

**RECURSO 58/2016
RESOLUCIÓN 62/2016**

Resolución 62/2016, de 22 de septiembre, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, por la que se estima el recurso especial en materia de contratación interpuesto por las empresas Seys Medioambiente, S.L. y Sogesel Desarrollo y Gestión, S.L., agrupadas en UTE, contra la Resolución del Consejero Delegado de la Sociedad Pública de Infraestructuras y Medio Ambiente de Castilla y León, S.A. de 19 de julio de 2016, por la que se renuncia a la celebración del contrato de gestión de las estaciones depuradoras de aguas residuales de Medina de Rioseco, Villalpando, Sahagún, Valencia de Don Juan y la estación de tratamiento de agua potable y abastecimiento mancomunado de Campos Góticos.

**I
ANTECEDENTES**

Primero.- La Sociedad Pública de Infraestructuras y Medio Ambiente de Castilla y León, S.A. (en adelante, Somacyl) convocó procedimiento abierto para la licitación del contrato de gestión de las estaciones depuradoras de aguas residuales de Medina de Rioseco, Villalpando, Sahagún, Valencia de Don Juan y la estación de tratamiento de agua potable y abastecimiento mancomunado de Campos Góticos, mediante anuncio publicado al Diario Oficial de la Unión Europea de 28 de enero y en el Boletín Oficial de Castilla y León de 1 de febrero, ambos de 2016.

Segundo.- Por Resolución del Consejero Delegado de Somacyl, de 19 de julio de 2016, se renuncia a la celebración del referido contrato, con el siguiente fundamento: "Con fecha 15 de diciembre de 2015 se emitió Informe de Justificación de la Necesidad e Idoneidad, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 22.1 del RDL 3/2011, para la prestación de los servicios objeto del presente procedimiento, encontrándose por tanto éste plenamente justificado. No obstante, posteriormente, en pleno desarrollo del trámite, se ha producido un cambio de prioridad de las necesidades de contratación, debido a la reasignación de los medios técnicos y humanos de la Sociedad, tal y como se desprende del informe técnico de fecha 20 de junio de 2016, lo que posibilita la ejecución del contrato con recursos propios de la misma, justificándose por

tanto la renuncia a la celebración del presente contrato por razones de interés público”.

El informe técnico de 20 de junio de 2016 al que se remite la resolución impugnada, tras referirse a los antecedentes del expediente de contratación, establece la siguiente motivación de la renuncia:

“Tercero: En la actualidad, la Sociedad está realizando la gestión directa, con medios propios, del Abastecimiento Mancomunado Vega de Duero, en Tordesillas, el abastecimiento a Fuensaldaña (Valladolid), así como las Estaciones Depuradoras de Aguas Residuales de las localidades de Alaejos, Viana de Cega y Fuensaldaña. Estos trabajos llevan realizándose desde enero de 2014, por lo que la Sociedad, cuenta con experiencia en la realización de este tipo de actividad.

»Cuarto: Durante lo que va de año, se está planteando un cambio de política en el objetivo de funcionamiento del departamento de Obras y Servicios Hidráulicos de la Sociedad. Este cambio aboga por continuar con el crecimiento en la gestión directa de servicios de tratamiento de aguas con medios técnicos, materiales y humanos propios, de tal forma que puedan aprovecharse las sinergias del personal que tenemos actualmente en las instalaciones citadas en el punto tercero (rotación de personal, vacaciones, etc.).

»Quinto: Durante estos últimos meses, se han producido averías en la red de abastecimiento de Medina de Rioseco que han provocado cortes de suministro a los pueblos abastecidos, así como importantes fallos de funcionamiento en la EDAR de la misma localidad. Consideramos que una gestión directa con personal y medios propios mejoraría el servicio prestado en la actualidad. Se hace necesario incorporar personal de abastecimientos mancomunados propios, al objeto de poder prestar mejor servicio en el entorno de Tordesillas y Medina de Rioseco”.

Tercero.- Previo su anuncio ante el órgano de contratación efectuado el 2 de agosto, el 8 de agosto D. yyyy, en representación de la empresa Seys Medioambiente, S.L., y D. yyyy1, en representación de Sogesel Desarrollo y Gestión, S.L., presentan ante este Tribunal recurso especial en materia de contratación contra la resolución de renuncia de 19 de julio de 2016, por considerar que no se encuentra justificada en razones de interés público y que por ello infringe el artículo 155.3 del texto refundido de la Ley de Contratos del

Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante, TRLCSP).

Como medida cautelar solicitan en el recurso que prosiga el procedimiento de adjudicación con suspensión de la ejecutividad de la resolución recurrida, solicitud denegada por Acuerdo de este Tribunal 27/2016, de 31 de agosto.

Cuarto.- Recibido en el Tribunal el expediente y el informe del órgano de contratación, se confirió traslado del recurso a los restantes licitadores, a fin de que pudieran formular las alegaciones que estimasen convenientes a su derecho, sin que conste que hayan hecho uso de este trámite.

El informe al recurso del órgano de contratación añade como argumento que justifica el cambio de necesidades que la gestión directa viene predeterminada por un cambio en la legislación vigente, debido a la aplicación directa de ciertos preceptos de la Directiva 2014/24 sobre los medios propios, lo que provoca un cambio obligado en la política empresarial y funcional de la Sociedad que ve necesaria la gestión directa de ciertos servicios que antes subcontrataba para justificar el uso de dichos medios propios.

II FUNDAMENTOS DE DERECHO

1º.- La competencia para resolver el presente recurso corresponde al Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, en virtud de lo dispuesto en el artículo 41.3 del TRLCSP y en el artículo 59 de la Ley 1/2012, de 28 de febrero, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras.

2º.- Se acredita en el expediente la legitimación de las empresas Seys Medioambiente, S.L. y Sogesel Desarrollo y Gestión, S.L., agrupadas en UTE a los efectos de la presente licitación, para interponer recurso especial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP y su representación respectiva.

De acuerdo con las instrucciones internas de contratación de Somacyl, esta sociedad, "aun no teniendo la consideración de Administración Pública, por aplicación del artículo 3.3.b) del (...) TRLCSP se considera parte del `Sector

Público', teniendo además la consideración de poder adjudicador, con los derechos y obligaciones previstos en esa Ley".

Se trata de un servicio sujeto a regulación armonizada (de la categoría 16 del anexo II del TRLCSP, según indica el pliego de cláusulas administrativas particulares) incluido por tanto en el ámbito objetivo del recurso especial de acuerdo con los artículos 16 y 40.1.a) del TRLCSP

Sobre la impugnabilidad de la renuncia, como señala 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*, "34. El Tribunal de Justicia también determinó que el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 89/665 exige que el acuerdo del poder adjudicador por el que se revoca la licitación para la adjudicación de un contrato público de servicios pueda ser objeto de recurso y, en su caso, anulado, por haber infringido el Derecho de la Unión en materia de contratos públicos o las normas nacionales que transponen el referido Derecho. Además, el Tribunal de Justicia consideró que, incluso en el caso de que las entidades adjudicadoras ostenten, en virtud de las normas nacionales aplicables, una amplia facultad discrecional en cuanto a la revocación de la licitación, con arreglo a la Directiva 89/665 los órganos jurisdiccionales nacionales deben poder comprobar la compatibilidad de un acuerdo por el que se cancela una licitación con las normas pertinentes del Derecho de la Unión (véase la sentencia HI, EU:C:2002:379, apartados 55 y 62). (...)".

Con arreglo a ello, la resolución de renuncia, como acto finalizador del procedimiento, es susceptible de recurso especial por aplicación analógica del artículo 40.2.c) del mismo texto legal.

La presentación del recurso se ha producido dentro del plazo de 15 días hábiles desde la remisión de la resolución efectuada el 21 de julio, de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP.

3º.- El fondo de la cuestión planteada versa sobre la conformidad o no a derecho de la renuncia a la celebración del contrato de servicios de gestión de las estaciones depuradoras de aguas residuales de Medina de Rioseco, Villalpando, Sahagún, Valencia de Don Juan y la estación de tratamiento de agua potable y abastecimiento mancomunado de Campos Góticos.

El artículo 155 del TRLCSP regula la renuncia a la celebración del contrato y el desistimiento del procedimiento de adjudicación por la Administración, en los siguientes términos:

“1. En el caso en que el órgano de contratación renuncie a celebrar un contrato para el que haya efectuado la correspondiente convocatoria, o decida reiniciar el procedimiento para su adjudicación, lo notificará a los candidatos o licitadores, informando también a la Comisión Europea de esta decisión cuando el contrato haya sido anunciado en el ‘Diario Oficial de la Unión Europea’.

»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 alegadas para fundamentar la renuncia.

»4. El desistimiento del procedimiento deberá estar fundado en una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación, debiendo justificarse en el expediente la concurrencia de la causa. El desistimiento no impedirá la iniciación inmediata de un nuevo procedimiento de licitación”.

La Resolución nº 731/2014 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales señala que, “en el ámbito de sus competencias y en razón de la oportunidad y de las disponibilidades presupuestarias que tenga asignadas, el órgano de contratación puede decidir libremente si celebra o no determinado contrato y, en caso afirmativo, el contenido de la prestación objeto del mismo.

»Esta libertad alcanza asimismo a la posibilidad de renunciar a la celebración de un contrato encontrándose en curso un procedimiento de contratación, siempre que existan razones de interés público para ello, como no

puede ser de otro modo, puesto que ningún ente del sector público puede verse constreñido a celebrar un contrato si existen razones justificadas para estimar improcedente dicha contratación. Ahora bien, ello siempre con el límite de que en ningún caso la discrecionalidad puede encubrir una decisión arbitraria, debiendo siempre estar dirigida la actuación administrativa a la satisfacción del superior interés general”.

Este mismo Tribunal, en la Resolución nº 1120/2015, de 4 de diciembre, indica que “El concepto de ‘interés público’ constituye, como es sabido, el prototipo de concepto jurídico indeterminado caracterizado, como su propio nombre indica, por la indeterminación previa de los supuestos precisos constitutivos de su existencia, debiendo ser, en cada caso, el operador jurídico quien resuelva, en vista de las circunstancias concurrentes, si existe o no un interés público que pueda justificar la decisión adoptada, dado que el interés público es, a fin de cuentas, la razón de ser justificadora de toda la actuación de la Administración y de los Poderes Públicos en general, que no pueden actuar arbitrariamente adoptando decisiones por simple conveniencia o cambiar injustificadamente de criterio”.

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de diciembre de 2014, anteriormente citada, argumenta sobre la motivación de la renuncia que “Los motivos de dicha decisión de revocación pueden basarse así en razones, relacionadas en particular con la apreciación de la oportunidad, desde el punto de vista del interés público, de llevar a término un procedimiento de licitación, habida cuenta, entre otras cosas, de la posible modificación del contexto económico o de las circunstancias de hecho, o incluso de las necesidades de la entidad adjudicadora de que se trata. Una decisión de ese tipo puede también motivarse por el nivel insuficiente de competencia, debido al hecho de que, al finalizar el procedimiento de adjudicación del contrato en cuestión, únicamente quedara un licitador idóneo para ejecutar dicho contrato”.

De acuerdo con la doctrina y jurisprudencia expuestas, 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.

4º.- La recurrente basa así su recurso en la vulneración del artículo 155.3 del TRLCSP, por la falta de justificación de las razones de interés público que el órgano de contratación estima que concurren en el acto recurrido para renunciar a la celebración del contrato.

El artículo 1 del TRLCSP establece como objeto de la Ley, junto a la regulación de la contratación del sector público para garantizar que se ajusta a los principios que la rigen, el asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa.

A este respecto, el artículo 22.1 del TRLCSP dispone que los entes, organismos y entidades del sector público no podrán celebrar otros contratos que los que sean precisos para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales, por lo que la naturaleza y extensión de las necesidades que pretendan cubrirse con el contrato, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas han de determinarse con precisión, dejando constancia de ello en la documentación preparatoria, antes de iniciar el procedimiento de adjudicación.

El apartado 2 del precitado artículo 22 del TRLCSP prevé, por otra parte, que los entes, organismos y entidades del sector público velarán por la eficiencia y el mantenimiento de los términos acordados en la ejecución de los procesos de contratación pública y favorecerán la agilización de trámites, en los términos previstos en la presente Ley. En igual sentido el artículo 3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, señala como principios generales en la actuación de la Administración la eficacia, el respeto, la buena fe y la confianza legítima, siguiendo los criterios de eficiencia y servicio a los ciudadanos, garantizando la transparencia y la participación.

En el presente caso, la legalidad, necesidad y oportunidad de la contratación fueron en su día examinadas en el procedimiento de aprobación

del expediente de contratación, en el que quedó especificado, tanto en los informes emitidos como en los pliegos, el objeto y necesidad de interés público del contrato, sin que ahora se invoquen por el órgano de contratación circunstancias sobrevenidas que permitan revisar dichos parámetros.

De este modo, como se hizo constar en el antecedente 2º, la resolución de renuncia se fundamenta en la reasignación de los medios técnicos y humanos de Somacyl, que el informe de 20 de junio de 2016, al que aquella se remite, concreta en que la entidad cuenta con experiencia en la gestión de contratos similares desde enero de 2014; en que desde 2016 ha decidido reorientar su actuación hacia un incremento de la gestión directa para aprovechar sinergias de personal, y en la mejora del servicio prestado en la actualidad en el que se han producido averías durante los últimos meses.

El hecho de que la empresa pública cuente con experiencia en la gestión de contratos similares desde el año 2014 no puede calificarse obviamente de circunstancia sobrevenida, y ni siquiera se tomó en consideración por la propia entidad a la hora de evaluar las necesidades a satisfacer mediante la contratación, en el informe de 15 de diciembre de 2015 emitido al amparo del transcrito artículo 22 del TRLCSP, el cual, por el contrario, alude expresamente a la insuficiencia de medios para la realización del contrato. Lo mismo cabe decir sobre el argumento relativo a que desde el comienzo del año 2016 Somacyl ha decidido reorientar su actuación hacia un incremento de la gestión directa, pues no deja de extrañar que pocos días antes, en el citado informe de justificación e idoneidad de la contratación fechado el 15 de diciembre de 2015, se afirmase precisamente lo contrario en aras del principio de eficiencia, rector de la contratación pública conforme al citado artículo 1 del TRLCSP. En este sentido, el informe señala que "se considera que se gana en eficiencia si a la gestión de la nueva infraestructura, se la dota de la libertad de organización necesaria, dentro de los límites fijados. Este hecho sumado a que la Sociedad Pública de Infraestructuras y Medio Ambiente de Castilla y León no dispone suficientes medios técnicos y humanos necesarios para realizar esta gestión, hace necesario contratarla con una empresa externa, estimando que la actuación que se pretende contratar es adecuada al fin perseguido".

Tampoco puede considerarse argumento justificativo de la renuncia el relativo a la necesidad de gestión directa para la mejora del servicio prestado en la actualidad, en el que se dice que se han producido averías durante los últimos meses, unido, según indica el informe al recurso, a la cercanía con las

instalaciones del abastecimiento mancomunado de la Vega del Duero en Tordesillas, lo que permitirá resolver las posibles emergencias por roturas o cualquier otra avería que puedan producirse en la red de la nueva Mancomunidad. La distancia entre las instalaciones a los efectos de reparación de posibles averías, como dato no sometido a variación, ya fue o debió ser evaluada en el reiterado informe de 15 de diciembre de 2015, que concluyó, sin embargo, afirmando la necesidad de contratación externa. A su vez, el artículo 5 del pliego de prescripciones técnicas (PPT) del contrato en cuestión, relaciona los servicios obligatorios mínimos que ha de realizar el contratista destinados - según se indica en el primero de ellos- a mantener el funcionamiento normal de las infraestructuras incluidas en el contrato de forma ininterrumpida y consiguiendo en todo momento la calidad especificada en el presente pliego. El PPT señala que, dadas las características de las instalaciones, no se ha previsto presencia permanente de personal en ninguna de las plantas (artículo 22) y dedica todo el capítulo VI (artículos 30 a 40) a especificar de manera detallada las obligaciones correspondientes al contratista en relación con el "Mantenimiento, paradas y averías". A la vista de los plazos máximos de reparación previstos en el artículo 35 cabe afirmar que la importancia de la distancia que se alega queda relativizada por la amplitud de los plazos establecidos en el PPT y porque el factor condicionante de mayor importancia en la determinación del plazo de reparación no parece ser la distancia que separa al personal de la instalación sino la existencia o no de elementos de reserva o en el mercado para efectuarla. El artículo 35 del PPT determina que "La reparación de elementos averiados se llevará a cabo en el menor plazo posible que en todo caso será inferior a:

»- En los casos que exista un elemento de reserva: 1 mes.

»- En los casos en que sin existir un elemento de reserva pueda efectuarse la función prevista por aumento del periodo de funcionamiento o por sobrecarga de elementos similares en paralelo al averiado no superior al 25 % de su carga de diseño: 15 días.

»Las averías de elementos esenciales sin los que no es posible la continuidad de la marcha de las instalaciones se habrán de solucionar dentro de un plazo máximo de 48 horas. Si se trata de elementos existentes en el mercado y cuya reparación no pueda hacerse en el citado plazo, deberán ser reemplazados de manera provisional o definitiva por otros iguales".

