

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

En Madrid, a 10 de febrero de 2022

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la empresa MOMPESA SERVICIOS INTEGRALES, S.L.U” (en adelante, MOMPESA) contra el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local, de fecha 12 de enero de 2022, por el que se desiste del procedimiento de adjudicación del contrato de “Servicio de mantenimiento y conservación de las instalaciones de climatización, calefacción y agua caliente sanitaria de los edificios municipales del ayuntamiento de Navalcarnero (Madrid)”, Expediente. Nº 017SER21, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncio en la Plataforma de Contratación del Sector Público de 22 de abril de 2021, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación.

El valor estimado de contrato asciende a 123.688,60 euros y un plazo de ejecución de 2 años.

Segundo.- A la presente licitación se presentaron seis empresas, entre ellas la recurrente.

Con fecha 28 de mayo de 2021, tuvo lugar la sesión de la Mesa de Contratación para la apertura del SOBRE B de documentación valorable de forma subjetiva y, en fecha 8 de junio de 2021, se suscribió Informe de valoración de los criterios de adjudicación cuantificables mediante juicio de valor de las ofertas presentadas.

A continuación, en fecha 3 de julio de 2021 la Mesa de Contratación procedió a la apertura del SOBRE C de proposición económica de las ofertas presentadas y admitidas a la licitación. Con fecha 9 de julio de 2021, la documentación presentada en el SOBRE C pasó a su estudio por los Servicios Técnicos Municipales, para la correspondiente clasificación y propuesta de adjudicación.

Con fecha 16 de diciembre de 2021, el Ingeniero Técnico Municipal emitió informe técnico relativo al Pliego de Condiciones Técnicas Particulares, en el que se puso de manifiesto lo siguiente:

“A la vista de la revisión realizada en el Pliego de Condiciones Técnicas y dada la “Félix Colomo” y para aclarar lo indicado en el artículo 2 del contrato sobre la ejecución de reparaciones con coste inferior a 400 € de forma inmediata (para cuantificar este aspecto se indica que deberá realizarse en el plazo de 1 hora desde la detección del problema), desde el punto de vista técnico se considera necesario la realización de un nuevo pliego de condiciones técnicas que incorpore la instalación previamente indicada siempre y cuando la realización del desistimiento del procedimiento sea conforme a derecho.

Lo que pongo en su conocimiento a los efectos oportunos”

Con fecha 12 de enero de 2022, la Junta de Gobierno Local a la vista del citado Informe Técnico de 16 de diciembre, acordó *“Desistir del procedimiento de*

adjudicación del contrato del servicio de mantenimiento y conservación de las instalaciones de climatización, calefacción y agua caliente sanitaria de los edificios municipales del Ayuntamiento de Navalcarnero (Madrid), tramitado en el seno del expediente 017SER21, aprobado por la Junta de Gobierno Local en sesión ordinaria celebrada el 21/04/2021, de conformidad con lo dispuesto en el informe técnico de 16/12/2021 y en el Artículo 152.4 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público". El acuerdo fue notificado en fecha 13 de enero de 2022

Tercero.- El 2 de febrero de 2022, tuvo entrada en el registro de este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de MOMPESA contra el Acuerdo de la Junta de Gobierno por el que se desiste del procedimiento de licitación.

Cuarto.- El 8 de febrero de 2022, el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe, de conformidad con el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP), solicitando la desestimación del recurso.

Quinto.- No se ha dado traslado del recurso a posibles interesados al no ser tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones que las aducidas por el recurrente, de conformidad con lo establecido en el artículo 82.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, aplicable en virtud de lo establecido en el artículo 56 de la LCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.4 de la LCSP 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 persona jurídica licitadora del contrato *“cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso”* (artículo 48 de la LCSP).

Asimismo, se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso se interpone contra el acuerdo de desistimiento del proceso de licitación arriba indicado, acordado al amparo del artículo 152 de la LCSP. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.c) de la LCSP, en tanto en cuanto la renuncia o el desistimiento constituyen una forma de terminación del procedimiento de licitación, asimilable a la adjudicación.

Cuarto.- El recurso especial se ha planteado contra la resolución por la que se acuerda el desistimiento, notificada el 13 de enero de 2022, presentando el recurso el 2 de febrero, por lo que se encuentra dentro del plazo de 15 días previsto por la LCSP.

Quinto.- Respecto al fondo del asunto el recurrente plantea que la argumentación ofrecida por la Administración no acredite mínimamente las razones de interés público que deben revestir la decisión adoptada.

Sostiene que conforme a lo dispuesto en el artículo 152 de la LCSP, la figura del desistimiento se encuentra supeditada a requisitos temporales (antes de la formalización del contrato), de fondo (existencia de infracciones no subsanables) y de forma (debida justificación en el expediente) y posee ciertos efectos, como la compensación a los candidatos y la posibilidad de promover una nueva licitación. El

desistimiento no es un acto discrecional determinado por el cambio de voluntad de la entidad contratante, sino un acto reglado fundado en causas de legalidad y no de oportunidad. Por ello es requisito sine qua non, como señala el apartado 4 del artículo 152 de la LCSP, la concurrencia de una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación, sin que pueda ser causa ni justificar el desistimiento del procedimiento de adjudicación cualquier error o infracción del ordenamiento, sino una vulneración del ordenamiento sustancial que imposibilite continuar la licitación del contrato.

Por otro lado, alega que si analizamos los motivos concretos que propician el acuerdo de desistimiento, apreciamos como el órgano de contratación, en contra de la normativa y pronunciamientos analizados, incumple la obligación de determinar desde el inicio la necesidad e idoneidad del contrato (art. 28 LCSP), e intenta hacer valer esta circunstancia para adoptar una decisión que, lejos de responder al interés público, supone un menoscabo de todas aquellas salvaguardas y garantías que lo amparan, siendo la principal perjudicada MOMPESA.

Por su parte, el órgano de contratación se opone a la estimación del recurso considerando que se dan las exigencias previstas en el artículo 152 de la LCSP.

Señala que el procedimiento de adjudicación del contrato, está actualmente en fase de valoración de las ofertas presentadas y admitidas a la licitación, sin que se haya producido todavía la adjudicación o la formalización del contrato; por lo que la decisión de no adjudicar o celebrar el contrato o el desistimiento del procedimiento puede acordarse por el órgano de contratación, de conformidad con el Artículo 152.2 de la Ley de Contratos del Sector Público.

Añade que, de acuerdo con lo manifestado en el informe técnico, se ha producido un error no subsanable en la redacción de los Pliegos de Condiciones, ya que su rectificación supondría un incremento significativo del importe de licitación, de conformidad con lo expuesto en el informe técnico, por lo que no se trataría de un

simple error material o de hecho susceptible de subsanación. Por lo tanto, en base a lo señalado, resultaría de aplicación lo dispuesto en el artículo 152.4 de la LCSP. Al no haberse incluido en el objeto del contrato una instalación preexistente, por omisión, existía una discordancia entre lo que se pretendía contratar por el Ayuntamiento y el objeto del contrato según los pliegos. Y el contrato, de esa manera, de haberse producido la adjudicación y formalización en los términos primitivos, no hubiera satisfecho las necesidades de la Administración, contraviniendo por tanto lo dispuesto en el Artículo 28.1 de la Ley de Contratos del Sector Público.

Entrando en el fondo del asunto, el artículo 152 de la LCSP regula el desistimiento del procedimiento de contratación en los siguientes términos:

“1. En el caso en que el órgano de contratación desista del procedimiento de adjudicación o decida no adjudicar o celebrar un contrato para el que se haya efectuado la correspondiente convocatoria, lo notificará a los candidatos o licitadores, informando también a la Comisión Europea de esta decisión cuando el contrato haya sido anunciado en el «Diario Oficial de la Unión Europea».

2. La decisión de no adjudicar o celebrar el contrato o el desistimiento del procedimiento podrán acordarse por el órgano de contratación antes de la formalización. En estos casos se compensará a los candidatos aptos para participar en la licitación o licitadores por los gastos en que hubiesen incurrido en la forma prevista en el anuncio o en el pliego o, en su defecto, de acuerdo con los criterios de valoración empleados para el cálculo de la responsabilidad patrimonial de la Administración, a través de los trámites del procedimiento administrativo común.

3. Solo podrá adoptarse la decisión de no adjudicar o celebrar el contrato por razones de interés público debidamente justificadas en el expediente. En este caso, no podrá promoverse una nueva licitación de su objeto en tanto subsistan las razones alegadas para fundamentar la decisión.

4. 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 procedimiento de licitación.

5. En el supuesto de acuerdos marco, el desistimiento y la decisión de no adjudicarlos o celebrarlos corresponde al órgano de contratación que inició el procedimiento para su celebración. En el caso de contratos basados en un acuerdo marco y en el de contratos específicos en el marco de un sistema dinámico de adquisición, el desistimiento y la decisión de no adjudicarlos o celebrarlo se realizará por el órgano de contratación de oficio, o a propuesta del organismo destinatario de la prestación”.

Respecto al desistimiento, procede traer a colación la doctrina mantenida por el TACRC, que este Tribunal comparte, en su Resolución 254/2019, de 15 de mayo señala: “Este Tribunal en resolución nº1078/2018 señaló:

‘El desistimiento, es una facultad e incluso una obligación del órgano de contratación cuando concurren los requisitos para ello con el fin de impedir la celebración de contratos afectados por graves vicios de nulidad en su tramitación’. ‘En este sentido se pronuncia la Sentencia Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 11 de diciembre de 2014 (asunto C-440/13), que correctamente trae a colación el órgano de contratación:

De ese modo, el Derecho de la Unión no se opone a que los Estados miembros establezcan, en su normativa, la posibilidad de adoptar una decisión de revocar una licitación. Los motivos de dicha decisión de revocación pueden basarse así en razones, relacionadas en particular con la apreciación de la oportunidad, desde el punto de vista del interés público, de llevar a término un procedimiento de licitación, habida cuenta, entre otras cosas, de la posible modificación del contexto económico o de las circunstancias de hecho, o incluso de las necesidades de la entidad adjudicadora de que se trata. Una decisión de ese tipo puede también motivarse por el nivel insuficiente de competencia, debido al hecho de que, al

finalizar el procedimiento de adjudicación del contrato en cuestión, únicamente quedara un licitador idóneo para ejecutar dicho contrato’.

En definitiva, este Tribunal considera que los argumentos aducidos por la Recurrente sobre la no concurrencia de motivo que dé lugar al desistimiento deben rechazarse debido a que desistir de una licitación convocada es una facultad que le corresponde al órgano de contratación antes de la adjudicación del contrato cuando concurren los supuestos legales previstos para ello, y porque concurren circunstancias técnicas para ello, como la no exigencia en los Pliegos de la cantidad de facultativos y plena disponibilidad de los mismos, las cuales, han sido debidamente justificadas. Y es que, en efecto, los motivos aducidos por el órgano de contratación se refieren a la necesidad de clarificar los requisitos y características de prestación sanitaria ofertada con el fin de que quede suficientemente claro el objeto de contrato y se presenten las ofertas con claridad, para una adecuada valoración por el órgano de contratación, lo que exigiría una nueva redacción de los Pliegos que es imposible subsanar sin desistir del actual procedimiento, por lo que debe considerarse ajustada a derecho la resolución impugnada.

Debe tenerse presente, que el Pliego como norma que rige el contrato, es una de las más esenciales normas de preparación del contrato, sin que exista duda que, cualquier infracción relativa a los mismos supone una infracción de las normas de preparación, tal y como hace presagiar su ubicación sistemática dentro del Capítulo 1º del Título 1º del Libro II y, en consecuencia, dentro de las normas relativas a la preparación de los contratos de las Administraciones Públicas”.

La reciente STS, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, de 10 de marzo de 2020, sostiene “El artículo 155.4 del TRLCSP dispone que ‘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

conurrencia de la causa. El desistimiento no impedirá la iniciación inmediata de un nuevo procedimiento de licitación’.

Cuando lo que se está discutiendo es si concurre o no una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato es necesario acudir a las previsiones que la norma legal contiene en materia de preparación --Título I del Libro”

Por consiguiente, el desistimiento, a diferencia de la renuncia, no es un acto discrecional determinado por el cambio de voluntad de la Administración contratante, sino un acto reglado fundado en causas de legalidad y no de oportunidad. De esta circunstancia deriva la exigencia de que concurra una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación, que haga imposible continuar con la licitación hasta su adjudicación, conforme al citado apartado 4 del artículo 152 de la LCSP.

A la vista del régimen jurídico del desistimiento procede entrar a valorar si el acto recurrido cumple con los requisitos legales exigidos en la LCSP.

El primer requisito exigido es que el desistimiento debe producirse antes de la formalización del contrato, circunstancia que se cumple en el caso que nos ocupa.

