seua relació amb el cost efectiu del servei, s'utilitza una fórmula de revisió de preus actualment prohibida, i a més en l'actualitat no s'adeqüen als principis d'estabilitat pressupostària i sostenibilitat financera que han de regir en l'actuació de les administracions públiques, principi que recull l'article 135 de la nostra Constitució.

Amb caràcter general i atenent el TRLCAP, la declaració de desert d'un procediment de contractació es dona bàsicament en els següents supòsits o, millor dit, circumstàncies: a) La falta de licitadors; b) La no-admissió a la licitació d'estos, i c) Les anomenades ofertes irregulars o inacceptables per no ajustar-se als plecs que regixen la licitació.

Cap d'estes circumstàncies es donen en este cas, i per tant es tractaria d'al·legar l'interés general que pugja subjaure perquè un procediment en què no s'han donat cap dels motius esgrimits i, per tant, amb licitadors que complixen les previsions dels plecs i, a més a més, amb els criteris d'adjudicació, poguera declarar-se desert.

És cert que l'article 74.3 del TRLCAP indica en l'apartat 3 que «en el concurs l'adjudicació recaurà en el licitador que, en el seu conjunt, faça la proposició més avantatjosa, tenint en compte els criteris que s'hagen establert en els plecs, sense atendre exclusivament el preu d'esta i sense perjuí del dret de l'Administració a declarar-lo desert». Però no és més cert que el text esmentat, en regular en l'article 88.2 l'adjudicació dels contractes, limita la declaració de desert a la motivació amb referència als criteris d'adjudicació del concurs que figuren en els plecs.

En l'expedient remés, en cap moment podem observar cap causa que en virtut d'eixos criteris d'adjudicació pugja comportar, per este motiu, declarar deserta l'adjudicació. El Tribunal Suprem, en la Sentència de 18 de febrer de 2002, aollint-se al que ja expressat en les sentències anteriors de 20 de febrer de 1996 i 7 de juny de 1999, que assenyalen que «la facultat de l'Administració d'adjudicar el contracte a la proposició més avantatjosa o declarar desert el concurs implica que el fet de l'elecció d'una d'eixes dos opcions – plantejades normativament en termes d'alternativa– constituïx l'exercici d'una potestat discrecional, cosa que, per descomptat, no autoritza l'arbitrarietat administrativa. I en esta línia la Sentència de 21 de juliol de 2000 ha assenyalat que “basant-se en això, els criteris d'adjudicació que s'incloguen en el plec del concurs de què es tracte tenen el valor de servir de pauta o orientació a la decisió que haja d'adoptar-se, ara bé, dins d'eixe espai de llibertat legalment reconegut quant a l'alternativa d'adjudicar o declarar desert el concurs. És a dir, eixos criteris complixen el paper de directriu de la decisió que haja de prendre's, però no en predeterminen el contingut necessari. Com a conseqüència de l'anterior, la declaració d'un concurs com a desert serà vàlida quan incloga les raons concretes d'interés general que l'aconsellen, i, a més, estes raons siguen coherents amb eixes pautes que representen els criteris d'adjudicació del plec de condicions”.

En esta línia, cal fer notar com l'actual normativa de contractes del sector públic ha recollit la limitació a la facultat de declarar deserta l'adjudicació d'un contracte, de tal manera que no podrà declarar-se deserta l'adjudicació quan existisca alguna oferta o proposició que siga admissible d'acord amb els criteris que figuren en el plec (article 151.3, segon paràgraf, del text refós de la Llei de Contractes del Sector Públic).

Quant a la renúncia al contracte, tenint en compte que ens trobem davant de l'aplicació del text refós de la Llei de Contractes de les Administracions Públiques, aprovat pel Reial Decret Legislatiu 2/2000, de 16 de juny, ja va tindre esta Junta oportunitat de pronunciar-se en l'Informe 2/2011, de 14 de juny. Així, es manifestava que: «Este text, en l'article 93, apartat 6, preveu específicament la possibilitat de renunciar a un contracte ofert. Renúncia que, d'acord amb la doctrina del Tribunal de Justícia de les Comunitats Europees en les sentències de data 16 de setembre de 1999 i de 18 de febrer de 2002, ha de portar-se a efecte quan es tracta d'infraccions no esmenables de les normes de preparació del contracte o del procediment d'adjudicació, o altres raons que justificadament impedisquen seleccionar l'oferta econòmicament més

avantatjosa o la de preu més baix. En ambdós casos s'haurà de motivar la decisió i notificar-ho als licitadors o candidats, en el mínim de temps possible, als quals els assisteix el dret de defensa. Així mateix haurà de notificar la nova licitació que, si és el cas, es portara a efecte quan hagen desaparegut les causes que van motivar esta renúncia i així quede justificat en l'expedient».

En efecte, l'article 93 del TRLCAP, quan regula la notificació i publicació de l'adjudicació, disposa, en l'apartat 5, que l'òrgan de contractació comunicarà a tot candidat o licitador rebutjat que ho sol·licite, en el termini de 15 dies a partir de la recepció de la sol·licitud, els motius del rebuig de la seua candidatura o de la seua proposició i les característiques de la proposició de l'adjudicatari determinants de l'adjudicació a favor seu; observant-se respecte de la comunicació el que disposa l'apartat anterior de l'article esmentat. I a continuació, en l'apartat 6, estableix que pertocarà açò mateix en els casos que s'ha decidit renunciar a un contracte ofert o a reiniciar el procediment. Informarà també l'Oficina de Publicacions Oficials de la Unió Europea d'esta decisió quan el contracte haja sigut anunciat en el *Diario Oficial de la Unión Europea*. (El subratllat és nostre).

Vist tot això, el compliment de l'article 135 de la Constitució Espanyola, bé podria ser motiu suficient per a renunciar al contracte, sempre que es motive, no sols per la seua menció, sinó amb clara referència als límits imposats per a l'adjudicació del contracte, així com pels criteris que es deriven del que disposa la Llei 27/2013, de Mesures per a la Racionalització i Sostenibilitat de l'Administració Local. És evident que la sentència del tribunal ha de complir-se en els seus mateixos termes i obliga l'Ajuntament a retrotraure's al moment procedimental de la valoració de les ofertes, però no és menys cert ni menys rellevant que, una vegada feta esta valoració, la possible adjudicació es produiria ara, en l'actualitat, i que si s'adjudicava el contracte este hauria d'executar-se quan ja estan en vigor les normes esmentades i, molt possiblement, en contra de l'interés general que estes protegeixen.

No obstant això, també hem de fer menció de la possibilitat dels licitadors, a més de recórrer esta decisió, de sol·licitar la indemnització per les despeses ocasionades per a concórrer a la licitació. Indemnització que, si bé amb l'actual legislació, es troba expressament regulada i pertoca en tot cas sense que intervinga una sol·licitud dels licitadors o candidats, no s'establia d'esta manera en la legislació aplicable a la contractació de referència.

CONCLUSIONS

PRIMERA.- Amb caràcter general i atenent el TRLCAP, la declaració de desert d'un procediment de contractació es dóna bàsicament en els següents supòsits o circumstàncies: a) La falta de licitadors; b) La no-admissió a la licitació d'estos, i c) Les anomenades ofertes irregulars o inacceptables per no ajustar-se als plecs que regixen la licitació.

Cap d'estes circumstàncies es donen en este cas, i per tant es tractaria d'al·legar l'interés general que puga subjaure perquè un procediment en què no s'han donat cap dels motius esgrimits i, per tant, amb licitadors que complixen les previsions dels plecs i, a més a més, amb els criteris d'adjudicació, poguera declarar-se desert.

SEGONA.- L'article 93, apartat 6, del Reial Decret Legislatiu 2/2000, de 16 de juny, pel qual s'aprova el text refós de la Llei de Contractes de les Administracions Públiques, preveu específicament la possibilitat de renunciar a un contracte ofert.

TERCERA.- El compliment de l'article 135 de la Constitució espanyola, bé podria ser motiu suficient per a renunciar al contracte, sempre que es motive, no sols per la seua menció, sinó amb clara referència als límits impostos per a l'adjudicació del contracte, així com pels criteris que es deriven del que disposa la Llei 27/2013, de Mesures per a la Racionalització i Sostenibilitat de l'Administració Local.

Este informe s'emet a l'empareda del que disposa l'article 15 del Decret 79/2000, de 30 de maig, del Govern Valencià, pel qual es crea la Junta Superior de Contractació Administrativa de la Generalitat Valenciana, i no tindrà caràcter vinculant. Per tant, l'òrgan consultant podrà adoptar la seua decisió ajustant-se o apartant-se del criteri de la Junta, amb l'obligació de motivar la seua decisió en este últim cas.

LA SECRETÀRIA

Vist i plau

EL PRESIDENT DE LA JUNTA
(per substitució, art. 1.ª Orde de
11 de juny de 2001, DOGV 17.07.2001)

Margarita Vento Torres

APROVAT PER LA JUNTA SUPERIOR DE CONTRACTACIÓ
ADMINISTRATIVA en data
28 de juliol de 2014

Carmela Cots Soler
VICEPRESIDENTA