

1. COMENTARIOS MONOGRAFICOS

NO ES AUTOMATICA LA ADJUDICACION DE UN CONCURSO DE OBRAS O SERVICIOS AL UNICO LICITADOR ADMITIDO Y CUYA PROPOSICION SE AJUSTA AL PLIEGO DE CONDICIONES, PUDIENDO EL AYUNTAMIENTO DISCRECIONALMENTE DECLARAR DESIERTO EL CONCURSO

352.712:340.142

por

Nemesio Rodríguez Moro

En nuestro vigente Derecho, la subasta es la norma general para la contratación de los Entes locales, teniendo el concurso un carácter de excepción. Y así, en el artículo 37 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones locales de 9 de enero de 1953, se permite a las Corporaciones acudir al concurso en los nueve supuestos que allí se enuncian, y ello porque no es posible ni conveniente estar al automatismo de la subasta en la que, como dice el artículo 14 de dicho Reglamento, la licitación versará sobre un tipo expresado numéricamente, y el remate se adjudicará de modo automático a la oferta que, ajustándose al Pliego de Condiciones, represente mayor ventaja económica. Por el contrario, la discrecionalidad de la Administración se establece por el legislador para los concursos; y así dispone el artículo 15 del citado Reglamento: «En

el concurso, la licitación versará sobre las circunstancias y elementos relativos al sujeto y al objeto de la contratación, y la adjudicación se otorgará a la proposición que, cumpliendo las condiciones del Pliego, resulte más ventajosa, sin atender únicamente a la oferta económica y según el juicio de la Corporación, que será discrecional, si la Ley o la convocatoria no determinaren motivos de preferencia».

A su vez el artículo 44, que se halla incardinado en el Capítulo III, que lleva por rúbrica «perfeccionamiento del contrato», dispone lo siguiente: «1. Expirado el plazo de los cinco días que señala el artículo 36, la Corporación contratante resolverá sobre la validez o nulidad del acto licitatorio. 2. Si la licitación se declarase válida, hará la adjudicación definitiva a favor del autor de la proposición más ventajosa entre las admitidas, o también entre las desechadas que hubieran debido admitirse con arreglo a la convocatoria y a las disposiciones de este Reglamento, y acordará que se devuelvan las garantías provisionales a los licitadores, excepto al adjudicatario. 3. Cuando en las subastas y concursos-subastas sólo se hubiere admitido un solo licitador, habrá de hacerse la adjudicación a favor del oferente, siempre que se ajuste al tipo fijado o lo mejore. 4. La adjudicación definitiva deberá realizarse dentro del plazo de sesenta días, en las subastas y concursos-subastas, y de noventa en los concursos, a contar de la fecha de apertura de las plicas. 5. Transcurridos dichos plazos sin acuerdo expreso, se entenderá confirmada la adjudicación provisional realizada en las subastas y concursos-subastas, y se considerarán declarados desiertos los concursos».

De manera que, si bien para las subastas y concursos-subastas se establece una adjudicación automática, que se hace extensiva a los casos en que por la Administración no se adopte la pertinente resolución de adjudicación dentro de los sesenta días, cuando se trata de concursos nada se dispone sobre que la adjudicación haya de hacerse al mejor licitador o al licitador único. Y en el caso de no hacerse la adjudicación por acto expreso de la Administración dentro del plazo de noventa días, la solución dada por el legislador es la de que se entenderá declarado desierto el concurso.

La sentencia del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 1975 (Aranzadi 2.385) declara que se hallaba ajustado a derecho el acuerdo

de un Ayuntamiento por el que se declaró desierto el concurso convocado para la contratación del servicio público de limpieza, al que concurrieron tres licitadores, de los cuales dos fueron eliminados por no cubrir los requisitos exigidos en el Pliego de Condiciones, quedando sólo otro licitador al que la Corporación municipal no adjudicó el concurso, haciendo uso de la facultad discrecional que venía consagrada en el artículo 16 del Pliego de Condiciones, y por considerar que razones de oportunidad, interés público y bien común imponían declarar desierto el concurso.

Las razones aducidas por el Tribunal Supremo pueden sintetizarse en las siguientes:

1.^a Que el Ayuntamiento no hizo más que aplicar lo dispuesto en el artículo 16 del Pliego de Condiciones, que fue aceptado sin oposición por los licitadores y que, por ello, deviene ley del contrato, obligatorio para las partes contratantes.

2.^a Que la disposición contenida en el artículo 16 del Pliego de Condiciones se halla conforme con la normativa legal sobre el particular, que establece como principio básico la discrecionalidad de la Administración, según lo dispuesto en el artículo 15 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones locales, precepto éste con el que han de conjugarse los artículos 40 y 44 de dicho Reglamento.

3.^a Que desde un punto de vista doctrinal y de la naturaleza de la institución, debe tenerse en cuenta que, según reiterada jurisprudencia, el anuncio de licitación no puede identificarse con la oferta de contrato, sino que es un acto administrativo de invitación, sin que pueda considerarse obligada la Administración hasta que se perfeccione el contrato mediante el acto de adjudicación definitiva.

Este razonamiento es ya aceptado de modo reiterado por el Tribunal Supremo según antes se ha dicho, y, por tanto, se rechaza abiertamente la tesis civilista de que quien hace una oferta queda vinculado a su cumplimiento. En este campo del Derecho, dice el profesor HERNÁNDEZ GIL, «la tesis de la vinculatoriedad de la promesa unilateral se ha instaurado en virtud, principalmente, de consideraciones sociológicas y sistemáticas. Razones de seguridad jurídica y de la buena fe demandan que el destinatario concreto o eventual tenga derecho a convertirse en acreedor, lo cual sólo es

posible si sobre el promitente incide como deber el mantenimiento de la promesa que, por lo mismo, ha de reputarse irrevocable, al menos en ciertos límites».

Pero en la licitación pública, la Administración no hace ni una oferta ni una promesa, sino que tal licitación es una mera invitación a la presentación de ofertas a quienes interese. Y así, el Consejo de Estado ha establecido en su dictamen de 23 de noviembre de 1949, en relación con un concurso, la doctrina siguiente: «Si se examina la naturaleza del Pliego de Condiciones del concurso, forzosamente ha de llegarse a la conclusión de que éste no es sino una invitación formal por una Entidad, el Estado, frente a la que los licitadores elevan la suya... Es decir, que más que oferta de contrato en el sentido jurídico-privado de las palabras cabría decir, con mayor exactitud, que la Administración lo que hace al publicar el Pliego de Condiciones es anunciar que estaría dispuesta a considerar las proposiciones u ofertas de contrato que se le hicieran por los particulares dentro de ciertas bases (las condiciones del Pliego), y lo que se reserva la Administración es la facultad de emitir o no su aceptación, pues, lejos de verse obligada a aceptar la propuesta más ventajosa, se reserva (la Administración) una facultad de examen y apreciación, tan amplia como sea menester, para determinar si, en último término, es o no conveniente para el Estado la celebración de tal contrato».

4.^a Esta discrecionalidad de la Administración para apreciar las ofertas de los licitadores en los concursos se extiende a todo el conjunto de los mismos, de tal modo que en cualquier momento antes de la adjudicación, que ya origina derechos subjetivos a favor del adjudicatario con obligaciones recíprocas para la Administración, puede declarar desierto el concurso, como así se desprende de lo dispuesto en el artículo 44 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones locales, donde no sólo no se consigna obligatoriedad alguna para hacer la adjudicación del concurso, sino que se admite que la falta de actividad de la Corporación, cuando no ha hecho la adjudicación dentro del plazo de noventa días, lleva consigo la declaración *ex lege* de que el concurso queda desierto. Sería un contrasentido obligar a la Administración a hacer la adjudicación por acto expreso cuando la Ley misma da por supuesto que el concurso ha de quedar desierto si transcurren noventa días sin ser adjudicado. Y así dice la sentencia que se comenta: «La Ley ha

previsto expresamente la doble posibilidad que se ofrece al órgano competente de adjudicar el concurso o declararlo desierto, cuya previsión, sancionadora de la facultad discrecional que no queda agotada con la valoración de las proposiciones y elección de las más ventajosas, se produce incluso en el campo de la esfera local (recordamos que la normativa de la Administración Central deviene supletoria), pues aunque sea cierto que la dicción literal e imperativa de la regla 5.^a del artículo 40 del Reglamento de 9 de enero de 1953 "efectuará la adjudicación o declarará desierto el concurso si ninguno de los concurrentes cumplieran las condiciones del Pliego", pudiera avalar a primera vista la postura del recurrente, no es dable olvidar, por una parte, como recuerda el Tribunal Supremo, el juicio discrecional que, acorde con los principios esenciales ínsitos en este tipo de licitación, se atribuye a la Corporación en el artículo 15 para la salvaguardia del interés público, y que no es posible limitar a la simple valoración de las proposiciones admisibles, toda vez que por este camino se produciría una vinculación absoluta a la prístina decisión administrativa de contratar, a todas luces improcedente, no dejando de ser sintomático al respecto la especial norma contenida en el párrafo 3 del artículo 44, que prescribe la adjudicación automática de las subastas y concursos-subastas cuando sólo se hubiera admitido un licitador, prescindiendo, a buen seguro a conciencia, de predicar idéntica solución en el supuesto del concurso cuando existiera un solo licitador con propuesta ajustada al Pliego, consecuentemente con aquel juicio discrecional que para la adjudicación reconoce aquel artículo antes citado y al objeto de no forzar el consentimiento de la Administración respecto de contratos que exigen garantías o condiciones especiales».

5.^a Que la disposición contenida en el artículo 40-5 del mencionado Reglamento, donde se dice que «la Corporación efectuará la adjudicación o declarará desierto el concurso si ninguno de los concurrentes cumplieren las condiciones del Pliego», ha de entenderse sobre el supuesto de la facultad discrecional de la Administración para declarar desierto el concurso en cualquier momento antes de haber hecho la adjudicación, si razones de interés público así lo aconsejan, pues «la finalidad última del concurso debe tender a encontrar, en definitiva, al mejor contratista; y por ello es lógico y legal que la Administración pueda declarar desierto un concurso

aunque los licitadores cumplan el Pliego, porque además de éste, en un caso como el de autos, el Ayuntamiento puede decidir, al valorar el proyecto, que ninguna oferta le interesa».

Para mejor apreciar los pormenores de razonamiento del Tribunal, se transcriben a continuación, al pie de la letra, tanto los Considerandos de la sentencia del Tribunal *a quo* admitidos por el Tribunal Supremo como los de la sentencia dictada por dicho Alto Tribunal, en ponencia del excelentísimo señor don Paulino MARTÍN MARTÍN.

Considerandos de la sentencia apelada:

CONSIDERANDO: Que se impugnan, a medio del presente proceso, tanto el acuerdo del Ayuntamiento Pleno de Bilbao, de fecha 28 de noviembre de 1971, que declaró desierto el concurso convocado para la contratación de los servicios de limpieza, recogida y eliminación de basuras, como la denegación presunta de la reposición previa al efecto promovida y que la pretensión anulatoria actualizada en la demanda se articula reputando ilegales las resoluciones recurridas, por entender que, de conformidad con las normas insertas en los artículos 15 y 40-5 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones locales, armónicamente interpretadas, resultaba obligada e inexcusable la adjudicación de la licitación en favor de la sociedad recurrente, habida cuenta que su proposición, única admisible, se adaptaba plenamente, cual paladinamente estaba reconocido, a las condiciones preestablecidas, pues de otra parte y en todo caso la cláusula 16) del Pliego de Condiciones económico-administrativas, atribuyendo expresamente la facultad administrativa de declarar desierto el concurso, estaría incurso en nulidad, al contravenir manifiestamente los preceptos del texto reglamentario citado, es por lo que nuestra investigación se enderezará a contrastar los acuerdos recurridos con el ordenamiento jurídico, ponderando en exclusiva, como predica el artículo 43 de la Ley de nuestra Jurisdicción, las alegaciones deducidas en apoyo del recurso, anteriormente resumidas, al propio tiempo que las formuladas por la defensa de la Administración demandada, siquiera constatada, en su caso, la legalidad formal y extrínseca de aquéllos, habremos de abordar el problema de la desviación de poder, también alegada para basamentar el pronunciamiento anulatorio postulado, cuya desestimación, en fin, daría paso al examen de la pretensión indemnizatoria subsidiariamente ejercitada.

CONSIDERANDO: Que el discernimiento de la temática decisoria, propuesta en la motivación procedente como base del subsiguiente razonamiento, demanda una afirmación previa y trascendente en grado sumo, cual es la prevalencia de las declaraciones jurisprudenciales sobre las opiniones personales o doctrinales, más o menos fundadas, que pu-

dieren invocarse, pues correspondiendo, en nuestra Patria, al Tribunal Supremo la potestad de interpretar definitiva y firmemente las normas jurídicas, resulta obligado, para los órganos jurisdiccionales inferiores, el acatamiento de los criterios de orden general que proclama, aunque sólo sea en aras de esa suprema misión, que en orden a la definición del derecho le incumbe por imperativo legal.

CONSIDERANDO: Que el punto inicial y al propio tiempo fundamental de la controversia suscitada, según apuntábamos más arriba, gira en derredor de la hermenéutica de los artículos 15 y 40-5) del Reglamento de Contratación, que amparando las respectivas posiciones mantenidas por las partes intervinientes en la litis, arroja, sin embargo, resultados contradictorios, pues mientras el actor sostiene que la adjudicación del concurso deviene automática en aquellos casos en que la única proposición correctamente presentada cumpliera las condiciones del Pliego, de ahí, la tacha de ilegalidad que defiende, el representante de la Administración municipal entiende, de contrario, que ésta, con base en la discrecionalidad de que es portadora en este sistema de contratación, sancionada por el ordenamiento vigente, goza de la facultad de declararlo desierto, a pesar de que la oferta del licitador se ajuste a las cláusulas preestablecidas.

CONSIDERANDO: Que el estricto problema jurídico enunciado en el párrafo anterior ha sido específicamente resuelto por nuestro Tribunal Supremo, de manera clara y rotunda, en las concretas sentencias invocadas en los Vistos, al declarar terminantemente y con criterio uniforme, pues proclamado ya el criterio en el año 1961, ha sido recogido, aceptado y mantenido en el pasado 1971, «frente a la discrecional libertad de las Corporaciones reconocida en esta modalidad de contratación (concurso), no cabe aducir la redacción de la llamada salvedad 5.^a del artículo 40, entendiéndola que, con arreglo a ella, el Ayuntamiento tenía que adjudicar el concurso a la entidad apelante, pues aparte de que tal interpretación va contra el carácter especial de este tipo de contratación, la frase "cumpliere las condiciones del Pliego", ha de entenderse siempre conjugándola con la discrecionalidad reconocida en el artículo 15 y con el concreto contenido del Pliego», a cuya doctrina ha de reconocérsele la naturaleza y eficacia propia de una declaración jurisdiccional de carácter general, interpretativa de los preceptos puestas hoy en discusión, no ya sólo en razón de los amplios y claros términos en que se formula y por haber sido recogida, sancionada y explícita con posterioridad, sino también porque es el propio Tribunal el que a seguido parece definir el carácter de su interpretación anterior, pues al abordar, en la siguiente motivación de la originaria sentencia de 4 de febrero de 1961, el problema relativo al condicionamiento de las propuestas de los licitadores, hacer notar literalmente «no es necesario emitir una declaración de doctrina jurisprudencial y de genérica amplitud valedera para siempre y para cualquier caso», como dando a

entender que eso era lo que había hecho antes y la mejor prueba de ello es que en el propio párrafo, *in fine*, se insiste en la suficiencia del artículo 15 para amparar terminantemente el juicio discrecional del Ayuntamiento, resultando, por ende, irrelevante la alegación de que la disgresión transcrita no formaba parte de la *ratio decidendi*, pues lo cierto es que el Alto Tribunal proclama, sin ambages ni rodeos y enfrentándose directamente con el tema, su propio y particular criterio interpretativo.

CONSIDERANDO: Que la primaria conclusión apuntada, indicativa de que la Administración desarrolla y actúa en el caso de autos facultades discrecionales, siéndole reconocida libertad de apreciación para decidir el concurso, ha de ser compartida, como anunciábamos por esta Sala habida cuenta el órgano jurisdiccional de que emana, pero es que además, sin necesidad de descender al caso concreto y en un esquema puramente teórico, no cabe desconocer que resulta plenamente acorde con los principios informadores del sistema de concurso e incluso con la concreta normativa reguladora de la materia, sin que en forma alguna quede violentada la voluntad legislativa, pues sí, de un lado, estamos en presencia de un modo de contratación excepcional, expresamente reservado para casos determinados, cual por ejemplo los contratos de naturaleza especial que exijan garantías o condiciones también especiales, que en todo caso demanda la libre apreciación de los órganos decidentes para la mejor satisfacción del interés público, ponderando hasta el último momento, si resulta o no conveniente la celebración o perfeccionamiento del contrato, es de observar de otro, que la Administración en puridad de doctrina y conforme al verdadero *iter contractus*, no hace oferta alguna, sino que formula un llamamiento indeterminado, difundiendo entre los administrados su voluntad de recibir y examinar cuantos ofrecimientos se presenten dentro de las bases prefijadas, resultando en consecuencia connatural al sistema, por ser precisamente de aquella excepcionalidad de que hablamos y de la defensa del interés público que se le encomienda, la posibilidad de que la Administración desista unilateralmente de celebrar el contrato, sin que indefectiblemente haya de concluirlo, violentando su propia voluntad, cuando el oferente sólo tiene una mera expectativa latente hasta la adjudicación definitiva, que es el acto formal de la aceptación administrativa por medio del cual se alcanza el concierto de voluntades perfeccionándose el contrato, y es por ello, sin duda, por lo que el legislador español, en la esfera central (Ley de Administración y Contabilidad y Ley de Contratos del Estado, ha previsto expresamente la doble posibilidad que se ofrece al órgano competente, de adjudicar el concurso o declararlo desierto, cuya previsión, sancionadora de la facultad discrecional que no queda agotada con la valoración de las proposiciones y elección de las más ventajosas, se produce incluso en el campo de la esfera local (recordamos que la normativa de la Administración Central deviene supletoria), pues aunque sea cierto que la dicción literal e impera-

tiva de la regla 5.ª) del artículo 40, del Reglamento de 9 de enero de 1953 «efectuará la adjudicación, o declarará desierto el concurso si ninguno de los concurrentes cumpliera las condiciones del Pliego», pudiese avalar a primera vista la postura del recurrente, no es dable olvidar, por una parte, como recuerda el Tribunal Supremo, el juicio discrecional, que, acorde con los principios esenciales ínsitos en este tipo de licitación, se atribuye a la Corporación en el artículo 15 para la salvaguarda del interés público y que no es posible limitar a la simple valoración de las proposiciones admisibles, toda vez que por este camino se produciría una vinculación absoluta a la prístina decisión administrativa de contratar, a todas luces improcedente, no dejando de ser sintomática al respecto, la especial norma contenida en el párrafo 3) del artículo 44, que prescribe la adjudicación automática de las subastas y concursos-subastas cuando sólo se hubiere admitido un licitador, prescindiendo, a buen seguro a conciencia, de predicar idéntica solución en el supuesto del concurso, cuando existiera un solo licitador con propuesta ajustada al Pliego, consecuentemente con aquel juicio discrecional que para la adjudicación reconoce aquel artículo antes citado y al objeto de no forzar el consentimiento de la Administración respecto de contratos que exigen garantías o condiciones especiales.

· **CONSIDERANDO:** Que la legalidad de la fundamental declaración contenida en el acuerdo de 28 de septiembre de 1971, se consolida y refrenda cuando se advierte que la cláusula 16) del Pliego de Condiciones Económico-administrativas que había de regir el concurso, aceptado sin reserva por los licitadores, expresamente sancionaba la facultad municipal de «proceder a la adjudicación definitiva o a declararlo desierto, decisión esta última de carácter facultativo y discrecional que no comportará, frente a los licitadores, derecho de clase alguna a reclamación ni indemnización», por cuanto admitidas las cláusulas permisivas del Pliego, sin formular reclamación alguna y, consiguientemente, la transcrita condición, congruente con el objeto del contrato y con el sistema empleado, que no está desde luego en contradicción con el tantas veces repetido Reglamento, según hemos constatado y constataremos, se exigen aquéllas en la Ley del contrato con fuerza vinculante para ambas partes, cual predica el artículo 21.

CONSIDERANDO: Que los razonamientos anteriores hacen caer por su base, al propio tiempo, la segunda de las alegaciones deducidas para fundamentar el recurso, porque expresamente reconocida la facultad que incumbe a las Corporaciones locales de adjudicar los concursos o declararlos desiertos, con absoluta libertad de apreciación, de conformidad con la normativa que pauta la actividad administrativa en la materia, no cabe reputar en forma alguna nula la ya comentada condición 16), que no hace otra cosa que consignar específicas atribuciones previstas, en tesis general, en la reglamentación aplicable.

CONSIDERANDO: Que tampoco es digna de mejor suerte la tercera alegación articulada en la demanda para basamentar la pretensión anulatoria que se deduce, pues si la desviación de poder tiene lugar cuando se ejercitan potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento (artículo 83.3) de la Ley Jurisdiccional, suponiendo en definitiva una falta de armonía entre el contenido del acto y su justificación teleológica inspirada en el interés público, es visto cómo no cabe apreciar en el caso enjuiciado el ejercicio espúreo de las facultades administrativas que implica la desviación, cualesquiera que sean las construcciones dogmáticas que pretendan articularse, por cuanto, a medio de los actos impugnados, se ha tratado de cumplimentar la finalidad genéricamente prevista en el ordenamiento, utilizando la libertad de acción que éste le atribuye y ponderando la oportunidad: en efecto, el interés público ínsito en los sistemas de contratación, está representado por el logro de las máximas calidad y economía, plazo más adecuado, etc., en definitiva un mayor beneficio enraizado en el mismo objeto del contrato, con el diseño de la mejor satisfacción de las necesidades públicas y el Ayuntamiento de Bilbao, ajustándose desde luego a la legalidad extrínseca, según hemos anticipado, ha procurado, mediante los actos impugnados, aun dando por supuesto que pretendía la variación de las bases y la reducción del plazo contractual, la obtención de mayores ventajas en el servicio de limpieza, requeridas por las peculiares características de su población, por lo que mal puede atribuirsele un fin torpe o extraño, de otra parte no acreditado ni palmario, aunque el recurrente haya resultado, en principio, perjudicado, sobre este extremo de los perjuicios trataremos a continuación, al adecuarse perfectamente el contenido extrínseco del acto con su motivación intrínseca y con el fin previsto en la norma, que abre a la Administración, repetimos, la posibilidad de rechazar todas las ofertas presentadas, cuando entienda, como aquí ha ocurrido, que la ultimación del contrato por aquellas peculiaridades u otras circunstancias sería perjudicial a los intereses de la comunidad y nótese que de adoptar una solución distinta no haríamos otra cosa que sustituir por nuestro judicial criterio el de la Corporación demandada, violando en su propia esencia la legítima potestad que le está atribuida para apreciar la oportunidad y conveniencia de la concreta actividad, en cuya apreciación no pueden interferirse los Tribunales so pena de involucrar y extender improcedentemente nuestra misión revisora, a desarrollar en este campo, exclusivamente en el caso de palmaria arbitrariedad.

CONSIDERANDO: Que la indemnización pretendida con base en los perjuicios de que hemos hecho mérito, carece de consistencia para alcanzar el pronunciamiento de condena que se solicita, pues estereotipada en la cláusula 16 del Pliego de Condiciones, aceptado sin reparos por el licitador, repetimos una vez más y elevado por consiguiente a Ley del contrato, la facultad alternativa que se reservaba tan claramente la Administración municipal de adjudicar el contrato o declararlo desierto, en

consonancia con las normas aplicables que le autorizan a escoger la proposición más ventajosa o desecharlas todas, si ninguna le conviene, no parece ni correcta, ni congruente con su anterior conducta aquella petición indemnizatoria, en cuanto que la aceptación de las expresas condiciones que habían de regir el concurso, tomando parte en él y sin formular reclamación alguna, le imposibilitan de deducir pretensiones como la actualizada, en contradicción con la obligada sumisión a las bases y a las consecuencias jurídicas que se deriven de quien voluntariamente se sujetó a los trámites del concurso, cuando además también se previno que la declaración de desierto «no comportará, frente a los licitadores, derecho de clase alguna a reclamación ni indemnización» y así los gastos o perjuicios que al demandante se le hayan irrogado no serán sino fruto de su impremeditada actuación o producto del riesgo que normalmente aceptan y arrostran los licitadores, debiéndose, desde otro punto de vista, hacer notar por último que, según anotábamos con anterioridad, ni ha existido contrato administrativo, ni, por ende, ruptura del mismo, en los contratos de aquella naturaleza, que no se pueden calificar de adhesión, la convocatoria no supone una oferta incondicionada, al modo en que se entiende en el ámbito privado, sino simplemente una formal invitación a los posibles interesados para que presente las verdaderas ofertas, señalando el Pliego las condiciones aceptables, de ahí la falta de fuerza vinculante de la convocatoria, produciendo la auténtica aceptación al efectuarse la adjudicación definitiva (artículo 45 del Reglamento de Contratación), en cuyo momento licitador y Corporación quedan obligados al cumplimiento del contrato, una vez alcanzado el concierto de voluntades por la confluencia de la oferta y de la aceptación, que de no tener lugar implicará que la Administración rechaza las proposiciones presentadas frustrándose definitivamente las expectativas de los oferentes sin que haya lesión de derechos subjetivos, cual ha sucedido en el caso que discernimos, no pudiéndose, pues, en puridad de doctrina, hablar de contrato perfeccionado en cuanto que no llegó a nacer a la vida jurídica al romperse con toda legalidad y antes de la unificación de voluntades el *iter contractus*.

CONSIDERANDO: Que el contenido de los documentos incorporados como consecuencia de la providencia para mejor proveer acordada en mérito de las alegaciones formuladas *in voce* en el acto de la vista y con el designio de aportar cuantos datos pudieran contribuir a la más acertada decisión, en las instancias del proceso no merma un ápice la conclusión perfilada a través de las motivaciones precedentes, pues si permanece incólume la potestad discrecional atribuida al Ayuntamiento para elegir la solución más acorde con el interés público, tampoco resulta posible inducir, con seguridad, de aquellas probanzas la invocada desviación de poder, por cuanto el acuerdo municipal declarando desierto el concurso, fue seguido inmediatamente de una nueva convocatoria, con efectiva reducción del plazo contractual, reveladora de la

voluntad administrativa de conducirse en armonía con los íntimos dictados del ordenamiento, sin desvíos marginales o sospechosos, y aunque posteriormente, tuvo lugar, con amparo reglamentario y sin duda por razones de urgencia, palpables en la Villa, el concierto directo, se efectuó cabalmente por el hecho, también cierto, de quedar igualmente desierto ese nuevo y segundo concurso convocado, al no reunir los licitadores las condiciones preestablecidas, siendo, por ello, notoriamente insuficiente, para articular la infracción acusada, aquella actuación, en razón de su producción *ex post* y de resultar interrumpida la necesaria y directa conexión que ha de existir entre los respectivos hechos, pero es que además nunca se puede olvidar una de las ofertas descartadas por defectos puramente formales, concretamente la de FOGSA presentaba un nivel técnico muy superior a la de la sociedad actora, que el *quantum* del contrato forzosamente experimentará variación según las características y nivel propio del servicio ofrecido, que no parece pueda ponerse en duda la capacidad y experiencia de la empresa adjudicataria, según esta Sala ha tenido ocasión de apreciar en las actuaciones obrantes en proceso que corre paralelo y que la prestación del servicio de limpieza, recogida y eliminación de basuras está rodeado de una serie de condicionamientos de los más diversos órdenes que deben ser ponderados en exclusiva por la voluntad administrativa, a salvo la arbitrariedad, al conferirle el ordenamiento libertad de acción en las variadas alternativas que se le presentan, sin que exista posibilidad de ser cercenada so pretexto de intuiciones o convicciones morales, cuando no existe indubitada consecuencia de la irregularidad de las consecuencias derivadas de la formal aplicación del ordenamiento.

CONSIDERANDO: Que por mor de todo lo expuesto deviene necesaria la íntegra desestimación del recurso contencioso-administrativo que decidimos, sin que, no obstante, sean de apreciar los factores determinantes de una especial condena en las costas causadas.

Considerandos del Tribunal Supremo:

CONSIDERANDO: Que la problemática jurídica que plantea esta apelación —mera reproducción de los motivos esgrimidos como fundamentos de la pretensión y de su oposición en la primera instancia— se circunscribe a determinar la legalidad o no del acuerdo del Ayuntamiento de Bilbao de 28 de septiembre de 1971, confirmado por el desestimatorio presunto del recurso de reposición interpuesto contra el mismo por la sociedad actora, que declaró desierto un concurso de adjudicación del servicio de recogida de basuras en la Villa de Bilbao; unido al examen de la petición de daños y perjuicios que también se formula y aunque el Tribunal *a quo* analiza con detalle las cuestiones planteadas y las decide con acierto, hemos de insistir en algunos de los puntos que

estimamos esenciales con la finalidad de lograr una más completa exposición.

CONSIDERANDO: Que el acuerdo municipal que declara desierto el concurso encuentra directo e inmediato apoyo en el artículo 16, 1, del Pliego de Condiciones al prescribir, en cuanto a la adjudicación definitiva, que «en poder de la antedicha comisión el expediente en que figura el informe de los servicios competentes procederá en término legal a la adjudicación definitiva del concurso o a declararlo desierto, decisión esta última de carácter facultativo y discrecional de que no comportará, frente a los licitadores, derecho de clase alguna a reclamación ni indemnización»; declaración que en su significación usual —coincidente con la univocación de su expresión— comporta una atribución al Ayuntamiento del derecho a declarar desierto el concurso, sean cuales sean las condiciones y las características de la licitación sin posibilidad de reclamación por parte de los oferentes, y, que al haber sido aceptada, ante la ausencia de impugnación, la regla de que el Pliego de Condiciones es la ley del contrato con fuerza para ambas partes es irrevocable (sentencias de 27 de diciembre de 1963, 18 de noviembre de 1964, 11 de octubre de 1965, 25 de noviembre de 1966, 3 de noviembre de 1967, etc.), e impide a quien ha aceptado el Pliego impugnar *a posteriori* sus consecuencias o determinaciones (sentencias de 21 de abril de 1970, 20 de junio de 1972, etc.), ya que quien presenta una solicitud —propuesta para tomar parte en una licitación— acepta e implícitamente da validez a lo actuado, unido a que en aras de la lealtad, buena fe, etc. que han de presidir las relaciones jurídicas resulta obligado el respeto de las bases del concurso, cuando éstas son firmes y consentidas y como tales transformadas en ley de contrato (argumento, sentencias de 31 de mayo de 1970, 19 de enero de 1972 y dictamen del Consejo de Estado de 13 de julio de 1946, etc.).

CONSIDERANDO: Que la norma contenida en el artículo 16 del Pliego en cuanto otorga facultad discrecional al Ayuntamiento para no adjudicar el concurso no supone infracción de la norma contenida en el apartado 5.º del artículo 40 del Reglamento de Contratación, puesto que tal como ya señaló la sentencia de la Sala de 4 de febrero de 1961 una interpretación sistemática y finalista de los artículos 15, 40 párrafo 5.º, 44 párrafos 4.º y 5.º del Reglamento en relación con lo dispuesto en los artículos 310 y 315 de la Ley de Régimen local no permiten establecer tal conclusión ya que la frase «cumplirse las condiciones del Pliego», párrafo 5.º artículo citado, ha de entenderse siempre conjugándola con la discrecionalidad reconocida en el artículo 15 y con concreto contenido de las cláusulas del Pliego en su caso; porque, por otro lado, sólo a partir del perfeccionamiento del contrato puede hablarse de derechos subjetivos derivados a favor del licitador y no de mera expectativa de conseguir tales derechos, cual ocurre hasta el momento de la adjudicación (artículos 44 y siguientes), pues incluso la inactividad de la Administración

durante el plazo de los noventa días a partir de la apertura de pliegos (documentada de la correspondiente acta) supone *ex lege* la declaración del concurso desierto, con lo que se patentiza que el automatismo que se preconiza en el caso de decisión expresa supondría un contrasentido.

CONSIDERANDO: Que asimismo la legalidad del Pliego (artículo citado) viene abonada por una interpretación institucional; en efecto, es criterio jurisprudencial (sentencias de 21 de mayo de 1968, 17 de febrero de 1971, etcétera, dictamen del Consejo de Estado de 23 de noviembre de 1949, etcétera) el que mantiene que el anuncio de licitación no puede calificarse de oferta de contrato, sino de acto administrativo de invitación que, además, contiene las condiciones del procedimiento de selección, puesto que la oferta está constituida por las proposiciones de los licitadores, a las que en su caso prestará su conformidad o aceptación (mediante la adjudicación definitiva y no antes) la Administración que, en consecuencia, no queda obligada a concluir indefectiblemente el contrato desde el momento en que la elección del otro contratante es, en principio, resultado del ejercicio de una potestad discrecional, aunque dentro del cauce establecido; o sea que lo que la Administración se reserva es la facultad de emitir o no su aceptación, ya que lejos de verse obligada a aceptar la propuesta más ventajosa, se reserva una facultad de examen y apreciación, tan amplia como sea menester, para determinar si en último término es o no conveniente para el ente público la celebración del contrato; en definitiva el concurso como sistema de contratación supone una invitación de la Administración a que se le presente ofertas de contrato; ofertas que puede aceptar o rehusar al no vincularla, anticipadamente, los anuncios de licitación al poder legalmente rehusar la perfección del contrato, tesis, por otra parte, mantenida en la doctrina jurisprudencial, así la sentencia de 4 de abril de 1961 al proclamar que aunque alguno de los licitadores cumpliera el Pliego la Administración sigue teniendo facultades discrecionales en cuanto a la adjudicación, máxime cuando tal facultad se ha incorporado al Pliego, pasando a ser ley del contrato; la de 17 de febrero de 1971, en la misma línea, insiste en que la facultad discrecional en la adjudicación permite a la Administración (Ayuntamiento) declarar desiertos los concursos aun cuando hayan acudido licitadores aptos... y más aún si en el momento final del concurso sólo llega un licitador, pues desaparece la razón inmanente del concurso, que no es otra que la de poder escoger lo que más convenga; criterio, por demás, coincidente con el previsto para la contratación del Estado por los artículos 36 de la Ley y 93 y 116 y con el Reglamento.

CONSIDERANDO: Que tampoco resulta aceptable la divergencia de sistemas que preconiza el actor (al no ser enteramente exacto que en la contratación local el proyecto técnico de la obra o servicio a contratar forme parte del Pliego de Condiciones) ya que el artículo 22, 2 del Regla-

mento se refiere únicamente a la subasta y, por el contrario, en el concurso el artículo 37 del Reglamento prevé como supuesto de concurso el de aquellos contratos que «se refieren a proyectos, modelos o condiciones técnicas no establecidas previamente por las Corporaciones y que hayan de presentar los licitadores»; en este caso la empresa demandante hubo de aportar el proyecto técnico (proyecto referenciado en el acta de apertura de plicas e informado a los folios 127 a 140 exp.) y aunque cumpliera (como se reconoce por todos) el Pliego o, lo que es lo mismo, los requisitos mínimos de las ofertas y de los licitadores —empleando terminología del actor—, la Administración podía, además, valorar discrecionalmente el proyecto y rechazar, en consecuencia, las ofertas si ninguna de ellas le interesaba, en razón, en este caso, de que el único concursante disponible (al haber quedado en el camino un licitador aceptable) ofrecía una baja valoración técnica, según se desprende del informe de la Comisión Especial (en los conceptos de valoración técnica del proyecto, valoración de experiencia y de oferta económica) en relación con la propuesta del otro concursante FOGSA, excluido por incumplimiento de un mero requisito formal.

CONSIDERANDO: Que la finalidad última del concurso debe tender a encontrar, en definitiva, al mejor contratista posible y por ello es lógico y legal que la Administración pueda declarar desierto un concurso aunque los licitadores cumplan el Pliego, porque además de éste —en un caso como el de autos— el Ayuntamiento puede decidir, al valorar el proyecto, que ninguna oferta le interesa; hipótesis aquí cumplida ya que la Administración al decidir se encontró con un proyecto presentado por FOGSA que superaba ostensiblemente al proyecto de CESPASA y en base de lo cual adopta, congruentemente, el acuerdo recurrido que no hace otra cosa que rechazar la propuesta y declarar desierto el concurso; con ello no se produce inadecuación entre la razón teleológica de esta decisión y el fin indicado por el ordenamiento jurídico al concurso de autos; ni aparece tampoco acreditado —se trata de una alegación de parte— que la concesión directa del servicio a CYLSA se haya hecho en condiciones más desfavorables que las propuestas por el recurrente cuando, incluso, en el expediente queda constancia —aunque de referencia— que ni siquiera en uno solo de sus aspectos (valoración técnica, medios, capacidad financiera, experiencia, etc.) la propuesta actora aventaje a la de la adjudicataria; en definitiva, ningún dato esencial o presupuesto fáctico ampara el alegado vicio de desviación de poder que como motivo específico de impugnación se articula en el escrito de alegaciones y que fue tratado y rechazado por la sentencia apelada.

CONSIDERANDO: Que la aplicación de la doctrina expuesta y en concreto de la norma contenida en el artículo 16, 1, del Pliego (inexistencia de contrato por aplicación de lo preceptuado en los artículos 15, 44-5 y 45 y con el Reglamento de Contratación) impide la existencia de responsabilidad que se atribuye al Ayuntamiento de Bilbao como base de la

indemnización que se postula, puesto que la recurrente aceptó la cláusula que exonera a tal Corporación de cualquier obligación de pago en el caso de que se declarase desierto el concurso; esta norma perfectamente conocida y asumida por CESPASA como concursante derivaba el riesgo de los gastos hechos para la presentación de las proposiciones a cargo de los licitadores, sin que sea posible legalmente, en este momento y con independencia de otras razones, su traslado.