

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

En Madrid, 11 de mayo de 2016.

VISTO el recurso especial en materia de contratación formulado por don L.S.M., en nombre y representación de ALTHENIA, S.L., contra el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Leganés de fecha 18 de marzo de 2016, por el que se renuncia al contrato “Servicio de mantenimiento, conservación y reposición de zonas verdes” del Municipio de Leganés, nº de expediente: 139/2013, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 13 de agosto de 2014 se publicó en el BOE la convocatoria de licitación pública, por procedimiento abierto y pluralidad de criterios para el contrato de “Mantenimiento, conservación y reposición de zonas verdes del municipio de Leganés”, con un valor estimado de 29.396.462,49 euros.

Segundo.- A la licitación convocada se presentaron 11 licitadoras entre ellas la recurrente.

Tras los trámites oportunos y la resolución de distintos recurso especiales en materia de contratación interpuestos, la Mesa de contratación, con fecha 11 de marzo de 2015 acuerda la clasificación y la propuesta de adjudicación a favor de Althenia S.L., al haber resultado la oferta económicamente más favorable, requiriéndole la presentación de la documentación prevista en el artículo 151.2 del TRLCSP, lo que la empresa verificó con fecha 25 de marzo de 2015.

Tercero.- Con fecha 2 de junio de 2015 la Junta de Gobierno Local, recibida la propuesta de adjudicación a favor de Althenia, S.L. y fiscalizado el expediente de conformidad por la Interventora acuerda *“dejar el expediente sobre la mesa, contestar al escrito presentado por el representante de Helechos Soc. Coop. M. y que por el Servicio de Contratación se proponga a la Junta de Gobierno los términos que han de constituir la petición de consulta a la Junta Consultiva de Contratación sobre la posibilidad de excluir del procedimiento de licitación a empresas que aún sin encontrarse en baja desproporcionada, presentan un estudio económico que no se justifica satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos.”*

El 23 de octubre de 2015, Althenia, S.L., ante la no adjudicación del contrato presentó escrito al Ayuntamiento, requiriendo al órgano de contratación *“para que procedan con carácter inmediato a dar cumplimiento a la obligación legal de adjudicación a mi mandante del contrato del Servicio de Mantenimiento, Conservación y Reposición de zonas verdes del municipio de Leganés y a realizar los preceptivos trámites para formalizar el mismo y poder comenzar a prestar el servicio”*.

No habiendo recibido respuesta, la empresa presentó recurso contencioso administrativo contra la inactividad de la Administración, que fue admitido a trámite por el Juzgado de los Contencioso Administrativo nº 18 de Madrid.

Cuarto.- Con fecha 18 de marzo de 2016 la Junta de Gobierno Local acuerda la Renuncia a la celebración de contrato por los motivos de interés público que se

exponen en el texto del Acuerdo.

El Acuerdo fue notificado a la empresa con fecha 12 de abril de 2016.

Quinto.- Con fecha 22 de abril de 2016, se presentó recurso administrativo especial en materia de contratación contra el Acuerdo de renuncia del contrato, por la representación de Althenia, S.L., ante este Tribunal, que lo comunicó al órgano de contratación solicitando la remisión del expediente administrativo y del informe contemplado en el artículo 46.2 del TRLCSP, lo que se produjo el 3 de mayo de 2016.

En el recurso se afirma en primer lugar que, ninguna de las causas alegadas por el Ayuntamiento *“encuentra sustento legal para servir de fundamento a una renuncia del contrato ex art. 155.3 del TRLCSP, siendo por tanto nulo de pleno derecho el acto de renuncia y debiendo procederse, en consecuencia, a la adjudicación y formalización del contrato a favor de Althenia, quien a causa de todos los imprevistos acaecidos a lo largo de su tramitación ha sufrido unos daños y perjuicios que habrán de ser indemnizados”*.

Alega además la recurrente que se ha producido desviación de poder, arbitrariedad e infracción del principio de confianza legítima ya que *“Confundiendo torticeramente el interés público con el interés particular, la Administración convocante con su manera de actuar se niega a adjudicar y formalizar el contrato de referencia, prorrogando de esta forma en el tiempo una situación carente de sustento legal (continuación en la prestación del servicio por la anterior adjudicataria, por más de cuatro años, a pesar de la finalización del vínculo contractual con Helechos) y pretendiendo conseguir a través del instituto de la renuncia un fin distinto a aquel para el que fue configurado: la no adjudicación a la oferta económicamente más ventajosa (que es la de Althenia) y la promoción contra legem de un nuevo procedimiento de contratación más ajustado a sus intereses particulares”*. Por todo ello solicita se declare la nulidad del Acuerdo de renuncia, se

proceda a la adjudicación del contrato a su favor y se imponga la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados hasta el momento, cifrando los mismos en 25.449,06 euros. Subsidiariamente, para el caso de desestimación de sus pretensiones, solicita una compensación por los gastos ocasionados hasta el momento, de 40.221,32 euros.

Sexto.- El Ayuntamiento de Leganés, en el informe preceptivo que acompaña al expediente administrativo, considera que se han cumplido todos los requisitos establecidos para llevar a cabo la renuncia y que se dan las causas de interés público para que proceda la misma, de acuerdo con los informes obrantes en el expediente, fundamentalmente se aducen motivos de ahorro y eficiencia en la asignación de los recursos públicos.

Séptimo.- No se ha dado trámite de audiencia puesto que no existen otros interesados en el procedimiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41.4 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.

Segundo.- La recurrente se encuentra legitimada para interponer recurso especial al tratarse de una persona jurídica *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”*. (Artículo 42 del TRLCSP).

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- Por cuanto respecta al objeto del recurso debe indicarse que éste ha interpuesto contra la renuncia de un contrato de servicios clasificado en la categoría 27 “*otros servicios*” y con un importe superior a 209.000 euros, por lo que es susceptible de recurso especial al amparo del artículo 40.1.b) y 40.2.c) del TRLCSP, en tanto en cuanto la renuncia constituye una forma de terminación del procedimiento de licitación, asimilable a la adjudicación.

El artículo 1, apartado 1, de la Directiva 89/665/CEE, obliga a los Estados miembros a prever procedimientos que permitan recurrir contra las decisiones adoptadas en un procedimiento de adjudicación en la medida en que tales decisiones hayan infringido el Derecho comunitario en materia de contratos públicos o las normas jurídicas por las que se adapta el ordenamiento jurídico interno a este Derecho. De ello se deduce que si una decisión adoptada por una entidad adjudicadora en un procedimiento de adjudicación de un contrato público está sujeta a las normas del Derecho comunitario en materia de contratos públicos y, por lo tanto, puede infringirlas, el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 89/665, exige que tal decisión pueda ser objeto de recurso. Por consiguiente, el acto por el que se cancela una licitación para un contrato público de servicios forma parte de las decisiones con respecto a las cuales, en virtud de la Directiva 89/665, los Estados miembros están obligados a establecer un recurso de anulación.

Así lo argumentó este Tribunal respecto de la renuncia a la celebración de un contrato en las Resoluciones 17/2011, de 8 de junio, 107/2014, de 20 de noviembre y 117/2015, de 29 de julio, sobre el desistimiento y 162/2015, de 7 de octubre.

En todo caso la posibilidad de control vía recurso especial de los actos de desistimiento precontractual de los órganos de contratación ha sido garantizada expresamente por la jurisprudencia comunitaria (vid. STJCE de 2 de junio de 2005, C-15/04 o la de 18 de junio de 2002, C-92/2000). La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de diciembre de 2014, asunto C-440/13, Croce Amica One Italia Srl, argumenta que de conformidad con la jurisprudencia de dicho

Tribunal el acuerdo por el que se revoca una licitación forma parte de las “*decisiones adoptadas por los poderes adjudicadores*” con respecto a las cuales los Estados miembros están obligados a prever, en su Derecho nacional, procedimientos de recurso. El órgano jurisdiccional nacional puede ejercer un control sobre la decisión de un poder adjudicador que le permita tener en cuenta la fiabilidad y la conformidad de las ofertas de los licitadores y sustituir con su propia apreciación la evaluación de la entidad adjudicadora relativa a la oportunidad de proceder a revocar la licitación.

Cuarto.- El recurso se planteó en tiempo puesto que la notificación del Acuerdo de renuncia tuvo lugar el 12 de abril de 2016, habiéndose interpuesto el recurso con fecha 22 de abril, esto es dentro del plazo de quince días a que se refiere el artículo 44.2 del TRLCSP.

Quinto.- Respecto del fondo del recurso debe indicarse que éste se ha interpuesto contra la renuncia a la celebración de un contrato. Como señaló el Tribunal en la Resolución 162/2015, de 7 de octubre, debemos diferenciar entre la renuncia y el desistimiento como causa de terminación anormal de un procedimiento de adjudicación de contrato, pues en ambos casos se finaliza el procedimiento sin haber seleccionado la oferta más ventajosa, pero son diversos los presupuestos para que se acuerden y sus consecuencias. Mientras la renuncia lo es a la celebración del contrato, el desistimiento tiene por objeto el procedimiento de contratación. El desistimiento precontractual ha de respetar lo dispuesto en los apartados segundo y cuarto del artículo 155 del TRLCSP y no tiene que fundarse en razones de interés público sino 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. La facultad de renuncia (que no prerrogativa) se reconoce al órgano de contratación en el artículo 155 del TRLCSP, siempre que la misma obedezca a razones de interés público y se acuerde antes de la adjudicación del contrato, compensando a los licitadores los gastos en que hubieren podido incurrir: “2. *La renuncia a la celebración del contrato o el desistimiento del procedimiento sólo podrán acordarse por el órgano de*

contratación antes de la adjudicación. En ambos casos 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. 3. Sólo podrá renunciarse a la celebración del 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 para fundamentar la renuncia”.

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 a 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.

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, sin que necesariamente deba ser la desaparición sobrevenida del objeto, sino que son admisibles también otras razones.

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. 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”*.

Las razones consideradas por el Ayuntamiento y que constan en el Acuerdo impugnado, para la renuncia son:

1.- Recepción de zonas nuevas, como el Polígono PP-10 Sur M-50 *“que genera la lógica demanda de los servicios de mantenimiento”*.

Alega la recurrente que *“La recepción de nuevas zonas, como el Polígono PP-10 Sur M-50 fue una circunstancia ya tenida en cuenta en los pliegos por el órgano de contratación (cláusula 24 y apartado 18 del Anexo I, ambos del PCAP), que se reserva la facultad de acordar, una vez perfeccionado el contrato y por razones de interés público, modificaciones en el mismo entre otros motivos a causa de recepciones que aumenten las unidades de actuación. En este caso, por tanto, habiéndose valorado tal circunstancia se sostuvo la validez del expediente y la necesidad de satisfacer el interés público en los términos que estaba planteado hasta la anulación de la adjudicación. En cualquier caso, la supuesta recepción de esta zona no deja de ser una hipótesis, sin que se aporte documentación justificativa alguna de tal circunstancia”*.

El Ayuntamiento en su informe no realiza alegaciones sobre las distintas causas del Acuerdo, limitándose a exponer que el informe del Jefe de Sección de la Unidad Técnica de Medio Ambiente incluye la posibilidad de renunciar a la adjudicación del contrato, *“para juntar en un solo Pliego”* todas las tareas de Mantenimiento y Conservación de Zonas verdes del municipio, con el fin de obtener un considerable ahorro para las arcas municipales y en base al principio de eficiencia en la asignación de recurso públicos.

Comprueba el Tribunal que el apartado 18 del Anexo I del PCAP del contrato prevé expresamente la posibilidad de modificar el mismo, hasta el límite de un 20% del precio de adjudicación, *“para atender zonas verdes de nueva creación y arbolado viario, que con motivo de obra nueva, ampliaciones, recepciones, adquisiciones, incrementen las unidades de actuación como para reducir las incluidas en el contrato”*.

En consecuencia, estando prevista en el PCAP la posibilidad de modificación del contrato por incorporación de zonas nuevas no puede admitirse como justificadora del interés público, la causa alegada para la renuncia.

2.- La situación de abandono del Polígono Prado Overa y la estructura de zonas verdes periurbanas del municipio *“y el compromiso del Equipo de Gobierno de acometer las actuaciones que sean necesarias para establecer el estado de limpieza, mantenimiento y conservación de todas las zonas del municipio”*.

Considera la recurrente que *“son circunstancias que un órgano de contratación diligente podría haber previsto en el momento de preparación del contrato (sin que parezca que en este caso se considerase necesario) o que, de ser sobrevenidas, motivarían actuaciones concretas (expedientes de contratación independientes) para solventarlas, pero en ningún caso se trata de una razón de interés general que pueda fundamentar la renuncia al contrato proyectado”*.

Debe recordarse que cuando se inicia el expediente de contratación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 22 del TRLCSP, se deben indicar las necesidades a satisfacer y una adecuada preparación del contrato implica la previsión de actuaciones que se deban llevar a cabo y las circunstancias que puedan motivar la modificación del contrato. Como ya hemos visto, la ampliación de zonas a mantener, es uno de los supuestos de modificación previstos en el PCAP, por lo que si el presupuesto de las mismas no supera el 20% del precio de adjudicación, podrían haber sido incluidas en el actual expediente, previa modificación del contrato. Por el contrario, si exceden de esa cantidad, pueden ser objeto de otra licitación, sin que pueda apreciarse tampoco en este caso causa de interés público para la renuncia acordada.

3.- La finalización del contrato de Servicio de Mantenimiento de diversas zonas verdes del municipio de Leganés.

A juicio de la recurrente esta causa ya tiene respuesta en la Resolución 162/2015 de este Tribunal, en la que se indicó que *“El sano propósito de aglutinar los contratos (...) pudo tenerse en cuenta en la elaboración de los pliegos inicialmente, cuando ya se conocía la fecha de finalización de cada uno de ellos y se*

podía haber contemplado la posibilidad de incorporación según las respectivas fechas de vencimiento. Sin embargo no fue tenido en cuenta. Considerar que una vez presentadas las ofertas y conocidos los licitadores procede la renuncia al procedimiento de contratación no obedece a un interés público diferente, sino al mismo, y no se explica convincentemente el cambio sobre la necesidad de acumulación. No se ha modificado el contexto económico ni las circunstancias de hecho”.

No cabe más que coincidir con la apreciación de la recurrente en este punto, debiendo añadirse que el hecho de que pudiese existir un ahorro económico no basta por sí solo, para motivar la renuncia, pues como también señala la mencionada Resolución 162/2015, de 7 de octubre, *“La valoración de la decisión de renunciar a la celebración de un contrato por razones de interés público ha de tener en cuenta que la medida es adecuada al fin, necesaria y equilibrada, derivándose beneficios superiores a los inconvenientes que soporta. La determinación de si existe interés público en la decisión precisa una ponderación sobre si realmente aumenta o disminuye el bienestar o interés general. Contemplado desde el punto de vista económico, no se aprecia que el beneficio que se pueda obtener de la renuncia a la celebración sea superior al que se pueda obtener de mantenerse la actual convocatoria. Aceptando los cálculos hechos por el Hospital, basados en hipotéticos porcentajes que representan los materiales, las posibles rebajas de los precios que se conseguirían por la acumulación y los ahorros derivados de la incierta eliminación de un coche y otros gastos, se obtendría una previsible cuantía de 176.000 euros anuales, que no es superior al dato cierto de que la diferencia entre el importe del contrato adjudicado (expte. 6/2012) y el presupuesto de licitación actual que ya supone, sin tener en cuenta el porcentaje de baja de la licitación convocada, un ahorro indudable de 641.450,89 euros, cuya parte proporcional se podía estar obteniendo de haber continuado con la tramitación del expediente sin esperar el tiempo transcurrido desde la Resolución 88/2015 hasta hoy o hasta la previsible adjudicación del futuro contrato en los términos planteados que supondría otros tres o cuatro meses más”.*

En este caso el Ayuntamiento en su informe realiza el cálculo del ahorro que puede suponer un nuevo contrato, sobre la previsión de un nuevo Pliego que aglutinando los dos contratos existentes y añadiendo además dos zonas nuevas, tiene un presupuesto menor al de los dos actuales, cantidad a la que además reduce en un 7% de baja.

No se tiene en cuenta, al parecer, la necesaria compensación que establece el artículo 155.2 del TRLCSP para el licitador propuesto como adjudicatario, circunstancia puesta de manifiesto por la Intervención en su informe que además señala que las cantidades que se están abonando actualmente, al anterior adjudicatario *“son superiores no solo a las que resultaría del nuevo contrato que se licite sino también de las que resultan de la oferta presentada por la empresa propuesta como adjudicataria en el expediente objeto de renuncia”*.

Por todo ello, considera el Tribunal a la vista de las circunstancias expuestas que no se ha justificado debidamente la existencia de causa de interés público en la renuncia, basándose en el interés económico que pudiera derivarse de una nueva contratación más amplia que la actual.

Por lo expuesto, procede estimar el recurso y anular la Resolución de renuncia, por no justificar la motivación de la misma, el interés general preciso para que el órgano de contratación no continúe la tramitación del procedimiento.

Sexto.- El segundo motivo de recurso se refiere a la existencia de deviación de poder, arbitrariedad e infracción del principio de confianza legítima.

Alega el Ayuntamiento que las apreciaciones citadas no han sido objeto de acreditación alguna y cita la Resolución 267/2012 del Tribunal Central de Recursos Contractuales, que recoge la Sentencia del Tribunal Supremo, de 7 de junio de 2008, según la cual la deviación de poder debe demostrarse por quien la invoca. Considera además el Ayuntamiento que en todo momento se ha cumplido de forma

rigurosa la legalidad, acatando todas las Resoluciones del Tribunal.

Según la jurisprudencia, existe desviación de poder cuando una institución ejerce sus competencias con el fin exclusivo, o al menos determinante, de alcanzar fines distintos de los alegados o de eludir un procedimiento.

Ninguno de estos elementos se han acreditado respecto de la resolución recurrida, pues aunque la inactividad de la Administración, no adjudicando el contrato en el plazo establecido y sin que conste un motivo que justifique tal inactividad, podría considerarse una infracción de la legislación de contratos, no pueda concluirse fehacientemente que se haya producido desviación de poder o arbitrariedad, cuestiones que requieren de una voluntad manifiesta de parcialidad en la toma de la decisión recurrida, que no ha podido ser acreditada.

Séptimo.- Debe pronunciarse el Tribunal finalmente sobre la indemnización de daños y perjuicios solicitada por la recurrente, al amparo de lo establecido en el artículo 47.3 del TRLCSP, por el retraso injustificado en la adjudicación del contrato.

Teniendo en cuenta que la inactividad de la Administración no es el motivo del recurso, debe entenderse que los daños no se han producido por la renuncia improcedente del contrato sino por el retraso indebido en la adjudicación, por lo que no existe la necesaria relación de causalidad entre la actuación del órgano, en este caso la renuncia, y los daños producidos por lo que no procede reconocer el derecho de la recurrente a ser indemnizada.

La recurrente podrá, en su caso, reclamar a través de los procedimientos legales existentes, los perjuicios ocasionados por la no adjudicación en tiempo del contrato.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo

establecido en el artículo 41.4 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.- Estimar el recurso interpuesto por don L.S.M., en nombre y representación de ALTHENIA, S.L., contra el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Leganés de fecha 18 de marzo de 2016, por el que se renuncia al contrato “Servicio de mantenimiento, conservación y reposición de zonas verdes” del Municipio de Leganés.

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 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 del TRLCSP.