En atención a lo expuesto, este Tribunal considera que procede la estimación del recurso, al no resultar acreditadas las razones de interés público que legitiman la renuncia, lo que determina la anulación de la resolución recurrida por infracción de lo dispuesto en el artículo 155.3 del TRLCSP y la continuación del procedimiento por sus trámites para la adjudicación del contrato a la proposición económicamente más ventajosa.

5º.- El informe al recurso del órgano de contratación añade como fundamento de la renuncia el que la gestión directa viene predeterminada por un cambio en la legislación vigente, debido a la aplicación directa de ciertos preceptos de la Directiva 2014/24 sobre los medios propios.

Esta argumentación no podría fundamentar una desestimación del recurso, por la finalidad revisora de este, en la medida en que no constituye fundamento de la resolución de renuncia impugnada. En cualquier caso, conviene indicar sobre ello, en primer término, que el efecto directo de las directivas no puede invocarse en perjuicio de los particulares. Como refiere el Documento de estudio sobre los efectos jurídicos de las nuevas directivas ante el vencimiento del plazo de transposición, aprobado por los tribunales administrativos de contratación pública el 1 de marzo de 2016, con cita de la STJUE de 12 de diciembre de 2013, Portgás, asunto C-425/12: "El efecto directo de las Directivas de contratación pública es el denominado 'vertical ascendente', lo que significa que lo pueden invocar válidamente los particulares (en especial, los operadores económicos) para hacer valer sus intereses frente al Estado. Se excluye la posibilidad de que el efecto directo pueda ser 'horizontal' (invocado entre particulares) y, sobre todo, no cabe el efecto directo 'vertical descendente', es decir, los poderes públicos no pueden ampararse en una norma de la Directiva no transpuesta en perjuicio de los particulares. En este sentido, la jurisprudencia del TJUE entiende que el carácter obligatorio de la Directiva es el fundamento del efecto directo y dicho carácter solo existe respecto del Estado destinatario de la misma, por lo que es una norma que no puede crear, por sí sola, obligaciones a cargo de un particular ni puede alegarse se trata de 'evitar que el Estado pueda sacar partido de su incumplimiento del Derecho de la Unión'. A estos efectos, los poderes adjudicadores deben considerarse como 'Estado'".

Por otra parte, si bien el plazo de trasposición de las nuevas directivas finalizaba el 18 de abril de 2016, éstas se aprobaron en el año 2014 y entraron en vigor a los 20 días de su publicación, por lo que no cabe apelar a un "cambio

obligado en la política empresarial y funcional de la Sociedad” derivado del efecto directo tras el vencimiento del plazo de transposición, pues la entidad dispuso de un tiempo razonable para conocer la orientación normativa dispuesta en las directivas sobre los medios propios y adoptar las decisiones empresariales oportunas en atención a ellas.

Finalmente, cabe señalar que el informe al recurso no concreta la incidencia que sobre el presente contrato representa la regulación contenida en las directivas, si bien, en el hipotético supuesto de que el órgano de contratación hubiese considerado que a través de este procedimiento de adjudicación se vulneraban las normas sobre medios propios de la Directiva 2014/24, ello no amparaba una renuncia fundada en el interés público sino, si acaso, una eventual resolución de desistimiento del procedimiento de adjudicación, si la infracción concurrente resultara incardinable en el presupuesto que posibilita su adopción de acuerdo con el artículo 155.4 del TRLCSP.

En su virtud, y al amparo de lo establecido en los artículos 47 del TRLCSP y 61 de la Ley 1/2012, de 28 de febrero, el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León:

III RESUELVE

PRIMERO.- Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por las empresas Seys Medioambiente, S.L. y Sogesel Desarrollo y Gestión, S.L., agrupadas en UTE, y anular la Resolución del Consejero Delegado de la Sociedad Pública de Infraestructuras y Medio Ambiente de Castilla y León, S.A., de 19 de julio de 2016, por la que se renuncia a la celebración del contrato de gestión de las estaciones depuradoras de aguas residuales de Medina de Rioseco, Villalpando, Sahagún, Valencia de Don Juan y la estación de tratamiento de agua potable y abastecimiento mancomunado de Campos Góticos, lo que determina la continuación del procedimiento de adjudicación del contrato.

SEGUNDO.- Notificar esta Resolución a todos los interesados en el procedimiento.

De conformidad con los artículos 49 TRLCSP y 44.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA), contra esta Resolución, ejecutiva en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a su notificación, ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Valladolid del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (artículo 10.1.k LJCA).