

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

En Madrid, a 21 de enero de 2015.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don T.B.M., en nombre y representación de IMESAPI, S.A., contra la Resolución de la Alcaldía de fecha 25 de noviembre de 2014, por la que se resuelve retrotraer las actuaciones hasta el momento de la publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea, se notifica a la empresa que presentó oferta para que retire la misma y presente esa misma u otra distinta, según considere, en el nuevo plazo establecido al efecto y se da cuenta al Pleno, en relación con el contrato de “Servicio de mantenimiento integral, reposición e inversión en infraestructura LED de alumbrado público para Fase I” del Ayuntamiento de Loeches, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 5 y 23 de septiembre de 2014, se publicó el anuncio de licitación correspondiente al contrato de referencia, respectivamente en el Diario Oficial de la Unión Europea y en el BOE, mediante procedimiento abierto y con un presupuesto base de licitación de 543.090 euros.

Segundo.- Con fecha 14 de octubre la entidad recurrente presentó su proposición a la licitación convocada, no constando que se presentara ninguna otra oferta, procediéndose a abrir la documentación tanto administrativa como técnica (sobres A y B) correspondientes a dicha oferta, tal y como se hace constar en el Acta de la Mesa de contratación del acto público de 17 de octubre de 2014, acordando remitir la documentación técnica para su valoración y la celebración de una nueva reunión de la Mesa para el día 27 del mismo mes.

El 24 de octubre se emite el informe técnico sobre la oferta de la recurrente que concluye *“En función de la información a la que hemos tenido acceso y su contraste con los estándares del mercado, se estima que la propuesta técnica del proveedor IMESAPI es suficiente para resolver favorablemente los puntos anteriormente analizados”*.

El día 27 de octubre se da lectura de este informe en acto público de la Mesa de contratación y se procede a la apertura de la oferta económica, que ascendió a 50.936,44 euros anuales, solicitándose informe sobre su viabilidad al ser una oferta única. El informe solicitado, que se remitió al Ayuntamiento el día 18 de noviembre de 2014, concluía la viabilidad de la oferta al no superar el valor máximo anual de 54.039 euros, establecido en los pliegos.

Ese mismo día consta en el expediente que se emite un reparo por la Secretaria-Interventora del Ayuntamiento, indicando que se observa que la convocatoria no se ha publicado en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid, por lo que para evitar posibles quiebras procedimentales señala que es preciso llevar a cabo una retroacción de actuaciones, practicando una nueva publicación de la convocatoria.

En atención a dicho informe, el Alcalde Presidente de Loeches dicta una Resolución el 25 de noviembre de 2014, en la que resuelve que se retrotraigan las actuaciones hasta el momento de publicación en el DOUE, notificándolo a la empresa que presentó la oferta para que la retire y presente esa misma u otra según

considere en el nuevo plazo establecido al efecto. Esta resolución se notifica a la recurrente el día 2 de diciembre de 2104, advirtiéndole expresamente que se trata de un acto de trámite y que como tal no procede la interposición de recursos contra el mismo.

Paralelamente el día 9 de diciembre se publica en el DOUE un anuncio en el que se da cuenta de la retroacción de actuaciones por falta de publicación de la convocatoria en el BOCM y se abre nuevo plazo de presentación de ofertas. Los días 7 y 9 de enero de 2015 se publica el nuevo anuncio en el BOE y en el BOCM respectivamente.

De la documentación remitida por la recurrente resulta que con fecha 11 de diciembre remitió al Ayuntamiento de Loeches un escrito de alegaciones en el que manifestaba que resulta totalmente contrario a la legislación vigente en materia de contratación pública que ahora la Administración Local acuerde retrotraer el expediente de contratación so pretexto de no haber llevado a cabo la publicación del anuncio de licitación en el BOCM, ya que como se deduce del propio artículo 142 del TRLCSP, en los contratos sujetos a regulación armonizada únicamente resulta preceptiva la publicación en el DOUE y en el BOE. Asimismo señala para el caso de que el Pleno se dicte Resolución en los mismos términos, la misma sería susceptible de recurso especial.

Por último, dicho escrito de alegaciones fue contestado por el Alcalde de Loeches, mediante escrito de 26 de diciembre, indicando que el Ayuntamiento ha actuado conforme a Derecho e informando que ya se ha publicado de nuevo la licitación en el DOUE y que ya se ha enviado el anuncio al BOE y BOCM, requiriendo a la recurrente para que se indique por escrito si mantiene la oferta presentada o tiene intención de presentar una nueva, dentro del plazo establecido al efecto que termina el día 20 de enero de 2015.

Tercero.- El 9 de enero de 2014, IMESAPI, S.A., presentó recurso especial en materia de contratación contra este último acto, previa presentación del anuncio a

que se refiere el artículo 44.4 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector público, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, en adelante TRLCSP ante este Tribunal, que lo comunicó ese mismo día al Órgano de contratación, requiriéndole para que aportara el expediente administrativo y el informe preceptivo a que se refiere el artículo 46.2 del TRLCSP.

