

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

En Madrid, a 14 de junio de 2017.

**VISTO** el recurso interpuesto por don A.C.A., en representación de Recolte Servicios y Medioambiente, S.A.U., (Recolte), contra el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Alcorcón de fecha 3 de mayo de 2017, por el que se desiste del procedimiento para la adjudicación del contrato “Servicio de gestión integral del Centro Municipal de Protección Animal de Alcorcón”, número de expediente: 233/2016, este Tribunal ha adoptado la siguiente

**RESOLUCIÓN**

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.-** Con fecha 28 de diciembre de 2016, se publicó en el DOUE, el anuncio de licitación del contrato de referencia poniéndose los Pliegos a disposición de los licitadores en el Perfil de Contratante del Ayuntamiento ese mismo día. La convocatoria se publicó también en el BOE el día 5 de enero de 2017. Se trata de un contrato a adjudicar mediante procedimiento abierto y pluralidad de criterios, con un valor estimado de 1.579.473,23 euros, duración 24 meses con posibilidad de prórroga anual, cuyo gasto había sido autorizado por tramitación anticipada quedando la adjudicación condicionada a la existencia de crédito suficiente y

adecuado en los ejercicios 2017 y 2018, tal y como indica en la cláusula 1.4 del PCAP, *“Tramitación anticipada: Sí”*.

**Segundo.-** En la cláusula 1.6 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) constan las anualidades y el crédito, no así la partida presupuestaria, remitiéndose a lo que indique la Intervención del Ayuntamiento en su informe de fiscalización previa.

En la cláusula 15 se prevén los supuestos excepcionales de terminación del procedimiento, y dispone lo siguiente:

*“Cláusula 15. Efectos de la propuesta de adjudicación. Renuncia o desistimiento.*

*La propuesta de adjudicación de la mesa de contratación no crea derecho alguno a favor del empresario propuesto, que no los adquirirá, respecto a la Administración, mientras no se haya formalizado el contrato.*

*Si, antes de la adjudicación, el órgano de contratación renunciase a la celebración del contrato o desistiese del procedimiento, deberá compensar a los licitadores por los gastos efectivos en que hubieran incurrido, previa solicitud y con la debida justificación de su valoración económica”.*

**Tercero.-** A la licitación convocada se presentaron tres empresas, una de ellas resultó excluida por no acreditar la solvencia requerida, siendo la recurrente una de las dos admitidas en esta licitación.

A la vista del informe de valoración, el 23 de marzo de 2017, la mesa de contratación acuerda requerir a Recolte, como empresa clasificada en primer lugar, la documentación acreditativa de su capacidad y solvencia y resto de requisitos indicados en los Pliegos, de conformidad con el artículo 151.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011 de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP).

Con fecha 7 de abril de 2017, se recibe la documentación solicitada y se continúa la tramitación remitiéndolo para su fiscalización y retención del crédito a la Intervención el día 10.

La Intervención en su informe que fecha 12 de abril de 2017 indica *“1. A día de hoy no existe crédito presupuestario suficiente para atender el gasto que se propone.*

*2. El art 173.5 del RD 2/2004, de 5 de marzo, que aprueba el texto refundido de la ley reguladora de las Haciendas Locales, establece que “no podrán adquirirse compromisos de gastos por cuantía superior al importe de los créditos autorizados en los estados de gasto, siendo nulos de pleno derecho los acuerdos, resoluciones y actos administrativos que infrinjan la expresada norma, sin perjuicio de las responsabilidades a que haya lugar”.*

*3. En consecuencia, deberá subsanarse la insuficiencia de crédito antes de la adopción del cualquier compromiso de gasto”.*

**Cuarto.-** Recibido el informe de la Intervención por el órgano de contratación, con fecha 24 de abril 2017, emite un informe de gestión en el que se indica que los presupuestos de 2017 no se han aprobado, estando prorrogados los presupuestos de 2016, donde no se contempla el gasto para financiar dicho contrato. Así mismo señala que al haberse condicionado la adjudicación del contrato a la existencia de crédito adecuado y suficiente, no existir crédito y no habiéndose podido subsanar, entre otros factores, por la no aprobación de los presupuestos de gasto para 2017, procede desistir del procedimiento, de conformidad con lo establecido en el artículo 155.4 del TRLCSP.

La mesa de contratación celebrada el 27 de dicho mes acordó proponer al órgano de contratación el desistimiento , propuesta que fue elevada a la Junta de Gobierno Local que adoptó el Acuerdo de desistimiento el 3 de mayo de 2017, siendo notificado al adjudicatario propuesto el 12 del mismo mes, publicado en la misma fecha en el perfil del contratante y en el DOUE el 17 de mayo.

**Quinto.-** Con fecha 29 de mayo de 2017 de octubre, Recolte presenta recurso especial en materia de contratación ante este Tribunal contra el Acuerdo de desistimiento en el que se solicita la suspensión del procedimiento y se declare la nulidad o subsidiariamente la anulabilidad del Acuerdo de desistimiento del procedimiento de licitación resolviendo la adjudicación del mismo. Además, solicita que se imponga al Ayuntamiento de Alcorcón la obligación de indemnizar a la empresa por los daños y perjuicios que le haya podido ocasionar la infracción legal a la que ha dado lugar el recurso.

Ese mismo día se da traslado del recurso al órgano de contratación para que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 46.2 del TRLCSP, remitiera copia del expediente administrativo junto con su informe, lo que realizó con fecha 31 de mayo de 2017.

Aduce en el indicado informe, que la propuesta de adjudicación no crea derecho alguno en favor del licitador propuesto frente a la Administración, que el motivo del desistimiento es la falta de crédito suficiente debido a la no aprobación del presupuesto para el año 2017, al estar prorrogado el del año 2016 en el que no existía partida presupuestaria para este fin y por todo ello solicita su desestimación. Advierte, por último, que la Corporación Local ha iniciado los trámites para devolver la garantía definitiva y los gastos de la publicidad del anuncio de la licitación.

## **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.-** El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al

tratarse de una licitadora en el procedimiento, “*cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso*” (artículo 42 del TRLCSP).

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

**Tercero.-** El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el Acuerdo impugnado fue adoptada el 3 de mayo de 2017, practicada la notificación el 11 de mayo, según reconoce en su escrito de interposición la recurrente, e interpuesto el recurso el 29, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP.

**Cuarto.-** El recurso se interpuso contra el desistimiento de un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada. El contrato es recurrible de acuerdo con el artículo 40.1.a) del TRLCSP.

El acto recurrido es susceptible de recurso especial, de acuerdo con el apartado 2.c) del mismo artículo, en tanto en cuanto el desistimiento constituye una forma de terminación del procedimiento de licitación, asimilable a la adjudicación. En todo caso la posibilidad de control vía recurso especial de los actos de desistimiento precontractual de los órganos de contratación ha sido garantizada expresamente por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (vid. STJCE de 2 de junio de 2005, C-15/04 o la de 18 de junio de 2002, C-92/2000).

Así lo argumentó este Tribunal respecto de la renuncia a la celebración de un contrato en la Resolución 17/2011, de 8 de junio, o la 107/2014 de 20 de noviembre, sobre el desistimiento.

**Quinto.-** Procede analizar el motivo principal del recurso consistente en la falta de motivación o motivación insuficiente. Advierte la recurrente que en la fundamentación dada “*inexistencia de crédito adecuado y suficiente, al no ser*

*posible subsanar la suficiencia de crédito adecuado y suficiente, entre otros factores, por la no aprobación de los presupuestos de gasto de 2017”, no se explicitan cuáles son los “otros factores” que deben ser los motivos fundamentales del desistimiento y que provocan que repentinamente no haya crédito suficiente y adecuado, puesto que la no aprobación de los presupuestos de gasto ya se conocía desde el mes enero de 2017 y la propuesta de adjudicación es adoptada el 24 de marzo. Considera que la resolución es contraria al principio de transparencia y al de igualdad de trato que debe presidir la contratación pública incurriendo en una de las causas de nulidad del artículo 62.1 e) y f) de la ley 30/1992, (actual artículo 47 de ley 39/2015 de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas). Sostiene que la decisión ha sido adoptada de manera arbitraria sin que exista causa de orden público o jurídico que lo motive sino por presiones de carácter político al órgano de contratación basadas en información falsa y difamatoria contra la empresa Recolte.*

En todo caso afirma que no siendo cierto el motivo alegado, sino una mera excusa, el Ayuntamiento ha actuado de manera discrecional al motivar el desistimiento del contrato, por lo que debe apreciarse la anulabilidad de la resolución adoptada de manera errónea y contraria a los intereses de la recurrente.

El órgano de contratación opone que la causa que motiva el desistimiento es una infracción no subsanable, la falta de crédito adecuado y suficiente para financiar el contrato por la no aprobación del presupuesto en el ejercicio 2017, prevista en el PCAP en su cláusula 1 apartado 4, conforme a lo dispuesto en el artículo 110.2 del TRLCSP y en el artículo 47.6 de la Ley General Presupuestaria, lo que queda acreditado en el expediente.

Manifiesta que la *expresión “otros factores”* que aparece en el Acuerdo de desistimiento se refiere a los argumentos que constan en los antecedentes, como son los informes emitidos por la Intervención y por el Servicio de Contratación y Patrimonio en fechas 12 y 24 de abril de 2017, respectivamente y el acuerdo

adoptado por la Mesa de contratación de fecha 27 de abril de 2017 y que son: que en los presupuestos del ejercicio 2016, prorrogados, no constaba ninguna partida de gasto para sufragar este contrato, por lo cual Ayuntamiento tiene una situación presupuestaria compleja que redundaba en la tramitación de expedientes de contratación, no pudiendo tramitarse todos aquellos expedientes que solicitan las unidades proponentes.

Siendo la existencia de crédito adecuado y suficiente uno de los requisitos esenciales para proseguir con la contratación, y resultando insubsanable a la fecha y, previsiblemente, hasta que de nuevo puedan ser dotados mediante la aprobación de unos presupuestos que sí cuenten, en su caso, con una partida destinada a este gasto esto ha provocado no se pueda continuar con la contratación sin incurrir en una infracción del ordenamiento jurídico, prevista en el artículo 31 del TRLCSP. Sostiene además contra la alegación de vulneración del principio de igualdad que la decisión hubiera sido la misma cualquiera que fuera la empresa propuesta como adjudicataria, por ser objetivo y cierto el hecho en que basa el Acuerdo de desistimiento: inexistencia de crédito.

Respecto a la nulidad de la resolución de desistimiento o en su defecto la anulabilidad, conviene recordar previamente que el artículo 155.4 del TRLCSP regula el supuesto de desistimiento del procedimiento de adjudicación por la Administración en los siguientes términos: *“El desistimiento del procedimiento deberá estar 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. El desistimiento no impedirá la iniciación inmediata de un nuevo procedimiento de licitación”*.

El artículo 22 g) del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público enumera entre otras funciones atribuidas a la Mesa de contratación en los procedimientos abiertos de licitación *“De igual modo, si durante su intervención*

*apreciase que se ha cometido alguna infracción de las normas de preparación o reguladoras del procedimiento de adjudicación del contrato, podrá exponerlo justificadamente al órgano de contratación, proponiéndole que se declare el desistimiento”.*

En este sentido, el Dictamen del Consejo de Estado de 22 de julio de 2010 señala, en relación al desistimiento del contrato, que *“El desistimiento de la Administración constituye un remedio excepcional ante una situación que, en la medida de lo posible, deberá evitarse que se produzca. Y en todo caso, la Administración sólo podrá desistir del contrato cuando razones de interés público así lo aconsejen. No se configura 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. De ahí que la justificación de la decisión de la Administración de resolver el contrato haya de constar en el expediente administrativo y de ella deberá tener oportuno conocimiento el contratista a los efectos pertinentes, incluida la posibilidad de alegar contra la decisión de desistir y de impugnar la realidad misma de sus fundamentos en relación con las exigencias del interés público”.*

Así, la decisión de desistimiento de un contrato debe ser, en primer lugar, motivada lo que permite conocer, por los propios interesados y por los órganos administrativos o judiciales que hayan de realizar su control de legalidad, las razones que han conducido a su adopción.

En segundo lugar, como afirma este Tribunal en su Resolución 1/2016, de 13 de enero, *“el desistimiento no es una prerrogativa de la Administración pues el artículo 210 (actual 155 TRLCSP) solo recoge las de interpretación, modificación y resolución de los contratos, se trata de una potestad reglada y ha de estar basado en razones objetivas. A diferencia de la renuncia, en el desistimiento no se produce una desaparición sobrevenida de la necesidad de contratar, sino tan sólo la necesidad de reiniciar el procedimiento.*

*El desistimiento es una forma de finalización unilateral del procedimiento, previo a la adjudicación que solo cabe cuando se da el supuesto fundado en una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación y es diferente al desistimiento como causa de resolución contractual. Eso impone que el ejercicio de esa potestad administrativa se conecte con la consecución de un interés público, es decir, no es una opción de libre utilización por parte de la Administración sino una solución que únicamente procede cuando supone una infracción de las normas de preparación del contrato o del procedimiento de adjudicación”.*

Recapitulando, los requisitos para acordar conforme a derecho un desistimiento son:

- 1- En cuanto al momento procedimental, que se produzca antes de la adjudicación, a propuesta de la mesa de contratación.
- 2- Deberá estar fundado en una infracción no subsanable:
  - de las normas de preparación del contrato, o
  - de las reguladoras del procedimiento de adjudicación.
- 3- Justificación en el expediente de la concurrencia de la causa.
- 4- Notificación a los licitadores.

En el expediente remitido consta que se han cumplido algunos de los requisitos mencionados, como la circunstancia de que el desistimiento sea anterior a la adjudicación del contrato y su notificación motivada a los interesados, restando únicamente el análisis del cumplimiento del requisito de la existencia de una causa que lo fundamente, por infracción insubsanable bien de las normas de preparación del contrato, o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación y de la exigencia de justificación en el expediente.

En este caso parece que el desistimiento está fundado en la imposibilidad de levantamiento de la cláusula suspensiva prevista, por inexistencia de crédito

adecuado y suficiente para financiar el contrato al ser de tramitación anticipada y debido a la no aprobación del presupuesto de gastos del ejercicio 2017 en que comenzaría su vigencia.

El artículo 110.2 del TRLCSP señala que *“Los expedientes de contratación podrán ultimarse incluso con la adjudicación y formalización del correspondiente contrato, aun cuando su ejecución, ya se realice en una o en varias anualidades, deba iniciarse en el ejercicio siguiente. A estos efectos podrán comprometerse créditos con las limitaciones que se determinen en las normas presupuestarias de las distintas Administraciones públicas sujetas a esta Ley”*.

El Informe 15/2009, de 3 de noviembre, de la Comisión Consultiva de Contratación Administrativa de Andalucía, “sobre diversas cuestiones relativas a actuaciones de las Mesas de contratación. Desistimiento: infracción no subsanable”, en el cual se concluye que *“Las infracciones no subsanables a que se refiere el artículo 139.4 de la LCSP a efectos de desistimiento del procedimiento no se deben justificar en la previa existencia de una causa de nulidad, que en todo caso exigiría la tramitación de un procedimiento de revisión de oficio para su declaración, sino en la concurrencia de hechos que, contrarios a las normas establecidas para la preparación del contrato o reguladoras del procedimiento de adjudicación, impiden la continuidad del procedimiento por conculcar disposiciones cuya subsanación no es posible, y a tal efecto será el órgano de contratación el que deberá motivar su decisión justificando la concurrencia de la causa”*.

El Acuerdo 11/2014, de 20 de febrero, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, argumenta que *“Lo determinante es, por tanto, que exista una infracción de las normas de preparación o de los procedimientos y que éstas, por su relevancia jurídica, sean insubsanables, lo que supone, en la lógica de la dogmática de la invalidez, que exista un vicio de nulidad de pleno derecho, ya que solo son insubsanables los vicios de nulidad, en tanto vicios de orden público*.

*No basta, en consecuencia, meras irregularidades, ni vicios que tengan consideración de anulabilidad para poder acordar el desistimiento”.*

Debe señalarse en todo caso que la infracción no subsanable en el procedimiento de adjudicación, se produciría si se adjudica el contrato sin el correspondiente crédito presupuestario pero no la inexistencia del mismo, debida a la prórroga del presupuesto anterior y a la no aprobación del nuevo presupuesto.

En el caso analizado, es determinante establecer cuál es el momento que debe tenerse en cuenta para considerar que no existe crédito adecuado y suficiente en el presupuesto del ejercicio, momento en el que se daría la causa habilitante para desistir del procedimiento.

El representante de la Intervención municipal mediante informe previo de fiscalización de la propuesta de disposición del gasto correspondiente a la propuesta de adjudicación del contrato “Servicio de gestión integral del centro de protección animal de Alcorcón” de fecha 12 de abril de 2017, de conformidad con el artículo 150.2 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria advierte de:

- la inexistencia de crédito a la fecha de la propuesta.
- la nulidad de pleno de derecho de los actos adoptados en contra de lo establecido en el artículo 173.5 del RD texto refundido de la ley reguladora de las Haciendas Locales, sin perjuicio de las responsabilidades a que haya lugar.
- la necesidad de subsanar la deficiencia antes de la adopción de cualquier compromiso de gasto.

Dicho reparo se refiere a un requisito esencial, por lo que produce efecto suspensivo hasta su resolución, resolución que en principio solo se produciría por la aprobación del presupuesto correspondiente al ejercicio 2017 o la finalización del ejercicio.

Por tanto, debemos concluir que el momento para apreciar si se ha levantado la condición suspensiva del procedimiento o ya no es posible que se produzca la misma en ningún caso, es el momento de aprobación del presupuesto 2017 o el final del ejercicio. Mientras tanto, sin perjuicio de la facultad del órgano de contratación de renunciar al contrato, sin posibilidad de licitar otros semejantes, o de la licitadora de retirar su oferta, no existe causa adecuada y suficiente para desistir del contrato hasta tanto, como ya se ha indicado, no se apruebe el presupuesto 2017 y efectivamente se carezca de crédito o finalice el ejercicio presupuestario de dicho año.

De todo lo anterior resulta que a juicio de este Tribunal, no queda acreditada la concurrencia en este momento de una causa objetiva de desistimiento contractual, debiendo estimarse el recurso por este motivo, anulándose el acto impugnado.

**En su virtud**, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 41.4 del TRLCSP y el artículo 3.5 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, interpuesto por don A.C.A., en representación de Recolte Servicios y Medioambiente, S.A.U., contra el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Alcorcón de fecha 3 de mayo de 2017, por el que se desiste del procedimiento para la adjudicación del contrato “Servicio de gestión integral del Centro Municipal de Protección Animal de Alcorcón”, número de expediente: 233/2016.

**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.