



Exp.: 147-24 elm

C/I/7436/2024

ADRET/170/2024

INFORME DE L'ADVOCACIA DE LA GENERALITAT

Assumpte objecte de l'informe. Consulta formulada per la Subsecretaria de la Conselleria d'Agricultura, Ramaderia i Pesca, a instàncies de la Direcció General de Desenvolupament Rural (Servici de Figures de Qualitat Agroalimentària), sobre la qualificació jurídica de l'escrit presentat per la representació legal de l'entitat, **** SL, en el qual interessa la resolució, per incompliment descomptat, del contracte CMAYOR/2023/07Y05/72 (distribució de fruites, hortalisses, llet i productes lactis en centres escolars, així com mesures educatives complementàries i activitats de publicitat, seguiment i avaluació per a l'alumnat de centres escolars).

I. ANTECEDENTS

ÚNIC. Petició d'informe. Objecte de la consulta

El subsecretari de la Conselleria d'Agricultura, Ramaderia i Pesca ha formulat una consulta (entrada núm. 156, de 09-07-2024, en el registre departamental d'esta advocacia) sobre la qualificació jurídica de l'escrit de data 26-03-2024, presentat per la representació legal de l'entitat "****, SL" (d'ara en avant, l'empresa).

En este escrit, l'empresa esmentada sol·licita, en primer terme, que l'Administració procedisca a la resolució per incompliment —segons afirma en el seu escrit— del contracte CMAYOR/2023/07Y05/72 (distribució de fruites, hortalisses, llet i productes lactis en centres escolars, així com mesures educatives complementàries i activitats de publicitat, seguiment i avaluació per a l'alumnat de centres escolars), del qual és adjudicatària l'entitat ****, SL; d'altra banda, sol·licita també que una vegada resolt el contracte, es procedisca a una nova adjudicació d'este a favor seu.



II. CONSIDERACIONS JURÍDIQUES

PRIMERA. Caràcter d'este informe

L'emissió d'este informe es basa en l'art. 5.3 de la Llei 10/2005, de 9 de desembre, de la Generalitat, d'assistència jurídica a la Generalitat, atesa la possible dificultat tecnicojurídica de la qüestió plantejada; per tant, té caràcter facultatiu i **no vinculant**, d'acord amb el que preveuen els art. 5.3 i 6 de la Llei 10/2005 esmentada, sense perjuí que la resolució que siga diferent d'este s'haurà de motivar adequadament.

Atés que es tracta d'un informe facultatiu que l'òrgan sol·licitant considera necessari en atenció a la possible dificultat tecnicojurídica de l'assumpte, la sol·licitud haurà d'anar precedida d'una anàlisi de la qüestió per part de l'òrgan sol·licitant, amb identificació dels particulars concrets que susciten la dificultat tecnicojurídica, i amb expressió del criteri o parer referent al centre directiu consultant, el qual s'acompanyarà a la petició de l'informe (art. 5.3 de la Llei 10/2005, de 9 de desembre, de la Generalitat, en relació amb l'art. 18.1 del Decret 84/2006, de 16 de juny, del Consell, pel qual s'aprova el Reglament de l'Advocacia General de la Generalitat). En el present cas, la petició d'informe només inclou un breu relat dels antecedents, sense acompanyar cap anàlisi ni el criteri del centre directiu consultant sobre les diferents qüestions plantejades; no obstant això, s'emetrà l'informe sol·licitat, encara que a l'efecte de futures peticions d'informe haurà de tindre's en compte esta observació.

SEGONA. Anàlisi de les diverses qüestions plantejades

L'escrit de l'empresa, segons s'indica en l'ofici de petició d'informe, és de data 26-04-2024 (cal suposar que es va presentar també el mateix dia). En este escrit, **l'empresa considera que l'adjudicatària del contracte (****, SL) ha incorregut en una sèrie d'incompliments en l'execució del contracte.**



En concret, considera que el programa de treball presentat i l'execució del contracte dut a terme pel contractista no es corresponen amb l'oferta valorada durant el procediment d'adjudicació i amb els compromisos assumits derivats tant dels plecs rectors de la licitació com de la seua oferta, i conclou que este incompliment en l'execució contractual, a parer seu, constituïx una causa de resolució del contracte, i acaba sol·licitant de l'Administració que procedisca a la resolució del contracte i a l'adjudicació subsegüent d'este a favor seu.

En primer lloc, pel que fa a la resolució d'adjudicació (adoptada segons s'indica en l'ofici de petició d'informe per la Resolució de 16-11-2023, del director general de Desenvolupament Rural), si l'empresa sol·licitant entén que vulnerava o afectava en qualsevol mode els seus interessos legítims, hauria d'haver interposat el recurs corresponent dins del termini habilitat per a fer-ho, per a la qual cosa tenia legitimació activa com a entitat participant en el procediment d'adjudicació del contracte. Per no haver-ho fet en el moment procedimental oportú, la resolució d'adjudicació esdevé definitiva i ferma.

Establert l'anterior, el que fonamentalment assenyala l'escrit esmentat és que, a parer seu, l'execució del contracte no s'ha realitzat correctament en els termes exigits en els plecs i de conformitat amb els compromisos assumits per l'entitat adjudicatària amb la seua oferta. És a dir, la suposada incidència o irregularitat no se situa, procedimentalment i temporalment, en la fase de licitació (en la qual el sol·licitant ha concorregut com un competidor més), sinó **en la fase posterior de l'execució contractual**, que es desenrotlla a partir del moment en què es formalitza el contracte i fins a la liquidació completa.

Una primera qüestió que ha de quedar clara és que la consulta se cenyix a determinar la qualificació jurídica que cal atribuir a l'escrit de l'empresa, una qualificació que determinarà el tractament procedimental (incloent-hi la viabilitat jurídica de la seua admissió), i si és el cas, la resposta que mereix este escrit; per tant, queda al marge de la present anàlisi qualsevol



valoració relativa a la fase d'execució contractual, ja que ni es disposa d'informació sobre este tema, ni es consulta sobre este particular. Correspon als òrgans i unitats administratives responsables, segons les seues facultats respectives (òrgan de contractació, òrgans destinataris de l'objecte del contracte, responsable del contracte, etc.) verificar i supervisar-ne l'execució, constatar la recepció i conformitat, i si és el cas, adoptar les decisions i dictar les instruccions necessàries amb la finalitat d'assegurar la realització correcta de la prestació pactada. Sense perjudi de l'anterior, i segons consta en l'ofici de petició d'informe, el contractista, una vegada formalitzat el contracte, va presentar un programa de treball —cal suposar que seria acceptat per l'Administració, si bé no es precisa este particular—, i pel que sembla, el contracte ha sigut executat íntegrament i rebut de conformitat per l'Administració.

Sobre la base de les premisses anteriors, vist el contingut de l'escrit, ***es tracta d'una petició que una entitat tercera, aliena a la relació contractual, dirigix a l'Administració en el marc de l'execució d'un contracte administratiu***; convé puntualitzar que no deixa de ser una entitat aliena a la relació contractual pel fet d'haver intervingut, com un licitador més, en el procediment previ d'adjudicació del contracte.

Per tant, deu analitzar-se si l'empresa té **legitimació** per a plantejar la sol·licitud esmentada.

En principi, en el context de l'execució d'un contracte administratiu, la legitimació per a instar la resolució del contracte correspon, en exclusiva, a l'empresari adjudicatari, si concorre qualsevol de les pressuposicions habilitants (sense perjudi de la prerrogativa resolutòria que té atribuïda l'Administració), i si és el cas, a les persones o entitats terceres que acrediten un interès immediat i directe en la resolució esmentada, això és, les que, fins i tot sense ser part en la relació contractual, puguen considerar-se titulars d'un dret o interès legítim (en el sentit de l'art. 4 LPACAP) que pugua vore's afectat per la resolució que es dicte; per descomptat, en l'àmbit de la contractació administrativa no hi ha res semblant a una espècie d'"acció pública" que legitime l'actuació de tercers aliens a la relació contractual, adduint pretensions de mera defensa de la legalitat; esta mena d'accions solament cap en els casos i àmbits taxats previstos per la llei, entre els quals no es troba l'àmbit propi de la contractació pública.



L'empresa que presenta l'escrit, com s'ha assenyalat, no és part en el contracte, per la qual cosa només falta examinar si, malgrat no tindre la condició de part en el contracte, pot considerar-se titular d'un interès directe en la resolució que insta. En esta anàlisi, ha de tindre's present que encara que s'atenga la pretensió resolutòria de l'empresa, això de cap manera determinaria l'adjudicació subsegüent a favor seu —que també demana en el seu escrit, a manera de supòsit corol·lari o efecte d'esta resolució—; esta mena de mesura (l'adjudicació en favor del licitador següent) solament es preveu durant el procediment previ d'adjudicació (en el supòsit d'incompliment del requeriment documental previ a l'adjudicació, ex. 150 LCSP), no durant la fase d'execució del contracte, que és la fase en la qual l'empresa denuncia haver-se produït determinades irregularitats. En conseqüència, cap benefici directe reportaria a l'entitat denunciant la resolució del contracte (atés que no comporta l'adjudicació sol·licitada subsegüent a favor seu), ni tampoc li suposaria, per la mateixa raó, cap perjudici la negativa a esta resolució.

Sobre la caracterització, necessàriament **casuística**, de la legitimació derivada d'un interès legítim, tant la jurisprudència com la doctrina dels òrgans administratius¹ tenen establert que la legitimació *ad causam* derivada del fet que hi haja un interès legítim **ha de manifestar-se en l'obtenció d'un avantatge o benefici o en l'evitació d'un perjudici concret i cert com a resultat de l'estimació de les pretensions** que es volen fer valdre, i més en concret, **no resulta suficient per a acreditar la legitimació requerida la mera possibilitat de participar en el futur en un eventual procediment de licitació** per a adjudicar un altre contracte amb el mateix objecte o similar; **ha de tractar-se d'un benefici o perjudici real, actual i concret, no merament hipotètic o basat en una apel·lació genèrica a la legalitat**. El fet de ser competidor del contractista actual tampoc conferix, en este sentit, una legitimació major, atés que l'estimació de la seua pretensió no suposaria necessàriament l'obertura d'un nou procediment d'adjudicació, ni per descomptat l'adjudicació "automàtica" del contracte resolt (i, per tant, extint) o d'un altre amb el mateix objecte o semblant, a favor seu.

