

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

En Madrid, a 3 de enero de 2018.

VISTO el recurso especial en materia de contratación formulado por don A.L.E., en nombre y representación de la empresa SEUR GEOPOST, S.L., contra la Orden de 19 de octubre de 2017 de la Consejera de Economía, Empleo y Hacienda, por la que se acuerda la renuncia al lote 1 del Acuerdo Marco para la Prestación de Servicios Telegráficos y de Burofax, dividido en dos lotes, expediente 05-DT-2.1/2011, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 6 y 18 de marzo de 2012 se publicó respectivamente en el BOCM y en el BOE, el anuncio de licitación correspondiente al Acuerdo Marco para la “Prestación de Servicios Telegráficos y de Burofax”, a adjudicar mediante procedimiento abierto y pluralidad de criterios y con un valor estimado de 24.130.522,04 euros.

El objeto del Acuerdo Marco, según el punto 1, del Anexo 2 del Pliego de

Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), consiste en la determinación de las condiciones de la prestación de los servicios telegráficos y de burofax descritos en el Anexo I, que en concreto para el lote 1, comprenden los telegramas nacionales e internacionales. Por su parte el Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante PPT) señala que el objeto del contrato es la prestación de servicios telegráficos y de burofax a los centros de la Administración General de la Comunidad de Madrid y sus Organismos Autónomos.

El mismo PPT define las distintas categorías del lote 1 *“Telegramas”*,- telegramas nacional y telegramas internacional-, señalando que se trata del *“envío urgente de mensajes; podrá cursarse por teléfono y on line, y complementarse con los servicios de acuse de recibo y copia certificada”*.

Segundo.- A la licitación convocada únicamente se presentaron dos empresas la recurrente y la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S.A. (en adelante Correos).

Admitidas ambas empresas a licitación, con fecha 9 de abril de 2012, se reúne la Mesa de contratación para la apertura de las proposiciones económicas, resultando, según el acta correspondiente a dicho acto que obra en el expediente administrativo, que la recurrente oferta tomar a su cargo el servicio para el lote 1 por importe de 7.163.604,33 euros, mientras que Correos, realiza una oferta económica de 8.815.170,99 euros (para la cantidad total estimada de mensajes).

La Mesa de contratación, en su reunión del día 22 de junio de 2012, respecto a la aclaración de la oferta efectuada por SEUR GEOPOST, S.L. que *“Dado que en este acuerdo la oferta económica consiste en los porcentajes de descuento ofertados a los precios unitarios recogidos en los pliegos, la aclaración al lote n° 1 es inadmisibles por implicar modificación de la oferta, por lo que no se considera necesario pasar a examinar en profundidad si la documentación aportada por SEUR GEOPOST, S.L. acredita suficientemente la vinculación con LOGALTY y con SEUR,*

S.A.” y en consecuencia tal y como consta en el Acta correspondiente a dicho acto excluye la oferta de la recurrente, sin que dicha exclusión tomara efectos como consecuencia del desistimiento de la licitación del lote 1.

Con fecha 12 de septiembre de 2012 como consecuencia de las alegaciones efectuadas por Correos el día 21 de junio de 2012, señalando su condición de prestador universal del servicio, el Director General de Política Financiera, Tesorería y Patrimonio por delegación del Consejero de Economía y Hacienda, dictó Orden de desistimiento del procedimiento de contratación para el lote 1, contra la que se interpuso recurso especial que fue desestimado mediante Resolución 136/2012, de 15 de noviembre.

Frente a dicha Resolución se interpuso recurso contencioso administrativo que fue estimado mediante Sentencia de 22 de octubre de 2014, posteriormente confirmada en casación por el Tribunal Supremo en Sentencia de 15 de diciembre de 2016.

