



Exp. Junta Consultiva: RES 23/2022

Resolució del recurs especial en matèria de contractació

Exp. d'origen: contracte administratiu de prestació del servei de recollida de mostres de llet per al control oficial de rendiment lleter a les Illes de Mallorca, Menorca i Eivissa, 2022-2023 (lot 5).

Òrgan de contractació: Institut de Recerca i Formació Agroalimentària i Pesquera de les Illes Balears (IRFAP).

Recurrent: Natividad Hidalgo Serra

Acord de la Comissió Permanent de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de 23 de desembre de 2022

Vist el recurs especial en matèria de contractació que ha interposat la senyora Natividad Hidalgo Serra, contra la Resolució de la presidenta de l'IRFAP, 7 d'octubre de 2022, d'incautació del 3% del pressupost del contracte en concepte de penalitat per no formalització del contracte d'acord amb l'establert a l'article 153.4 de la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic, la Comissió Permanent de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa, en sessió de 23 de desembre de 2022, ha adoptat l'Acord següent:

Fets

1. En data 16 de desembre de 2021, el Consell d'Administració de SEMILLA (actualment, IRFAP) va aprovar la licitació per a la contractació de prestació del servei de recollida de mostres de llet per al control oficial de rendiment lleter a les Illes de Mallorca, Menorca i Eivissa, 2022-2023 (CO 17-2021).

El contracte s'estructurava en els sis lots següents:

- Lot 1 Mallorca
- Lot 2 Menorca: Ciutadella i Ferreries
- Lot 3 Menorca: Alaior, Ciutadella, Ferreries, es Mercadal i es Migjorn Gran
- Lot 4 Menorca: Ciutadella, Ferreries i es Mercadal
- Lot 5 Menorca: Alaior, Maó, es Mercadal, Sant Lluís i es Castell
- Lot 6 Eivissa

2. El 17 de desembre de 2021, es va publicar l'anunci de licitació del contracte a la Plataforma de Contractació del Sector Públic.

3. Acabat el termini de presentació d'ofertes, la contractació del lot 5 (Menorca: Alaior, Maó, es Mercadal, Sant Lluís i es Castell) va rebre com a única oferta la de la Sra. Natividad Hidalgo Serra, - la mateixa contractista que prestava el servei en el contracte de recollida de mostres de llet per al control de rendiment lleter, encara vigent i en execució (CO 14-2020).

4. El 12 de gener de 2022, l'òrgan de contractació va requerir l'adjudicatària perquè constituís la garantia definitiva del Lot 5, per import de 913,70 €, corresponent al 5% de l'import de licitació del lot.

5. El 21 de gener de 2022, l'adjudicatària va constituir la garantia definitiva, en efectiu, mitjançant el model 801, número de registre 2022/000039.

6. El 7 de febrer de 2022, l'òrgan de contractació va resoldre adjudicar el lot 5 del contracte de prestació del servei de recollida de mostres de llet per al control oficial de rendiment lleter (CO 17-2021) a la Sra. Natividad Hidalgo.

L'adjudicació del contracte es va publicar a la Plataforma l'11 de febrer de 2022, i es va notificar a tots els licitadors, inclosa l'adjudicatària del lot 5, indicant expressament els terminis de formalització, d'acord amb l'article 153 de la LCSP.

7. Arribat el termini per formalitzar el contracte, el Lot adjudicat a la Sra. Hidalgo no es va formalitzar.

8. El 8 d'abril de 2022, -quasi 2 mesos després de l'adjudicació-, l'adjudicatària va comunicar al responsable del contracte la seva voluntat de no continuar prestant servei per l'IRFAP, mitjançant un correu electrònic amb el contingut següent:

Hola Sebastiá

Quiero avisarte que **doy por finalizado mi trabajo en esta empresa para final del mes abril 2022, no quiero seguir renovando contrato para el siguiente año, doy mis quince días para cumplir con el contrato anterior,**
(...)

En cuanto termine este mes, entregaré todo el material a las oficinas de ciudadela.

9. El 26 de maig 2022, l'òrgan de contractació va acordar iniciar un expedient administratiu per incautar a l'adjudicatària la garantia definitiva, per import del 3% del pressupost del contracte, en concepte de penalitat per no haver formalitzat el contracte que se li havia adjudicat, d'acord amb l'establert a

l'article 153.4 de la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic.

No consta a l'expedient haver notificat a l'adjudicatària l'inici de l'expedient.

10. El 7 d'octubre de 2022, l'òrgan de contractació va dictar la Resolució de confiscació del 3% del pressupost del contracte en concepte de penalitat per no formalització del contracte.

Aquesta Resolució es notificar a la recurrent el 10 d'octubre de 2022.

11. El 8 de novembre de 2022, la Sra. Natividad Hidalgo Serra, va presentar un recurs especial en matèria de contractació contra la Resolució 7 d'octubre de 2022, en virtut de la qual se li va confiscar el 3% del pressupost del contracte en concepte de penalitat per no formalització del contracte.

12. La JCCA va sol·licitar a l'òrgan de contractació la tramesa de l'expedient administratiu i de l'informe jurídic corresponents, d'acord amb l'article 66 de la Llei 3/2003, de 26 de març, de règim jurídic de l'Administració de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears.

Així mateix, atès el contingut de les al·legacions de la recurrent, també es va requerir a l'òrgan de contractació l'emissió d'un informe tècnic per part de la persona responsable del contracte.

Fonaments de dret

1. L'acte objecte de recurs és la Resolució de la presidenta de l'IRFAP, 7 d'octubre de 2022, de confiscació del 3% del pressupost del contracte en concepte de penalitat per no formalització del contracte, licitat per l'IRFAP (abans SEMILLA) que té el caràcter d'administració pública.

Contra aquests actes es pot interposar el recurs especial en matèria de contractació que preveu l'article 66 de la Llei 3/2003, de 26 de març, de règim jurídic de l'Administració de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears (LRJCAIB). La competència per resoldre aquest recurs correspon a la Comissió Permanent de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa, d'acord amb la lletra *m* de l'article 2 i l'article 7 del Text consolidat del Decret pel qual es creen la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears, el Registre de contractes i el Registre de contractistes, aprovat pel Decret 3/2016, de 29 de gener.

2. El règim jurídic aplicable a aquest contracte és la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic, per la qual es transposen a l'ordenament jurídic espanyol les directives del Parlament Europeu i del Consell 2014/23/UE i 2014/24/UE, de 26 de febrer de 2014, i el Reial decret 1098/2001, de 12 d'octubre, pel qual s'aprova el Reglament general de la Llei de contractes de les administracions públiques.

El procediment de tramitació del recurs especial de l'article 66 de la LRJCAIB equival al recurs de reposició dels art. 123 i 124 de la Llei 39/2015, de procediment administratiu comú de les administracions públiques (LPACAP).

3. La recurrent es troba legitimada per interposar els recurs.
4. El termini per interposar el recurs especial de l'art. 66 de la LRJCAIB, d'acord amb l'art. 122 LPACAP, és d'un mes des de la notificació de l'acte impugnat. El recurs s'ha interposat dins del termini establert.
5. En el recurs interposat, la recurrent sol·licita que:

«Se me devuelva la totalidad del importe de la garantía depositada no penalizándome con el 3% al haber incurrido causa justificada de inducción al cese de la actividad por mi parte y en consecuencia la no formalización del contrato».

La recurrent al·lega que :

«la causa de la no formalización no fue voluntaria sino que la decisión de rescindir el contrato fue provocada por el "despido" por parte del responsable del procedimiento»

6. Abans d'entrar a analitzar les al·legacions de la recurrent, cal fer una referència als articles de la LCSP que resulten d'aplicació a la qüestió plantejada:

Article 153. Formalització dels contractes.
[...]

3. Si el contracte és susceptible de recurs especial en matèria de contractació conforme a l'article 44, la formalització no podrà efectuar-se abans que transcorrin **quinze dies hàbils** des que es remeti la notificació de l'adjudicació als licitadors i candidats. Les Comunitats Autònomes podran incrementar aquest termini, sense que excedeixi d'un mes.

Els serveis dependents de l'òrgan de contractació requeriran a l'adjudicatari perquè formalitzi el contracte en termini no superior a cinc dies a comptar des

del següent a aquell en què hagués rebut el requeriment, una vegada transcorregut el termini previst en el paràgraf anterior sense que s'hagués interposat recurs que porti aparellada la suspensió de la formalització del contracte. D'igual forma procedirà quan l'òrgan competent per a la resolució del recurs hagués aixecat la suspensió.

En els restants casos, la formalització del contracte haurà d'efectuar-se no més tard dels quinze dies hàbils següents a aquell en què es realitzi la notificació de l'adjudicació als licitadors i candidats en la forma prevista en l'article 151.

4. Quan per causes imputables a l'adjudicatari no s'hagués formalitzat el contracte dins del termini indicat se li exigirà l'import del 3 per cent del pressupost base de licitació, IVA exclòs, en concepte de penalitat, que es farà efectiu en primer lloc contra la garantia definitiva, si s'hagués constituït, sense perjudici del que s'estableix en la lletra b) de l'apartat 2 de l'article 71.

7. En contestació a l'al·legació única de la recurrent, cal dir el següent:

La recurrent al·lega que la causa de no haver formalitzat el contracte que se li havia adjudicat no va ser voluntària, sinó provocada per l'acomiadament del responsable del contracte.

En l'informe tècnic que ha tramès l'òrgan de contractació en relació amb el recurs, la persona responsable del contracte exposa l'organització del servei i la prestació del servei per part de la Sra. Hidalgo en el contracte que encara estava en execució (CO 14-2020), en el sentit següent:

«Na Nati, a pesar que se esforçava molt en fer bé la seva feina, en alguna ocasió no ens quadraven del tot les dades d'algun dels seus controls, i això ens feia tèmer per la fiabilitat de les dades en el conjunt global del control lleter.

Aquest fet, juntament amb les queixes de algun ramader que també anaven en aquest sentit, ens va decidir a prendre la decisió que acabés el contracte que hi havia en vigor en aquell moment (CO14-2020) però no comencés amb el que havia de començar (CO17-2021) uns dies després.

[...]

Li va costar adquirir els protocols de la rutina de feina, i el maneig dels ordinadors.

Ho va arribar a aconseguir. Però algun moment, al centre de dades, encara teníem algun dubte sobre alguna dada d'un control seu».

I en la conclusió de l'informe, es fa constar que:

«Des del meu punt de vista, era una bona solució per a nosaltres que acabés un contracte i no comencés l'altra. En definitiva, sí que vam induir que renunciés al contracte».

Atès el contingut d'aquest informe, el que es desprèn és que l'Administració tampoc va tenir intenció de formalitzar el contracte que ja havia adjudicat a la Sra. Hidalgo. De fet, aquesta circumstància es veu reforçada pel fet que la unitat de contractació de l'IRFAP, arribat el termini per formalitzar, tampoc va

tornar instar l'adjudicatària a formalitzar el contracte d'acord amb l'art.153 de la LCSP.

Referent a això, resulta d'interès esmentar que l'apartat 3 de l'article 152 de la LCSP disposa que:

“Només podrà adoptar-se la decisió de no adjudicar o celebrar el contracte per raons d'interès públic degudament justificades en l'expedient. En aquest cas, no podrà promoure's una nova licitació del seu objecte en tant subsisteixin les raons al·legades per a fonamentar la decisió”.

La doctrina i la jurisprudència s'han pronunciat en diverses ocasions en relació amb la discrecionalitat de l'Administració per renunciar a l'adjudicació o a la formalització de contractes administratius, ja que d'acord amb l'art. 152.3 LCSP, la renúncia ha de ser justificada i per raons d'interès públic.

L'interès públic és un concepte jurídic indeterminat amb una doble funció: d'una banda, donar cobertura legitimadora a l'actuació de l'Administració i, d'altra, constitueix una de les maneres de limitar les potestats administratives.

La STJUE d'11 de desembre de 2014, (*Croce Amica One Itàlia Srl*), recorda que la normativa europea no estableix que la renúncia del poder adjudicador a adjudicar un contracte públic es limiti a casos excepcionals, o es basi necessàriament en motius greus, però sí en motius generals.

El *Tribunal Administrativo de Contratación Pública* de Madrid, en la Resolució núm. 322/2022, de 18/08/2022, en un cas similar, va considerar que la renúncia per causa d'interès públic no es pot reduir al fet que aquest interès recaigui en qui és l'adjudicatari, sinó que ha de recaure en l'objecte del contracte.

I en el cas que ens ocupa, pareix que la manca d'interès de l'Administració a formalitzar el contracte amb l'adjudicatària del lot 5, es va deure a la persona adjudicatària i no en l'objecte del contracte, ja que en l'informe del responsable del contracte es fa constar que, a pesar dels esforços de l'adjudicatària per fer bé la seva feina, en alguna ocasió no quadraven les dades d'algun dels seus controls, la qual cosa feia tèmer per la fiabilitat de les dades en el conjunt global del control lleter. Aquest fet, juntament amb les queixes d'algun ramader, havien comportat la presa de la decisió que acabés el contracte en vigor (CO14-2020), però no comencés el que havia de començar (CO17-2021).

D'acord amb l'art. 153.4 LCSP, per poder imposar a l'adjudicatària una penalitat per no haver formalitzat el contracte, cal que la causa sigui imputable a l'adjudicatària. I en aquest cas, atès el que consta a l'expedient, no resulta

acreditat que la causa de no haver formalitzat sigui únicament imputable a la Sra. Hidalgo. En qualsevol cas, per poder imputar-li imputar-li tal causa, no haurien de concórrer circumstàncies que alteressin la seva voluntat.

De l'expedient se'n desprèn que la recurrent tenia intenció de formalitzar el contracte ja que va concórrer a la licitació, va atendre el requeriment de l'òrgan de contractació d'acreditar els requisits previs a l'adjudicació i va dipositar la garantia definitiva; això no obstant, posteriorment, aquesta voluntat va ser alterada d'alguna manera després d'una conversa mantinguda amb la persona responsable del contracte, moment en el qual va renunciar a la formalització.

Finalment, resulta d'interès esmentar que de l'expedient de contractació d'aquest servei també es desprèn que aquest contracte presenta certes dificultats, que *«és més bé difícil trobar gent vàlida per a fer aquesta tasca»* i que l'execució del lot 5 ja havia donat problemes amb controladors anteriors a la senyora Hidalgo. Així, l'òrgan de contractació hauria d'haver adoptat les mesures necessàries per a configurar la nova licitació de manera que es poguessin evitar les incidències advertides en l'execució durant els anys anteriors.

A més, vist el contingut del PPT de la licitació, el nombre de granges a controlar inclòs en cada un dels lots i les actuacions que s'han de realitzar en el procés de recollida de mostres de llet, l'execució del contracte per una sola persona pareix difícil. L'òrgan de contractació s'hauria de replantejar la configuració de la licitació per a pròximes convocatòries, bé reduint la grandària dels lots o bé exigint una mínima organització de mitjans humans i tècnics als possibles adjudicataris.

Per tot això, dict el següent

Acord

1. Estimar íntegrament les pretensions de la recurrent i anul·lar la Resolució de la presidenta de l'IRFAP, 7 d'octubre de 2022, d'incautació del 3% del pressupost del contracte en concepte de penalitat per no formalització del contracte.
2. Ordenar a l'òrgan de contractació que tramiti la devolució íntegra a la recurrent de la garantia definitiva constituïda, per import de 913,70€.
3. Notificar aquest Acord a la recurrent i a l'òrgan de contractació.

Interposició de recursos

Contra aquest Acord —que exhaureix la via administrativa— es pot interposar un recurs contenciós administratiu davant la Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Superior de Justícia de les Illes Balears en el termini de dos mesos comptadors des de l'endemà d'haver-ne rebut la notificació, d'acord amb els articles 10.1 *a* i 46 de la Llei 29/1998, de 13 de juliol, reguladora de la jurisdicció contenciosa administrativa.

La secretària de la Junta Consultiva
de Contractació Administrativa

M. Matilde Martínez Montero