



Recurso nº 233/2017 C.A. Cantabria 10/2017

Resolución nº 400/2017

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 05 de mayo de 2017.

VISTO el recurso interpuesto por D. I. O. C. en representación de CASLI S.A. y D. P. C. K. en representación de SHEPART INVESTMENTS S.L., contra la resolución de fecha 28 de febrero de 2017 del Director General de la Sociedad Regional Cántabra de Promoción Turística S.A. (CANTUR) por el que se renuncia al procedimiento iniciado para la adjudicación mediante procedimiento abierto del contrato de *“Concesión de obra para la redacción de un proyecto de construcción, ejecución de obra y explotación del teleférico “Mirador del Pas” en el término municipal de Vega del Pas”*, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente Resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Con fecha 15 de abril de 2015, se publica en el DOUE y en perfil del contratante anuncio de licitación en relación con el expediente de contratación referencia. Además del citado anuncio, en el perfil se publica el Pliego de Condiciones Particulares (PCP) y el de Prescripciones Técnicas Particulares (PPTP), así como un enlace para acceder a toda la documentación complementaria del expediente. Asimismo, el 16 de abril se publica en el Boletín Oficial de Cantabria el anuncio de licitación.

En el pliego de condiciones particulares (Documento nº 8 del expediente) se establece que la empresa adjudicataria pagará un canon inicial mínimo de 50.000 € (cláusula 1.2) –cifra que puede ser incrementada en la oferta de los licitadores-, que no pagará canon anualmente a CANTUR si el número de viajeros es inferior a 120.000/año (cláusula 1.1.) y que, por el contrario, CANTUR debe compensar a la concesionaria por los transportes de viajeros inferiores a 120.000/año durante los primeros 15 años (cláusula 44). De esta manera la adjudicataria tendría garantizados los ingresos correspondientes a 120.000



viajeros/año durante 15 años.

Asimismo el pago de dicha cantidad por parte de CANTUR se garantizaría en todo momento (carta de patrocinio y aval a primer requerimiento) por el Gobierno de Cantabria conforme a lo establecido en la cláusula 17.a).

El plazo de presentación de proposiciones finalizó el 20 de mayo de 2015.

Segundo. Con fecha 26 de mayo de 2015, se anuncia en el perfil del contratante convocatoria de la mesa de contratación para proceder a la apertura del Sobre A, a las 9:00 del 28 de mayo.

El 28 de mayo se constituye la mesa de contratación y el Presidente señala las empresas que, según el Registro de entrada de la Sociedad, y a los efectos previstos en el PCP, han presentado su oferta a la presente licitación son las siguientes:

| FECHA | No REGISTRO | EMPRESA |
|------------|-------------|------------------------------------|
| 20/05/2015 | 10239 | CASLI SA Y SHEPART INVESTMENTS S.L |

Esta empresa ofrece al pago del canon inicial mínimo (50.000 €).

Tercero. Se tramita el procedimiento de contratación por la mesa hasta la propuesta de adjudicación, la cual que se produce en favor del único licitador del procedimiento, CASLI SA y SHEPART INVESTMENTS, SL, el 11 de junio de 2015.

Cuarto. Con fecha 22 de septiembre de 2015 se emite informe por el Director Económico-Financiero de CANTUR, S.A., relativo a la "Incidencia en el Patrimonio de CANTUR, S.A. de la adjudicación del Teleférico del Mirador del Pas" (Documento nº 20.5 del expediente administrativo). En el mencionado informe se examina la incidencia que la eventual firma del contrato tendía para la estabilidad financiera de CANTUR S.A., de manera que si no se llegara a aumentar rápidamente el número de visitantes que usaran el teleférico la empresa tendría que abonar al adjudicatario 1.330.250 € al año. Esto podría su poner entrar en una situación legal de disolución en el plazo de 8,8 años.



Asimismo, el 23 de septiembre de 2015 (documento 20.6 del expediente de contratación) se emite informe por el Director Comercial y de Marketing de CANTUR, S.A. sobre la captación de clientes para el Teleférico del Mirador del Pas. En dicho informe se razona – sobre la base del estudio de mercado de otra instalación similar gestionada por CANTUR (Mirador de Fuente De)- que dado que el número de visitantes al Valle del Pas se cifra en 35.000 visitantes/año y que el incremento interanual de visitantes puede estar en una horquilla de entre el 6%-13%, la cifra mínima de 120.000 visitantes tardará en alcanzarse como poco cinco años. Además, para que ello sucediera sería necesario invertir un mínimo de 1.950.000 € en promoción durante un periodo de 4 años

Quinto. El 26 de octubre de 2015 el Consejo de Administración de CANTUR, S.A. aprueba la renuncia a la celebración del contrato de referencia, previo informe jurídico de Área correspondiente, y delega y faculta al Director General de la mercantil, D. Javier Carrión Malo, para dictar la resolución.

Sexto. El 9 de febrero de 2017 se emite informe jurídico favorable a la renuncia a la celebración del contrato.

En el informe jurídico (documento 20.7 del expediente administrativo) se razona que existen dos intereses públicos concurrentes en la contratación, a saber, la promoción turística de Valle del Pas –de un lado- y el necesario equilibrio de las finanzas públicas. El primero de ellos puede promoverse de maneras diversas, no siendo imprescindible la construcción de un teleférico. Sin embargo el segundo, en las circunstancias en las que se produce la única oferta (canon inicial mínimo y necesidad de realizar inmediatamente fuertes inversiones de promoción que se sumaría a la obligación contractual de garantizar unos ingresos mínimos de 120.000 viajeros anuales al concesionario) produciría un desequilibrio presupuestario cierto, que incidiría en el Gobierno de Cantabria como garante. Por ello considera que existe una razón de interés público motivada que autorizaría la renuncia al contrato al amparo del artículo 155.3 del TRLCSP.

Posteriormente, el 28 de febrero de 2017, se dicta resolución del Director General de CANTUR, S.A. por la que se renuncia al contrato, notificada al interesado, esto es, al único licitador del procedimiento (CASLI S.A. y SHEPART INVESTMENTS, S.L.), el mismo día.



Séptimo. El interesado solicita a CANTUR S.A. acceso al expediente de la licitación, con fecha 14 de marzo de 2017, concediéndose el citado trámite ese mismo día y facilitándole copia de los documentos que interesa.

Octavo. El 16 de marzo de 2017 se anuncia ante el órgano de contratación, interposición de recurso especial en materia de contratación por CASLI, S.A. y SHEPART INVESTMENTS, S.L., ante el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales contra la resolución de renuncia al contrato notificada por CANTUR, S.A. el 28 de febrero.

Noveno. Con fecha 21 de marzo de 2017 se realiza requerimiento de expediente y petición de informe al órgano de contratación por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante TACRC) en relación al recurso nº 233/2017, interpuesto por CASLI S.A. y SHEPART INVESTMENTS, S.L., contra la resolución de renuncia al contrato de referencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en los artículos 41.4 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP) y 22.1.1º del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre (RPERMC), en aplicación de la cláusula tercera, apartado 2, del Convenio de colaboración, suscrito el 28 de noviembre de 2012, entre el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y la Comunidad Autónoma de Cantabria sobre atribución de competencia de recursos contractuales, publicado en el BOE de 13 de diciembre de 2012, al tratarse de una entidad local ínsita en el territorio de la Comunidad Autónoma.

Segundo. La legitimación la ostentan las sociedades aquí recurrentes como licitadoras y potenciales adjudicatarias en este procedimiento contractual (artículo 42 del TRLCSP).

Tercero. El acto objeto de recurso es una resolución de renuncia al procedimiento, que pone fin al procedimiento de contratación antes de la adjudicación, tal y como se recoge



expresamente en el artículo 40.2 b) del TRLCSP, de un contrato susceptible de recurso especial (artículo 40.1 del TRLCSP).

Cuarto. El recurso se ha presentado dentro del plazo de quince días, de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP.

Quinto. La parte recurrente considera que la legislación ha evolucionado en el sentido de reducir los supuestos en los que un poder adjudicador puede, una vez iniciado un procedimiento de contratación, finalizarlo sin que medie adjudicación cuando existe al menos un licitador cuya oferta cumple con los requisitos fijados en los pliegos. Cita así la distinta redacción que a la posibilidad de declarar desierto un procedimiento hace el artículo 151.3 del TRLCSP en relación con el antiguo 88 Real Decreto Legislativo 2/2000 –TRLCAP. La renuncia al procedimiento contemplada en el artículo 155.3 del TRLCSP sólo podría aplicarse en casos excepcionales, por razones de interés público debidamente justificadas en el expediente, que aquí no concurrirían.

La no concurrencia de causas de interés público las cifra en que:

- a) el poder adjudicador ya contemplaba en el PCP que diseñó la posibilidad de que se presentara una oferta como la de las recurrentes –con el coste financiero que ello podía entrañar-. Por ello el artículo 128 del TRLCSP exige que ante de decidirse a iniciar un procedimiento de contratación el poder adjudicador elabore un estudio de viabilidad. Reconoce que no hay estudio de viabilidad referente a la contratación en la que participó, sino sólo uno respecto de un procedimiento anterior que resultó fallido y en el que CANTUR nunca podía ser obligado a garantizar unos ingresos mínimos al concesionario. Pero, no obstante, considera que la Administración ya era desde el comienzo consciente de las obligaciones financieras que el PCP aprobado podía suponer para la misma.
- b) El interés público que justificó el inicio del expediente era fomentar el turismo en el Valle del Pas, que subsiste a la hora de decidir la adjudicación.

En opinión de las recurrentes se habría excedido el margen de apreciación que el poder público tiene para evaluar el interés público que tiene encomendado, de manera que en este



caso, la discrecionalidad administrativa habría excedido sus límites propios, deviniendo arbitrariedad.

Por su parte, el poder adjudicador argumenta que los licitadores cuyas ofertas son admitidas no ostentan un derecho a que se realice una adjudicación. Prueba de ello es la facultad de renuncia que la ley contempla en el artículo 155 del TRLCSP. Con cita de la resolución de este Tribunal nº 507/2016, de 24 de junio de 2016, sostiene que en este caso hay una causa de interés general debidamente motivada que legitima la renuncia. La misma es el temor de que se produzca un desequilibrio financiero grave tanto en CANTUR como en su garante –el Gobierno de Cantabria-, a la vista de la oferta realizada –por el canon inicial mínimo- y de las obligaciones financieras que para el poder adjudicador supone –complemento de ingresos mínimos durante quince años-, junto con la constatación sobrevenida de la necesidad de realizar unos gastos imprevistos si se desea atenuar el grave riesgo –emprender de inmediato fuertes costes de promoción- y la evidencia, en dicha encrucijada, de que la promoción turística de la zona puede también realizarse de formas alternativas de fomento que entrañan menor riesgo para el erario público.

Sexto. La postura del Tribunal sobre esta materia ya ha sido fijada en la resolución nº 507/2016, de 24 de junio de 2016. Puede sintetizarse ésta de la manera siguiente:

“Octavo. Doctrina de este Tribunal sobre la renuncia o desistimiento del contrato.

Este Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse en diversas ocasiones en relación con la renuncia y desistimiento del contrato. De las principales resoluciones dictadas en la materia, puede destacarse lo siguiente:

(...)

b) En el caso de la renuncia, (...), basta con que se justifique en el expediente la concurrencia de una causa de interés público que determine la renuncia. En este sentido, se ha señalado que si el órgano de contratación es libre de iniciar o no el procedimiento de contratación, esta libertad alcanza asimismo a la posibilidad de renunciar a la celebración de un contrato encontrándose en curso un procedimiento de contratación, siempre que existan razones de interés público para ello, como no puede ser de otro modo, puesto que ningún



ente del sector público puede verse constreñido a celebrar un contrato si existen razones justificadas para estimar improcedente dicha contratación. Ahora bien, ello siempre con el límite de que en ningún caso la discrecionalidad puede encubrir una decisión arbitraria, debiendo siempre estar dirigida la actuación administrativa a la satisfacción del superior interés general (resolución nº 731/2014).

c) Para que proceda válidamente la renuncia es necesario por ello que se den tres requisitos: i) que la renuncia se acordada por el órgano de contratación antes de la adjudicación del contrato; ii) que concurra una causa de interés público y iii) que la resolución sea motivada y que las razones se encuentren justificadas en el expediente.

(...)

Debe tenerse en cuenta que la apreciación de las causas de interés público que hayan de motivar la renuncia del contrato constituye una potestad discrecional, y por tanto su revisión por este Tribunal se encuentra forzosamente limitada y se constriñe a comprobar que se alega una causa razonable que no produzca discriminación ni arbitrariedad y sin que sea necesario que por el órgano de contratación se acredite exhaustivamente la concurrencia de la causa alegada, bastando con que la misma aparezca suficientemente identificada y justificada en el expediente. (...)

Debe añadirse que el TJUE ha declarado en varias ocasiones que la renuncia a adjudicar no está condicionada a que existan circunstancias graves o excepcionales, sin que la concurrencia de un solo licitador impida la cancelación de un procedimiento sin adjudicación si concurren causas que la aconsejan (SSTJCE de 16/9/1999 en el asunto C-27/98, considerando 24, y de 18/6/2002 en el asunto C-92/00 considerandos 40-41).

También debe razonarse que de igual manera que los particulares pueden no llegar a celebrar un contrato pese a que las negociaciones para su conclusión estuvieran muy avanzadas, lo mismo sucede con los poderes adjudicadores si consideran que su celebración puede suponer un riesgo para los intereses público de los que son garantes. Así, si bien un particular sólo puede estar obligado excepcionalmente a indemnizar los costes que ha entrañado la negociación si ha existido mala fe, en el caso de los poderes adjudicadores el artículo 155.3 prevé que “se compensará a los candidatos o licitadores por



los gastos en que hubiesen incurrido, en la forma prevista en el anuncio o en el pliego, o de acuerdo con los principios generales que rigen la responsabilidad de la Administración.” Se garantiza así la indemnidad de los licitadores afectados por la renuncia.

Y, por último, debe examinarse si el poder adjudicador ha obrado motivado por una necesidad pública o arbitrariamente. Del expediente resulta que, ante la presencia de un solo postor que ofrece el canon inicial mínimo y en un momento conocido de restricciones financieras públicas, el poder adjudicador actúa prudentemente cuestionándose si el perfeccionamiento del contrato puede llegar a generarle un estrangulamiento financiero que ponga en peligro su misma existencia (de la que dependen otras instalaciones ya en marcha igualmente importantes para sus fines sociales) o el equilibrio financiero de su accionista único público. Cae entonces en la cuenta de que puede ser necesaria una inversión en promoción con la que no contaba y que puede arrojar un resultado incierto, razón por la cual, de manera motivada y documentada, acuerda renunciar al contrato. No parece que ello entrañe arbitrariedad sino, más bien, una correcta ponderación de lo que puede ser más beneficioso – en un momento dado- para los intereses públicos.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha, **ACUERDA:**

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D. I. O. C. en representación de CASLI S.A. y D. P. C. K. en representación de SHEPART INVESTMENTS S.L., contra la resolución de fecha 28 de febrero de 2017 del Director General de la Sociedad Regional Cantabra de Promoción Turística S.A. (CANTUR) por el que se renuncia al procedimiento iniciado para la adjudicación mediante procedimiento abierto del contrato de *“Concesión de obra para la redacción de un proyecto de construcción, ejecución de obra y explotación del teleférico “Mirador del Pas” en el término municipal de Vega del Pas.”*

Segundo. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.



Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.