¹ En este sentit, cal esmentar entre altres, les S. TS 28-10-1991 (rec. cas. 2029/1988), 19-11-2001 (rec. cas. 6985/1993), 03-03-2014, 17-12-2020, etc., quant a la doctrina dels òrgans administratius en matèria de contractació, poden portar-se a col·lació, p. e., les resolucions TACRC 198/2020, de 13-02-2020, o la 59/2021, de 22-01-2021.



En el present cas, com s'ha assenyalat, l'estimació eventual de la pretensió de l'empresa de cap manera determinaria cap benefici a favor seu ni li reportaria tampoc cap perjudici concret i directe, per la qual cosa, **segons la doctrina exposada, ha de concloure's que l'empresa no té legitimació per a promoure la resolució del contracte.**

En conseqüència, **la seua petició ha de ser objecte d'inadmissió** (art. 4 i 116.b LPACAP) per les causes exposades, sense necessitat d'entrar a valorar el fons de les qüestions que planteja en el seu escrit, relatives a l'execució contractual, cosa que haurà de notificar-se a l'empresa sol·licitant mitjançant la resolució oportuna degudament motivada i amb expressió dels recursos que contra esta siguen procedents, òrgan administratiu o judicial davant del qual hagen de presentar-se i termini per a interposar-los, sense perjudici que pugui exercir qualsevol altre que estime oportú (art. 88 LPACAP).

TERCERA. Sobre l'eventual publicació del present informe, segons es preveu l'art. 16. 2, lletra a, de la Llei 1/2022, de 13 d'abril, de transparència i bon govern de la Comunitat Valenciana.

L'art. 16.2, lletra a, de la Llei 1/2022, de 13 d'abril, de transparència i bon govern de la Comunitat Valenciana (en la redacció d'este precepte establida per l'art. 63 del Decret Llei 7/2024, de 9 de juliol, del Consell, de simplificació administrativa de la Generalitat), disposa que les administracions públiques han de publicar, com a part de la informació de rellevància jurídica, la següent:

[...] Els informes jurídics facultatius de l'Advocacia General de la Generalitat que donen resposta a consultes plantejades, en la mesura que suposen una interpretació del dret, és a dir, que tinguen incidència sobre la interpretació i l'aplicació de les normes. Cada informe jurídic formulat per l'Advocacia haurà d'indicar si té incidència o no sobre la interpretació i aplicació de les normes i, per tant, si deu ser objecte o no de publicitat activa. [...]

Així mateix, la disposició final 2a de l'esmentada Llei 1/2022, en l'apartat 2n diu així:

[...] Romandran en vigor, en tot el que no s'opose a esta llei i fins que no es deroguen expressament, el Decret 105/2017, de 28 de juliol, del Consell, de desplegament de la Llei 2/2015, de 2 d'abril, de la Generalitat, en matèria de transparència i de regulació del Consell de Transparència, Accés a la Informació Pública i Bon Govern, i el Decret 56/2016, del Consell, de 6 de maig, pel qual s'aprova el Codi de bon govern de la Generalitat. El Consell ha de realitzar, si és el cas, les modificacions normatives necessàries per a adaptar el contingut d'estos decrets al que estableix esta llei. [...]



Per la seua banda, l'article 27.2 del Decret 105/2017, de desplegament de la Llei 2/2015, situat en el capítol I del títol II, dedicat a la publicitat activa, estableix que:

[...] Així mateix, les subsecretaries publicaran, amb una consulta preceptiva prèvia a l'Advocacia General de Generalitat, els informes jurídics d'esta que donen resposta a consultes plantejades en la mesura que suposen una interpretació del dret, dels drets garantits en la normativa vigent en matèria de transparència o que tinguen efectes jurídics, amb els límits establits en la Llei 19/2013, de 9 de desembre, especialment en els articles 14.1r, lletres f i k i 18.1.b. [...]

El present informe dona resposta a diverses consultes plantejades i suposa o comporta una interpretació del dret, amb incidència sobre la interpretació i aplicació de les normes, per la qual cosa, sense apreciar-se la concurrència de cap dels límits establits en la Llei 19/2013, de 9 de desembre, haurà de ser objecte de publicitat activa de conformitat amb les normes esmentades.

És tot el que cal informar en dret.

Este informe té caràcter **no vinculant**, per la qual cosa l'òrgan consultant ***podrà adoptar, si és el cas, la decisió que considere més oportuna*** en relació amb les diferents qüestions plantejades.

València, dia de la firma electrònica d'este document.

L'ADVOCAT DE LA GENERALITAT