

ÓRGANO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES EUSKADI

RESOLUCIÓN 31/2016

EB 2016/13

Resolución 031/2016, de 21 de marzo de 2016, del Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra, en relación con el recurso especial en materia de contratación interpuesto por THERMO FISHER SCIENTIFIC, S.L.U. frente a la renuncia a la celebración del contrato “Suministro de un espectrómetro de masas de alta resolución (HRMS) acoplado a un cromatógrafo líquido de muy alta resolución (UHPLC) para poder realizar análisis target, no – target y metabolómico en muestras complejas, cofinanciado con fondos FEDER”, tramitado por la Universidad del País Vasco – Euskal Herriko Unibertsitatea.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 26 de enero de 2016, la empresa THERMO FISHER SCIENTIFIC, S.L.U. (en adelante, THERMO FISHER) interpuso un recurso especial en materia de contratación contra la renuncia a la celebración del contrato “Suministro de un espectrómetro de masas de alta resolución (HRMS) acoplado a un cromatógrafo líquido de muy alta resolución (UHPLC) para poder realizar análisis target, no – target y metabolómico en muestras complejas, cofinanciado con fondos FEDER”, tramitado por la Universidad del País Vasco – Euskal Herriko Unibertsitatea (en adelante, UPV –EHU).

El mismo día de su interposición, el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma del País Vasco / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen Inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante, OARC / KEAO) solicitó el expediente al poder adjudicador, el cual se recibió el 29 de enero, junto con el informe del órgano de contratación al que se refiere el artículo 46.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP).

SEGUNDO: Solicitadas alegaciones a los interesados con fecha 2 de febrero, no se ha recibido ninguna.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: En el expediente constan la legitimación del recurrente y la representación de Don D. D.L que actúa en su nombre.

SEGUNDO: De acuerdo con el artículo 40.1 a) del TRLCSP son susceptibles de recurso especial en materia de contratación, entre otros, los contratos de suministro sujetos a regulación armonizada.

TERCERO: El acto recurrido es una Resolución acordando la renuncia a la adjudicación del contrato (artículo 155 TRLCSP, en especial el apartado 3). El artículo 40.2 TRLCSP no menciona expresamente este acto entre los susceptibles de recurso especial. Sin embargo, este Órgano entiende que una interpretación coherente y finalista de la norma, cuyo objetivo es la incorporación al ordenamiento interno de la legislación comunitaria sobre la materia, conduce a entender que se trata de un acto incluido en el ámbito de este recurso. Por un lado, siendo recurribles los llamados «actos de trámite cualificados» porque impiden a un licitador continuar en el procedimiento (artículo 40.2 b) TRLCSP), con idéntica o mayor razón deben ser impugnables los actos que, como la renuncia, impiden, no ya a un licitador, sino a todos ellos, obtener la adjudicación del contrato. Por otro lado, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha aceptado expresamente la inclusión de los acuerdos de cancelación de una licitación dentro del sistema de recursos establecido por el Derecho europeo de la contratación pública, considerando que dicha inclusión está requerida por la necesidad de que la normativa comunitaria tenga un «efecto útil». En este sentido se ha señalado que «la completa consecución del objetivo que la Directiva 89/665 pretende alcanzar se vería comprometida si las entidades adjudicadoras pudieran cancelar las licitaciones para los contratos públicos de servicios sin estar sujetas a los procedimientos de control jurisdiccional destinados a asegurar desde todos los puntos de vista la efectividad del cumplimiento de las directivas que establecen normas materiales sobre contratos públicos y de los principios en los que se sustentan» (véanse la STJUE de 18/6/2002, ECLI: EU: C: 2002: 379, asunto C-92/00, en especial los apartados 29 a 55 y, en el mismo sentido, las Resoluciones 88/2013 y 20/2014 del OARC / KEAO).

CUARTO: En cuanto al régimen jurídico aplicable, la UPV – EHU tiene la condición de poder adjudicador, y en concreto, de Administración pública, según el artículo 3 del TRLCSP.

QUINTO: La argumentación del recurso es, en síntesis, la siguiente:

a) Hay una palmaria y absoluta ausencia de motivación sobre las razones de interés público y que justifican la renuncia a la celebración del contrato; por las referencias que se realizan a la cofinanciación del contrato parece que la decisión se vincula con la posibilidad de que la subvención otorgada a la UPV / EHU no pudiese destinarse a financiar el contrato, lo que en modo alguno se ha confirmado. La Administración no aporta acreditación de que se haya producido una alteración real en el contexto económico en el que se enmarca la licitación.

b) La Administración no ha actuado con la debida diligencia, y si lo hubiera hecho habría podido adjudicar el contrato antes del 31 de diciembre de 2015, fecha límite para poder acceder a la subvención; téngase en

cuenta que después de la Resolución 138/2015 de 11 de diciembre de 2015 del OARC / KEAO, que estimó el recurso de THERMOFISHER anulando la adjudicación del contrato, bastaba con aplicar un criterio sujeto a fórmula para concluir que dicha empresa era la adjudicataria. Así, una correcta adjudicación del contrato ejecutando la Resolución del OARC / KEAO no hubiera puesto en riesgo la cofinanciación del contrato.

c) Lo único que ha variado a resultas de la Resolución 138/2015 es la identidad del adjudicatario, y esa nueva adjudicación, que se deriva de dicha Resolución, es lo que se pretende evitar, lo que supone un uso fraudulento de la facultad que el artículo 155 TRLCSP concede al poder adjudicador y es contrario al carácter ejecutivo de la Resolución.

d) Por lo que se refiere al apartado del acto impugnado que reconoce la indemnización a la empresa WATER CROMATOGRFÍA y solo a ella, se obvia que la adjudicación fue anulada por lo que dicha empresa carece de derecho alguno.

e) Finalmente, se solicita que la anulación del acto recurrido y la retroacción de actuaciones al momento anterior a su dictado, ordenando que se lleve a efecto lo dispuesto en la Resolución 138/2015.

SÉPTIMO: El informe del poder adjudicador se opone a la estimación del recurso con base en los siguientes argumentos:

a) El acto impugnado ya señala en su fundamento de derecho tercero la relevancia de las fechas para acceder a la financiación del FEDER, siendo claro que el 31 de diciembre de 2015 la fecha límite para la realización del gasto, como se deduce de la normativa aplicable y de las comunicaciones de la Secretaría de Estado de Investigación, Desarrollo e Innovación que constan en el expediente.

b) No siendo posible satisfacer la citada condición temporal, la continuidad del procedimiento perjudicaría gravemente el interés público porque la Administración carece del crédito necesario para suplir la falta de financiación sobrevenida, pudiéndose dar el caso de que no se pudiera abonar el precio del suministro.

OCTAVO: Como se explicaba en la Resolución 91/2015 de este OARC / KEAO, por contraposición al desistimiento, regulado también en el mismo artículo 155 TRLCSP y que debe fundarse «en una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación», la renuncia se basa en «razones de interés público debidamente justificadas en el expediente». La renuncia a la celebración del contrato puede acordarse por el órgano de contratación en cualquier momento anterior a la adjudicación (artículo 155.2 TRLCSP), sin que, en principio, quepa prohibirla por el solo hecho de que haya sido previamente dictada una Resolución de este OARC / KEAO estimando un recurso especial contra una adjudicación anterior y ordenando la retroacción de actuaciones, aunque

tampoco puede descartarse que el poder adjudicador pueda usar ilegítimamente el artículo 155 TRLCSP para eludir el cumplimiento de una Resolución del OARC / KEAO o perjudicar a un licitador bien posicionado para obtener el contrato (Resolución 116/2013 de este Órgano), situaciones que podrían calificarse como desviación de poder (artículo 70.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso administrativa) o fraude de ley (artículo 6.4 del Código Civil).

A partir de este marco de referencia, del fundamento de derecho tercero de la resolución impugnada se deduce que la razón fundamental de la renuncia es que, habida cuenta de que el contrato estaba cofinanciado con fondos FEDER, resultaba esencial pagar el gasto derivado de la adquisición antes del 31 de diciembre de 2015 so pena de perder el derecho a una subvención de 200.000 euros, la mitad del coste del contrato. La veracidad de la relevancia de dicho plazo límite de ejecución para obtener la ayuda está acreditada por la cita de la normativa aplicable (artículo 20.3 b) de la Resolución de 27 de diciembre de Secretaría de Estado de Investigación, Desarrollo e Innovación), y confirmada por una comunicación escrita de dicho órgano que consta en el expediente y que confirma su carácter de improrrogable. En principio, la pérdida sobrevenida de una subvención asociada a la ejecución del contrato puede aceptarse como un motivo de interés general válido para renunciar a su celebración, pues se alteran sus consecuencias presupuestarias, de modo tal que el hecho de que el gasto no vaya a ser ya parcialmente compensado con financiación ajena hace que pueda perder interés la adquisición al tener que asumirse un gasto no previsto (o, más precisamente, al perderse un ingreso previsto), lo que desvirtúa los iniciales cálculos sobre la eficiencia del contrato en los que debe basarse la actividad contractual del sector público (artículo 1 TRLCSP).

No obstante, como se afirmaba en la Resolución 91/2015 de este OARC / KEAO, no es menos cierto que «siendo fundamental en el análisis de la legalidad de la renuncia la verificación de la consistencia de los motivos de interés público alegados para sustentarla, tal análisis debe apreciar, entre otras cosas, que dichos motivos sean coherentes con los hechos y el itinerario procedimental anteriores al acto ahora impugnado.» En este sentido, debe considerarse en primer lugar el reproche formulado por el recurrente que, en síntesis, entiende que la actitud poco diligente en la ejecución de la Resolución 138/2015 demostrada por la UPV / EHU es la que ha hecho imposible cumplir con los requisitos para obtener la subvención del FEDER. Para comprobar la consistencia de esta observación, debe tenerse en cuenta que la citada Resolución es de fecha 11 de diciembre de 2015, y su contenido implicaba la necesidad de volver a aplicar uno de los criterios de adjudicación, la formulación de una nueva adjudicación, su notificación a los licitadores y la formalización del contrato en los plazos a los que se refiere el artículo 156.3 TRLCSP; contando además con que el plazo de entrega del suministro era de tres meses (apartado 5.1 de la carátula del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, PCAP) y el de recepción del aparato de otro mes más (apartado 16.1 de la carátula del PCAP), resultaba del todo punto imposible la ejecución y pago de la prestación antes del 31 de diciembre (requisito de la subvención), por muy diligente que hubiera sido la Administración, por lo que el motivo alegado para la

renuncia existía ya cuando se dictó la Resolución 138/2015. Sin embargo, lo decisivo del caso es que la misma imposibilidad temporal señalada, que existía el 11 de diciembre para acceder a la subvención del FEDER, existía también el día 9 de octubre de 2016, lo que no impidió la aprobación de la adjudicación del contrato, que fue luego objeto de recurso especial.

Llegados a este punto, no es consecuente ni coherente con el historial del procedimiento y con las actuaciones anteriores del poder adjudicador que la causa alegada justifique la renuncia a la celebración del contrato solo después de una Resolución del OARC / KEAO que supone una retroacción de actuaciones y, en su caso, un cambio de adjudicatario, lo que lleva a anular el acto impugnado por ser insuficiente su motivación. Adicionalmente, resulta llamativo que, en contraste con la relevancia que la Administración atribuye ahora a la subvención para el buen fin del contrato, los pliegos no consideran esencial la ejecución y pago de la prestación antes del 31 de diciembre, sobre todo teniendo en cuenta que la memoria de inicio del expediente sí establecía que el producto debía “estar entregado, verificado y pagado antes del 31 de diciembre de 2015”, mención que, significativamente, no se incorporó a la documentación contractual.

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 41. 3 del TRLCSP y en la Disposición Adicional Octava de la Ley 5/2010, de 23 de diciembre, por la que se aprueban los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2011, el titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra,

III.- RESUELVE

PRIMERO: Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa THERMO FISHER SCIENTIFIC, S.L.U. frente a la renuncia a la celebración del contrato “Suministro de un espectrómetro de masas de alta resolución (HRMS) acoplado a un cromatógrafo líquido de muy alta resolución (UHPLC) para poder realizar análisis target, no – target y metabolómico en muestras complejas, cofinanciado con fondos FEDER”, tramitado por la Universidad del País Vasco – Euskal Herriko Unibertsitatea, anulando el acto impugnado y ordenando la retroacción de actuaciones hasta el momento anterior a su dictado.

SEGUNDO: Notificar la presente Resolución a todos los interesados.

TERCERO: Contra la presente resolución, ejecutiva en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso- administrativo (artículo 44.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJ) en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la notificación de la misma (artículo 46. 1 LJ), ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (artículo 10 k) LJ), de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP.