



**AYUNTAMIENTO DE
VELEZ-MÁLAGA**

ÁREA DE CONTRATACIÓN

ASUNTO : DESISTIMIENTO DE LA CONTRATACIÓN DEL SERVICIO DE MANTENIMIENTO DE LA PISCINA CUBIERTA Y DE TRANSPORTE PARA LA DELEGACIÓN DE DEPORTES DEL AYUNTAMIENTO DE VÉLEZ-MÁLAGA. (EXP.SER.06.11).

I.- Por Decreto 5001/2011 de 22 de septiembre, se acordó aprobar el expediente para contratar EL SERVICIO DE MANTENIMIENTO DE LA PISCINA CUBIERTA Y DE TRANSPORTE PARA LA DELEGACIÓN DE DEPORTES DEL AYUNTAMIENTO DE VÉLEZ-MÁLAGA.

II.- Con fecha 27 de septiembre de 2011, se publica anuncio de licitación en el Diario Oficial de la Unión Europea, con número de referencia 302819-2011 y el 17 de octubre de 2011, en el Boletín Oficial del Estado, con número de referencia 250. Dicha información es publicada también en el perfil del contratante.

III.- La fecha límite para la recepción de ofertas, finaliza el próximo 2 de noviembre de 2011, no constando al día de la fecha la recepción de alguna.

IV.- Con fecha 26 de octubre de 2011, se propone por el Concejal Delegado del Área de Deportes, desistir de la contratación referida, cuyo tenor literal se transcribe a continuación:

“Visto que se ha detectado un error técnico en la redacción de los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares ya que a la vista del informe del Director de Deportes de fecha 20 de octubre de 2011, no es posible poner a disposición del contratista los medios materiales a los que se hace referencia porque son de la anterior empresa que prestaba el servicio de mantenimiento de la piscina cubierta, se PROPONE EL DESISTIMIENTO del procedimiento de contratación del servicio de mantenimiento de la piscina cubierta municipal por los siguientes motivos:

La continuación en la licitación implicaría un perjuicio al interés público en la medida que este Ayuntamiento no dispone de los materiales a que alude el Pliego, ocasionado con ello una información errónea a los licitadores, pues dichos materiales no se van a poner a su disposición con lo que las ofertas que realicen no incluirán esos materiales y su no aportación no se les podrá exigir a los licitadores, con lo cual la prestación del servicio será o incorrecta o ineficaz conduciendo al contrato a problemas futuros económicos y jurídicos.

La disfunción en la elaboración de los aspectos técnicos del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares ha hecho que se haya incluido como único criterio de adjudicación el del precio, impidiendo a las empresas ofrecer otras variantes que mejoren la prestación del servicio superando los mínimos establecidos en el PPT y redunden así en beneficio del interés público. Siendo deseo de la Corporación que se permitan otros criterios y que además se fijen claramente en el PPT las prestaciones mínimas exigibles de forma más clara que en la que aparecen en la actualidad, de seguirse adelante con la contratación completamente definido en el Pliego de Prescripciones Técnicas, y ser inconcreto al no definir de forma precisa el mínimo de prestaciones exigibles para entender que el servicio se presta correctamente, y no tenerse en cuenta la puesta en marcha de programas de mantenimiento y registro de programas de mantenimiento según el Real Decreto 865/2003, de 4 de julio, por el que se establecen los criterios higiénicos-sanitarios para la prevención y control de la legionelosis) ni puede beneficiarse de mejoras que las empresas puedan ofrecer y que debieron contemplarse en los Pliegos.”

V.- En la misma fecha se informa por la Adjunta a la Jefatura de Servicio del Área de Contratación y Patrimonio, lo siguiente:

“ (...) CONSIDERACIONES JURÍDICAS

I.- DEL DESISTIMIENTO

El art. 139 de la LCSP señala expresamente respecto del desistimiento del contrato lo siguiente :

“ 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.”

