

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

En Madrid, a 18 de agosto de 2022.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Siglo de Oro Producciones, S.L., contra el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Aranjuez de fecha 5 de julio de 2022, por la que se acuerda no formalizar el contrato de “concesión del servicio de gestión y explotación del Teatro Real Coliseo Carlos III”, número de expediente CON 19/2022 CSER, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicado en el perfil de contratante del Ayuntamiento de Aranjuez, alojado en la PCSP el día 3 de marzo de 2022, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación y sin división en lotes.

El valor estimado de contrato asciende a 3.393.794,32 euros y su plazo de duración será de tres años con posible prórroga por otro año más.

A la presente licitación se presentaron dos propuestas, siendo una de ellas

inadmitida por falta de subsanación de la documentación que acredita previamente la aptitud para contratar, siendo la otra la presentada por el recurrente.

Segundo.- Antecedentes

Tras el desarrollo ordinario del procedimiento de licitación, la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Aranjuez en fecha 21 de junio de 2022, acordó la adjudicación de la concesión que nos ocupa a Siglo de Oro Producciones, S.L., (en adelante Siglo de Oro), indicando en dicho acuerdo el plazo de formalización del contrato.

Que con fecha 5 de julio de 2022, la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Aranjuez adopta acuerdo de no formalizar el contrato con Siglo de Oro.

Dicho acuerdo fue notificado al recurrente y simultáneamente publicado en la PCSP el 12 de julio de 2022.

Tercero.- El 25 de julio de 2022, tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Siglo de Oro en el que solicita la formalización del contrato sobre la concesión de servicios adjudicado.

El 1 de agosto de 2022, el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP).

Cuarto.- No se ha dado traslado del recurso a posibles interesados al no ser tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones que las aducidas por el recurrente, de conformidad con lo establecido en el artículo 82.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, aplicable en virtud de lo establecido en el artículo 56 de la LCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.4 de la LCSP 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.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica adjudicataria, *“cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso”* (artículo 48 de la LCSP).

Asimismo, se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue adoptado el 5 de julio de 2022, practicada la notificación el 12 de julio de 2022, e interpuesto el recurso, en este Tribunal, el 25 de julio de 2022, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra el acto de no formalización del contrato. La doctrina ha venido considerando a éste como un acto de trámite, que determina la imposibilidad de continuar el mismo, en el marco de una concesión de servicios cuyo valor estimado es superior a 3.000.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.c) y 2.b) de la LCSP.

Quinto.- En cuanto al fondo del recurso se basa en determinar la procedencia de la renuncia a la formalización del contrato que nos ocupa.

El recurrente considera que no existe razón de interés público para la renuncia a la formalización del contrato que le ha sido adjudicado, vulnerando de esta forma la normativa recogida en el artículo 152 de la LCSP, en especial su apartado 3.

Manifiesta que la Mesa de contratación, por unanimidad, en su sesión de fecha 17 de mayo de 2022, propuso la adjudicación de la concesión a Siglo de Oro, condicionado a la presentación de la documentación que se recoge en el PCAP y en el artículo 150.2 de la LCSP.

Con fecha 21 de junio la Junta de Gobierno Local del Ayto de Aranjuez, adjudica la concesión, admitiendo la propuesta de la mesa de contratación.

Que el 12 de julio de 2022, la Junta de Gobierno del Ayto de Aranjuez adopta el acuerdo de no formalizar el contrato relativo a la concesión meritada, motivándose in allunde por el informe técnico emitido y que expone:

“Debido a la existencia de incidencias graves en la ejecución del expediente CON 19/2013, de idéntico objeto y con el mismo contratista, las cuales según el informe de fecha 30 de junio de 2022 de la Intervención General se pondrán de manifiesto a la Fiscalía por si fueran constitutivas de ilícito penal, habiéndose formulado por la Primera Tte. Alcalde Delegada de Contratación propuesta de resolución del contrato por incumplimiento culpable del contratista con incautación de la garantía definitiva y prohibición para contratar con el Sector Público.

De continuarse con el procedimiento de contratación (CON 19/2022 CSER) se daría la situación en la que se formalizase el contrato con la misma entidad con la que se resolvió el anterior contrato por incumplimiento culpable y con la imposición de prohibición de contratar con el Sector Público. Este hecho en sí conllevaría un contrasentido, y en definitiva abocaría al órgano de contratación a resolver el contrato del presente expediente, agravando la situación de la gestión del servicio público y provocando un notable perjuicio a sus usuarios.

No resultaría entendible, ni razonable, formalizar un contrato con un contratista objeto – con carácter simultaneo – de un procedimiento para la resolución por incumplimiento – del contrato anterior de idénticas características –, debido a una

presunta alteración de resultados económicos negativos, que devienen en un incumplimiento grave del contrato, que pudiera tener incluso relevancia en el ámbito penal, lo que atañe al interés público subyacente, en orden a una gestión eficiente y correcta de los servicios públicos”.

El recurrente manifiesta y pone en evidencia que el procedimiento de resolución del anterior contrato ni siquiera se ha iniciado o por lo menos no se ha notificado y cuanto menos se ha resuelto.

Invoca el textual del artículo 152 de la LCSP en el que se marcan tres ítems para ejercer por parte del órgano de contratación la opción de renuncia a la formalización del contrato:

- a) Temporal, antes de la formalización.
- b) Material, debe estar fundado en razones de interés público.
- c) Que los anteriores se justifiquen plenamente en el expediente.

A este respecto considera que *“el informe jurídico de fecha 5 de julio de 2022, que motiva el acuerdo de la Junta de Gobierno Local, por el que se renuncia a la formalización del contrato **se basa en presunciones y posibilidades, no se fundamenta en actos administrativos definitivos**, que además no agotan la vía administrativa y que no tienen, por ello, eficacia erga omnes en el ordenamiento jurídico”.*

Sostiene el recurrente que: “ni se ha notificado ese inicio de expediente de resolución a esta parte, ni esta parte ha podido alegar sobre el mismo y que por supuesto, ni ha concluido el expediente de resolución. (...) Por ello no existe interés público, en el sentido alegado, mientras no se conozca el sentido de la resolución final del procedimiento. Mientras tanto, por el principio de inocencia y de seguridad jurídica, no se puede deducir ni concluir el inicio de un expediente del contrato anterior que se producirán una serie de irregularidades y de perjuicios en un expediente nuevo”.

Invoca el propio informe jurídico de 5 de julio en el que motiva la renuncia acordada que afirma que se basa en *“una presunta alteración de resultados económicos negativos”*.

Considera que una presunción de futuro que no es un acto firme acreditado, no puede conllevar la suposición de que atañe al interés público subyacente en la gestión de un servicio público gestionado sin tachas durante ocho años y tres meses.

Alude a la inexistencia de interés público o prohibición de contratar por parte de Siglo de Oro a la prórroga acordada el 8 de abril de 2022, sobre el contrato de concesión que fue formalizado en 2014, sobre la gestión del Teatro Coliseo Carlos III, deduciendo que, en caso de existir razones tan poderosas, dicha prórroga no se hubiera acordado.

Por último, pone de manifiesto la confusión que el acuerdo de la Junta de Gobierno Local sobre el desistimiento o la renuncia a la formalización, al utilizar ambas figura de forma conjunta en sus acuerdos.

Otro de los motivos de recursos es la nulidad del acuerdo de no formalización del contrato, pues previamente no se ha resuelto el procedimiento contradictorio que establece el artículo 152 en cuanto a la indemnización a los licitadores por los gastos que la licitación haya ocasionado, ya que se trata de un procedimiento contradictorio con resolución previa a la adopción del acuerdo de no formalización.

Por su parte el órgano de contratación en su escrito al recurso defiende su actuación pone de manifiesto los siguientes hechos:

Se requiere al recurrente los gastos por consumo de agua que desde 2014 no ha abonado y que ascienden a 27.627,39 euros.

Se requiere al recurrente los gastos de comunidad de propietarios de la finca donde se ubica el Teatro y que desde 2014 suman un total de 1.192,38 euros.

Se pone de manifiesto que en relación con el ejercicio 2020 no se ha liquidado a este Ayuntamiento el 25% de los beneficios obtenidos, canon establecido en la concesión que nos ocupa formalizada en 2014.

Se ha de advertir que en el caso de los gastos por consumo de agua y cuotas a la comunidad de vecinos, no han sido reclamadas por el Ayuntamiento de Aranjuez hasta el año 2022.

Manifiesta el órgano de contratación que: *“De lo anterior, se interpreta que la imposición de penalidades pudiera quedar amparada en el hecho de que no queda justificada, de manera alguna, la conducta de la concesionaria en relación a la existencia de facturas cuya contraprestación no ha quedado acreditada; la existencia de “autocontratos”, etc. Todo lo cual da a entender el presunto interés de la concesionaria en alterar el resultado contable del servicio, intentando, así, acrecentar unos resultados de explotación negativos con la presunta intención de obtener un beneficio a causa de ese déficit de explotación económica tal y como recoge la cláusula 28 PCAP”.*

Manifiesta que a la vista del régimen de penalidades establecido en el PACP al superar los incumplimientos el importe de 3.000 euros se podrá proceder a la resolución del contrato, en este caso el importe asciende a 4.236,16 euros.

En consecuencia con lo anterior invoca el acuerdo del Pleno Municipal de fecha 8 de julio de 2022:

“PRIMERO.- Acordar la resolución del procedimiento incidental de imposición de penalidades, archivando el expediente por cuanto corresponde al órgano de contratación la incoación de procedimiento para determinar la resolución por incumplimiento culpable del contratista.

SEGUNDO.- Acordar el inicio de procedimiento para la resolución del contrato administrativo entre el Ilmo. Ayuntamiento de Aranjuez y la contratista SIGLO DE ORO

PRODUCCIONES, S. L., por el incumplimiento grave y culpable de las obligaciones esenciales y/o principales del contrato y de las condiciones de ejecución establecidas en el PPT, del expediente CON 19/2013 - GESTIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS DEL TEATRO CARLOS III DE ARANJUEZ.

TERCERO.- Proponer la prohibición de contratar a la sociedad SIGLO DE ORO PRODUCCIONES S. L. con el Sector Público (art. 3 TRLCSP) en virtud de lo dispuesto en el artículo 60.2 c) y d) del TRLCSP por plazo de 2 años.

La prohibición de contratar afectará también a aquellas empresas de las que, por razón de las personas que las rigen o de otras circunstancias, pueda presumirse que son continuación o que derivan, por transformación, fusión o sucesión, de otras empresas en las que hubiesen concurrido aquéllas, y de forma expresa de la sociedad GRAN TEATRO DE ARANJUEZ, S.L.

CUARTO.- Acordar la incautación de la garantía definitiva en aras a garantizar el pago del importe de los daños y perjuicios causados

QUINTO.- Dar trámite de audiencia por plazo de diez días hábiles a la contratista, y en su caso a la avalista, para que alegue lo que estime conveniente, de conformidad con lo establecido en el artículo 109.1.b) Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

SEXTO.- A la vista de las alegaciones formuladas en su caso por el contratista, que se emita informe por la Intervención municipal, así como informe jurídico propuesta de resolución por parte de la Secretaría municipal.

SÉPTIMO.- En el caso de oposición del interesado solicitar Dictamen a la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid.

OCTAVO.- Notificar la resolución al/los interesado/s”.

Aparte de la adopción de este acuerdo, “la Intervención Municipal con fecha 29 de julio de 2022, remitió oficio a la Fiscalía General del Estado por si de la tramitación del expediente de resolución del contrato CON 19/2013, pudiera dirimirse algún ilícito penal por parte de Siglo de Oro Producciones S.L., de conformidad con lo previsto en el art. 262 del RD de la Ley de enjuiciamiento Criminal”.

Prosigue el órgano de contratación en su exposición que en estas circunstancias no puede adjudicarse un nuevo contrato a aquel licitador que pudiera encontrarse en una prohibición de contratar, por lo que uniendo este hecho a la deuda pendiente, considera que el interés público se encuentra amenazado y por consiguiente puede invocarse para renunciar a la formalización del contrato.

Por último y en relación a la preceptiva resolución del procedimiento contradictorio para la determinación de la indemnización que corresponde a los licitadores a la vista de la renuncia a la formalización del contrato, invoca distinta jurisprudencia que considera que la resolución de este incidente no afecta a la toma del acuerdo de renuncia por parte del órgano de contratación.

Vistas las posiciones de las partes es preciso en primer lugar delimitar el alcance de este recurso especial en materia de contratación.

Este debe centrarse únicamente en la renuncia a la formalización del contrato de concesión de servicio del Teatro Coliseo Carlos III de Aranjuez. Por lo tanto este Tribunal no puede ni debe pronunciarse sobre las cantidades adeudas, su procedencia de pago, su posible ilícito penal, la posible resolución del contrato, que aún no se ha producido y en especial la prohibición de contratar que aún no es firme, toda vez, que no se han terminado los procedimientos sobre la resolución del contrato anterior, ni los Tribunales Penales han dictado sentencia firme sobre los hechos denunciados de falsedad en la contabilidad del año 2020.

Todo ello por dos motivos, primero no es el objeto del recurso planteado y segundo afecta a la ejecución del contrato, actos sobre los cuales el recurso especial en materia de contratación no entran en su ámbito objetivo.

Este Tribunal solo podrá manifestarse sobre si la renuncia a la formalización del contrato acordada por la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Aranjuez en fecha 12 de julio de 2022, cumple con los requisitos exigidos en el artículo 152 de la LCSP.

En este momento consideramos preciso transcribir el apartado 3 del artículo 152 de la LCSP:

“Solo podrá adoptarse la decisión de no adjudicar o celebrar el contrato por razones de interés público debidamente justificadas en el expediente. En este caso, no podrá promoverse una nueva licitación de su objeto en tanto subsistan las razones alegadas para fundamentar la decisión”.

Podemos observar que dos son los límites a la discrecionalidad de la administración para renunciar a la adjudicación o formalización de esta en el oportuno contrato.

Por un lado debe basarse y este es el límite principal en el interés público. El interés público es un concepto jurídico indeterminado con una doble función: dar cobertura legitimadora a la actuación de la Administración y, por otra parte, constituye una de las formas de limitar las potestades administrativas.

El interés público participa de las características de los llamados *“conceptos inaprensibles”*, de ahí las dificultades con las que se encuentran quienes tratan de definirlo. Se trata de una de esas palabras cuya fuerza radica más en lo que evocan que en lo que significan, aunque se califique de *“concepto jurídico indeterminado”*, ya que, según ha señalado García de Enterría, su alcance es, evidentemente, indeterminado, pues no permite una aplicación precisa, determinada e inequívoca en un supuesto dado.

En el ámbito de la contratación pública y de conformidad con el artículo 152 de la LCSP, tal y como establece la Resolución 6/2016 del Tribunal Administrativo de Contratación de Castilla y León: *“el legislador atribuye al órgano de contratación la libertad de no adjudicar el contrato por un motivo de interés público sobrevenido con posterioridad al inicio del procedimiento de adjudicación; sin embargo, el ejercicio del ius variandi por la Administración exige para ello una adecuada motivación, con el fin de desterrar la arbitrariedad, por lo que deberán justificarse las razones de interés*

público en que se funda este derecho en el caso concreto, sin que baste la mera invocación de dicho interés público”.

En la misma línea interpretativa el Acuerdo 32/2016 Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, de 29 de marzo establece: *“La renuncia a la celebración de un contrato público, se configura como acto unilateral y dispositivo de la Administración porque la contratación pública no constituye un fin público en sí misma, sino en la medida que atiende a la finalidad de satisfacer un interés público. Ahora bien, para ello debe respetar el elemento reglado consistente en la necesidad de que concurra algún motivo de interés público para renunciar, dejando constancia de dicho motivo en el expediente en que se contiene la acreditación documental del procedimiento (entre otras, Sentencia núm. 282/2014, de 16 diciembre, del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Canarias, Santa Cruz de Tenerife).*

En la renuncia al contrato estamos ante una causa habilitadora sobrevenida de una razón o motivo de interés público que hace desaparecer la causa del contrato, y cuyo límite es la arbitrariedad de la Administración. En definitiva, la cuestión se reduce a si la prerrogativa conferida al órgano de contratación para la renuncia del contrato, se ha ejercido en los términos y exigencias que establece la ley”.

La STJUE de 11 de diciembre de 2014, Croce Amica One Italia Srl, recuerda que la normativa europea no establece que la renuncia del poder adjudicador a adjudicar un contrato público se limite a casos excepcionales, o se base necesariamente en motivos graves, pero si en motivos generales.

Como vemos la renuncia por causa de interés público no puede reducirse a que dicho interés recaiga en quien es el adjudicatario, sino que debe recaer en el objeto del contrato, en la necesidad de proseguir con la licitación iniciada.

Un motivo de renuncia a este contrato podría ser la municipalización del servicio, basadas en causas por ejemplo de ahorro de costes. Pero en ningún caso puede considerarse interés público unas posibles infracciones de Siglo de Oro en su

contabilidad, no solo porque el propio órgano de contratación manifiesta en condicional estos hechos sino porque la renuncia debe afectar a un interés general.

Llegado el caso de probarse estas irregularidades se tramitaría una prohibición de contratar al recurrente, pero todo ello tras la tramitación del oportuno expediente contradictorio y una vez que este fuera firme, es decir, tras los posibles recursos judiciales establecidos para estos casos.

Por tanto podemos afirmar que la pretendida causa de interés público no se aprecia en este caso, conclusión que comparte el órgano de contratación, pues de forma inmediata ha vuelto a iniciar la licitación del mismo contrato, sin esperar tal y como establece el apartado 3 del artículo 152 a que dichas razones desaparezcan.

No pretende este Tribunal que el Teatro Coliseo Carlos III deje de prestar sus servicios durante años hasta que se diluciden las causas de resolución del anterior contrato de concesión y la posible causa de prohibición de contratar para el actual adjudicatario. Ni obligar al Ayuntamiento de Aranjuez a municipalizar el servicio, con el consiguiente cambio de gestión y posible falta de medios materiales y humanos necesarios.

El órgano de contratación, la Junta de Gobierno Local, no ha obrado de forma discrecional sino arbitraria anulando los principios generales de transparencia e igualdad de los licitadores, al considerar que la liquidación del anterior contrato era un motivo de interés público suficiente para anular la adjudicación ganada.

Hemos de indicar asimismo, que al día de hoy Siglo de Oro podría participar en la nueva licitación, pues su pretendida prohibición de contratar no ha sido resuelta ni inscrita tal y como establece el artículo 72 de la LCSP.

Este Tribunal considera que la Junta de Gobierno Local ha obrado con arbitrariedad al acordar la renuncia del contrato, sin atender a la imposibilidad de iniciar una nueva contratación y basando todo su argumento en una deuda que

alcanza según sus manifestaciones 4.236,16 euros sobre un valor estimado que si bien desconocemos, siguiendo el determinado para la actual concesión supera los tres millones de euros.

Actuación no solo arbitraria sino desproporcionada, que los órganos competentes analizaran y determinarán como correcta o incorrecta.

Por todo ello este Tribunal considera que no existe causa de interés público que justifique la no formalización del contrato de la concesión del servicio público de gestión del teatro Carlos III de Aranjuez a favor del adjudicatario Siglo de Oro Producciones, S.L., procediendo en consecuencia la anulación del acuerdo de renuncia, la formalización del mencionado contrato.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.4 de la LCSP y el artículo 3.5 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.- Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Siglo de Oro Producciones S.L., contra el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Aranjuez de fecha 5 de julio de 2022, por la que se acuerda no formalizar el contrato de “concesión del servicio de gestión y explotación del Teatro Real Coliseo Carlos III”. Número de expediente CON 19/2022 CSER, anular la renuncia a la contratación y en consecuencia formalizando la adjudicación con el recurrente.

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

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 59 de la LCSP.