

Dictamen n.º: **231/22**
Consulta: **Alcalde de Madrid**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **26.04.22**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión del día 26 de abril de 2022, emitido ante la consulta formulada por el alcalde de Madrid, al amparo del artículo 5.3 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, a través de la Consejería de Administración Local y Digitalización, en el asunto promovido por Valoriza Servicios Medioambientales S. A., en reclamación de indemnización por los daños sufridos como consecuencia de la renuncia del Ayuntamiento de Madrid a la celebración del contrato de servicios denominado *“Tratamiento de digesto procedente de las plantas de biometanización del parque tecnológico de Valdemingómez en la planta de secado térmico de Butarque”* (en adelante, *“el contrato”*).

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El expediente que nos ocupa trae causa del escrito presentado el 19 de mayo de 2021 por la empresa Valoriza Servicios Medioambientales, S. A., como adjudicataria del contrato, solicitando le sean compensados los gastos en que ha incurrido por las inversiones realizadas en participar en la licitación del contrato, al haber renunciado el Ayuntamiento de Madrid a su celebración.

La cuantía de la indemnización solicitada asciende a 244.269,63 euros.

SEGUNDO.- De la documentación obrante en el expediente se deducen los siguientes hechos relevantes para la emisión del presente dictamen:

Previa licitación, el 7 de mayo de 2019 la Mesa de Contratación acuerda proponer como adjudicataria del contrato a la empresa licitadora Valoriza Servicios Medioambientales S.A. y el 10 de mayo de 2019 es requerida por la Administración para que aportara la documentación previa a la formalización del contrato.

El 19 de agosto de 2019 mediante Decreto del delegado del Área de Gobierno de Medio Ambiente y Movilidad, se adjudica el contrato a la empresa Valoriza Servicios Medioambientales S.A. por un precio de 16.317.523,77 euros, IVA incluido.

El 25 de septiembre de 2019 la empresa licitadora FCC Medio Ambiente S.A. interpone un recurso especial en materia de contratación contra el decreto de adjudicación que es desestimado por el Tribunal Administrativo de Contratación Pública en la Resolución 549/2019, de 17 de octubre.

El 11 de febrero de 2020 la directora general del Parque Tecnológico de Valdemingómez elabora un informe en el que propone *“renunciar a la celebración del contrato de servicios por razones de interés público motivadas en la aparición de circunstancias sobrevenidas que impiden que el contrato, en los términos licitados, satisfaga las necesidades administrativas que le son propias y que constan en el expediente”*.

Mediante Decreto de 17 de febrero de 2020 el delegado del Área de Gobierno de Medio Ambiente y Movilidad, resuelve:

“Renunciar a la celebración del contrato de servicios denominado Contrato de Servicios para el Tratamiento del Digesto procedente de las plantas de biometanización del Parque Tecnológico de Valdemingómez en la planta de secado térmico de Butarque, a propuesta de la Dirección General del Parque Tecnológico de Valdemingómez y por las razones de interés público que constan en el informe de fecha 11 de febrero de 2020”.

La renuncia se notifica a los licitadores y Valoriza Servicios Medioambientales S.A. presenta un recurso especial en materia de contratación que es desestimado por el Tribunal Administrativo de Contratación Pública en la Resolución 97/2020, de 21 de mayo. El fundamento de derecho quinto, expresa:

«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 formalizado, con arreglo a la normativa legal vigente.

Por tanto, este Tribunal tendrá que dilucidar si la argumentación incluida en la resolución recurrida está suficientemente motivada y si la misma podría encuadrarse dentro del concepto jurídico indeterminado de “interés público”.

Es preciso analizar la fundamentación del recurso especial en materia de contratación interpuesto por Valoriza que considera que no existen tales circunstancias sobrevenidas, toda vez que el

Ayuntamiento era conocedor de la legislación pues es anterior al inicio de la contratación por lo que también debía conocer las autorizaciones necesarias para acometer los trabajos pretendidos. Incide en el hecho de que el contrato debería haberse formalizado a los cinco días hábiles de ser notificada la resolución 549/2019 de 17 octubre, desde la recepción de la resolución, evidencia asimismo que desde que el Área municipal recibió el informe de la Comunidad de Madrid solicitando el inicio del estudio de impacto medioambiental aludido hasta la declaración de renuncia han mediado cuatro meses, por lo que no considera correcto justificar la renuncia en el incumplimiento del cronograma de actuaciones y por ultimo considera que la documentación que solicita el organismo correspondiente de la Comunidad de Madrid está recogido en el Pliego de prescripciones Técnicas como una de las partes de ejecución del contrato.

Vistas las alegaciones de ambas partes este Tribunal considera en primer lugar qué si bien este contrato se debería haber formalizado a los cinco días de la notificación de la Resolución 549/2019 de 17 de octubre, el recurrente ha tenido suficientes herramientas para obligar al órgano de contratación a cursar dicha formalización sin necesidad ninguna de esperar hasta la declaración de renuncia del contrato, por lo que alegar esta circunstancia en este momento no tiene interés alguno al caso.

La consideración de este contrato como una solución provisional y puente en tanto en cuanto se acomete la definitiva que es la construcción de una nueva planta que englobe el tratamiento de la totalidad de los lodos que se producen por los desechos de la ciudad de Madrid, incide totalmente en la justificación de la renuncia.

La necesidad de habilitar una planta de tratamiento de los lodos de forma inmediata no se va a conseguir mediante la formalización de este contrato y su ejecución, que además podría solaparse con la puesta en marcha de la nueva planta.

Se ha de advertir que la renuncia no provoca un procedimiento contradictorio, es un acto propio del órgano de contratación por el que decide no proseguir con la licitación iniciada, con los solos límites de no haber formalizado el contrato y que su decisión esté basada en el interés público y no sea una mera desviación de poder. Si la construcción de la nueva planta se encuentra ya en fase de inicial de licitación y se considera necesario un periodo de alrededor de tres años para su puesta en funcionamiento, el continuar con esta solución puente tendría sentido si se consiguiese el funcionamiento de la planta de Butarque de forma inmediata, pero al tener que cumplir con una serie de requisitos para la obtención de los permisos necesarios, el plazo de funcionamiento se reduciría en tal medida que, tal y como manifiesta el Ayuntamiento de Madrid perdería toda razón de ser».

El 4 de junio de 2021 el delegado del Área de Gobierno de Medio Ambiente y Movilidad, acordó la devolución de las garantías constituidas por los licitadores.

TERCERO.- El 19 de mayo de 2021, tal y como ya ha sido indicado, Valoriza Servicios Medioambientales S.A. formula una reclamación en la que solicita le sean compensados los gastos en que ha incurrido en la licitación, al haber renunciado el Ayuntamiento de Madrid a la celebración del contrato.

La entidad reclamante, tras relatar los antecedentes de la licitación, se ampara en el artículo 152.2. 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/17) para solicitar la compensación por los gastos en que ha incurrido como licitadora y adjudicataria del contrato.

Respecto a la cuantía indemnizatoria reclamada señala que corresponde acudir a los criterios de valoración empleados para el cálculo de la responsabilidad patrimonial de la Administración contenidos en el artículo 34, apartado 2, de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, LRJSP) porque ni el anuncio ni el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que regían el contrato establecen la forma de compensación.

Desglosa en la reclamación los gastos en que ha incurrido por la elaboración de la oferta y participación en la licitación, que ascienden a 244.269,63 euros.

La reclamación se acompaña de diversa documentación: factura correspondiente a la subcontratación para la elaboración de la propuesta técnica y económica por importe de 27.225 euros, recibo bancario de pago del seguro a todo riesgo corporativo contra daños materiales por importe de 39.191,04 euros, recibo bancario de pago del seguro por daños materiales por importe de 111.664,00 euros, recibo bancario de pago del seguro de responsabilidad civil por contaminación accidental y daños medioambientales por el periodo de 31 de diciembre de 2018 a 31 de diciembre de 2019 por importe de 1.051,99 euros y recibo bancario por el periodo de 31 de diciembre de 2019 a 31 de diciembre de 2020 por importe de 1.051,99 euros, recibo bancario de pago del seguro de responsabilidad civil general para el periodo desde el 1 de enero de 2019 a 1 de enero de 2020 por importe de 10.913,58 euros y para el periodo de 20 de mayo de 2019 a 19 de

mayo de 2020 por un importe de 4.085,50 euros, recibo bancario de pago de la constitución del aval definitivo por un importe de 4.085,50 euros, factura y recibo de pago de Notaría por importe de 114,18 euros y certificación del departamento de relaciones laborales justificativo de los costes incurridos en la preparación de la oferta por importe de 32.784,26 euros.

Presentada la reclamación, se ha instruido un procedimiento de responsabilidad patrimonial del que constituyen aspectos a destacar en su tramitación, los siguientes:

Por oficio de 4 de junio de 2021 de la jefa del Departamento Jurídico de la Contratación se requirió a Valoriza Servicios Medioambientales S.A. para que subsanase la documentación presentada y aportase las pólizas completas y acreditara el pago de los seguros de riesgos medioambientales en instalaciones y por servicios medioambientales, de responsabilidad civil general y de todo riesgo por daños materiales, lo que fue cumplimentado el 14 de junio de 2021.

El 20 de agosto de 2021 la directora general del Parque Tecnológico de Valdemingómez emite informe favorable a la compensación de gastos y propone el reconocimiento de una compensación por importe de 107.485,48 euros por los gastos derivados de la subcontratación (27.225 euros), por los gastos incurridos por la propia empresa en la preparación de la oferta (32.784,26 euros), por los gastos derivados del depósito en la Tesorería Municipal de la garantía definitiva (114,18 euros) y por los gastos derivados de la contratación de la póliza a todo riesgo de daños materiales (39.191,04 euros).

El 7 de septiembre de 2021, mediante Decreto del delegado del Área de Gobierno, de Medio Ambiente y Movilidad se acuerda el inicio y la tramitación del expediente de compensación de gastos a la empresa

Valoriza Servicios Medioambientales S.A por la renuncia del Ayuntamiento de Madrid a la formalización del contrato de servicios.

Consta en el expediente remitido la concesión del trámite de audiencia a la empresa perjudicada que presenta alegaciones el 27 de septiembre de 2021, para manifestar su conformidad con el reconocimiento del deber de indemnizar, y solicitar una indemnización de 219.149,48 euros, al sumar al importe consignado por la Administración en la propuesta de compensación por importe de 107.485,48 euros, la cantidad de 111.664,00 por los gastos en que ha incurrido derivados de la preparación de la oferta y la adjudicación del contrato.

Finalmente, previo informe de la jefa del Servicio de Contratación, estimatorio de las alegaciones presentadas en el trámite de audiencia por Valoriza Servicios Medioambientales, S.A., se dicta propuesta de resolución en la que se autoriza la compensación de gastos vinculados a la renuncia a la formalización del contrato por importe de 219.149.48 euros.

CUARTO.- En este estado del procedimiento, el 7 de marzo de 2022 se formuló preceptiva consulta a este órgano consultivo.

Al estimarse que el expediente estaba incompleto, al amparo de lo establecido en el artículo 19 del ROFCJA se solicitó documentación, con suspensión del plazo para emitir dictamen, que ha tenido entrada en este órgano consultivo el 1 de abril de 2022 reanudándose el plazo para la emisión del dictamen solicitado.

Ha correspondido la solicitud de consulta del presente expediente, registrada en la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid con el nº 141/22, a la letrada vocal Dña. Rosario López Ródenas que formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen,

deliberada y aprobada, por el Pleno de esta Comisión Jurídica Asesora en su sesión de 26 de abril de 2022.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- La Comisión Jurídica Asesora emite su dictamen preceptivo, de acuerdo con el artículo 5.3.f) a. de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, y la solicitud se efectúa por la Alcaldía de Madrid, órgano legitimado para ello, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 18.3.c) del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por Decreto 5/2016, de 19 de enero (en adelante, ROFCJA).

Respecto del carácter preceptivo del dictamen cabe señalar que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 152.2 de la LCSP/17, *“La decisión de no adjudicar o celebrar el contrato o el desistimiento del procedimiento podrán acordarse por el órgano de contratación antes de la formalización. En estos casos se compensará a los candidatos aptos para participar en la licitación o licitadores por los gastos en que hubiesen incurrido en la forma prevista en el anuncio o en el pliego o, en su defecto, de acuerdo con los criterios de valoración empleados para el cálculo de la responsabilidad patrimonial de la Administración, a través de los trámites del procedimiento administrativo común”*.

Así pues, esta remisión que efectúa la LCSP/17 a los criterios de valoración que rigen la responsabilidad patrimonial de la Administración, debe considerarse como supletoria para el caso de que

el anuncio o el pliego de cláusulas administrativas no establezca nada en relación con el reembolso de tales gastos, pero, tal como indicara el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid en el dictamen 137/2010, de 26 de mayo, *“en todo caso, permite considerar que la petición es de carácter extracontractual pues lo contrario supondría dividir o establecer dos naturalezas distintas para una misma situación jurídica, en función de que la indemnización esté prevista o no en el pliego, lo que este Consejo Consultivo no considera posible desde la óptica del principio de igualdad y sobre todo de la seguridad en la definición de las instituciones jurídicas”*.

En este caso, nos encontramos, por un lado, que el artículo 152 de la LCSP/17 prevé que en el supuesto de que no se formalice el contrato se compensará a los licitadores por los gastos en que hubiesen incurrido en la forma prevista en el anuncio o en el pliego o, en su defecto, de acuerdo con los criterios de valoración empleados para el cálculo de la responsabilidad patrimonial de la Administración, a través de los trámites del procedimiento administrativo común; y por otro lado, el pliego de cláusulas administrativas particulares del contrato no recoge criterios alguno de compensación de gastos, por lo que la remisión del citado precepto a los criterios que rigen la responsabilidad patrimonial nos hace concluir que nos encontramos ante un supuesto de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, y por lo tanto, procede la emisión del presente dictamen tiene carácter preceptivo.

No es objeto del presente dictamen analizar la renuncia a la formalización del contrato por lo que el estudio ha de limitarse a examinar si concurren los requisitos exigidos por la ley para que proceda resarcir a la empresa por los daños derivados de aquella renuncia, a través del cauce de la responsabilidad patrimonial de la

Administración, dado que, según ha sido expresado, ni el pliego, ni el anuncio de licitación determinan los efectos de la renuncia.

SEGUNDA.- La entidad reclamante ostenta legitimación activa para promover el procedimiento de responsabilidad patrimonial al amparo del artículo 4 de Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAC) en relación con el artículo 32.1 de la LRJSP al haber resultado perjudicada por la renuncia a la formalización del contrato por parte del Ayuntamiento de Madrid.

Se cumple igualmente la legitimación pasiva del Ayuntamiento de Madrid al haber dictado la resolución a la que se imputa el daño.

Las reclamaciones de responsabilidad patrimonial, a tenor del artículo 67.1 de la LPAC, tienen un plazo de prescripción de un año desde la producción del hecho que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo.

En el caso analizado, los daños se imputan a la renuncia a la celebración del contrato acordada mediante Decreto de 17 de febrero de 2020 del delegado del Área de Gobierno de Medio Ambiente y Movilidad, contra el que la entidad reclamante interpuso un recurso especial en materia de contratación al Tribunal Administrativo de Contratación Pública que fue desestimado por Resolución de dicho tribunal de 21 de mayo de 2020, por lo que la reclamación formulada el 19 de mayo de 2021 se habría presentado en plazo legal.

Respecto a la tramitación del procedimiento ha de estarse a lo establecido en la LPAC. En concreto figura en el expediente el informe de la directora general del Parque Tecnológico de Valdemingómez al que se imputa la producción del daño conforme el artículo 81 de la LPAC, se ha admitido la prueba documental y se ha evacuado el

trámite de audiencia. Finalmente, se ha redactado la propuesta de resolución, remitida junto con el resto del expediente a esta Comisión Jurídica Asesora para su dictamen preceptivo.

TERCERA.- Como es sabido, la responsabilidad patrimonial de la Administración se rige por el artículo 106.2 de la Constitución Española a cuyo tenor: *“Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”*. El desarrollo legal de este precepto se encuentra contenido actualmente en la LRJSP, completado con lo dispuesto en materia de procedimiento en la ya citada LPAC.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2016 (recurso 2396/2014) recoge lo siguiente a propósito de las características del sistema de responsabilidad patrimonial:

“(...) el art. 139 de la LRJAP y PAC, establece, en sintonía con el art. 106.2 de la CE , un sistema de responsabilidad patrimonial : a) unitario: rige para todas las Administraciones; b) general: abarca toda la actividad -por acción u omisión- derivada del funcionamiento 10/13 de los servicios públicos, tanto si éstos incumben a los poderes públicos, como si son los particulares los que llevan a cabo actividades públicas que el ordenamiento jurídico considera de interés general; c) de responsabilidad directa: la Administración responde directamente, sin perjuicio de una eventual y posterior acción de regreso contra quienes hubieran incurrido en dolo, culpa, o negligencia grave; d) objetiva, prescinde de la idea de culpa, por lo que, además de erigirse la causalidad en pilar esencial del sistema, es preciso que el daño sea la materialización de un riesgo jurídicamente relevante creado por el servicio público; y, e) tiende a la reparación integral”.

Para apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración son precisos los siguientes requisitos:

a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.

b) Que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal -es indiferente la calificación- de los servicios públicos en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterándolo, en el nexo causal.

c) Ausencia de fuerza mayor.

d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

CUARTA.- Conforme a lo expuesto en la consideración anterior, la primera cuestión que se debe examinar en orden a determinar la procedencia de la indemnización solicitada, es la existencia real y efectiva del daño aducido. En este sentido recuerda la Sentencia de 13 de febrero de 2018 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (recurso 597/2017), con cita de la jurisprudencia de Tribunal Supremo que *“la existencia de un daño real y efectivo, no traducible en meras especulaciones o expectativas”* constituye el núcleo esencial de la responsabilidad patrimonial traducible en una indemnización económica individualizada, de tal manera que resulte lesionado el ámbito patrimonial del interesado *“que es quién a su vez ha de soportar la carga de la prueba del daño efectivamente causado”*.

En este caso el artículo 152.2 de la LCSP/17 previene el resarcimiento de los gastos en que hubiesen incurrido los licitadores

por la decisión de no adjudicar o celebrar el contrato o el desistimiento del procedimiento antes de la formalización y en estos casos se compensará a los candidatos aptos, por los gastos en que hubiesen incurrido en la forma prevista en el anuncio o en el pliego o, en su defecto, de acuerdo con los criterios de valoración empleados para el cálculo de la responsabilidad patrimonial de la Administración, a través de los trámites del procedimiento administrativo común y a dichos efectos la entidad reclamante, para acreditar la compensación que reclama y la realidad de los gastos ha presentado diversas facturas, recibos y pólizas de seguros que acreditan unos gastos por importe de 219.149,48 euros.

Los documentos acreditativos de la realidad del daño vienen referidos a la elaboración de la oferta presentada y a la participación en la licitación del contrato de servicios que le fue adjudicado.

Determinada la existencia del daño, que la empresa no tiene el deber jurídico de soportar puesto que el ya citado artículo 152 de la LCSP/17 considera que existe antijuridicidad del daño por el solo hecho de que por parte de la Administración se renuncie al contrato y concurriendo la existencia de un nexo causal entre la actuación municipal (renuncia al contrato) y el daño ocasionado (realización de gastos) procede examinar el resarcimiento o compensación que corresponde a la entidad reclamante.

Sobre el alcance que debe tener el resarcimiento no existe un criterio pacífico en la jurisprudencia, ya que junto a pronunciamientos que la limitan a determinados gastos, otros consideran indemnizables tanto los gastos de mantenimiento de la fianza como los gastos de preparación de la oferta técnica, pero rechazan el resarcimiento por el lucro cesante reclamado.

Al respecto de la valoración de los gastos derivados de la adjudicación, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 16 de febrero de 2012 (recurso 591/2010) señala que *“conforme a la normativa expuesta, en los supuestos de renuncia a la celebración del contrato o el desistimiento del procedimiento, los licitadores tienen derecho, única y exclusivamente, a que se les compense de los gastos que hayan incurrido para participar en el concurso[...]. El recurrente, que es quien corre con la carga de la prueba, deberá acreditar de forma fehaciente los gastos causados, su concreta cuantificación y su relación directa con su participación en el procedimiento de contratación”*.

En el caso que nos ocupa, este órgano consultivo comparte el criterio de la Administración consultante y considera que la entidad reclamante debe ser indemnizada a consecuencia de la decisión de la Administración de renunciar al contrato con anterioridad a la formalización del mismo, por los gastos sufragados y acreditados correspondientes a la preparación de la oferta y por los gastos derivados de la adjudicación del contrato por importe de 219.149,48 euros

Por todo lo expuesto esta Comisión Jurídica Asesora formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede estimar la reclamación efectuada y abonar a la entidad reclamante la cantidad de 219.149,48 euros.

A la vista de todo lo expuesto, el órgano consultante resolverá según su recto saber y entender, dando cuenta de lo actuado, en el plazo de quince días, a esta Comisión Jurídica Asesora de conformidad con lo establecido en el artículo 22.5 del ROFCJA.

Madrid, a 26 de abril de 2022

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 231/22

Excmo. Sr. Alcalde de Madrid

C/ Montalbán, 1 – 28014 Madrid