Tercero.- Con fecha 19 de octubre de 2017, la Consejera de Economía, Empleo y Hacienda dicta la Orden, por la que se acuerda la renuncia a la celebración del contrato del lote 1 “*Telegramas*”, del Acuerdo Marco, en la que se indica que “*no se ha promovido en más de cinco años, ni se va a promover, una nueva licitación del objeto contractual.(...)*” y que “*la Junta Central de Compras no ha vuelto a convocar el servicio de telegramas por no haber sido necesario su objeto para satisfacer las necesidades de la Administración autonómica, debido a la escasa o nula utilización de servicios telegráficos en la Comunidad de Madrid, dado que el envío de mensajes de texto urgentes se realiza de forma más económica y eficaz a través de otros medios electrónicos, informáticos y telemáticos, como burofax, note u otros. Así, la Junta Central de Compras inició en 2013 la tramitación de una nueva contratación de servicios postales, el expediente 05-DT-2.2/2013, acuerdo marco para la prestación de Servicios Postales y de Burofax, dividido en los lotes: 1 ‘Servicios*

Postales’ y 2 ‘Servicios de Burofax’, que se licitó en 2014 sin incluir servicios telegráficos al no tener éstos una utilización común y continua por las unidades y centros de la Comunidad de Madrid”.

Frente a dicho acto se ha interpuesto recurso especial en materia de contratación ante este Tribunal con fecha 5 de diciembre de 2017, previa la presentación del anuncio a que se refiere el artículo 44.1 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSPP) en el que tras describir las vicisitudes del expediente de contratación se solicita que se anule la indicada Orden, con los argumentos de existencia de abuso de derecho y fraude de ley por parte de la Administración autonómica.

Comunicado el recurso y requerido el órgano de contratación para que aportara copia del expediente administrativo y el informe a que se refiere el artículo 46.2 del TRLCSPP, con fecha 14 de diciembre se dio cumplimiento al indicado requerimiento.

Cuarto.- No se ha concedido trámite de alegaciones al no existir en el procedimiento más interesados, puesto que el Acuerdo Marco 05-DT-2.1/2011, ya ha sido ejecutado habiéndose tramitado una nueva contratación de servicios postales mediante el expediente 05-DT-2.2/2013.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Se acredita en el expediente la legitimación para interponer recurso especial en materia de contratación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSPP, *“Podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de*

recurso”.

Asimismo se acredita la representación con que actúa el firmante del recurso.

Segundo.- En cuanto al plazo para el ejercicio de la acción, el TRLCSP establece en el apartado 2 del artículo 44 que *“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 158. (...)”.*

En el presente caso, consta que la Orden de renuncia del procedimiento de licitación al lote 1 se notificó a la recurrente el día 14 de noviembre, mediante correo electrónico, interponiéndose el recurso especial ante este Tribunal el día 5 de diciembre de 2017, por lo tanto dentro del plazo establecido para ello.

Tercero.- El acto recurrido es la Orden de renuncia del procedimiento de licitación para el Acuerdo Marco para la prestación de los servicios de referencia con un valor estimado de 24.130.522,04 euros, sujeto a regulación armonizada y susceptible de recurso especial en virtud de lo dispuesto en el artículo 40.1.a) y 2.c) del TRLCSP, en tanto en cuanto la renuncia constituye una forma de terminación del procedimiento de licitación, asimilable a la adjudicación.

Cuarto.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Quinto.- El recurso presentado se dirige contra la Orden de 19 de octubre 2017, de la Consejera de Economía, Empleo y Hacienda, por la que se acuerda la renuncia al contrato alegando que dicha Orden constituye un supuesto de fraude de ley y de

abuso del derecho. En concreto se afirma que *“aun admitiendo que en el año 2017 el telegrama está prácticamente en desuso, y que el servicio se ha sustituido por el burofax, servicio que en la licitación controvertida le fue adjudicado a CORREOS, quien provocó el desistimiento del que se ha visto beneficiado, resulta inadmisibles que en 2012 y 2013 no existiera esta necesidad, más aún si se tiene en cuenta, como se ha puesto de manifiesto, el importe máximo previsto para el lote 1 “Telegramas” del Acuerdo Marco, 10.495.729,34 euros”*. Señala que si bien no es posible proceder ahora a ejecutar el contrato licitado en el año 2012, lo cierto es que se vio privada de la posibilidad de ejecutar el contrato, lo que le ha producido una indefensión que cifra en 7.163.640,33 euros (cantidad que coincide con su oferta) y que no es posible dejar al arbitrio de la Administración la fijación de la indemnización. Sin embargo en el *petitum* de su escrito no se solicita la satisfacción de indemnización alguna, ni tampoco se desarrolla actividad argumental alguna en relación con el montante de la indemnización, ni en consecuencia se despliega actividad probatoria alguna en tal sentido.

Por su parte el órgano de contratación en su informe señala que *“La renuncia a la adjudicación del lote 1 viene motivada por razones de interés público al no reunir el contrato los requisitos de necesidad, idoneidad y eficiencia que requiere la contratación pública, resultando perjudicial y gravosa, tanto para la Administración como para el posible adjudicatario del lote, la celebración de un contrato cuya previsible utilización va a ser escasa o improbable, persiguiéndose en todo caso la correcta aplicación de la Ley y no su vulneración”*, añade que en el procedimiento de licitación no se ha llegado a efectuar propuesta de adjudicación y que en todo caso lote 1 *“Telegramas”*, por tratarse de un Acuerdo Marco de homologación, es de presupuesto cero, efectuándose una estimación teórica del valor de las prestaciones a adquirir. La Comunidad de Madrid, durante la vigencia del acuerdo, no se compromete a efectuar un determinado número de prestaciones, por estar subordinadas a las necesidades de la Administración, sin que los contratistas puedan exigir peticiones de cantidades determinadas o de importes mínimos como

condición de servicio y que el presupuesto máximo que se considera a efectos de licitación es el de cada precio unitario, concluyendo que de acuerdo con el TRLCSP en el caso de renuncia a la licitación solo se deberá compensar a los licitadores por los gastos efectivos en que hubieran incurrido, previa solicitud y con la debida justificación de su valoración económica.

Debe señalarse que a diferencia de lo que ocurre en la contratación privada, en que hasta el momento de la celebración del contrato cualquiera de las partes puede desligarse de su intención de contratar, en el ámbito de la contratación pública no es una opción de libre utilización, sino un remedio para evitar perjuicios al interés público, tanto en el caso del desistimiento como de la renuncia *“El desistimiento de la Administración no se configura de esta manera como una opción de libre utilización por la misma, sino como una solución a la que únicamente podrá acudirse cuando la prosecución de las actuaciones o de la ejecución del contrato perjudique el interés público o sea incompatible con él”* (Memoria del Consejo de Estado, año 2000).

El artículo 155.3 del TRLCSP permite al órgano de contratación renunciar al contrato licitado, solo *“por razones de interés público debidamente justificadas en el expediente”* con carácter previo a la adjudicación, en cuyo caso, no podrá promoverse una nueva licitación de su objeto en tanto subsistan las razones alegadas para fundamentar la renuncia.

Como se indicaba en nuestra Resolución 92/2016, de 11 de mayo, el adverbio *“sólo”* que utiliza el mencionado artículo 155.3 del TRLCSP tiene el significado de únicamente, es decir la renuncia solamente procede cuando la prosecución de los trámites del procedimiento de adjudicación perjudique al interés público, debiendo motivar dicho acto con las causas de tal decisión. Se trata por tanto de una decisión reglada, no de libre utilización por el órgano de contratación. El límite que establece el citado artículo, que sólo procede cuando existan razones de interés público, trata

de sembrar confianza y seguridad en los licitadores. Los órganos de contratación deben extremar el cuidado en la preparación correcta de los contrato de manera que, en la medida de lo posible se eviten situaciones que puedan dar lugar a la necesidad de renunciar a la licitación por un defecto de los actos preparatorios que impida conseguir el fin que se pretendía y de paso se vean afectados los licitadores que de buena fe participan en el procedimiento y muestran sus ofertas viendo luego revocada la licitación.

