



EB 2013/088

Resolución 116/2013, de 11 de noviembre de 2013, del titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra, en relación con el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa Eurest Colectividades, S.A. contra la resolución de desistimiento del contrato “Servicio de cocina del Centro Educativo de Ibaiondo de Zumarraga, Gipuzkoa” (Administración de la CAE).

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 27 de septiembre de 2013, la empresa Eurest Colectividades, S.A. interpuso recurso especial contra la resolución de desistimiento del contrato “Servicio de cocina del Centro Educativo de Ibaiondo de Zumarraga, Gipuzkoa” (Administración de la CAE”).

SEGUNDO: Con fecha 9 de octubre de 2013 se solicitaron alegaciones a los interesados, no recibéndose ninguna. Consta en el expediente el informe del órgano de contratación previsto en el artículo 46.2 TRLCSP.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: En el expediente constan la legitimación del recurrente y la representación de quien actúa en su nombre.

SEGUNDO: El artículo 40.1 b) del TRLCSP prevé que serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación:

«Contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II de esta Ley cuyo valor estimado sea igual o superior a 200.000 euros.»

El acto que se recurre se refiere a un contrato de servicios de la categoría 17 del Anexo II del TRLCSP con un valor estimado de 543.583,34 euros.

TERCERO: El acto recurrido es una Resolución acordando el desistimiento del procedimiento de adjudicación. El artículo 40.2 TRLCSP no menciona expresamente este acto entre los susceptibles de recurso especial. Sin



embargo, este órgano entiende que una interpretación coherente y finalista de la norma, cuyo objetivo es la incorporación al ordenamiento interno de la legislación comunitaria sobre la materia, conduce a entender que se trata de un acto incluido en el ámbito de este recurso. Por un lado, siendo recurribles los llamados «actos de trámite cualificados» porque impiden a un licitador continuar en el procedimiento (artículo 40.2 b) TRLCSP), con idéntica o mayor razón deben ser impugnables los actos que, como el desistimiento, impiden, no ya a un licitador, sino a todos, obtener la adjudicación del contrato. Por otro lado, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha aceptado expresamente la inclusión de los acuerdos de cancelación de una licitación dentro del sistema de recursos establecido por el Derecho europeo de la contratación pública, considerando que dicha inclusión está requerida por la necesidad de que la normativa comunitaria tenga un «efecto útil». En este sentido se ha señalado que «la completa consecución del objetivo que la Directiva 89/665 pretende alcanzar se vería comprometida si las entidades adjudicadoras pudieran cancelar las licitaciones para los contratos públicos de servicios sin estar sujetas a los procedimientos de control jurisdiccional destinados a asegurar desde todos los puntos de vista la efectividad del cumplimiento de las directivas que establecen normas materiales sobre contratos públicos y de los principios en los que se sustentan.» (véase la STJ de 18/6/2002, asunto C-92/00, en especial los apartados 29 a 55).

CUARTO: El recurso ha sido interpuesto dentro del plazo establecido en el artículo 44.2 TRLCSP.

QUINTO: En cuanto al régimen jurídico aplicable, la Administración de la CAE tiene la condición de poder adjudicador y en concreto de Administración Pública, a tenor de lo dispuesto en el artículo 3.2 a) del TRLCSP.

SEXTO: El recurrente basa su pretensión en los siguientes motivos:

a) con fecha 12 de noviembre de 2012, el órgano de contratación adjudicó el contrato a favor de Comercial Aibak, tras acordar la exclusión del recurrente por considerar que su oferta contenía valores anormales. Recurrida la resolución, el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales (OARC / KEAO) estimó el recurso y ordenó la «retroacción de las actuaciones hasta el momento anterior a la celebración de la reunión de la mesa de contratación donde se valoren al recurrente los puntos obtenidos en los criterios cuya aplicación requieren la realización de un juicio de valor y los puntos obtenidos en los criterios evaluables de forma automática.» Sin embargo, la Resolución ahora impugnada, de 4 de julio de 2013, desconoce por completo la decisión del OARC / KEAO.

b) la resolución de desistimiento se basa únicamente en que la Mesa y el Departamento de Administración Pública y Justicia han constatado la imposibilidad de la realización del objeto contractual dentro del plazo indicado como fecha final de ejecución (31 de julio de 2013), supuesto no incardinable dentro de lo que el artículo 155 TRLCSP considera motivos que justifican el



desistimiento; se incumple la resolución del OARC/KEAO que obligaba a la valoración de la oferta del recurrente; todo ello implica la voluntad de no adjudicarle el contrato. Por otro lado, la vigencia del contrato es prorrogable (punto 8 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, PCAP), y el artículo 213.2 TRLCSP contempla el otorgamiento de prórroga en el caso de que el retraso fuese producido por motivos no imputables al contratista, como es el caso. Asimismo, el interés público aconseja prestar el servicio y adjudicar el contrato, y se recuerda que el desistimiento es una posibilidad excepcional. Se alega que el contrato aún no se ha iniciado, por lo que tampoco ha podido finalizarse su vigencia, por lo que la fecha de 31 de julio de 2013 no ha tenido virtualidad práctica y la Administración no puede exigir el cumplimiento del contrato a dicha fecha; en este sentido, el 31 de julio era una fecha indiciaria, pensada para una tramitación normal del procedimiento; en resumen, lo que el contrato pretendía era prestar un servicio durante un cierto lapso temporal y ese objetivo sigue siendo posible simplemente fijando otra fecha de cumplimiento del contrato, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 107.1 TRLCSP y la doctrina de la fuerza mayor (artículo 1105 del Código Civil).

c) el desistimiento es contrario a los actos propios de la Administración, que ha adjudicado y ejecutado periódicamente este servicio, y también al interés general y al principio de eficacia, pues obliga a una nueva licitación para contratar un servicio necesario.

d) finalmente, se solicita la estimación del recurso y que se ordene la retroacción de actuaciones al momento anterior a la exclusión de la oferta del recurrente y que se valore dicha oferta; subsidiariamente, para el caso de que se entienda ajustada a derecho el desistimiento, se solicita que se imponga a la Administración la obligación de compensar los gastos incurridos.

SÉPTIMO: Por su parte, el poder adjudicador solicita la desestimación del recurso con base en los siguientes argumentos:

a) no se ha desconocido la resolución 43/2013 del OARC / KEAO; la Mesa analizó el expediente en su globalidad y observó que la Administración no estaba obligada a demandar un número mínimo de unidades, sino que el gasto efectivo se supeditaba a las necesidades reales, pero que sí estaba obligada a respetar el plazo límite de vigencia del contrato.

b) el cumplimiento normal de los plazos procedimentales de adjudicación, de requerimiento, de publicidad, de notificación y de formalización del contrato que se establecen en los artículos 151 y siguientes del TRLCSP hubiera implicado la realización de actuaciones fuera del plazo de ejecución contractual; al no haber aún contratista, no procede el reajuste de anualidades previsto en el artículo 96 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.



c) dado que el contrato no ha llegado a iniciarse, el plazo de ejecución se acorta hasta llegar a la fecha de finalización; acoger la argumentación del recurrente supondría quebrar los principios básicos del TRLCSP (publicidad, transparencia, estabilidad presupuestaria, control del gasto...).

d) el servicio no se ha dejado de prestar y se ha actuado de acuerdo con el interés general.

OCTAVO: El artículo 155.4 TRLCSP establece que «el desistimiento del procedimiento deberá estar fundado en una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación, debiendo justificarse en el expediente la concurrencia de la causa. El desistimiento no impedirá la iniciación inmediata de un nuevo procedimiento de licitación.» En el caso analizado, la motivación alegada por el poder adjudicador para basar el desistimiento es la constatada «imposibilidad de la realización del objeto del contrato en los plazos de ejecución del contrato inicial», ya que el tiempo requerido para la retroacción de actuaciones ordenada por la Resolución 43/2013 de este Órgano, de 20 de junio de 2013 (hasta el momento anterior a la valoración de las ofertas) implicaría que la formalización del contrato superaría el plazo final de ejecución señalado en Pliegos (31 de julio de 2013).

Llama la atención que un contrato como el analizado, de carácter periódico y sucesivo, someta su finalización a la llegada de una fecha concreta y no a la expiración de un plazo de tiempo contado desde el inicio de la ejecución (por ejemplo, 24 meses), cualesquiera que haya sido la duración del procedimiento de adjudicación. Este último modo de proceder es el adecuado cuando, como en este caso, el gasto efectivo está vinculado al periodo de vigencia y el objeto contractual es una prestación que el poder adjudicador necesita ininterrumpidamente, y garantiza a todos los licitadores que el futuro contratista disfrutará de un volumen fijo de negocio, independientemente de cuándo se formalice el contrato. Por el contrario, la determinación de una fecha concreta es una práctica que debe reservarse a aquellos casos en los que dicha fecha sea esencial, de tal modo que una ejecución del contrato posterior a ella ya no satisfaga las necesidades del órgano de contratación (véase, por ejemplo, la instrucción segunda de la Circular 3/2013, conjunta de la Directora de Patrimonio y Contratación y del Director de la Oficina de Control Económico). Independientemente de esta consideración, el apartado 5.1 de la carátula del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) es muy claro, no siendo admisible entender que se trata, como señala el recurso, de un plazo meramente indicativo.

Debe concederse la razón al recurrente cuando afirma que no se demuestra la existencia de una infracción legal no subsanable de las que justifican el desistimiento, pues el poder adjudicador no ha señalado ninguna estipulación de la documentación contractual ni ningún acto administrativo del procedimiento afectado por un vicio de invalidez. En este sentido, es claro que la exclusión ilícita que dio origen a la Resolución 43/2013 no puede fundamentar el desistimiento porque tal decisión del OARC / KEAO



precisamente supone la retroacción del procedimiento con la vocación, al menos en principio, de finalizarlo con la adjudicación. No obstante, a juicio de este Órgano, la motivación utilizada sí es suficiente para justificar la finalización del procedimiento, pues el acto impugnado satisface los requisitos propios de la renuncia, figura regulada en el artículo 155.3 TRLCSP, que establece que «sólo podrá renunciarse a la celebración del contrato por razones de interés público debidamente justificadas en el expediente.» Al igual que el desistimiento, la renuncia pone fin al procedimiento de licitación sin adjudicar el contrato, pero se diferencia de aquélla en que debe fundamentarse en razones de interés público (es decir, de oportunidad) y no de legalidad, lo que origina el distinto régimen jurídico de la posibilidad de iniciar una nueva licitación. En el caso analizado se ha motivado, siquiera escuetamente, la contradicción con el interés público que supondría continuar con el procedimiento una vez efectuada la retroacción de actuaciones para adjudicar un contrato cuya ejecución en el plazo previsto sería ya imposible o, en el más optimista de los casos, para un periodo inicial de vigencia tan reducido que no se justificaría el esfuerzo de tramitación en comparación con el que se podría emplear con mucho más provecho en un nuevo expediente. A análoga conclusión lleva la aplicación del artículo 87.2 de la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (en adelante, LRJPAC), norma supletoria del procedimiento de adjudicación según el primer párrafo de la Disposición Final Tercera del TRLCSP. Según este precepto, «producirá la terminación del procedimiento la imposibilidad material de continuarlo por causas sobrevenidas.» La imposibilidad de ejecutar un contrato por el transcurso del plazo fijado para ello en los Pliegos es un caso análogo a la pérdida sobrevenida del objeto del procedimiento, uno de los supuestos a los que se refiere este artículo. Existiendo una causa material razonable debidamente expresada que motiva la finalización del procedimiento y apoyo jurídico suficiente para considerar válido el acto impugnado, lo de menos es que se haya calificado como desistimiento y que no se hayan mencionado expresamente las bases legales señaladas en esta Resolución, pues la decisión cumple suficientemente con ellas y, en última instancia, sería aplicable el artículo 65 de la LRJPAC, que establece que «los actos nulos o anulables que, sin embargo, contengan los elementos constitutivos de otro distinto producirán los efectos de éste.» Por ello, la alegación de que la resolución recurrida no satisface los requisitos del desistimiento es cierta, pero irrelevante.