El recurso solicita que se declare que el acto recurrido es nulo o subsidiariamente contrario a derecho acordando la continuación del expediente de contratación original. Aduce como motivos de su pretensión que el Acto adoptado por el Alcalde es nulo de pleno derecho al corresponder la competencia al Pleno y que no concurre causa para desistir de la licitación al no ser preceptiva la publicación en el BOCM.

Con fecha 14 de diciembre de 2014 se remite a este Tribunal el expediente administrativo sin acompañar el informe preceptivo que se le requirió con fecha 15 de enero de 2015, habiéndose recibido el indicado informe el día 21 de enero. En el mismo se afirma que el acto recurrido es de mero trámite y por tanto no susceptible de recurso especial y respecto del fondo del asunto, que el indicado acto no solo no contradice el artículo 142 del TRLCSP, sino que garantiza los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos y no discriminación e igualdad.

Cuarto.- No ha sido preciso dar alegaciones en este procedimiento de recurso al no haber otros interesados en el procedimiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41.4 del TRLCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo.- Especial examen merece la admisibilidad del recurso en relación con el acto impugnado. En concreto se trata de la comunicación a IMESAPI de que no se han tenido en cuenta las alegaciones efectuadas el día 11 de diciembre de 2014 frente a la Resolución de 25 de noviembre de 2014, en la que resuelve que se retrotraigan las actuaciones hasta el momento de publicación en la DOUE notificándolo a la empresa que presentó la oferta para que la retire y presente esa misma u otra según considere en el nuevo plazo establecido al efecto.

En primer lugar debe determinarse qué naturaleza tiene el acto indicado a efectos de la procedencia del recurso especial frente al mismo. Así debe considerarse, si bien no se indica expresamente en el mismo, que la Resolución de 25 de noviembre de 2014, constituye un acto de desistimiento del procedimiento de licitación, puesto que tiene por objeto dejar sin efecto la licitación convocada ante la presencia en el procedimiento de licitación de un defecto que, a juicio del órgano de contratación, constituye una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación, causas que permiten justificar, en su caso, el desistimiento del procedimiento de acuerdo con lo establecido en el artículo 155.4 del TRLCSP.

Este Tribunal viene admitiendo, entre otras en la Resolución 136/2012, 15 de noviembre, que el desistimiento es susceptible de recurso especial, de acuerdo con el apartado 2.c) del artículo 40 del TRLCSP, en tanto en cuanto el desistimiento constituye una forma de terminación del procedimiento de licitación, asimilable a la adjudicación.

No comparte este Tribunal la consideración de que la Resolución por la que se ordena dejar sin efecto la anterior licitación y volver a convocarla, sea un acto de trámite y por lo tanto no susceptible de recurso, como se indicaba en la misma, sino que como hemos adelantado se trata de un acto definitivo, en cuanto pone fin al procedimiento de licitación convocado.

Por lo tanto, tratándose del desistimiento correspondientes a un contrato de servicios, cuyo valor estimado es superior a 207.000 euros, con la CPV 71314000 “Servicios de energía y servicios conexos”, correspondientes a la categoría 12 del Anexo II del TRLCSP, “Servicios de arquitectura ingeniería y planificación”, y por tanto sujeto a regulación armonizada, es susceptible del recurso especial al amparo del artículo 40.1.a) y 40.2.c) del TRLCSP.

Tercero.- Derivada de la cuestión examinada en el anterior fundamento de derecho, debe examinarse también la cuestión del plazo para la interposición del recurso, puesto que la Resolución por la que se adopta la decisión de desistir del procedimiento se notifica a la recurrente el día 2 de diciembre de 2104, siendo la Resolución de 26 de diciembre objeto del recurso una reproducción o confirmación de la anterior. Por lo tanto el recurso interpuesto el día 9 de enero sería en principio y prima facie extemporáneo.

Esto no obstante, en esta última Resolución se advierte expresamente que se trata de un acto de trámite y que como tal, no procede la interposición de recursos contra el mismo, habiendo actuado la recurrente en consecuencia tal y como manifiesta en su recurso.

A este respecto este Tribunal ha venido señalando en diversas resoluciones, como las Resoluciones 204/2013 o 209/2013, que si el contenido de la notificación no permite a la recurrente interponer, conforme al artículo 40 del TRLCSP, recurso suficientemente fundado, por no resultar su contenido conforme con lo dispuesto en el artículo 151.4 del TRLCSP, la misma debe dejarse sin efecto, computándose el plazo para la interposición del recurso desde el momento en que se pueda considerar enervado el defecto en la notificación.

A ello cabe añadir que cuando el artículo 44.2 del TRLCSP dispone que el plazo de interposición del recurso comienza a computarse desde que se remitió la notificación *“de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4”* debe entenderse como que el día inicial del plazo se computa desde que se remite la notificación que

debía contener lo dispuesto en el citado artículo, y los requisitos generales que contempla el artículo 58 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, entre ellos *“indicación de si es o no definitivo en vía administrativa, expresión de los recursos que procedan (...)”*.

En este caso, como hemos adelantado, el ofrecimiento de recurso de la primera Resolución no es correcto en cuanto considera que al ser un acto de trámite contra el mismo no cabe recurso, de manera que se trata de una notificación defectuosa que coloca al recurrente en una situación de indefensión en cuanto al régimen de recursos a interponer.

Por lo tanto, tomando en consideración la respuesta a las alegaciones que se registró de salida el 30 de diciembre, el recurso presentado el 9 de enero de 2015, ha sido interpuesto dentro del plazo legal de 15 días establecido en el artículo 44.2.a) del TRLCSP.

Cuarto.- La recurrente ostenta la legitimación activa necesaria para la interposición del recurso por tratarse de una persona jurídica *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”* (artículo 42 del TRLCSP), al ser la única empresa presente en la licitación, dejada sin efecto.

Quinto.- El recurso se fundamenta en la nulidad del desistimiento por dos motivos, por incompetencia manifiesta del Alcalde al dictar el acto, correspondiendo al Pleno, y por no concurrir los requisitos para la procedencia del desistimiento.

Aunque el segundo motivo de impugnación se esgrime como subsidiario respecto del primero, lo cierto es que la concurrencia de causa para el desistimiento determina necesariamente la competencia del órgano para dictarlo, por lo que procede examinar en primer lugar esta cuestión.

Debe señalarse que a diferencia de lo que ocurre en la contratación privada en que hasta el momento de la celebración del contrato cualquiera de las partes puede desligarse de su intención de contratar, en el ámbito de la contratación pública no es una opción de libre utilización, sino un remedio para evitar perjuicios al interés público. *“El desistimiento de la Administración no se configura de esta manera como una opción de libre utilización por la misma, sino como una solución a la que únicamente podrá acudir cuando la prosecución de las actuaciones o de la ejecución del contrato perjudique el interés público o sea incompatible con él”* (Memoria del Consejo de Estado, año 2000).

El artículo 155.4 del TRLCSP permite al órgano de contratación desistir del procedimiento de licitación iniciado, siempre que el mismo esté fundado en una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación, debiendo justificarse en el expediente la concurrencia de la causa. Debe añadirse que no cualquier infracción previa del procedimiento o de las normas de preparación del contrato pueden dar lugar al desistimiento del procedimiento, debe concurrir además la imposibilidad de tener en cuenta las ofertas presentadas en los términos del pliego, tal y como se desprende de la Resolución 2/2012, de 5 de enero de 2012 del Tribunal Central de Recursos Contractuales, en un caso semejante al que ahora nos ocupa.

En este caso, la Resolución recurrida ofrece como motivación del desistimiento, la falta de publicación de la convocatoria en el BOCM.

El artículo 142 del TLRCP regulador de la convocatoria de las licitaciones, establece en su apartado 1 que *“Los procedimientos para la adjudicación de contratos de las Administraciones Públicas, a excepción de los negociados que se sigan en casos distintos de los contemplados en los apartados 1 y 2 del artículo 177, deberán anunciarse en el «Boletín Oficial del Estado». No obstante, cuando se trate de contratos de las Comunidades Autónomas, entidades locales u organismos o entidades de derecho público dependientes de las mismas, se podrá sustituir la*

publicidad en el «Boletín Oficial del Estado» por la que se realice en los diarios o boletines oficiales autonómicos o provinciales.

Cuando los contratos estén sujetos a regulación armonizada, la licitación deberá publicarse, además, en el «Diario Oficial de la Unión Europea», sin que en este caso la publicidad efectuada en los diarios oficiales autonómicos o provinciales pueda sustituir a la que debe hacerse en el «Boletín Oficial del Estado».

La dicción literal de este artículo es clara en cuanto solo obliga a publicar la convocatoria de las licitaciones en el BOE y además en los casos en que los contratos estuvieran sujetos a regulación armonizada, en el DOUE. La publicación en el BOCM es potestativa y sustitutiva de la publicidad en el BOE como claramente resulta de la expresión “*se podrá sustituir la publicidad en el «Boletín Oficial del Estado» por la que se realice en los diarios o boletines oficiales autonómicos o provinciales.*” Por lo tanto la falta de publicación en el BOCM, ni constituye una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación, ni supone un déficit de publicidad que mermaría el principio de libre competencia, ni causa de nulidad alguna.

Por lo tanto debe estimarse el recurso considerando que no concurre causa de desistimiento del procedimiento en la falta de publicación de la convocatoria en el BOCM.

Sentado lo anterior no procede examinar si concurre causa de nulidad del acto recurrido por incompetencia manifiesta del Alcalde que lo dicta.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 41.4 del TRLCSP y el artículo 3.2 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don T.B.M., en nombre y representación de IMESAPI, S.A., contra la Resolución de la Alcaldía de fecha 25 de noviembre de 2014, por el que se resuelve retrotraer las actuaciones hasta el momento de la publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea, se notifica a la empresa que presentó oferta para que retire la misma y presente esa misma u otra distinta, según considere en el nuevo plazo establecido al efecto y se da cuenta la Pleno, en relación con el contrato de “Servicio de mantenimiento integral, reposición e inversión en infraestructura LED de alumbrado público para Fase I” del Ayuntamiento de Loeches, anulando dicho acto y ordenando la continuación del procedimiento de licitación inicialmente convocado.

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.

Tercero.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP.