

Consulta de un ayuntamiento de la provincia de Ourense sobre los recursos administrativos interpuestos en relación con la concesión administrativa del servicio municipal de abastecimiento y saneamiento

Francisco Cacharro Gosende
*Vicesecretario
 de la Diputación de Ourense*

Mediante escrito de la Alcaldía de un ayuntamiento de la provincia de Ourense se solicitó la emisión de un informe jurídico por el Servicio Provincial de Asistencia a Municipios y Entidades Locales de la Diputación en relación con dos recursos presentados en el procedimiento de concesión administrativa del servicio municipal de abastecimiento de agua potable y saneamiento, en concreto:

a) Reclamación interpuesta por S... S.A contra el acuerdo de la Mesa de Contratación de 15 de julio de 2002, de elevación al Pleno de la propuesta de la adjudicación del concurso.

b) Recurso interpuesto por E... S.L. contra el acuerdo adoptado en el Pleno de 24 de julio de 2002.

Dado que se trata de recursos diferentes (dirigidos, incluso, contra distintos actos administrativos) se procederá a su análisis separado, tomando como antecedentes, en ambos casos, los que obran en el expediente de su razón.

De otra parte, no es posible obviar la existencia de una peculiar situación procedimental en el expediente objeto de consulta –derivada, fundamentalmente, del hecho de que el Pleno, en la sesión de 24 de julio, no llegó a adoptar ningún acuerdo propiamente dicho–, situación que como es lógico tiene una particular incidencia en los aspectos formales suscitados por los recursos o reclamaciones presentados (pudiendo afectar incluso a su calificación como tales), y que conviene aclarar previamente.

Por ello, y antes de proceder a analizar cada uno de dichos recursos, se realizarán unas consideraciones generales en cuanto a la situación procedimental en que se encuentra el expediente de contratación.

1. Consideraciones previas sobre el procedimiento de contratación

Los procedimientos de contratación son procedimientos administrativos de carácter competitivo o concurrencial, cuya finalidad es la de la selección de un contratista conforme a los principios que disciplinan la contratación pública (igualdad, libre concurrencia,

publicidad). Estos procedimientos gozan de una regulación específica en la legislación de contratos (Texto refundido de la Ley de contratos de las administraciones públicas aprobado por el Real decreto legislativo 2/2000, de 16 de junio (en adelante, TRLCAP), y su normativa de desarrollo, fundamentalmente el Reglamento general de la Ley de contratos de las administraciones públicas aprobado por el Real decreto 1098/2001, de 12 de octubre (en adelante, RGCAP). A estas normas, lógicamente, y para el supuesto que la Administración contratante sea una de las entidades que integran la Administración local, habrán de añadirse las normas específicas –fundamentalmente, en cuestiones de competencia– que establezca la legislación propia del régimen local.

No obstante esta singular naturaleza y régimen, y con carácter supletorio –es decir: en caso de existencia de lagunas en su normación específica– el propio TRLCAP, en su disposición adicional 7.ª, prevé la posibilidad de aplicar a los procedimientos de contratación las normas generales de la Ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común.

En el caso que nos ocupa –procedimiento abierto para la adjudicación mediante concurso de la concesión del servicio municipal de abastecimiento de agua potable y saneamiento del Ayuntamiento de Verín– se observa, al examinar el expediente, que su desarrollo resultó normal hasta el momento en que se sometió al órgano de contratación la propuesta de adjudicación elaborada por la Mesa. En ese momento, tal y como refleja el acta correspondiente, el Pleno no llegó a adjudicar el contrato, al no reunirse la mayoría cualificada exigida para ello por la legislación de régimen local. Claro que, a la vista del resultado de la votación en el Pleno (ocho votos a favor y ocho en contra, es decir, un empate, que el voto de calidad del alcalde no puede resolver) tampoco puede hablarse propiamente de un rechazo a la propuesta de la Mesa de Contratación (desde luego, no hay un rechazo explícito); más bien parece que existe una voluntad insuficiente (ocho votos a favor y el voto de calidad del alcalde, frente a ocho votos en contra) para adjudicarlo. Tampoco existió un acuerdo desistiendo de la contratación, ni un acuerdo expreso declarando desierto el concurso. Sencillamente, la propuesta no prosperó, y no se adoptó ningún acuerdo. Con posterioridad al 24 de julio, y a fecha de hoy, tampoco consta ningún nuevo acto respecto de este procedimiento.

En este sentido, el artículo 89 del TRLCAP establece un plazo máximo de adjudicación de tres meses desde la apertura de las proposiciones, salvo que el pliego establezca otro, como ocurre en este supuesto, en que, conforme a la cláusula 10.ª este plazo se reducía a dos meses, a contar igualmente desde la apertura pública de proposiciones. Teniendo en cuenta que la apertura tuvo

lugar el 20 de junio de 2002, el contrato tendría por tanto que haber sido adjudicado el 20 de agosto, lo que –como sabemos– no sucedió.

Lo cierto es que, aunque el TRLCAP establece un plazo máximo, reducible en el pliego, para la adjudicación del concurso, no prevé ninguna solución jurídica para el supuesto anómalo en que, transcurrido dicho plazo, la adjudicación no haya tenido lugar. Sí se prevé un efecto específico, en el artículo 89.2, al reconocer a los licitadores su derecho a retirar su proposición y a que se les cancele o devuelva la garantía constituida. Pero, a efectos de la resolución del procedimiento, la actual legislación de contratos guarda un absoluto silencio.

Existe, pues, una laguna normativa en torno a la que giran las preguntas que la falta de adjudicación suscita: ¿qué ocurre con el procedimiento de contratación?, ¿puede considerarse que sigue abierto indefinidamente, pese a la existencia de un plazo de resolución?, ¿puede resolverse todavía, en cualquier sentido?, ¿pueden ejercerse acciones o interponerse recursos contra esa falta de resolución?

Para responder a estas preguntas, nos vemos obligados a acudir –ante la laguna existente– a la normativa supletoria de procedimiento que, como ya se dijo, conforme a la disposición adicional 7.^a del TRLCAP no es otra que la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común. Esta ley recoge, como es tradicional en nuestro Derecho administrativo, la obligación de la Administración de resolver “todos los procedimientos” y notificar dicha resolución cualquiera que sea la forma de iniciación del procedimiento (artículo 42.1 del LRJAP y del PAC). Frente a los incumplimientos de esta obligación, la solución que tradicionalmente daba nuestro Derecho era la producción de un silencio administrativo (de efecto estimatorio o desestimatorio de la pretensión, con diversa naturaleza en cada caso) en los procedimientos iniciados a instancia de parte, y la caducidad en los que se iniciaban de oficio. La tradicional regulación del silencio administrativo en la legislación general de procedimiento no contemplaba, por tanto, la operatividad de esta figura más que en los casos de procedimientos iniciados a instancia de parte, mientras que, en general, en los procedimientos iniciados de oficio, el efecto jurídico de la falta de resolución en plazo era la caducidad del procedimiento. Esta solución –técnicamente impecable para los procedimientos de oficio de los que no iban a derivar derechos o situaciones jurídicas beneficiosas para los interesados (por ejemplo, procedimientos sancionadores)– se revelaba por completo inadecuada en los procedimientos que, pese a iniciarse de oficio, tenían como resolución normal un acto declarando u otorgando derechos (por ejemplo, procedimientos de contratación o de selección de personal). En el caso de los procedimientos de

contratación de la Administración local, empero, existía una solución específica, contenida en el artículo 44 del viejo Reglamento de contratación de las corporaciones locales de 1953, que consideraba que, en los casos en que no se resolviese sobre la adjudicación del contrato en plazo, dicha falta de resolución tendría el efecto equivalente a declarar desierto el procedimiento. Lamentablemente, el RCCL de 1953 fue derogado en su día por la Ley 13/1995, de 18 de mayo, sin que esta ley posterior recogiese una solución equivalente.

A día de hoy, la situación ha cambiado por obra de la reciente reforma de la LRJAP y el PAC, operada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, la cual dio nueva redacción al artículo 44, dando entrada a la producción del silencio en los casos de falta de resolución expresa en plazo, “en los casos de procedimientos –iniciados de oficio– de los que pudiera derivarse el reconocimiento o, en su caso, la constitución de derechos u otras situaciones jurídicas individualizadas”. En estos casos –sigue diciendo el artículo 44 del LRJAP y del PAC– “los interesados que hubieren comparecido podrán entender desestimadas sus pretensiones por silencio administrativo”.

Trasladada esta norma a los procedimientos de contratación –que, evidentemente, son procedimientos de oficio de los que puede derivar la constitución de una situación jurídica individualizada como contratista– nos encontramos con que la falta de resolución en plazo produce el efecto de que los licitadores podrán entender desestimada por silencio su pretensión de ser adjudicatarios.

En el caso que nos ocupa, aplicando las normas reseñadas nos encontramos con que al no existir resolución del Pleno, el 20 de agosto de 2002 se produjo un silencio administrativo, con efecto desestimatorio de las pretensiones de los licitadores (lógicamente, la pretensión de cada uno de ellos era que se les adjudicase el contrato). Podemos hablar, por consiguiente, de un silencio negativo cuyo efecto material es la no-adjudicación a ningún licitador del contrato. Formalmente, por tanto, es un silencio administrativo, aunque materialmente, el efecto producido parezca similar a una declaración como desierto del concurso. Existe, sin embargo, una diferencia con lo que sería un acto –expreso o presunto, como preveía el viejo RCCL de 1953– declarativo de concurso desierto y esta desestimación presunta de todas las proposiciones. Esta diferencia consiste, a nuestro entender, en que la mera desestimación presunta no impide a la Administración resolver extemporáneamente el procedimiento [sin vinculación con el sentido previo del silencio, conforme al artículo 43.4.b) de la LRJAP y el PAC, que consideramos perfectamente aplicable a los procedimientos de oficio, por analogía, ante el silencio del artículo 44] teniendo, esta desestimación presunta, no el carácter de un verdadero acto administrativo finalizador del procedimiento, sino el de una mera ficción

legal a “los solos efectos de permitir a los interesados la interposición del recurso administrativo o contencioso-administrativo que resulte procedente” (artículo 43.3 de la LRJAP y el PAC, de nuevo analógicamente aplicable a los supuestos del artículo 44); en cambio, si el efecto del silencio fuese el de declarar desierto el concurso (como ocurría bajo la vigencia del RCCL de 1953) constituiría, de modo análogo a como sucede con los silencios estimatorios, un verdadero acto, y por tanto, el procedimiento estaría concluido administrativamente –no ya de un modo ficticio, para posibilitar un recurso, sino realmente concluido– y la Administración no podría adoptar una resolución extemporánea.

Nos encontramos, por tanto, frente a un silencio administrativo, con el efecto de rechazar las pretensiones de los licitadores, que constituye una ficción legal destinada, precisamente, a posibilitar la interposición de recursos. Interesa recalcar que ese silencio no se produjo en la sesión plenaria del 24 de julio, sino más tarde, al vencer el plazo previsto de resolución, el 20 de agosto. Este dato tiene particular importancia a la hora de determinar el plazo en que debieron interponerse los recursos, y no resulta desvirtuado por el hecho de que el ayuntamiento notificase la falta de acuerdo producida el 24 de julio, concediendo plazos de recurso desde esa fecha (seguramente, bajo la interpretación, bienintencionada pero incorrecta a nuestro entender, de que lo que se había producido era un acto implícito de rechazo de la propuesta de la Mesa, acto que, en todo caso, aunque se hubiese producido, no habría podido poner fin a la vía administrativa, al no haber concluido el plazo para resolver, y que –de existir– constituiría un peculiar acto de trámite atípico en un procedimiento de contratación).

En resumen: el procedimiento de contratación no ha sido resuelto, por lo que, con fecha de 20 de agosto de 2002, se produjo un silencio administrativo con efecto desestimatorio de las pretensiones de los licitadores, silencio frente al que cabe interponer los recursos previstos en la Ley, sin perjuicio de que en cualquier momento el Ayuntamiento pueda resolver todavía el procedimiento, sin estar vinculado por el sentido negativo del silencio previo.

Hechas estas precisiones, podemos pasar a analizar cada uno de los recursos interpuestos.

2. Reclamación interpuesta por S... S.A. contra el acuerdo de la Mesa de Contratación de 14 de julio de 2002

2.1. Calificación del recurso. Competencia y procedimiento

El escrito de S... S.A. se presentó en el registro general de entrada de documentos del Ayuntamiento de Verín

el 25 de septiembre de 2002. En dicho escrito se solicita que “se acuerde la revisión de las actuaciones practicadas por la Mesa de Contratación en el presente expediente de contratación, retro trayendo en consecuencia las actuaciones al momento anterior de la admisión a trámite y valoración de las ofertas presentadas al concurso”, solicitando, además, la suspensión del acto administrativo recurrido al amparo de lo dispuesto en el artículo 111 de la LRJAP y el PAC.

Antes de entrar a valorar las cuestiones de fondo planteadas en dicho escrito, resulta preciso calificar jurídicamente el tipo de recurso presentado, con el objeto de determinar su régimen formal de tramitación y resolución.

Del propio escrito se deduce claramente que la voluntad declarada de su autor es la de impugnar un acto administrativo (en el propio “otrosí digo” se pide la suspensión del “acto administrativo recurrido”), y que dicho acto no es otro que el de valoración de ofertas y propuesta de contratación, adoptado por la Mesa.

A este respecto, lo primero que hay que advertir es que el acuerdo de la Mesa no constituye una resolución, sino un mero acto de trámite, preparatorio de dicha resolución, que corresponde al órgano de contratación (en este caso, el Pleno). Como es sabido, la regla general en materia de recursos es que éstos sólo pueden interponerse contra las resoluciones, y los actos de trámite no son recurribles (pudiendo alegarse la oposición a dichos actos, para su consideración en la resolución que ponga fin al procedimiento, conforme al artículo 107.1 de la LRJAP y PAC). No obstante, son también recurribles los llamados actos de trámite cualificados, definidos en el propio artículo 107 citado como aquellos que “deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos”.

Debe examinarse, por tanto, si la propuesta de la Mesa de Contratación puede considerarse como un acto de trámite cualificado. Creemos que no, porque ni determina la imposibilidad de continuar el procedimiento (de hecho, posibilita su continuación) ni produce indefensión o perjuicios irreparables (el órgano de contratación puede, en caso de infracción legal en la propuesta, apartarse de ella, como veremos). Más discutible podría aparecer la afirmación de que la Mesa no decide ni directa ni indirectamente el fondo del asunto. Ciertamente, esta última categoría de actos de trámite cualificados –que constituye una novedad, a nuestro juicio poco afortunada, de la Ley 4/1999– plantea no pocos problemas de interpretación: de una parte, si un acto de trámite decide directamente el fondo del asunto, difícilmente puede considerarse un acto de trámite,

y prácticamente vendría a identificarse con la resolución.¹ En cuanto a la decisión indirecta, parece que debe interpretarse con cautela, ya que una interpretación demasiado amplia podría llevar a pensar que cualquier acto instructorio –que aporta elementos de juicio al órgano que va a resolver– de alguna manera contribuye a formar la decisión de dicho órgano, y, por tanto, indirectamente, decide, y sería recurrible. Fácilmente se comprende que una lectura tan amplia es absurda, y debe rechazarse. Parece lógico pensar que debe hacerse una interpretación estricta, considerando que el verbo “decidir” implica la existencia de una voluntad vinculante para el órgano que resuelve, ya sea directa o indirectamente. Creemos que este caso no es el de la propuesta de la Mesa de Contratación, que en sí misma considerada no vincula en modo alguno al órgano de contratación (de hecho, la propuesta de la Mesa “no crea derecho alguno” a favor de los licitadores, conforme al artículo 82.2 del TRLCAP, y el órgano de contratación es realmente el que decide, aunque tenga que tener en cuenta la propuesta de la Mesa). Cuestión distinta es que –como veremos– si la propuesta de la Mesa recoge la realidad de las ofertas y aplica correctamente los criterios del pliego, el órgano de contratación no pueda válidamente apartarse de ella; pero esto no se produce porque la Mesa vincule al Pleno de la corporación, pues lo que en estos casos en realidad vincula al Pleno es la realidad de los hechos, la legalidad vigente y los criterios del pliego de cláusulas que el propio Pleno aprobó y que la Mesa se limita a aplicar.

No estamos, pues, ante un acto de trámite cualificado, y por tanto no cabe recurso contra el mismo, lo que, en principio nos llevaría a proponer la inadmisión a trámite del recurso de S... S.A.

No cabe olvidar, sin embargo, que la normativa sobre contratación prevé un procedimiento ordinario de reacción contra la propuesta de la Mesa, consistente –conforme prevé el artículo 87 del RGCAP– en la formulación de observaciones o reservas contra su propuesta, que serán resueltas por el órgano de contratación al resolver el procedimiento.

Partiendo, pues, de esta previsión normativa del artículo 87 del RGCAP, y teniendo en cuenta que en realidad el procedimiento no ha sido todavía resuelto, creemos que debe considerarse que, si bien no resulta admisible la tramitación como recurso *strictu sensu* del escrito de S... S.A. podría tramitarse perfectamente como una reclamación contra el acuerdo de la Mesa de Contratación, y ser resuelto por el Pleno –que, aunque se haya producido un silencio negativo, puede y debe resolver expresamente el procedimiento–. Todo ello, en

virtud del principio *pro actione* y en aplicación de lo previsto en el artículo 110.2 de la LRJAP y el PAC, conforme al cual “el error en la calificación del recurso por parte del recurrente no será obstáculo para su tramitación, siempre que se deduzca su verdadero carácter”.

En estos términos, procede entrar a examinar las alegaciones de fondo contenidas en dicho escrito de reclamación.

2.2. Contenido de la reclamación de S... S.A.

En su reclamación, S... S.A. alega que ha existido un error de interpretación por parte de la Mesa de Contratación al apreciar la concurrencia de tres motivos de exclusión de su oferta, por no ajustarse al pliego de condiciones, error que a su entender se habría podido subsanar si se hubiese realizado un trámite de aclaración del contenido de las ofertas.

Sin embargo, y tras analizar la argumentación que despliega para demostrar la existencia de tales “errores” de la Mesa, nos encontramos con que, curiosamente, sus aclaraciones no hacen más que confirmar que, en realidad, la Mesa entendió a la perfección el contenido de su oferta, y aplicó correctamente los criterios del pliego, los cuales eran determinantes de la exclusión de dicha oferta.

En efecto, los motivos de exclusión apreciados eran tres, consistentes, en todos los casos, en la introducción en el contrato de prestaciones no previstas en el pliego y extrañas al ámbito del servicio concedido, constitutivas por ende de una variante legalmente inadmisibles. Dichas variantes eran las siguientes:

- La oferta de prestación del servicio de mantenimiento de contadores y cobro de una tarifa por tal servicio.

- La ejecución material de acometidas y enganches a la red desde el primer año de la concesión, percibiendo igualmente un precio por ello.

- La realización de trabajos diversos en la red, que incluyen limpieza de fosas sépticas, recibiendo igualmente una contraprestación económica por ello.

Es obvio que estos servicios no forman parte del objeto del contrato que se licitaba, tal y como se definía en el pliego. En efecto, de acuerdo con la cláusula 1.^a del pliego, el objeto comprendía, para el abastecimiento de agua, “la captación, la conducción, el tratamiento, la depuración, el depósito y la distribución de agua potable hasta los domicilios de los usuarios, a través tanto de las actuales instalaciones municipales como de las futuras ampliaciones y mejoras que experimenten las mismas durante el período de la concesión”, prestación que además incluiría, conforme especificaba la letra c), “la

1. Un posible supuesto sería la propuesta de nombramiento de un funcionario de habilitación nacional en un concurso ordinario, acordada por el Pleno; la formalización del nombramiento le corresponde a la Dirección

General de Administración Local, pero no es más que a los efectos de coordinación (si un funcionario ha sido propuesto por varias entidades locales, la dirección general lo nombra para aquella que el funcionario prefiera).

gestión administrativa del servicio" (apartado 1.º), "la realización de las obras de conservación, mantenimiento, reparación o reposición de todos los elementos materiales e instalaciones afectos al servicio" (apartado 2.º) y "la realización de todas las tareas técnicas de control y mantenimiento necesarias para garantizar la continuidad y calidad en la prestación del servicio" (apartado 3.º), todo ello lógicamente, y tal y como la cláusula 2.f) recuerda, con sujeción a la reglamentación del servicio, que se incluyó como anexo al pliego (y que S... S.A., por tanto, conocía). Pues bien: ni el mantenimiento de contadores, ni tampoco la realización de las obras de acometidas nuevas (que no son obras de conservación, reparación, mantenimiento o reposición) forman parte de las actividades del servicio de abastecimiento, en la definición acotada por el pliego. Por si esto no fuese bastante, el reglamento municipal vigente excluye estos servicios de la competencia municipal, considerando que los contadores –de propiedad privada– deben mantenerlos los propietarios, y que las acometidas –como obras de urbanización– corresponden a los promotores, tal y como por lo demás establece la legislación urbanística.

Frente a esta evidencia, ninguna fuerza pueden tener los argumentos que S... S.A. aporta: no se trata de discutir si la realización del mantenimiento de contadores por la concesionaria del agua sería o no mejor que el sistema actualmente existente, ni que en otros municipios el mantenimiento lo asuma la concesionaria. Sencillamente, en el municipio de Verín y en el objeto del concurso convocado no se incluye esta prestación, por lo que la oferta de S... S.A. constituye una variante no autorizada, que, legalmente, sólo puede ser rechazada, en aplicación del artículo 87 del TRLCAP. En lo que se refiere a la ejecución material de acometidas y enganches en la red, cabría decir otro tanto: la ejecución de esas obras corresponde a los promotores, sin que la actual tasa por derechos de acometida o enganche corresponda al precio de ejecución de obra alguna, siendo una tasa que grava la conexión a la red pública preexistente, lo que constituye un hecho imponible totalmente distinto.

En cuanto al saneamiento, el pliego lo define como "la conducción de las aguas residuales y pluviales hasta su entrada en la estación depuradora de aguas residuales, a través tanto de las instalaciones actuales como de las ampliaciones o mejoras futuras de las mismas durante el tiempo de la concesión", especificando, del mismo modo que para el servicio de abastecimiento, la inclusión de la gestión administrativa, las obras de conservación, mantenimiento, reparación y reposición y las tareas técnicas de control y mantenimiento relativas a dicho servicio. Esta definición excluye con total claridad un servicio como la limpieza de fosas sépticas, que no puede considerarse una tarea técnica de control y mantenimiento de las conducciones de aguas residuales y

pluviales hasta la EDAR. Es decir: las tareas de control y mantenimiento se refieren exclusivamente al servicio concedido, y el servicio concedido comprende la conducción de las aguas residuales y pluviales hasta la EDAR, conducción que, en el caso de las fosas sépticas –que precisamente sirven a los vecinos que no están conectados a las redes de saneamiento y no figuran en los correspondiente padrones tributarios– sencillamente no se produce. Las afirmaciones que efectúa S... S.A. en el folio 5 de su reclamación, acerca de que la Mesa ha contrariado la letra y el espíritu del pliego, no constituyen, pues, sino un puro sofisma, que no sin cierta temeridad la reclamante adorna con el calificativo –absolutamente impertinente– de "arbitraria" aplicado a la interpretación de la Mesa, totalmente correcta, como se vio. En ningún momento la Mesa contradice la letra del pliego, en cuya lectura torticera pretende S... S.A. amparar sus pretensiones.

A mayores, y por lo que se refiere a la limpieza de fosas sépticas, argumenta S... S.A. que dicha labor viene siendo realizada por la empresa concesionaria del servicio de la EDAR, y se permite recordar al Pleno que "en el concurso convocado en su día para la adjudicación de la EDAR no se contemplaba como parte objeto del contrato la limpieza de fosas sépticas, sino que fue la empresa que resultó finalmente adjudicataria del mismo, Esconsu, S.L., la que incluyó en su oferta como una mejora la realización de dichas actividades". Este argumento –que parece querer sugerir que no habría problema en añadir al objeto del contrato de abastecimiento el servicio de limpieza de fosas, como se hizo en el concurso de la EDAR– constituye un nuevo ejemplo de sofisma, apoyado en falsedades y tergiversaciones, cuyo origen tanto podría ser imputado a la ignorancia como a la mala fe, dado que S... S.A. participó también en aquella licitación, y no parece que una empresa del prestigio y volumen de la reclamante pueda ignorar cuestiones elementales en materia de contratación pública. En efecto, el pliego del concurso de la EDAR autorizaba expresamente la oferta de mejoras, entre las que se incluía la limpieza de fosas sépticas, mejoras que, de ser aceptadas, se incorporan naturalmente al objeto del contrato. Por supuesto, como tales mejoras, su rasgo esencial es la gratuidad, esto es, su prestación sin incremento del precio global del contrato y sin repercutir tarifas a los usuarios. Ninguna de estas condiciones –establecidas en el pliego de la EDAR y cumplimentadas en la oferta de la actual concesionaria de dicho servicio– se producen respecto de la limpieza de fosas sépticas en el pliego del servicio de agua y saneamiento ni en la oferta de S... S.A. Así, en cuanto a las mejoras, el pliego del servicio del agua (cláusula 2.ª.C.11) sólo autorizaba ofertar mejoras consistentes en "obras de reforma o ampliación de la infraestructura de los servicios concedidos" (concepto en el que desde luego no cabe la lim-

pieza de fosas sépticas); para colmo, la oferta de S... S.A. incluye el cobro de cantidades por las limpiezas de fosas, esto es: la prestación que ofrece no es una mejora del contrato, por lo que en modo alguno puede incorporarse a su objeto. Por último, y en lo que se refiere a este apartado, S... S.A. dice tener conocimiento de que “ese ayuntamiento está tramitando un expediente para rescindir el contrato que tiene suscrito con la adjudicataria del servicio” de la EDAR. En relación con esta afirmación, este servicio de asistencia sólo puede contestar que, formulada consulta verbal a la Secretaría General del ayuntamiento, se nos informó de que no existía tal expediente de rescisión.

Por consiguiente, la oferta de S... S.A. constituye una variante al contrato licitado, variante que el pliego no sólo no admite sino que expresamente prohíbe (cláusula 8.ª.4), y por ende debe ser rechazada conforme al artículo 87 del TRLCAP.

Ciertamente, cabría argumentar frente a esta conclusión que las tres prestaciones a que nos referimos no fueron ofrecidas por S... S.A. al ayuntamiento con carácter obligatorio: por ejemplo, que S... S.A. no pretenda monopolizar el mantenimiento de contadores, la ejecución material de acometidas o la limpieza de fosas sépticas, sino que, simplemente, se ofrece a realizar estos servicios a mayores, o a “brindar la posibilidad” de asumirlos, a cambio de un precio cierto, sin comprometer al ayuntamiento a usar estos servicios, que por tanto serían ajenos al contrato y no lo modificarían. Ciertamente, nada impediría a la concesionaria del servicio realizar estos trabajos al margen del contrato de gestión que tuviese con el ayuntamiento, amparándose en la libertad de empresa: cualquier particular, por ejemplo, podría dirigirse a la concesionaria (o a cualquier otra empresa) para encargarle el mantenimiento del contador. Sí, pero sucede que, en este caso, S... S.A. introdujo –como acertadamente observó la Mesa de Contratación, que actuó en este expediente con un rigor creemos que exhaustivo– los ingresos por estas prestaciones en el estudio económico de la concesión que justificaba su oferta. Esto significa que, aunque se alegase que estas prestaciones no forman parte del contrato, lo cierto es que los ingresos por las mismas se introdujeron en la ecuación económica de dicho contrato plasmada en el estudio de costes. Si –coherentemente con su exclusión de la estructura obligacional del contrato, y con la imprevisibilidad de su cuantía (ya que, como ejemplifica el caso del mantenimiento de contadores, su montante se ha calculado partiendo de la hipótesis de que todos los usuarios pagasen la tarifa, hipótesis irreal si supusiésemos que el usuario pudiese elegir entre hacer el mantenimiento con S... S.A. o con cualquier fontanero de la villa)– excluyésemos esos ingresos del estudio, nos encontraríamos con que la ecuación económica de la concesión se vería totalmen-

te alterada, con lo que todo el resto de su oferta se vería trastocado y resultaría irreal. En suma: si estas prestaciones ajenas al contrato fuesen consideradas no como variantes del mismo, sino como prestaciones libres, externas a su estructura, no deberían haber sido recogidas en el estudio económico. El hecho, sin embargo, es que fueron incluidas, lo que, una de dos, o desacredita el estudio y por tanto la viabilidad de la oferta completa, o bien nos obliga a considerarlas dentro del contrato, incurriendo, en fin, en el supuesto de variante prohibida por el pliego. En cualquiera de los dos casos, la conclusión es la misma: la exclusión de la oferta de S... S.A. por parte de la Mesa de Contratación fue totalmente correcta.

En conclusión, la reclamación de S... S.A. no puede sino ser rechazada, y con ello su petición de que el Pleno acuerde revisar las actuaciones de la Mesa, retrotrayendo las actuaciones al momento anterior a la admisión a trámite y valoración de las ofertas –petición que, en todo caso, no nos parece tampoco correcta desde el punto de vista formal, ya que entendemos que la Mesa es un órgano técnico de apoyo con autonomía funcional, que no se sujeta a dependencia jerárquica del Pleno–; el Pleno podrá –si aprecia en ella infracción del ordenamiento jurídico– apartarse de la propuesta de la Mesa a la hora de adjudicar el contrato (o, en caso de que la propuesta estuviese incompleta o contuviese deficiencias, pedir que se subsanase). Pero en modo alguno podrá el Pleno imponer a la Mesa su particular criterio y ordenar hacer una valoración distinta a la efectuada (la Mesa podría, perfectamente, ratificarse en su propuesta inicial y reenviarla al Pleno, que lo que debe hacer, si no está de acuerdo, es resolver directamente conforme a su propio criterio y bajo la exclusiva responsabilidad de sus miembros integrantes).

En cuanto a la petición de suspensión de los efectos de la propuesta de la Mesa, y dado que este acto de trámite no tiene por sí solo ningún efecto jurídico frente a terceros, estimamos que debe reputarse como improcedente; de adjudicarse el contrato a otra empresa, lo será por decisión del Pleno. Por ello, no procede tampoco estimar la petición de suspensión cautelar, cuya necesidad, en todo caso, desaparecerá con la resolución de la reclamación.

3. Recurso de reposición interpuesto por E... S.L. contra la falta de adjudicación de la concesión

3.1. Calificación del recurso. Competencia y procedimiento

Con posterioridad al Pleno de 24 de julio, la empresa E... S.L. presentó dos escritos ante el Ayuntamiento, con el contenido siguiente:

1.º) Un primer escrito, presentado en fecha 2 de septiembre en la oficina de Correos (con entrada en el ayuntamiento el 4 de septiembre de 2002), con el siguiente contenido:

–En primer lugar, petición de que se formalizase el contrato con dicha mercantil, por considerar que ya se les había adjudicado.

–En segundo lugar, subsidiariamente, que se le notificase en forma –es decir, con el texto íntegro de la “resolución”, en lo que parece una referencia al resumen del debate plenario reflejado en acta– el “acuerdo” del Pleno de 24 de julio.

–En tercer lugar, y subsidiariamente también (es decir, para el caso de que no se entendiese como adjudicado el contrato en su favor) interponía recurso de reposición contra el “acuerdo” de 24 de julio de 2002, sin perjuicio de complementarlo cuando se le notificase “en forma” el “acuerdo” impugnado.

2º) Un segundo escrito –presentado en Correos el 25 de septiembre, con entrada el 27– que complementa los argumentos del recurso de reposición.

Existe, pues, un triple contenido (dos peticiones y un recurso) en estos dos escritos. Al respecto, cabe hacer las siguientes consideraciones:

–En cuanto a la petición de que se le comunicase el contenido del debate plenario del 24 de julio, en su integridad, tal pretensión ha sido ya satisfecha, no procediendo ningún comentario al respecto.

–En cuanto a su petición de formalización del contrato, entendemos que la misma sería formalmente coherente con la inactividad del ayuntamiento al respecto, y que –dado que la competencia específica para formalizar el contrato corresponde al alcalde– puede ser resuelta por éste.

–En cuanto al recurso de reposición: si bien formalmente se dirige contra el “acuerdo” de 24 de julio –probablemente, por la inercia creada por el ofrecimiento de recursos en la notificación de lo que en realidad fue “falta de acuerdo”– y partiendo de la inexistencia de dicho acuerdo y de su reconducción (conforme se argumentó en la consideración previa de este dictamen) a un silencio administrativo, entendemos que debe tramitarse como un recurso contra dicho silencio (teniendo en cuenta que lo que E... S.L. recurre es, precisamente, la no-adjudicación, es decir, el efecto desestimatorio propio del silencio), todo ello de nuevo en aplicación de lo previsto en el artículo 110.2 de la LRJAP y el PAC, conforme al cual “el error en la calificación del recurso por parte del recurrente no será obstáculo para su tramitación, siempre que se deduzca su verdadero carácter”. A estos efectos, debe advertirse que el plazo de interposición de un recurso de reposición se eleva a tres meses en el supuesto de actos presuntos (artículo 117.1 de la LRJAP y el PAC), por lo que no vencería hasta el 20 de noviembre, y, por tanto, los dos escritos presentados

deben considerarse dentro de plazo. El órgano competente para la tramitación es, lógicamente, el Pleno. Aun cuando este recurso debiera estar resuelto expresamente desde el 27 de octubre, dada su fecha de presentación, y aunque se interponga contra un acto presunto, lo cierto es que nada impide su resolución extemporánea, ya que, a diferencia de lo que sucede en los casos de recursos de alzada contra actos presuntos, la falta de resolución en plazo del recurso tiene efectos igualmente negativos, y por ende, no vinculantes para la Administración.

Resueltas estas cuestiones formales previas, podemos pasar ya a analizar el fondo de las cuestiones planteadas por E... S.L.

3.2. Petición de formalización del contrato

En cuanto a esta petición, como dijimos debería ser resuelta por la Alcaldía, que es la que formaliza el contrato, en ejecución del correspondiente acuerdo plenario de adjudicación, que la formalización presupone.

E... S.L. basa su petición en el hecho de que la propuesta de la Mesa fue materialmente aprobada por el Pleno, mediante el voto de calidad de la Alcaldía, y que, por tanto, el contrato ya fue adjudicado. Según la empresa reclamante, este efecto se produciría aun cuando se requiriese mayoría absoluta, sin perjuicio de que el acuerdo estuviese viciado de anulabilidad, supuesto en el que la peticionaria entiende que sólo mediante su impugnación en proceso de lesividad podría ser anulado el acuerdo. En todo caso, añade que la mayoría absoluta no es exigible en este caso, punto en el que nos remite a la alegación 2.ª del recurso, donde en síntesis argumenta que en todo caso esa mayoría se exige para la aprobación del expediente de contratación o para la decisión de gestionar indirectamente el servicio, pero no para la adjudicación del contrato.

La argumentación precedente no puede sino rechazarse sin lugar a dudas, por los motivos siguientes:

1.º) Con respecto a la exigencia de mayoría absoluta, nos parece que ésta es indiscutible, dada la duración del contrato y su cuantía (que es, naturalmente, su cuantía acumulada, no la de la primera anualidad, pues la ley no especifica en este punto, y el contrato constituye una unidad, aunque se desarrolle en el tiempo, con un precio total igualmente unitario, resultante de la suma de las anualidades). En este sentido, y frente a la artificiosa argumentación del peticionario (artificiosa porque nada de lo que afirma se contiene y ni siquiera se deduce de las normas que cita) hay que decir que el artículo 47.3 de la Ley de bases del régimen local no distingue entre las distintas fases del procedimiento de contratación (expediente de contratación propiamente dicho, licitación y adjudicación) a la hora de imponer el quórum de mayo-

ría absoluta, discriminando unos actos frente a otros; por el contrario, la ley impone la mayoría absoluta “para la adopción de acuerdos en las siguientes materias: [...] e) concesión de bienes o servicios por más de cinco años, siempre que su cuantía exceda del 20% de los recursos ordinarios del presupuesto”. En determinados apartados del artículo 47.3 se especifican actos o acuerdos concretos, pero en general la técnica legislativa utilizada –la que se refleja en la letra e)– es la de imponer esa mayoría en todos los “acuerdos” referidos a una “materia”. En suma: la letra e) define una materia (determinadas concesiones administrativas, delimitadas por su duración y cuantía) en la cual todos los “acuerdos” (excluyendo, quizá, los actos de trámite, que de todos modos no corresponden al Pleno, sino al alcalde o a la Mesa de Contratación) se han de adoptar por mayoría absoluta: así, requieren esa mayoría tanto la aprobación del expediente de contratación como el acuerdo de adjudicación, pues ambos son auténticas resoluciones, que ponen fin a dos procedimientos distintos –el de elaboración del pliego y el de adjudicación del contrato (o a dos fases autónomas o piezas separadas de un único procedimiento complejo, esto es, indiferente). En cuanto a la decisión sobre la gestión del servicio, la exigencia de mayoría absoluta sólo se requiere [en un apartado distinto, la letra f) del artículo 47.3] en los supuestos de municipalización en régimen de monopolio, tratándose, en todo caso, de un acuerdo totalmente independiente del procedimiento de concesión, que no viene al caso traer aquí a colación. Ni que decir tiene que desde luego la resolución de recursos contra los acuerdos que exigen mayoría absoluta exige igualmente ese quórum.

El significado del artículo 47.3.e) de la LBRL es, por tanto, claro en sus propios términos, y la exigencia de mayoría absoluta, inequívoca.

2º) En cuanto al argumento de que, aunque se exija mayoría absoluta, el acuerdo se adoptó igualmente, aun siendo anulable, no podemos tampoco sino rechazarlo plenamente. En primer lugar, siendo la mayoría absoluta un requisito de producción del acto, éste no puede adoptarse válidamente, y por eso el presidente del Pleno –asistido aquí por el secretario– al proclamar el resultado de la votación, no consideró aprobado el dictamen de la Comisión Informativa, y así se reflejó en acta. No hubo, por tanto, acuerdo, y no consta ninguna manifestación contraria del propio Pleno (que aceptó este resultado al aprobarse el acta de la sesión en un Pleno posterior). El carácter estrictamente formal de la manifestación de voluntad de un órgano complejo como el Pleno hace que la inexistencia de quórum equivalga a lo que en una persona física sería la inexistencia de voluntad real. Faltando esa voluntad, no es que el acuerdo sea legal o no lo sea: es que no hay acuerdo.

Más aún, y en coherencia con lo anterior: en el supuesto de que –ilegalmente– los órganos del ayunta-

miento considerasen adoptado el acuerdo, ignorando el vicio de legalidad de que adolecería, éste supuesto acuerdo no sería meramente anulable, como sostiene E... S.L., sino radicalmente nulo de pleno derecho, al haberse adoptado violando las reglas esenciales para la formación de la voluntad del Pleno [artículo 62.1.e) de la LRJAP y el PAC] entre las que, sin lugar a dudas, se encuentran las reglas sobre votación y quórum exigible (como se puede observar, la asignación por el ordenamiento de esta consecuencia jurídica –nulidad de pleno derecho, con efecto *ex tunc*, materialmente equivalente a la inexistencia del acto, y no meramente *ex nunc*– es perfectamente congruente con nuestra afirmación, unas líneas más arriba, de que en realidad no hubo ningún acuerdo).

Con base en los argumentos precedentes, entendemos que la Alcaldía debería negarse a acceder a la petición formulada por E... S.L., y que, por tanto, debe tenerse por interpuesto el recurso de reposición contra el silencio del Pleno, a cuyo análisis se consagra el apartado siguiente de este informe.

3.3. Recurso de reposición

El recurso de reposición, dirigido en realidad contra el silencio del Pleno, cuyo sentido se aparta de la propuesta de la Mesa de Contratación –con independencia de que se le denomine “acuerdo”, siendo como es un acto presunto con carácter de ficción legal, precisamente a efectos de posibilitar su impugnación– se fundamenta en los siguientes argumentos:

1.º) Falta de exigencia legal de mayoría absoluta para la adjudicación.

2.º) Ausencia de motivación del acuerdo impugnado.

3.º) Incumplimiento del pliego de cláusulas, la aplicación de cuyos criterios obligaría a adjudicar el contrato a la recurrente.

A estos tres motivos de impugnación, añade el recurrente en el segundo de sus escritos una reclamación subsidiaria de responsabilidad patrimonial, para el caso de que su recurso se desestime y no se le adjudique el contrato, a la que se hará referencia separada.

1.º) Falta de exigencia legal de mayoría absoluta para la adjudicación:

–Este argumento debe ser rechazado en su integridad, por las razones expuestas en el apartado 3.2. de este informe, al que nos remitimos.

2.º) Ausencia de motivación en el acuerdo impugnado:

–Ciertamente, el acuerdo que resuelve el concurso debe ser motivado, de acuerdo con la normativa que invoca el recurrente, constituyendo la falta de motivación una causa de anulabilidad del acto.

En el caso que nos ocupa, sin embargo, hay que partir de que el “acuerdo”, como tal, no existe: lo que hay es

un acto ficticio (el silencio) que por ministerio de la Ley sustituye a esa falta de acuerdo. Dificilmente se puede exigir motivación a un acuerdo que no existe, y que no es más que un silencio al que la ley atribuye un efecto desestimatorio, independiente como tal de la voluntad del órgano. El silencio no precisa motivación: le basta con tener lugar para que automáticamente se produzca el efecto legal previsto. En este sentido, no debe confundirse la motivación que refleja el resumen del debate plenario respecto de los votos de los miembros de los distintos grupos municipales, con la motivación del silencio: y ello, porque al no producir la concurrencia de votos emitidos un acto expreso, tampoco la peculiar motivación de esos votos tiene ningún acuerdo al que incorporarse. No hay, por tanto, motivación, pero ello es perfectamente normal al tratarse de un silencio, de una mera ficción legal, y no de un auténtico acuerdo.

Cuestión distinta es que ese silencio –que la ley prevé, con carácter general, como desestimatorio– no pueda revelarse, tras su análisis por un órgano judicial o por la propia Administración en vía de recurso, como contrario a Derecho, entre otras cosas, porque resulte que no concurren los motivos que permiten desestimar la pretensión del interesado. Quiere decirse con esto que el carácter ficticio del silencio negativo lo es con todas las consecuencias, y que sólo en tanto que ficción –susceptible de ser destruida a través de un recurso administrativo o judicial– se puede considerar su efecto desestimatorio. Ese efecto ficticio, apriorísticamente previsto por la ley con carácter general para un determinado conjunto de procedimientos, no puede prevalecer, como es lógico, en los casos en que –examinadas las concretas circunstancias y la normativa aplicable– o bien no existen motivos legales para denegar la pretensión (caso de los actos puramente reglados) o bien no concurren los supuestos en que la ley permite tal denegación o la misma constituye una arbitrariedad prohibida por el ordenamiento (para el supuesto de que se ejerciten potestades discrecionales). En casos como los abstractamente apuntados, el silencio negativo sería ilegal, y por ende deberá ser expulsado del mundo del Derecho en el que habitaba como una criatura de ficción cuya única razón de ser era, precisamente, la de posibilitar el examen de su legalidad o, lo que es lo mismo, su derecho a existir.

Queremos decir con esto que el rechazo del argumento expresado por el recurrente, en cuanto a la falta de motivación formal del silencio, no debe interpretarse como una afirmación de la innecesariedad de motivos para no adjudicarle el contrato. Por el contrario, lo que se afirma aquí es que, aunque el silencio no precise motivación formal, la validez de su efecto desestimatorio depende de la concurrencia de los motivos que legalmente avalan tal desestimación; lo que constituye, no un vicio de forma de un acto que no existe (que, al

no existir, no teniendo forma, por definición no puede padecer vicios formales) sino, en su caso, un defecto de fondo del silencio impugnado, cuya concurrencia examinaremos en el apartado siguiente.

3.º) Incumplimiento del pliego de cláusulas, la aplicación de cuyos criterios obligaría a adjudicar el contrato a la recurrente.

En este punto reside, a nuestro entender, el verdadero meollo de la cuestión que late en el fondo del presente recurso, a saber: si la no-adjudicación a E... S.L. (empresa propuesta por la Mesa como adjudicataria, tras considerar su oferta como la mejor conforme al pliego de condiciones) constituye una ilegalidad, concretada en una infracción del pliego de cláusulas, y si la corporación está, por consiguiente, obligada a adjudicarle dicho contrato.

Para resolver esta cuestión, planteada por el recurrente en la consideración segunda de su escrito de 25 de septiembre, entendemos que hay que responder a dos interrogantes, a saber:

–Si realmente la propuesta de la Mesa de Contratación favorable a E... S.L. es legalmente correcta.

–Si, siendo correcta dicha propuesta, el Pleno de la corporación está obligado a adjudicarle el contrato.

Por lo que se refiere a la cuestión a), y a la vista del acta de valoraciones de 15 de julio, no podemos sino ratificarnos en la validez de dicha propuesta (y digo ratificarnos porque, como consta en el expediente, este funcionario formó parte de la Mesa de Contratación, votando a favor de la propuesta, aprobada por unanimidad).

Las operaciones realizadas por la Mesa de Contratación se pueden resumir en dos apartados. En primer lugar, la exclusión de tres de las ofertas, por estimar que no se ajustaban al pliego; en segundo lugar, la valoración de las dos ofertas restantes, ajustadas al pliego.

Con respecto a la exclusión de la oferta de S... S.A. no cabe sino reiterar lo ya dicho en el apartado 2. de este informe: o bien su oferta constituye una variante al contrato (incluyendo prestaciones que inequívocamente no corresponden a su objeto, y que no encajan tampoco en el concepto de mejoras, por cuanto no tienen carácter gratuito) o alternativamente su estudio de costes se extiende a ingresos que no forman parte del contrato, y que por tanto desvirtúan dicho estudio (si, por ejemplo, el cobro de contadores no se ofrece como derecho exclusivo del concesionario, sino como prestación libre a mayores, entonces su inclusión en el estudio de costes es tan impertinente como lo sería la inclusión en dicho estudio de cualquier otro ingreso de la empresa ajeno al servicio, como podría ser el rendimiento de sus valores mobiliarios...). Debe subrayarse que el hecho de que el pliego permitiese modificar las tarifas a partir del tercer año de concesión no significa –ni puede significar– que por esa vía se pueda alte-

rar el objeto contractual; el efecto de la oferta de S... S.A. es, por tanto, doble: por un lado, modifica el objeto del contrato, con lo que desvirtúa la licitación (siguiendo el ejemplo anterior, si los demás licitadores contemplasen el cobro del mantenimiento de contadores en sus estudios económicos, sus ingresos serían mayores, y, por tanto, sus ofertas también hubiesen sido distintas; si no lo contemplaron es porque era clarísimo –no hace falta más que leer el pliego y el reglamento del servicio para darse cuenta– que no se podía hacer tal cosa) lo que, de considerarse válido, otorgaría a S... S.A. una ventaja ilegítima sobre los demás; en segundo lugar, no es que se modifiquen las tarifas existentes: es que se crea una tarifa nueva, que no es lo mismo, ampliando el ámbito del servicio a voluntad de un particular, vulnerando, frontalmente, la normativa municipal del servicio.

Con respecto a la exclusión de la U.T.E. Geseco-Begar, cabe decir lo mismo que en el caso de S... S.A. con relación al cobro por la ejecución de acometidas, ya que la realización de dichas obras no forma parte del servicio, como se dijo (y, dicho sea de paso, uno tiene sus dudas de que, sin una ley previa que reserve en exclusiva al ayuntamiento la actividad de ejecución de obras de urbanización, y sin una autorización de la comunidad autónoma para que dicha reserva lo sea con carácter de monopolio, se pueda imponer a los particulares la obligación de acudir a la concesionaria para contratar prestaciones que no le corresponden, violando el principio de libertad de mercado y la normativa comunitaria sobre libre concurrencia (*vid.* el artículo 90 del Tratado de Roma) e imponiendo una suerte de monopolio encubierto de la realización de tales obras); a mayores, Geseco-Begar pretendía cobrar una comisión en concepto de indemnización por el cobro a los usuarios del canon de saneamiento, algo que el pliego impone como una prestación obligatoria y no retribuida del concesionario.

En cuanto a la oferta de Esconsu, S.L., presenta un estudio económico carente de previsión de ingresos, lo que constituye un defecto esencial que, en aplicación de la cláusula 9.^aC, impide considerar viable su proposición y, por tanto, determina su rechazo.

Resulta, pues, objetivamente indudable que la exclusión de estas tres empresas fue correcta, y que, inversamente, su inclusión constituiría, por el contrario, una grave ilegalidad, que adulteraría la licitación, permitiendo a algunos licitadores redondear sus previsiones económicas (y, por ende, mejorar sus ofertas) mediante la inclusión de conceptos retributivos no contemplados en el pliego. Aceptar las propuestas de S... S.A. o Geseco-Begar significaría, en suma, la introducción de un doble rasero en la licitación, algo que pugna con el principio de igualdad y libre concurrencia proclamado en el artículo 11 del TRLCAP.

En cuanto a la valoración de las dos ofertas que sí se ajustaban al pliego, no parece que pueda suscitarse ninguna discusión en cuanto a la valoración del canon inicial, de la oferta de mejoras y del canon de explotación, pues esta valoración es matemática y de una objetividad indiscutible. En lo que se refiere a la valoración de la mayor baja media (aspecto decisivo, ya que E... S.L. logra aquí una puntuación de 5, frente a 0 de la Mesa de Contratación) el criterio del pliego era la puntuación, en función de la proporcionalidad matemática entre las bajas medias de tarifas ofertadas; sucede que, en este apartado, nada hay que valorar en la oferta de la Mesa de Contratación, porque no hay ninguna baja en las tarifas (por el contrario, a lo largo de la concesión la subida global será de un 150%). Debe aclararse aquí que una cosa es que el pliego permita la libre modificación de tarifas a los licitadores, sin otro límite que no subirlas en los tres primeros años, y otra muy distinta que en el caso de que, haciendo uso de la libertad concedida, se suban globalmente las tarifas haya –para colmo– que asignar puntuación por lo que no supone ningún beneficio para el ayuntamiento ni para los usuarios (incrementando indebidamente la puntuación obtenida en los demás apartados, pues es evidente que el mayor canon inicial o la mayor oferta de mejoras se financian, precisamente, con mayores tarifas; el efecto sería, pues, doblemente injusto, ya que se puntúa por algo perjudicial –vulnerando el pliego, que sólo valora la baja, no, por tanto, la subida– que es, además, lo que permite obtener mayor puntuación en otros apartados). Lo mismo sucedería si, por ejemplo, en el apartado del canon anual –donde el pliego tampoco fijaba mínimo, y cuya oferta no era por tanto obligatoria– se hubiese ofrecido un 0% de canon. Resta hacer alusión a la valoración del plan de organización, cuya razonabilidad y justificación creemos extensamente demostrada en las casi tres páginas que el acta dedica a este apartado (curiosamente, el único apartado en el que existía una cierta discrecionalidad técnica para la Mesa, lo que obliga, sin duda, a ese mayor esfuerzo de análisis y justificación desplegado, y en el que sin embargo ningún licitador ni ningún miembro de la corporación ha formulado ninguna reserva).

No existe, pues, ninguna razón para hablar de interpretaciones “arbitrarias” –todas las valoraciones, menos una, responden a criterios matemáticos incontestables, y las exclusiones se basan en una escrupulosa observación de la legalidad y de la letra del pliego– ni menos aún, faltando (arbitrariamente, por cierto) al respeto que merece la labor profesional de los técnicos integrantes de la Mesa, hablar de “interpretaciones *sui generis*” o de la “extrañeza del proceso”. Analizando las valoraciones, no se desprende que el factor decisivo que inclinó la balanza a favor de la recurrente E... S.L. fuese el hecho de que fuese la única

empresa que bajó realmente las tarifas, sino el hecho de que, además de hacer la mejor oferta en este apartado, no dejó por ello de hacer ofertas positivas en los demás apartados (nótese que la oferta de canon anual es más del doble de la de la Mesa de Contratación, y esto sí fue decisivo; no es cierto, por tanto, que las tarifas sean lo único en lo que E... S.L. aventaja a la Mesa de Contratación, sin contar que las diferencias en las obras de mejoras y en el plan de organización del servicio son muy pequeñas). La oferta de la Mesa de Contratación, en cambio, se ajusta al pliego, pero no merece valoración en este apartado, porque esta empresa basó su oferta fundamentalmente en el canon inicial, cometiendo el error (en el que, según el acta del Pleno de 24 de julio, también parecen incurrir algunos concejales) de creer que el pliego primaba sobre todo este aspecto (pasando por alto que la diferencia máxima que se podía obtener por un mayor canon inicial era de cinco puntos, exactamente la misma que en las tarifas; precisamente, esto es lo que aquí ocurre: la Mesa de Contratación aventaja en 5 puntos a E... S.L. por el mayor canon, ventaja que E... S.L. neutraliza con sus 5 puntos de ventaja por la mayor bajada de tarifas; de ahí que lo decisivo fuese, a la postre, el mayor canon de explotación de E... S.L.) En realidad, el pliego lo único que prima es la oferta que, en conjunto, obtenga mayor puntuación, buscando el equilibrio entre la máxima optimización económica del servicio y el menor coste para los usuarios, sin perjuicio de la calidad. Es decir, si se lee con un poco de atención e imparcialidad, se observa que lo que el pliego buscaba eran ofertas equilibradas, que permitiesen satisfacer múltiples objetivos: extraer el máximo partido económico para el ayuntamiento al servicio sin gravar a los usuarios y sin perder de vista la calidad del servicio público. No estamos ante un pliego que busque sólo el beneficio económico (como erróneamente se ha afirmado en el debate plenario), ni tampoco ante un pliego que buscarse abaratar el servicio ante todo. Más bien parece que lo que el pliego se proponía era el objetivo –más complejo– de buscar el equilibrio entre todos esos elementos. Y ciertamente, el resultado del concurso no es sino la demostración práctica de que la mejor oferta es, precisamente, la más equilibrada, esto es, la que permite al ayuntamiento obtener el mayor beneficio económico posible sin hacer recaer la carga de ese beneficio en el bolsillo de los contribuyentes, y sin merma de la calidad de dicho servicio (que se tiene en cuenta a través de la valoración del plan de organización). No hay, pues, nada “extraño” en la propuesta de la Mesa, ni se encuentra en ella rastro de las “manifestaciones irregulares y arbitrariedades” del procedimiento de las que –en una actitud sólo hasta cierto punto comprensible– nos hablaba el representante de S... S.A. en su reclamación.

Con base en lo expuesto, cabe considerar satisfactoriamente contestado el primer interrogante a que nos enfrentábamos: a juicio de este funcionario, la propuesta de la Mesa es correcta.

Procede ahora pasar a examinar si concurre –o no– la segunda premisa planteada, esto es: si, siendo correcta, en aplicación del pliego y de la legalidad vigente, la propuesta de la Mesa, el Pleno de la corporación puede válidamente apartarse de ella. La cuestión –aunque clara a nuestro juicio– no es sencilla, y es preciso hacer una serie de importantes precisiones al respecto, en aras de evitar malentendidos.

En primer lugar, y aunque es cierto que conforme al artículo 82.2 del TRLCAP “la propuesta de adjudicación no crea derecho alguno a favor del empresario propuesto, frente a la Administración, mientras no se le haya adjudicado el contrato por acuerdo del órgano de contratación”, esta norma no significa –no puede significar, por imperativo del artículo 9.3 de la CE, que prohíbe la arbitrariedad de los poderes públicos– que el órgano de contratación pueda apartarse libremente y en cualquier caso de la propuesta de la Mesa (de entrada, como principio general, conviene no perder de vista el hecho de que la Administración, en sentido estricto, nunca goza de verdadera libertad).

En efecto, el significado del 82.2 debe restringirse, a mi juicio, al hecho de que, hasta tanto no se haya adjudicado por el órgano competente, no existe contrato (cf. artículo 53 del TRLCAP). El empresario propuesto, por tanto, no ostenta todavía la posición jurídica de contratista con la Administración. Pero de ahí a decir que el Pleno puede desentenderse libremente de la propuesta de la Mesa media un abismo.

De una parte, el artículo 83.1 del TRLCAP (relativo a la subasta, pero cuya aplicación al concurso no está excluida y resulta por tanto obligada, en virtud del artículo 90) sólo autoriza al órgano de contratación a separarse de la propuesta de la Mesa en dos casos: si hay infracción del ordenamiento jurídico en dicha propuesta, y en los supuestos de baja temeraria (supuestos ambos que no concurren en el caso que nos ocupa, tal y como hemos demostrado por extenso). A mi juicio, no se trata tanto de una vinculación del órgano de contratación a la propuesta de la Mesa, cuanto de una vinculación del órgano de contratación al pliego por él mismo aprobado, que la Mesa se limita a aplicar. Y si bien en el caso de un concurso no existe la automaticidad característica de una subasta a la hora de valorar las ofertas, tampoco existe libertad para efectuar dicha valoración. En efecto, como es sabido la Administración no goza nunca de algo semejante a lo que constituye la autonomía de la voluntad en el ámbito jurídico-privado. La Administración, sometida a la ley y al Derecho y sujeta a un estricto principio de legalidad –que determina una vinculación positiva con la norma jurídica habilitante de su

actuación— actúa ejerciendo potestades para el cumplimiento del fin público. Tales potestades no son estrictamente derechos subjetivos (aunque implican la titularidad de derechos, con un carácter instrumental respecto de los fines que persigue la Administración) sino poderes fiduciarios, entregados por el legislador a la Administración para que ésta pueda satisfacer el interés público. Atendiendo al margen de decisión de que dispone la Administración, sus potestades se clasifican en dos grandes grupos: regladas, en la que las decisión se encuentra predeterminada por la aplicación de los criterios legales o reglamentarios preestablecidos; y discrecionales, en que se concede a la Administración la opción de elegir entre varias alternativas, todas igualmente lícitas, si bien motivando su decisión en función del interés público. Por otra parte, la fijación de los criterios y elementos de juicio que determinan el ejercicio de las potestades regladas puede hacerse con mayor o menor amplitud, surgiendo así la categoría de los conceptos jurídicos indeterminados, que no debe confundirse con los supuestos de discrecionalidad: en los conceptos jurídicos indeterminados no hay margen para elegir entre distintas opciones alternativas, todas igualmente justas: lo que sucede es que la norma no concreta en todos o algunos de sus extremos el concepto aplicable, expresado en términos más o menos abstractos, debiendo concretarse caso por caso por la Administración, teniendo en cuenta que, en atención a las circunstancias que concurren, sólo habrá una solución justa en cada caso.

Partiendo de estos elementos teóricos —que constituyen doctrina común y pacíficamente admitida en nuestro ordenamiento— nos encontramos con que, a la hora de decidir la contratación de la gestión indirecta de un servicio público y las condiciones en que ha de procederse a la licitación, la Administración está ejerciendo una potestad ampliamente discrecional: tan legal es decidir la convocatoria del contrato como no hacerlo y optar por su gestión directa, y, a la hora de establecer las condiciones de la licitación, la Administración podrá escoger, en el marco de la legislación de contratos, las opciones que considere más adecuadas (por ejemplo, en cuanto a los criterios de selección o valoración de ofertas, o en cuanto a la duración de la concesión). Sin embargo, una vez que la Administración ha establecido esas condiciones, la discrecionalidad, a mi juicio, desaparece. A partir de ese momento, la Administración queda vinculada, no por una norma previa, sino por sus propios actos, esencialmente, por el pliego de cláusulas económico-administrativas que rige la contratación. Hablar aquí de discrecionalidad es probablemente excesivo. Por ejemplo, a la hora de adjudicar han de aplicarse los criterios de valoración del pliego, sin posibilidad de alternativas. Ciertamente, esos criterios pueden constituir conceptos jurídicos indeterminados de gran

amplitud, pero ello no implica discrecionalidad. Cuando se dice, por ejemplo, que se valorará el mejor plan de organización del servicio, existe la posibilidad —y la obligación— de acreditar y razonar objetivamente por qué se asigna una valoración y no otra. No hay libertad para, caprichosamente, considerar mejor este o aquel plan de organización basándose en meras preferencias subjetivas de los miembros de la Mesa o del Pleno. En otras palabras, sólo una de las ofertas será la mejor según el pliego. Esto, que es sostenible como doctrina general, resulta doblemente cierto en el expediente que nos ocupa, en el que, como se vio, y a excepción de la valoración del plan de organización del servicio, la aplicación de los criterios de valoración respondía a operaciones aritméticas, puramente objetivas y que cualitativamente no son distintas a las que tienen lugar en una subasta.

Así pues, aunque la propuesta de la Mesa no crea derechos —en el sentido que se aclaró— el Pleno no tiene más opciones para apartarse de su propuesta que las que señala el artículo 83.2 del TRLCAP. El supuesto de que el Pleno considerase errónea la apreciación de conceptos jurídicos indeterminados por parte de la Mesa no sería, en este sentido, más que un caso de infracción del ordenamiento jurídico por parte de la Mesa (por aplicar indebidamente dichos conceptos) y, como ya se ha dicho, es un supuesto que no se da en este caso.

No obstante, subsistiría teóricamente una alternativa para la Administración que permite —en teoría, y probablemente por lo que veremos, sólo en teoría— hablar de una cierta discrecionalidad: nos referimos a la posibilidad de declarar desierto el concurso.

En el caso que nos ocupa, sin embargo, la posibilidad de declarar desierto el concurso ha quedado también acotada por el pliego, de acuerdo con la cláusula 9.^a.B, a “aquellos casos en que se estime fundadamente que ninguna de las ofertas garantiza una óptima prestación del servicio”. La cláusula 9.^a.B del pliego enuncia con claridad un concepto jurídico indeterminado, es decir, un supuesto de hecho abstracto que habrá que concretar, pero en relación con el cual no existe libertad de configuración administrativa (por si hubiese alguna duda, la ley nos recuerda, en el artículo 88.2 del TRLCAP, que para declarar desierto un concurso han de tomarse, inexcusablemente, como referencia los criterios de valoración del pliego). En el caso que nos ocupa, no sólo no consta el supuesto de hecho querido por la norma, sino que, a la vista de las ofertas presentadas y de los criterios de valoración del pliego, no cabría —tal y como tiene declarado la jurisprudencia del Tribunal Supremo— declarar válidamente desierto el concurso (en este sentido, debe advertirse que la postura sostenida en el debate plenario por el concejal Sr. Martínez Gómez, defendiendo que se declarase desierto el concurso, sería —sin perjuicio de su oportunidad y legitimidad

política, que no corresponde a este funcionario enjuiciar— sencillamente ilegal).

Estas tesis están avaladas por la jurisprudencia más reciente (aunque existe una línea jurisprudencial anterior, de origen preconstitucional, germinada en los años setenta y que extiende su influencia hasta finales de los ochenta, a mi juicio incorrecta y cada vez menos firme, que venía concediendo un margen mayor de libertad a la Administración) así como por la doctrina de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

Así, la STS de 19 de abril de 1991 señala que si la oferta presentada es más ventajosa que los mínimos expresados en el pliego, es claro que resulta conveniente a los fines de la Administración, y ésta no puede declarar desierto el concurso apoyándose en la cláusula del pliego de condiciones que le atribuye tal facultad. En el mismo sentido, la STS de 31 de octubre de 1994 llega a idéntica conclusión “por no poderse vislumbrar alternativa alguna extrajurídica que aconseje la decisión tomada, o si las proposiciones presentadas resultan aptas y admisibles”. La STS de 20 de febrero de 1996 admite la posibilidad de declarar desierto un concurso “si existiesen motivos o causas fácticas, lógicas, razonables y expresas, en referencia a la finalidad contractual perseguida en defensa del interés público prevalente, siempre encarnado en la actividad administrativa, sin que en ningún caso pueda servir de soporte a tal discrecionalidad el capricho o la arbitrariedad de la Administración, proscrita por el artículo 9.3 de la Constitución”.

Con mayor rotundidad, si cabe, se ha expresado la Junta Consultiva de Contratación Administrativa. Así, en su informe 22/1988, de 4 de julio, señala que admitir, en caso de proposiciones a las que objetivamente resulta adjudicable el concurso, la facultad de declararlo desierto significaría convertir la discrecionalidad en la más pura arbitrariedad, lo que resulta prohibido por el artículo 9.3 de la CE. Un reciente informe, el 39/1999, de 10 de junio, señala que “la posibilidad de declarar desiertos los concursos en la adjudicación de los contratos administrativos ha venido siendo tradicionalmente admitida en la legislación de contratos del Estado [...] sí hay que consignar la evolución de los criterios jurisprudenciales que, si bien admiten el carácter discrecional de la declaración del concurso desierto, rechazan toda idea de arbitrariedad” y, tras un análisis del artículo 88.2 del TRLCAP concluye que “a partir de la entrada en vigor de la LCAP ha disminuido el grado de discrecionalidad de la facultad de declarar desierto un concurso y sólo debe admitirse cuando las distintas ofertas no se ajustan a las condiciones exigidas que figuran en los pliegos, y a la inversa, cuando una o varias ofertas se ajustan al pliego no existirá la posibilidad de declarar desierto el concurso, sino que será procedente su adjudicación a la oferta que deba

considerarse más ventajosa”. “Por lo demás —añade la JCCA— esta tesis aparece confirmada por los artículos 140.1.a), 159.2.e), 181.1 y 209.1 a) del TRLCAP en los que, por influjo de las directivas comunitarias, se admite la utilización del procedimiento negociado cuando las ofertas en un procedimiento abierto o restringido sean irregulares o inaceptables o no se hayan declarado admisibles, diferencia terminológica a la que no hay que atribuir significado alguno, pues la idea a la que responden todos estos artículos es la de ofertas que no se ajustan a las condiciones del pliego y, por tanto, son inaceptables o inadmisibles, procediendo declarar desierto el concurso”.

En el supuesto que nos ocupa, la oferta de E... S.L. se ajusta al pliego, mejorando, además, el umbral mínimo de prestaciones exigido (así, no prevé aumentos de tarifas) por lo que no adjudicarle el contrato constituiría, siguiendo la interpretación dominante en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina de la Junta Consultiva de Contratación, una arbitrariedad pura y simple, y, en suma, una ilegalidad clara. A mayores de ello, cabe destacar que, al margen de las consideraciones que aquí se han hecho —a efectos informativos— sobre la potestad de declarar desierto el concurso, lo cierto es que el Pleno ni siquiera lo ha declarado desierto. Tampoco ha desistido del mismo, facultad excepcionalmente reconocida por la jurisprudencia para supuestos en que razones sobrevenidas de interés público aconsejen desistir de la contratación (supuesto que, igualmente, no se estima procedente: no consta que se haya producido ningún cambio de situación que desaconseje la concesión con respecto al momento en que se aprobó el pliego de cláusulas). Sencillamente, no se ha resuelto el procedimiento, produciéndose un silencio administrativo.

Lo que se impugna aquí es ese silencio, esa desestimación ficticia de la pretensión de la recurrente. Y lo que acabamos de comprobar es que no existe ninguna base legal para sostener tal desestimación: la oferta de E... S.L. se ajusta al pliego y mejora sus mínimos, por lo que constituye una franca ilegalidad no adjudicarle el contrato. La conclusión del presente informe, por tanto, no puede ser otra que la de que debe estimarse el recurso de reposición presentado, y declararse adjudicada la concesión a E... S.L., al no existir razones que permitan declarar desierto el concurso y ser conforme a derecho la propuesta de la Mesa de Contratación.

Una última cuestión, que no podemos pasar por alto antes de concluir este extenso informe, es la de la reclamación de responsabilidad patrimonial que subsidiariamente formula la recurrente para el supuesto de que no se le adjudicase el contrato. En este punto, y pese a considerar que efectivamente a la recurrente le asiste la razón en su pretensión de ser adjudicataria, entendemos que, en principio, no existiría responsabilidad

patrimonial de la Administración, cuando menos, no por la pérdida del beneficio industrial correspondiente a dicha concesión. Y ello porque, para el caso de que el Pleno desestimase su recurso, la empresa podría obtener dicha adjudicación mediante el oportuno recurso jurisdiccional en vía contenciosa, en el que –de confirmarse por el órgano judicial la tesis del recurrente que este informe apoya– podría obtener una resolución judicial favorable a sus intereses, de la que derivase la adjudicación de la concesión por el período inicialmente ofertado de veinte años. No habría, por tanto, de tener razón el recurrente, pérdida de beneficio industrial, ni lesión económica en este concepto que por tanto no sería indemnizable.

En cambio, sí debe advertirse –para conocimiento del Pleno– que la inexistencia de lesión por pérdida de beneficio industrial para el caso de prosperar un hipotético recurso contencioso de E... S.L. no significa que no pudiesen existir otros derechos indemnizatorios a favor de esta empresa: así, por ejemplo, el indudable retraso en la adjudicación le daría, sin duda, derecho a ser resarcida de los gastos financieros del aval provisional aportado, por el tiempo en exceso transcurrido hasta esa adjudicación; en segundo lugar, no sería extraño que –dado que un hipotético acuerdo plenario desestimatorio del recurso se adoptaría en contra del criterio de la Mesa de Contratación, y sin una justificación legal– el tribunal apreciase temeridad o mala fe en la actitud del ayuntamiento, con la consiguiente condena en costas; por último, no resulta impensable tampoco que el retraso en la adjudicación provocado por la substanciación de un recurso judicial pudiese generar otro tipo de daños y perjuicios indemnizables.

Por supuesto, las anteriores apreciaciones se hacen sobre la base –a nuestro juicio, indiscutible– del carácter ilegal de la desestimación de la oferta de E... S.L. Ni que decir tiene, para el caso de que, ante un hipotético recurso, los tribunales de justicia, con su superior criterio, considerasen inadmisibles la pretensión de la recurrente y erróneo el criterio seguido en el presente informe, no existiría, como es lógico, responsabilidad ninguna de la Administración.

En el momento actual, por tanto, no existen elementos de juicio suficientes para resolver sobre una supuesta responsabilidad patrimonial en caso de que se desestime el recurso, debido a que el requisito para que exista esa responsabilidad sería el carácter ilegal del acuerdo que adoptase el Pleno, carácter que, si no se impugnase tal acuerdo en vía contenciosa, no constaría como un hecho acreditado (en virtud del principio de presunción de validez de los actos administrativos, que desplegaría toda su fuerza si el acto fuese consentido por el interesado); si se impugnase, en cambio, no nos constaría la existencia del hecho dañoso hasta que E... S.L. obtuviese una sentencia favorable

a sus intereses (lo que, siendo un hecho que estimamos probable, no deja de ser incierto). Por todo ello, no es posible considerar *hic et nunc* la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración, por lo que en el caso de que se rechazase el recurso, se debe rechazar igualmente la reclamación de responsabilidad, sin perjuicio de que el interesado se pueda reservar el ejercicio futuro de la acción y de que exista –en los términos probabilísticos expuestos, para conocimiento del Pleno– la posibilidad futura de que se declarase tal responsabilidad.

4. Conclusiones

A modo de resumen, se consignan las siguientes conclusiones:

- 1.ª) En cuanto a la reclamación de S... S.A., entendemos que debe ser íntegramente desestimada.
- 2.ª) En cuanto a la petición de formalización del contrato efectuada por E... S.L., entendemos que debe ser igualmente rechazada, considerando que corresponde a la Alcaldía resolver esta petición.
- 3.ª) En cuanto al recurso de reposición de E... S.L., subsidiario de la petición anterior, debe estimarse, adjudicándole la concesión.
- 4.ª) En cuanto a la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por E... S.L. para el caso de que se rechace su recurso, entendemos que debe desestimarse, sin perjuicio del derecho de la recurrente, en su caso, a ejercer las acciones legales que procedan en el momento oportuno.

Al margen de lo anterior, entendemos que debe darse audiencia a los interesados en el expediente de las reclamaciones y recursos presentados, por plazo mínimo de diez días, efectuándose las consideraciones contenidas en el presente informe a reserva de las alegaciones que puedan formularse en dicho plazo. ■