

204/12/01984
Expdte: 101/10/8375
MO

Desde la Junta Municipal de Distrito de Centro, se solicita informe a esta Asesoría Jurídica sobre la posibilidad de adjudicación al licitador clasificado en segundo lugar en procedimiento de concesión demanial, “tras el desistimiento y retirada de la proposición por parte del clasificado en primer lugar”.

Para dar adecuada respuesta a la cuestión que se nos plantea, vamos a describir en primer lugar la situación fáctica (apartado I), para exponer después la normativa de aplicación a este negocio jurídico y su proyección concreta sobre los hechos expuestos (apartado II) y así, en función de todo ello, poder determinar las vías a seguir por el órgano que promueve la concesión (apartado III).

I

Situación fáctica

En la petición de informe se nos indica que en procedimiento de concesión demanial nº 101/2010/08375 (que tiene por objeto el uso privativo del suelo, y uso, conservación, mejora y explotación de un quiosco permanente de bebidas con terraza en terrenos del paseo de Recoletos), y mediante Decreto del Concejal de dicho Distrito de fecha 20-7-2012, dicha concesión ha sido adjudicada a la empresa ENDRE SANTA ENGRACIA S.L., por un canon fijo anual de 144 mil euros.

La adjudicación ha sido notificada con fecha 24-7-2012 a la entidad adjudicataria, a la que se ha dado un plazo de quince días hábiles para la constitución de la garantía definitiva, y la presentación de determinada documentación, incluyendo el correspondiente Proyecto de Obras e Implantación de la Actividad. Según describe el órgano de consulta, antes de la terminación del plazo, la empresa ha presentado escrito en el

que solicita que se la tenga por desistida y por retirada la proposición y oferta presentada en su día, aludiendo a razones económicas y a determinadas campañas en medios de comunicación.

Según se nos indica, al margen de la oferta realizada por la empresa que resultó adjudicataria, existe en el procedimiento de licitación una única oferta admisible más, procedente de la entidad “ENCARNACIÓN FERNÁNDEZ E HIJOS, S.L.”. A la vista del desistimiento por parte de la adjudicataria, el órgano de consulta se plantea la posibilidad de adjudicar la concesión a dicha entidad.

II Normativa aplicable

Determinados los hechos, procede ahora encuadrarlos jurídicamente dentro del conjunto de normas que configuran el régimen jurídico del negocio en cuyo contexto se han dado. Sin ánimo de hacer un exhaustivo y completo análisis de toda la normativa aplicable a las concesiones demaniales -cuestión que excede de la consulta que se nos somete a informe- sí diremos que, en lo básico, dicho régimen jurídico viene conformado por (i) las prescripciones contenidas en los Pliegos que rigen la licitación; (ii) la Ley 33/2003 de 3 de noviembre de Patrimonio de las Administraciones Públicas junto con (iii) su Reglamento de desarrollo (RD 1373/2009 de 28 de agosto); y (iv) el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales (RD 1372/1986 de 13 de junio). Además, y tal y como indica el propio Pliego de condiciones de la concesión, será aplicable la normativa de contratos, hoy el TRLCSP (RDL 3/2011 de 14 de noviembre), “en cuanto a sus principios, para resolución de dudas y lagunas que pudieran producirse”.

Para encontrar respuesta dentro de este régimen normativo a la situación fáctica descrita en el apartado anterior, ésta debe ser conceptuada jurídicamente de forma correcta.

Y debe partirse de la idea de que la adjudicación ya se ha producido y de que, por tanto, en ningún caso nos encontramos ante un procedimiento desierto. Existe un adjudicatario con el que, sin embargo, no se ha podido formalizar la concesión, por causas a él imputables. Por tanto, en puridad, nos encontramos ante un supuesto de adjudicación que ha resultado fallido, expresión ésta, la de 'adjudicación fallida', aportada por la propia normativa sobre patrimonio, como veremos después. Partiendo de tal premisa, acudimos a las normas que configuran el régimen jurídico básico antes expuesto; y efectivamente, la concreta situación producida no parece tener respuesta en el mismo, o no al menos de forma directa.