Tal como ocurre en el procedimiento administrativo común (Art. 90.1 LPAC que establece que todo interesado podrá desistir de su solicitud cuando no este prohibido por el Ordenamiento Jurídico), la diferencia fundamental y conceptual entre la renuncia y el desistimiento radica en que en el primero se desecha la posibilidad sobre el fondo, es decir, se desecha la posibilidad de celebrar el contrato; y en el caso del desistimiento lo que se desecha es sólo la continuación de un concreto procedimiento administrativo de adjudicación. Por eso, el artículo 139.3 sólo admite la renuncia a la celebración del contrato por razones de interés público que han de quedar debidamente justificadas en el expediente, no pudiendo promoverse una nueva licitación de su objeto en tanto subsistan las razones que se alegaron para promover la renuncia. En los casos en que el órgano de contratación renuncie a la celebración de un contrato para el que ya hubiera efectuado la convocatoria o decidiera reiniciar el procedimiento para su adjudicación, debe notificarlo a los candidatos o licitadores, informando también a la Comisión Europea si el contrato había sido anunciado en su Diario oficial (art. 139.1) Por su parte, el desistimiento ha de estar obligatoriamente fundado en una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación, y también ello debe justificarse en el expediente. Pero a diferencia de la renuncia, y como muestra de que en el desistimiento estamos ante vicios formales y no ante la ausencia sobrevenida de interés por la realización del contrato, el desistimiento no impedirá la iniciación inmediata de un nuevo procedimiento de adjudicación (art. 139.4). Es decir, se trata de infracciones del procedimiento que podrían convertir en nulo el acuerdo de adjudicación y frente a las que el Órgano de contratación adopta una decisión de desistimiento inicial.

II.- REQUISITOS DEL DESISTIMIENTO :

A la vista de lo dispuesto en dicha disposición, los requisitos que la normativa en materia de contratación administrativa exige para acordar el desistimiento en la celebración del contrato son los siguiente :

- . Debe acordarse por el órgano de contratación.**
- . Debe acordarse antes de la adjudicación del contrato .**

. Deberá motivarse la causa de la infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación: Es decir, deberá motivarse que estamos ante vicios formales. En este sentido se pronuncia la Junta Consultiva de Contratación administrativa cuando dice en su informe 15/09, de 3 de Noviembre que :

" (...) Las infracciones no subsanables a que se refiere el artículo 139.4 de la LCSP a efectos de desistimiento del procedimiento no se deben justificar en la previa existencia de una causa de nulidad, que en todo caso exigiría la tramitación de un procedimiento de revisión de oficio para su declaración, **sino en la concurrencia de hechos que, contrarios a las normas establecidas para la preparación del contrato o reguladoras del procedimiento de adjudicación, impiden la continuidad del procedimiento por conculcar disposiciones cuya subsanación no es posible, y a tal efecto será el órgano de contratación el que deberá motivar su decisión justificando la concurrencia de la causa. (.....)**

Como quiera que según informe del Director de Deportes de fecha 20 de Octubre de 2011 se ha incluido por error una serie de materiales en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (fotómetro, termómetros, medidor de conductividad, material de seguridad) que pertenece a la empresa de mantenimiento que actualmente presta el servicio y por tanto no son del Ayuntamiento, es claro que se ha inducido a error a los licitadores pues dichos materiales no se van a poner a su disposición con lo que las ofertas que realicen no incluirán esos materiales y su no aportación no se les podrá exigir a los licitadores , con lo cual la prestación del servicio sera incorrecta o ineficaz conduciendo al contrato a problemas futuros económicos y jurídicos. Con este error se estaría conculcando el principio de transparencia y concurrencia contemplado en el art 1 de la LCSP.

Por otra parte, cabe informar que la información facilitada a los licitadores en el contrato de mantenimiento de la piscina cubierta municipal resultaba incompleta por cuanto no se puso en conocimiento de los licitadores hasta el día 20 de Octubre de 2011 en el perfil del contratante lo siguiente:

" (...) Por escrito de la anterior empresa que prestaba el servicio de mantenimiento de la piscina cubierta, se pone en conocimiento de los licitadores que:

"En aplicación e interpretación de lo dispuesto en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores en el que se indica que "el cambio de la titularidad de la empresa, centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma de la misma, no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales del anterior" y en cumplimiento al artículo 11.2 a) de la Ley Orgánica 15/199 de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, pone a la disposición del Ayuntamiento de Vélez Málaga, la siguiente documentación referida al conjunto de los trabajadores adscritos a la Piscina Cubierta Municipal de Vélez Málaga: (2 trabajadores)

1. Certificado de la Seguridad Social de estar al corriente de los pagos.
2. Fotocopia de la seis últimas nóminas de los trabajadores afectados.
3. Fotocopia de los TC1 y TC2 de cotización a la Seguridad Social de los últimos seis meses.
4. Fotocopia del parte de alta en la Seguridad Social de los trabajadores afectados.
5. Relación de todo el personal objeto de subrogación.
6. Fotocopia de los contratos de trabajo de los trabajadores afectados.
7. Documentación acreditativa del trabajador en situación de incapacidad temporal.

Por todo ello, se comunica a los licitadores que la información que le sea necesaria para poder licitar se pondrá a disposición del mismo, siempre y cuando la misma, no afecte a datos de carácter personal, poniéndose en contacto con el Área de Contratación y Patrimonio."

.... lo que lleva a considerar que se trata de otro error inducido a los licitadores y del que debían haber sido conocedores del mismo desde la publicación de la licitación al tratarse de un aspecto que incide en que la prestación del servicio lo sea de forma incorrecta o ineficaz conduciendo al contrato a problemas futuros económicos y jurídicos, conculcándose con ello el principio de transparencia y concurrencia contemplado en el art 1 de la LCSP..

Asimismo podría considerarse, a la vista de la propuesta del Concejal del Área de Deportes, que otro vicio de forma detectado en el proceso de contratación es la disfunción que ha habido en la elaboración de los aspectos técnicos del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y del Pliego de Prescripciones Técnicas cuando se dice:

“ (...) la disfunción en la elaboración de los aspectos técnicos del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares ha hecho que se haya incluido como único criterio de adjudicación el del precio, impidiendo a las empresas ofrecer otras variantes que mejoren la prestación del servicio superando los mínimos establecidos en el PPT y redunden así en beneficio del interés público. Siendo deseo de la Corporación que se permitan otros criterios y que además se fijen claramente en el PPT las prestaciones mínimas exigibles de forma mas clara que en la que aparecen en la actualidad, de seguirse adelante con la contratación referida, esta Entidad no asegura la calidad en la prestación de este servicio (por no estar completamente definido en el Pliego de Prescripciones Técnicas, y ser inconcreto al no definir de forma precisa el mínimo de prestaciones exigibles para entender que el servicio se presta correctamente, y no tenerse en cuenta la puesta en marcha de programas de mantenimiento y registro de programas de mantenimiento según el Real Decreto 865/2003, de 4 de Julio, por el que se establecen los criterios higiénico-sanitarios para la prevención y control de la legionelosis) ni puede beneficiarse de mejoras que las empresas puedan ofrecer y que debieron contemplarse en los Pliegos.”

. deberá justificarse el interés público: En este sentido se pronuncia la Jurisprudencia cuando dice que :

Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de Valladolid, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sentencia de 5 Jun. 2009, rec. 1330/2005: Las Administraciones -salvo en los casos en que la ley les impone obligaciones concretas- tienen libertad para optar qué obras o servicios van a llevar a cabo en un momento determinado, y pueden también modificar sus decisiones iniciales si el interés general lo aconseja, o existe una causa legal que se lo permita, con las limitaciones previstas legalmente. No consta que el desistimiento produzca causación efectiva de perjuicios que deban ser reparados, ni que exista acto alguno declarativo de derechos. Los posibles incumplimientos sobre la documentación técnica a aportar no impide el desistimiento acordado.

Y asimismo, se pronuncia la Junta Consultiva en su Dictamen 16/11 cuando dice:

En relación a dicha facultad de desistimiento, esta Comisión ha señalado en los dictámenes 38/2008, respecto a un contrato de consultoría y asistencia, y en los dictámenes 49/2010 y 106/2010 sobre un contrato de servicios, “que constituye el fundamento de esta posición de privilegio la defensa de los intereses superiores que la Administración debe perseguir en toda su actuación, es decir, el ordenamiento jurídico pretende priorizar también en este ámbito la defensa del interés público que persigue la Administración sobre los intereses particulares que, legítimamente, persiguen las empresas que contratan con aquella. En términos del Tribunal Supremo, la primacía del fin del contrato respecto de su objeto y su conexión con el giro o tráfico de la Administración contratante definen la teleología de las prerrogativas administrativas en la contratación (Sentencia de 22 de febrero d 1982) (Ar. 1619). (...) Y, **en todo caso, la Administración sólo podrá desistir del contrato cuando razones de interés público así lo aconsejen. No se configura como una opción de libre utilización por la misma, sino como una solución a la que únicamente podrá acudir cuando la prosecución de las actuaciones o de la ejecución del contrato perjudique el interés público o sea incompatible con él.** (.....) “las dificultades presupuestarias y la necesidad de que la Administración se ajuste a un nuevo escenario económico con menores recursos para la prestación de sus servicios y actividades, también constituyen razones cuya incidencia puede tomarse en consideración para poner fin al contrato suscrito.” (si bien se ha de señalar que el desistimiento por “... invocación del precario momento presupuestario que vive la Administración Pública...” se acompaña de un segundo motivo cual es la innecesariedad de la asistencia técnica prestada. (...)) ”

Parece que queda acreditado el interés público a la vista de la Propuesta del Concejal del Área de Deportes de fecha 26 de Octubre de 2011, debiendo no obstante ser sometido a su consideración por el órgano de contratación, y cuyo tenor literal se transcribe a continuación:

“ (.....) La continuación en la licitación implicaría un perjuicio al interés público en la medida que este Ayuntamiento no dispone de los materiales a que alude el Pliego, ocasionado con ello una información errónea a los licitadores., pues dichos materiales no se van a poner a su disposición con lo que las ofertas que realicen no incluirán esos materiales y su no aportación no se les podrá exigir a los licitadores , con lo cual la prestación del servicio será o incorrecta o ineficaz conduciendo al contrato a problemas futuros económicos y jurídicos.

La disfunción en la elaboración de los aspectos técnicos del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares ha hecho que se haya incluido como único criterio de adjudicación el del precio, impidiendo a las empresas ofrecer otras variantes que mejoren la prestación del servicio superando los mínimos establecidos en el PPT y redunden así en beneficio del interés público. Siendo deseo de la Corporación que se permitan otros criterios y que además se fijen claramente en el PPT las prestaciones mínimas exigibles de forma más clara que en la que aparecen en la actualidad, de seguirse adelante con la contratación referida, esta Entidad no asegura la calidad en la prestación de este servicio (por no estar completamente definido en el Pliego de Prescripciones Técnicas, y ser inconcreto al no definir de forma precisa el mínimo de prestaciones exigibles para entender que el servicio se presta correctamente, y no tenerse en cuenta la puesta en marcha de programas de mantenimiento y registro de programas de mantenimiento según el Real Decreto 865/2003, de 4 de Julio, por el que se establecen los criterios higiénico-sanitarios para la prevención y control de la legionelosis) ni puede beneficiarse de mejoras que las empresas puedan ofrecer y que debieron contemplarse en los Pliegos."

POR TODO ELLO CABE CONCLUIR QUE SE CUMPLEN TODOS LOS REQUISITOS LEGALES PARA DESISTIR DE LA CONTRATACIÓN DEL SERVICIO DE MANTENIMIENTO DE LA PISCINA CUBIERTA Y DE TRANSPORTE PARA LA DELEGACIÓN DE DEPORTES DEL AYUNTAMIENTO DE VÉLEZ MÁLAGA.

III.- EFECTOS DEL DESISTIMIENTO.

Con arreglo a la disposición anteriormente citada, los efectos de la adopción del acuerdo de desistimiento es el siguiente:

. Se debe compensar a los 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

En este sentido la Cláusula 15 del Pliego de Clausulas Administrativas Particulares establece expresamente que:

"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 se estará a lo dispuesto en el artículo 139 de la LCSP.

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 . En ambos casos se compensará a los candidatos o licitadores por los gastos en que hubiesen incurrido, hasta un máximo no superior al 0.3% del presupuesto del contrato IVA EXCLUIDO".

Es decir, que el propio pliego de clausulas administrativas limita la compensación que corresponde a los licitadores por los gastos en los que han incurrido para la presentación de sus ofertas hasta un máximo del 0.3% del presupuesto del contrato IVA excluido. Gastos que en su caso deberán ser reclamados y justificados debidamente.

*** Obligaciones de la Administración:**

La propia disposición citada establece también la obligación por parte de este Ayuntamiento de que una vez sea adoptado el acuerdo de desistimiento a la celebración del contrato, el mismo:

. Sea notificado a los licitadores.

. Y se informe a la Comisión Europea cuando el contrato hubiera sido anunciado en el «Diario Oficial de la Unión Europea» .

En este sentido y teniendo en cuenta que con fecha 27 de Septiembre y 17 de Octubre de 2011 se publicaron en el el Diario Oficial de la Unión Europea y en el Boletín Oficial del Estado el correspondiente anuncio de licitación, si el órgano competente de la Corporación acuerda desistir de la celebración del contrato deberá informarse a la Comisión Europea de dicho desistimiento y asimismo dicha información deberá publicarse en el perfil del contratante (ya que el art 139 preceptúa que se notificará a los licitadores y candidatos, y dado, que no consta oferta presentada por los licitadores, es por lo que el único modo de que los posibles interesados puedan conocer que se ha desistido del procedimiento es mediante su publicación en el perfil del contratante).

IV.- ORGANISMO COMPETENTE :

El órgano competente para la adopción del acuerdo desistiendo a la celebración del contrato proyectado es el Alcalde por aplicación de lo dispuesto en la Disposición Adicional Segunda de la Ley de Contratos del Sector Público, al haber sido éste el órgano que aprobó el expediente de contratación de referencia.

CONCLUSIÓN

Procede DESISTIR DE LA CONTRATACION DEL SERVICIO DE MANTENIMIENTO DE LA PISCINA CUBIERTA Y DE TRANSPORTE PARA LA DELEGACIÓN DE DEPORTES DEL AYUNTAMIENTO DE VELEZ MALAGA en base a motivos expuestos anteriormente. (....) “

COMO ÓRGANO COMPETENTE DE LA CORPORACIÓN en virtud de lo dispuesto en la Disposición Adicional Segunda de la Ley 30/2007, de 30 de octubre de Contratos del Sector Público (LCSP).

HE RESUELTO

I.- DESISTIR DE LA CELEBRACIÓN DEL CONTRATO DE SERVICIO DE MANTENIMIENTO DE LA PISCINA CUBIERTA Y DE TRANSPORTE PARA LA DELEGACIÓN DE DEPORTES DEL AYUNTAMIENTO DE VÉLEZ-MÁLAGA. (EXP.SER.06.11), de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la LCSP, convocado mediante Decreto de la Alcaldía nº 5001/2011 de 22 de septiembre, con fundamento en los motivos expresados en los antecedentes del presente acuerdo.

II.- ANUNCIAR EL DESISTIMIENTO en los boletines oficiales legalmente previstos y en el perfil del contratante del Excmo Ayuntamiento de Vélez Málaga, entidad tramitadora del procedimiento, a los efectos oportunos.

III.- INFORMAR a la Comisión Europea el presente acuerdo del desistimiento a la celebración del contrato, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.1 de la LCSP.

IV.- NOTIFICAR la presente resolución en legal forma a la Intervención Municipal, a la Concejalía de Deportes de éste Ayuntamiento y a todo aquel que aparezca como interesado, publicando la presente resolución en el perfil del contratante.

V.- Contra el presente acuerdo, que agota la vía administrativa, podrá interponer recurso de potestativo de reposición ante el mismo órgano que la dictó, en el plazo de un mes, de conformidad con los artículos 116 y 117 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, Reguladora del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas. Sin perjuicio de lo anterior, cabrá interponer recurso contencioso administrativo ante el Juzgado Contencioso administrativo de Málaga, de conformidad con lo previsto en la Ley de 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, o cualquier otro recurso que estime conveniente pertinente.

En Vélez-Málaga, a 28 de octubre de 2011