NOVENO: No puede aceptarse el reproche del recurrente de que el acto impugnado supone un incumplimiento de la Resolución 43/2013 de este Órgano. La posibilidad de renunciar a la celebración del contrato es una facultad cuyo ejercicio, una vez cumplidos los requisitos legales, compete al órgano de contratación en cualquier momento del procedimiento anterior a la adjudicación. La Resolución 43/2013 en absoluto ha privado al poder adjudicador de esta facultad, ni le ha prohibido renunciar o desistir. Es cierto que, teóricamente, la Administración podría usar ilegítimamente el artículo 155 TRLCSP para no adjudicar un contrato con el ánimo de perjudicar a un licitador o de eludir el cumplimiento de una resolución del OARC / KEAO, en cuyo caso podría llegar a aplicarse la doctrina de los actos en fraude de ley (artículo 6.4 del Código Civil), pero, como se ha señalado en el fundamento anterior, la



renuncia está suficientemente motivada, y la intención fraudulenta de la Administración no está en absoluto acreditada.

DÉCIMO: Tampoco son aceptables las referencias del recurso a la posibilidad de que el contrato se adjudique y luego sea prorrogado para compensar el periodo de ejecución absorbido por la dilatación del procedimiento de adjudicación. La prórroga de la vigencia es, en este contrato, producto de la voluntad común de las partes (artículo 303.1 TRLCSP), que se expresa una vez iniciada la ejecución del contrato, no una garantía que la Administración pueda ofrecer desde la adjudicación. Igualmente, debe recordarse que no se pueden utilizar, como pretende el recurrente, previsiones que el TRLCSP contiene para regular los efectos de los contratos ya perfeccionados, como la posibilidad de prorrogar el plazo por razones no imputables al contratista, para modificar los Pliegos que rigen la licitación mientras se tramita ésta, pues eso supondría infringir el principio de transparencia (artículo 1 TRLCSP), que obliga a mantener constantes las normas que regulan el procedimiento de adjudicación durante todo su desarrollo (ver las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18/10/2001, asunto C-19/00, de 24/11/2005, asunto C-331/04, de 12/11/2009, asunto C-199/07 y de 22/4/2010, asunto C-423/07), y sería también contrario a la igualdad de trato de todos los licitadores.

UNDÉCIMO: El recurso solicita subsidiariamente, para el caso de que se considere que el desistimiento es ajustado a Derecho, que se imponga a la Administración demandada la obligación de compensar a la recurrente los gastos incurridos, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 155.2 TRLCSP, que establece que «se compensará a los candidatos o licitadores por los gastos en que hubiesen incurrido, en la forma prevista en el anuncio o en el pliego, o de acuerdo con los principios generales que rigen la responsabilidad de la Administración.» La citada solicitud no puede ser satisfecha por el OARC / KEAO; si bien el artículo 47.3 TRLCSP establece la posibilidad de que la resolución del recurso especial señale indemnizaciones por daños y perjuicios que el poder adjudicador deba abonar a los interesados, la supedita a que tales daños se deriven de una infracción legal, lo que no es el caso, como ya se ha expuesto. Por lo tanto, el recurrente debe dirigir su petición a la Administración contratante, y la decisión que ésta adopte no será susceptible de recurso especial por no ser uno de los actos incluidos en el artículo 40.2 TRLCSP.

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 41. 3 del TRLCSP y en la Disposición Adicional Octava de la Ley 5/2010, de 23 de diciembre, por la que se aprueban los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2011, el titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi,



RESUELVE

PRIMERO: Desestimar el recurso especial interpuesto por la empresa Eurest Colectividades, S.A. contra la resolución de desistimiento del contrato “Servicio de cocina del Centro Educativo de Ibaiondo de Zumarraga, Gipuzkoa” (Administración de la CAE).

SEGUNDO: Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición de los recursos por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del texto refundido de Ley de Estabilidad Presupuestaria, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2007, de 28 de diciembre.

TERCERO: Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

CUARTO: Contra la presente resolución, ejecutiva en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso- administrativo (artículo 44.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJ) en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la notificación de la misma (artículo 46. 1 LJ), ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (artículo 10 k) LJ), de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP

Vitoria-Gasteiz, 2013ko azaroaren 11
Vitoria-Gasteiz, 11 de noviembre de 2013