Ello nos obliga a acudir a los preceptos que, dentro de la normativa sobre patrimonio, nos den pautas acerca de la aplicación integradora de dicha normativa. El art. **5.4 de la LPAP** señala que "los bienes y derechos de dominio público se regirán por las leyes y disposiciones especiales que les sean de aplicación, y a falta de normas especiales, por esta Ley y las disposiciones que la desarrollen o complementen. Las normas generales del derecho administrativo y, en su defecto, las normas de derecho privado se aplicarán como derecho supletorio".

Así, y a falta de previsión concreta y directa de la situación jurídica para la que buscamos solución, debemos buscar supuestos asimilables que sí tengan solución jurídica, y que estén contemplados **tanto en la propia LPAP como en la normativa sobre contratación**. Todo ello siguiendo las pautas dadas por el art. 5.4 antes citado. Y como resultado de dicha búsqueda, obtenemos que se abren distintas vías para el órgano de contratación, que analizamos a continuación:

III

Actuación a seguir

a) aplicación del art. 137.3 in fine LPAP

Con ocasión de la descripción de otro procedimiento (subasta en la enajenación de bienes inmuebles), y tras indicar que la adjudicación se efectuará a favor de quien presente la oferta económica más ventajosa, el precepto prevé un supuesto asimilable al que estudiamos: "en el caso de que la adjudicación resulte fallida por no poder formalizarse el contrato por causa imputable al adjudicatario, la enajenación podrá realizarse a favor del licitador que hubiese presentado la siguiente oferta más ventajosa o proceder a la enajenación directa del bien".

Por tanto, y en aplicación de este precepto, sería posible adjudicar la concesión al siguiente licitador que hubiera realizado la oferta más ventajosa, y por dicha oferta.

En lo que respecta a la normativa sobre contratación, el órgano de consulta apela al art. 151.2 del TRLCSP, que indica que "de no cumplimentarse adecuadamente el requerimiento en el plazo señalado, se entenderá que el licitador ha retirado su oferta, procediéndose en ese caso a recabar la misma documentación al licitador siguiente". Sin embargo, el supuesto de hecho al que se refiere este precepto no es el mismo que analizamos en nuestro informe; en el caso del art. 151.2 se está pensando en un licitador no adjudicatario, mientras que, como ya hemos reiterado, nosotros estamos ante un adjudicatario que no ha formalizado. El art. 156.4 TRLCSP sí se refiere a este supuesto, indicando: "cuando por causas no imputables al adjudicatario no se hubiese formalizado el contrato dentro del plazo indicado, la Administración podrá acordar la incautación sobre la garantía definitiva del importe de la garantía provisional que en su caso se hubiese exigido", pero no aclara la situación con respecto a la licitación propiamente dicha. Pero nosotros entendemos que, puesto en relación este art. 156.4 con el propio art. 151.2, teniendo en cuenta que el adjudicatario no adquiere la condición de contratista hasta la formalización del contrato, consideramos que la solución para esta fase sería la misma que la que aporta el art. 151: adjudicación al siguiente licitador.

Por tanto, obtenemos que, tanto por aplicación analógica de la LPAP como del TRLCSP, la solución a la cuestión que se nos propone sería la de adjudicar al siguiente licitador que haya hecho la siguiente oferta más ventajosa.

b) aplicación del art. 93.1 que remite al art. 137.4 LPAP

Dice el **art. 93.1 LPAP** que el otorgamiento de concesiones sobre bienes de dominio público se efectuará en régimen de concurrencia, pero que “podrá acordarse el otorgamiento directo en los supuestos previstos en el art. 137.4 de esta Ley, cuando se den circunstancias excepcionales debidamente justificadas o en otros supuestos establecidos en las leyes”. Y el art. 137.4 contempla en su apartado d) el supuesto ante el que nos encontramos.

Efectivamente, dice dicho precepto que se podrá acordar la adjudicación directa “cuando hubiera sido declarada desierta la subasta o concurso promovidos para la enajenación, o **éstos resultasen fallidos como consecuencia de sus obligaciones por parte del adjudicatario**”, supuesto este último en el que nos encontramos. El propio precepto aporta dos condicionantes o circunstancias en las que, en su caso, debe producirse la adjudicación directa: (i) que no hubiese transcurrido un año desde la celebración del concurso promovido, y (ii) que las condiciones de la adjudicación no sean inferiores a aquellas en que se haya producido la adjudicación.

Por tanto, y en aplicación de este precepto, sería posible abrir un procedimiento de adjudicación directa, dentro del plazo de un año, e igualándose las condiciones en que se produjo la adjudicación (esto es, mismas condiciones ofertadas por quien resultó adjudicatario).

Sí es cierto que el carácter excepcional de la adjudicación directa ha sido reiterado por doctrina y jurisprudencia; como indica la STS de 6-3-

2012 (recurso 6180/2010), del art. 137.4 LPAP “se infiere, con meridiana claridad, que la concesión demanial para la explotación de (...) debe regirse, en principio por la regla de la concurrencia, si bien la Ley 33/2003 admite tres excepciones, que por esa misma cualidad, han de interpretarse restrictivamente”.¹ Al margen de tales consideraciones, ésta es una opción contemplada jurídicamente, aplicable al caso que nos ocupa, y por tanto, factible.

c) apertura de un nuevo procedimiento en concurrencia

Ésta tercera y última opción se abre, desde nuestro punto de vista, a la vista del carácter facultativo -que no imperativo- de las otras dos opciones que acabamos de exponer. Efectivamente, tanto en la aplicación analógica del art. 137.3 (opción a)), como en la posibilidad que abre el art. 137.4.d) (opción d), la norma habla en todo momento en términos potestativos (“la enajenación podrá realizarse”, “se podrá acordar la adjudicación directa”). Por tanto, si la Ley permite, pero no obliga, ni a la adjudicación al siguiente licitador, ni a la adjudicación directa, debemos deducir que siempre queda abierta otra vía, que es la de abrir un nuevo procedimiento de concesión en concurrencia, encajable con normalidad en el art. 96 LPAP.

IV Conclusiones

Al no encontrarse en la normativa de aplicación una respuesta directa y específica a la situación jurídica planteada, es necesario hacer una interpretación integradora de dicha normativa, obteniéndose tres posibles vías.

¹ En cuanto a la doctrina, indica Julio V. González García (en “Comentarios a la Ley 33/2003 de Patrimonio de las AAPP”, Ed. Thomson Civitas, Coordinadora Carmen Chincilla Marín; pág. 669), y con respecto a los supuestos de adjudicación directa, que se trata de “*ocho casos tasados (...) que pretenden proporcionar una visión de que la adjudicación directa sólo se puede utilizar de forma excepcional, dado que es el procedimiento que se aparta de los principios generales sobre la publicidad y la concurrencia*”.

Las vías que hemos expuesto, y que ahora resumimos en ese apartado derivan, por un lado, de los hechos que nos han sido descritos, y por otro, de nuestra personal interpretación jurídica de la normativa aplicable, que se somete a cualquier otra mejor fundada en derecho. Son las siguientes:

- a) Dentro del mismo procedimiento: adjudicación al siguiente licitador, y por su propia oferta, siempre que ésta sea válida y ajustada a las condiciones de los Pliegos que rigen la concesión (ex art. 137.3 in fine LPAP y arts. 156.4 y 151.2 TRLCSP)
- b) Apertura de un nuevo procedimiento de adjudicación directa, en el plazo de un año, y por las condiciones en las que se realizó la adjudicación fallida (ex art. 137.4.d)
- c) Apertura de un nuevo procedimiento en régimen de concurrencia, ante el carácter no impositivo de las dos vías anteriores (ex art. 93.1 LPAP).

El presente informe se emite de conformidad con lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley 22/2006, de 4 de julio, de Capitalidad y de Régimen Especial de Madrid, y el art. 8 del Acuerdo de la Junta de Gobierno de la Ciudad de Madrid de 5 de enero de 2012, por el que se establece la organización y estructura del Área de Gobierno de Vicealcaldía.

En Madrid, a 24 de octubre de 2012

La Letrada

Fdo.: M^a Luisa Ortiz Vaamonde

GERENCIA DE DISTRITO DE CENTRO