

Informe 5/12, de 20 de noviembre de 2012. “Cesión de un contrato. Opciones de licitadores no seleccionados.”

Clasificación de los informes. 18. Otras cuestiones de carácter general

ANTECEDENTES

El Alcalde de Córdoba se dirige a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa formulando el siguiente escrito de consulta:

Como órgano consultivo en materia de contratación administrativa, y en aplicación del Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, de Régimen Orgánico Funcional de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, dirijo la siguiente petición de informe, cuyos antecedentes son los siguientes:

Por parte de la Unidad de Contratación del Ayuntamiento de Córdoba se adjudicó el contrato de comida a domicilio de esta Entidad con una duración de dos años prorrogables por dos más y finalizando el periodo inicial a finales del presente ejercicio, por lo que a partir de esa fecha procedería realizar la prórroga del contrato,

En el procedimiento de adjudicación resultó la siguiente puntuación para las empresas presentadas:

Empresa X: 58 puntos,

Empresa Y: 46,55 puntos,

Empresa Z: 18,50 puntos,

La empresa X (adjudicataria del servicio) presenta mediante registro de entrada solicitud de cesión del contrato administrativo a favor de la empresa Z, solicitándose por la Unidad de Contratación a ambas empresas la documentación necesaria para realizar el preceptivo acuerdo,

Una vez completada la totalidad de documentación por parte de la empresa cesionaria, se recibe escrito de la empresa que resultó clasificada en segundo lugar en la fase de valoración de ofertas (empresa Y), en el que indica que ha tenido conocimiento de la intención de realizar una cesión del contrato y manifiesta su interés en realizar la prestación objeto del mismo, incidiendo en el hecho relativo a que quedó clasificada en segundo lugar.

A la vista de estos antecedentes, por parte de los responsables de la Unidad de Contratación se considera que por una parte el Ayuntamiento de Córdoba en el caso de una cesión de contrato sólo podrá entrar a valorar el cumplimiento de los requisitos legales establecidos en la legislación vigente y verificados los mismos será obligatorio para ella adoptar acuerdo favorable al respecto, siempre que evidentemente al margen del cumplimiento de tales requisitos no se derivase ningún tipo de perjuicio para el interés público, y por otra que la citada cesión podrá realizarse a favor de cualquier empresa, ya participase o no en el procedimiento de licitación, no ostentando derecho alguno la empresa que quedó clasificada en segundo lugar al tratarse de un supuesto expreso de cesión de contrato.

En base a lo expuesto se solicita tengan a bien informar en relación a la corrección de las consideraciones realizadas y en particular si la empresa clasificada en segundo lugar ostentaría algún tipo de derecho para estos supuestos o bien como es opinión de esta Corporación debe procederse sin más a autorizar la cesión de contrato solicitada.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1. El Ayuntamiento de Córdoba plantea dos cuestiones relacionadas con la solicitud de cesión de un contrato de servicios en ejecución. Dicha solicitud de cesión se plantea entre la empresa contratista y otra empresa que ha participado en el procedimiento de licitación, por lo que se solicita informe sobre la procedencia de realizar la cesión y la existencia de eventuales derechos a reconocer a otros licitadores que hubieran concurrido a la licitación con mejor puntuación que la cesionaria.

2. Para poder responder adecuadamente a las cuestiones planteadas es preciso recordar brevemente el régimen jurídico de la cesión de los contratos, actualmente recogido en el artículo 226 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

La cesión de los contratos una vez adjudicados y formalizados es un instrumento técnico para dotar a la contratación administrativa de flexibilidad para adecuarla a las condiciones de evolución del mercado y de la situación de los contratistas. No obstante, se somete al cumplimiento de determinados principios y requisitos, para garantizar el cumplimiento de los principios que rigen la contratación administrativa, entre ellos, la necesaria autorización previa del órgano de contratación.

Como ya señaló esta Junta Consultiva en su informe 39/1978, de 22 de noviembre, *“La cesión de los contratos opera en el marco de la legislación administrativa como excepción al principio de ejecución personal por el contratista de la obra que le ha sido adjudicada. (...) Quiere ello decir que la cesión está concebida como un instrumento técnico para dotar a la contratación administrativa de la flexibilidad adecuada que permita, en casos excepcionales y siempre que las características del contratista no hayan sido determinantes de la adjudicación, la sustitución del elemento subjetivo del contrato. Ahora bien, es lógico que las posibilidades que el artículo 58 abre no pueden ser utilizadas de forma tal que la autorización de la cesión comporte una defraudación de los principios que regulan la selección del contratista.”*

Con estas premisas, además de los requisitos específicos recogidos en el apartado 2 del artículo 226 del TRLCSP, el apartado 1 del citado artículo establece varios principios a los que deben someterse la cesión y que deben ser considerados por el órgano de contratación a la hora de autorizar o no la cesión de conformidad con el artículo 226.2.a). Dicho artículo establece que *“Los derechos y obligaciones dimanantes del contrato podrán ser cedidos por el adjudicatario a un tercero siempre que las cualidades técnicas o personales del cedente no hayan sido razón determinante de la adjudicación del contrato, y de la cesión no resulte no resulte una restricción efectiva de la competencia en el mercado. No podrá autorizarse la cesión a un tercero cuando esta suponga una alteración sustancial de las características del contratista si estas constituyen un elemento esencial del contrato”*.

Por lo tanto, en relación con la cesión de un contrato en ejecución, las circunstancias relativas a la adjudicación del mismo tienen relevancia desde el punto de vista del cumplimiento de los citados requisitos. En consecuencia, a los efectos de la autorización de la cesión, el Ayuntamiento de Córdoba deberá revisar los siguientes extremos: primero, las circunstancias del procedimiento de adjudicación descrito en los antecedentes a fin de comprobar que las cualidades técnicas o personales del cedente X no hayan sido razón determinante de la adjudicación del contrato; segundo, a la vista de la composición del mercado afectado por el contrato, que no resulte de la cesión una restricción efectiva de la competencia en el mismo; y, tercero, si a la vista de los pliegos y del contrato finalmente celebrado como resultado del procedimiento de adjudicación, la cesión no suponga una alteración sustancial de las características del contratista si estas constituyen un elemento esencial del contrato.

Precisamente, con el objeto de cumplir las normas generales contenidas antes, en el segundo párrafo del artículo 226, se contienen las especificaciones que pretenden evitar una posible distorsión del mercado, permitiendo que, después de la adjudicación del contrato, la empresa adjudicataria pueda cederlo a otra, incumpliendo las más elementales normas de selección de contratistas. En este sentido, en este apartado se establece la necesidad de recabar, no solo la autorización del órgano de contratación, como ya se ha apuntado anteriormente, sino también un requisito de carácter objetivo, como es que el contrato se haya ejecutado en al menos un 20% o que se haya efectuado su explotación en al menos una quinta parte del plazo de duración; otro de carácter subjetivo, como es que el cesionario tenga capacidad para contratar con la Administración y reúna la solvencia y la clasificación exigida, en su caso, y, por último, uno de forma, que consiste en que la cesión se formalice en escritura pública. Sólo el cumplimiento cumulativo de todas las circunstancias apuntadas antes, permite que sea válida la cesión, sin que, a estos efectos, pueda verse afectado o servir como obstáculo para la misma, el hecho de que la empresa clasificada en segundo lugar en la fase de adjudicación del contrato, pueda reclamar alguna preferencia respecto de tal cesión. En este sentido, debemos destacar que la empresa clasificada en segundo lugar, pierde esa clasificación una vez que la adjudicación se agota, es decir, una vez que se pasa a la siguiente fase dentro de la vida del contrato. Así, desde el momento en que comienza su ejecución, nos encontramos en otra situación distinta, respecto de la cual, los licitadores que no han resultado

adjudicatarios del contrato, no ostentan ningún derecho, comenzando a surtir efectos los derechos y obligaciones que correspondan al contratista (no hablamos de licitador ya, como persona que tiene una mera expectativa respecto de ese contrato, sino de la persona que ha de ejecutarlo). En esta línea argumental, habría que destacar que la clasificación de un licitador en la fase de adjudicación del contrato, le atribuye una serie de expectativas respecto de la realización del contrato, que desaparecen en el momento en que se realiza la adjudicación, dentro de las cuales está la posible preferencia que pueda tener sobre otros licitadores clasificados después que él.

En este contexto deben analizarse las posibles reclamaciones de otros licitadores participantes en el procedimiento de licitación, que no tienen ningún derecho a reabrir el citado procedimiento accediendo al contrato o un posible derecho de cesión preferente, por el hecho de haber obtenido una puntuación mayor en su oferta que la empresa cesionaria.

3. Por otra parte, sobre un contrato en ejecución ya adjudicado y formalizado, las consecuencias de la autorización o no del negocio de cesión despliegan sus efectos estrictamente en el ámbito de la sustitución o no del titular del contrato.

En caso de que otorgue la autorización, la consecuencia es que el cesionario quedará subrogado en todos los derechos y obligaciones que corresponderían al cedente como consecuencia del contrato en vigor (artículo 226.3 del TRLCSP). En el caso objeto de consulta no supone en modo alguno la modificación del contrato para su ejecución con arreglo a las condiciones de la oferta presentada por el cesionario Z en el procedimiento inicial, sino la continuación del contrato celebrado con arreglo a la oferta presentada por el primer adjudicatario X, ahora cedente del contrato.

En segundo lugar, en el caso de no otorgarse la autorización, la consecuencia de la negativa es que no se puede producir la cesión, continuándose el contrato con el contratista inicial en los términos fijados.

En definitiva, en el procedimiento de autorización de la cesión de un contrato administrativo en ejecución no existen derechos a reconocer a otras empresas participantes en el procedimiento de licitación previo, al margen del derecho general de recurso en los términos legalmente previstos.

CONCLUSIONES

1. De acuerdo con el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, a los efectos de la autorización de la cesión un contrato administrativo, el órgano de contratación deberá analizar en qué medida la cesión supone una vulneración a los principios recogidos en el artículo 226, apartado 1 del citado TRLCSP, y verificar el cumplimiento de los requisitos del apartado 2 del mismo artículo.

2. Las consecuencias de la autorización o no del negocio de cesión despliegan sus efectos estrictamente en el ámbito de la sustitución o no del titular del contrato en el cesionario, sin que proceda reconocer derechos a otras empresas participantes en el procedimiento de licitación.