De acuerdo con la legislación nacional el término “*interés público*” es el elemento central para ejercer el control sobre la decisión recurrida. Se trata de un concepto jurídico indeterminado que debe fundamentar y justificar la decisión de renuncia a la celebración de un contrato. Este concepto genérico se concreta cuando la Administración actúa guiada con la intención de obtener el interés general. La imprecisión del concepto no puede servir de amparo para una actuación abusiva de la Administración. El interés público es la oposición al interés privado, es decir representa aquello que interesa a la comunidad.

Por ello, requiere una adecuada motivación del acto de renuncia que evite que por los licitadores se pueda invocar de existencia de desviación de poder para favorecer a otros competidores o con otros fines. Pero por otro lado si el fin pretendido con el contrato es satisfacer las necesidades para el cumplimiento y realización de los fines institucionales de los entes públicos, cuando tal interés desaparece o no existe, no deben celebrarse los contratos y por ello cabe admitir la posibilidad de renunciar a su celebración. Por tanto, la causa del contrato debe quedar reflejada en el documento de necesidad a que se refiere el artículo 22 del TRLCSP y cualquier causa sobrevenida o existente, pero no tenida en cuenta puede justificar la renuncia por razones de interés público, especialmente en este caso la desaparición sobrevenida del objeto, sin perjuicio de la admisibilidad también otras razones.

Por otro lado, el artículo 22.1 del TRLCSP, establece la exigencia, en aras a la consecución de la eficiencia en la actuación administrativa, de la definición y concreción de las necesidades a satisfacer con el objeto del contrato y su extensión, *“Los entes, organismos y entidades del sector público no podrán celebrar otros contratos que aquellos que sean necesarios para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales. A tal efecto, la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas, deben ser determinadas con precisión, dejando constancia de ello en la documentación preparatoria, antes de iniciar el procedimiento encaminado a su adjudicación”*, debiendo considerarse que esta exigencia no es una mera formalidad, sino que debe cumplirse en toda su extensión, de forma cumplida y suficiente.

En consecuencia, en este momento la cuestión se centra en determinar si concurren o no en el supuesto analizado, y si se han justificado adecuadamente en el expediente, las *“razones de interés público”* que puedan justificar la renuncia al contrato por parte del órgano de contratación, dado que este es el requisito esencial para que se pueda proceder a la renuncia a un contrato aún no adjudicado, pero en pleno proceso de licitación, con arreglo a la normativa legal vigente.

No cabe desconocer el tiempo transcurrido entre la convocatoria del contrato y la anulación firme del desistimiento del procedimiento de licitación y la circunstancia de que existe un nuevo contrato en el que no se ha incluido el servicio de telegramas controvertido, prueba irrefutable de la no necesidad de la prestación, al menos a partir de su convocatoria. Pero no es menos cierto que la concurrencia de las causas de la renuncia al contrato debe verificarse en el momento en que se produce la misma, no con carácter previo coincidiendo con la decisión de desistimiento anulada en vía contencioso administrativa.

La anulación del desistimiento previo implica la retroacción del procedimiento para su continuación, a no ser que se produzca alguna causa que lo impida, como es en este caso la concurrencia de una causa de renuncia.

Qué duda cabe de que la no necesidad de la contratación del servicio de telegramas, corroborada por la no inclusión de esta prestación en el nuevo contrato, es una causa de interés público que justifica la renuncia al contrato, a la que únicamente cabe aplicar las consecuencias establecidas legalmente, cuales son la de abonar a los licitadores los gastos en que hubieran incurrido en la licitación.

El artículo 7 del Código Civil es claro cuando residencia la figura del abuso de derecho en el uso torticero de un derecho o como en este caso, de una potestad administrativa *“La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso”*, recogiendo los requisitos establecidos por la doctrina jurídica ya desde la Sentencia del TS, de 14 de febrero de 1944, entre otras en la STS 383/2005, de 18 mayo: Uso de un derecho, objetiva o externamente legal, presencia de un daño a un interés, no protegido por una específica prerrogativa jurídica, e inmoralidad o carácter antisocial de ese daño, tanto en su vertiente subjetiva, representada en la intencionalidad de su autor de causar daño, como en la objetiva de las circunstancias del caso.

Para apreciar la existencia de abuso del derecho hay que valorar si la interferencia del daño en la esfera jurídica ajena está o no justificada, ya que es evidente que la renuncia a la licitación siempre origina un daño para los licitadores interesados en obtener la adjudicación del contrato. Es evidente que dicha interferencia o daño no está justificada cuando el sujeto tiene la única intención de

perjudicar al tercero, pero tampoco lo está cuando, aun no concurriendo dicho elemento intencional, el sujeto debió renunciar a la realización del acto perjudicial para otro sujeto, tomando en consideración las concretas modalidades y circunstancias (tiempo, lugar, ocasión, etc.) del ejercicio de las prerrogativas.

En este caso la concurrencia de una causa que justifica la renuncia, enerva la existencia de abuso del derecho invocada por la recurrente, por más que se haya anulado la decisión de desistimiento adoptada de forma inadecuada, ya que no puede identificarse sin más como parece pretender la recurrente, con una intencionalidad en rechazar o excluir su oferta, tanto más cuanto existiendo una causa de exclusión puesta de manifiesto por la mesa de contratación, como se ha descrito más arriba (como consecuencia de una aclaración modificativa de la oferta), se ha optado en un primer momento por el desistimiento y en un segundo momento por la renuncia, que implica cargas para la Administración (pago de gastos), al constatar la inadecuada definición del objeto del contrato.

Además el abuso del derecho establece un límite a la libertad del sujeto de elegir las formas de ejercicio de su derecho, libertad que una vez descartada la procedencia de los requisitos legales del desistimiento queda limitada a la renuncia, que lleva consigo además la carga de no poder contratar la prestación controvertida mientras subsista la causa de renuncia.

Como venimos diciendo no resulta acreditado el ejercicio antisocial de la renuncia al contrato, o la presencia de una extralimitación en el ejercicio de la misma -que constituye el núcleo de la figura del abuso del derecho,- que, sin embargo en este caso, encuentra su fundamento en la preservación del interés general y en la no necesidad de contratar una prestación cuya ejecución no es necesaria.

Sexto.- Resta analizar la alegación relativa a la “*indefensión*” que la recurrente cifra en la cantidad de 7.163.640, 33 euros, coincidente con su oferta para el lote 1. Lo

primero que cabe señalar es que la recurrente en ningún momento se refiere a dicha cantidad como una indemnización de daños, ni ofrece sustrato probatorio alguno respecto de la misma, ni incluye el abono de tal cantidad en el *petitum* de su recurso.

Sin perjuicio de que, de acuerdo con el apartado 3 del artículo 47 del TRLCSP, a solicitud del interesado, si procede, podrá imponerse a la entidad contratante la obligación de indemnizar a la persona interesada por los daños y perjuicio que le haya podido ocasionar la infracción legal a que haya dado lugar el recurso, como más arriba hemos señalado la única consecuencia prevista legalmente respecto de la renuncia es el abono de gastos, amén de que formalmente no se ha solicitado una indemnización por daños por lo que en virtud del principio de congruencia no cabría su concesión.

Ello no obstante en su caso, la recurrente podrá solicitar una indemnización de daños para cuyo reconocimiento deberá reunir los requisitos establecidos para su reconocimiento en los artículos 32 y siguientes de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación formulado por SEUR GEOPOST, S.L., contra la Orden de 19 de octubre de 2017 de la Consejera de Economía, Empleo y Hacienda, por la que se acuerda la renuncia al lote nº 1 del

Acuerdo Marco para la Prestación de Servicios Telegráficos y de Burofax, dividido en dos lotes, expediente 05-DT-2.1/2011.

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 47.5 del TRLCSP.

Tercero.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 49 TRLCSP.