Procede, por tanto, determinar si el órgano de contratación fundamenta su acuerdo en motivos de legalidad y no de oportunidad que se ajusten a incumplimientos de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación, que supongan infracciones no subsanables.

En el escueto informe técnico justificativo del desistimiento se apela a la necesidad de *“incluir nuevas instalaciones no recogidas que suponen un incremento significativo del importe de licitación, especialmente la incorporación de la Plaza de Toros”*, sin identificar qué nuevas instalaciones cabe incluir, con excepción de la

plaza de toros. Tampoco determina el coste que estas supuestas incorporaciones supondrían en relación al actual presupuesto de licitación, ni mínimamente justifica por qué razón no se incluyeron en la licitación inicial. El órgano de contratación, en su informe, habla de “*un incremento significativo del importe de licitación*”, sin realizar la más mínima cuantificación de lo que ello supone respecto al presupuesto de licitación y su repercusión en el objeto del contrato.

No deja de causar extrañeza que desde la publicación de la licitación realizada el 22 de abril de 2021, haya transcurrido más de 8 meses para que el técnico municipal se percatara de la no inclusión del mantenimiento de la plaza de toros y otras instalaciones para emitir con fecha 16 de diciembre su informe al respecto. A este sentido, como señala el recurrente, circunstancia no desmentida por el órgano de contratación, la Plaza de Toros “Félix Colomo” es una concesión la cual fue rescatada por el Ayuntamiento de Navalcarnero, en fecha 12 de junio de 2017, por lo que ya contaban con dichas instalaciones. Consecuentemente, el Ayuntamiento, como órgano de contratación diligente, debería haber previsto la incorporación de dicha instalación en el momento de preparación del contrato y en caso de no hacerlo, podría plantear la realizar una licitación independiente.

Respecto a la justificación basada en la necesidad de aclarar lo indicado en el artículo 2 del contrato sobre la ejecución de reparaciones con coste inferior a 400 euros de forma inmediata, dicha aclaración se refiere al punto 2 del PPT, el cual establece lo siguiente:

“En cualquier caso, el adjudicatario se comprometerá a efectuar el Mantenimiento Preventivo y Correctivo de las Instalaciones que figuran en este apartado, comprendiendo todas aquellas labores de verificación, chequeo y limpieza de la misma, así como el mantenimiento correctivo de la misma conforme a lo dispuesto en la memoria técnica que será aportada en la oferta, si bien si el importe de las reparaciones es inferior a los 400 € (IVA INCLUIDO) para la sustitución de pequeño material, la misma deberá realizarse de forma inmediata por la empresa

mantenedora y previa justificación de la necesidad será abonada por el Ayuntamiento”.

A juicio de este Tribunal, dicha necesidad de aclaración no supone una vulneración del ordenamiento sustancial que imposibilite continuar la licitación del contrato, ya que no es una infracción insubsanable.

Así mismo conviene destacar que, en el caso que nos ocupa, el desistimiento se ha realizado trascurridos varios meses con posterioridad a la apertura de las ofertas de los licitadores, pudiendo conocer, por tanto, la empresa clasificada en primer lugar.

Como señalábamos en nuestra Resolución 1/2018 de 3 de enero *“se han considerado infracciones susceptibles de determinar el desistimiento el error en la calificación del objeto del contrato, la discordancia entre lo que pretendía contratar la entidad convocante y el objeto del contrato según los pliegos, la fórmula consignada en los pliegos que haga imposible la valoración de las ofertas o su omisión, el conocimiento del contenido de la oferta con anterioridad a la apertura de las proposiciones, el modo erróneo de exigir la acreditación de la solvencia, etc... **Cabe también recordar que el desistimiento como apreciación de una vulneración insubsanable de las normas del procedimiento o de los actos preparatorios, supone una decisión extrema de finalizar el procedimiento sin llegar al trámite que ordinariamente pone fin al mismo que es la adjudicación, por ello debe hacerse una interpretación restrictiva de la concurrencia de los supuestos habilitantes.** La gravedad de la infracción debe ser proporcional a la consecuencia que comporta la declaración de desistimiento, siendo preciso tomar en consideración todas las circunstancias concurrentes a fin de ponderar la importancia de los vicios o defectos cometidos determinantes de la insubsanabilidad.”*

La finalización del procedimiento mediante desistimiento cuando se descubre una causa que impide continuar con el mismo, supone rehacer de nuevo los

*documentos en que se cometió la infracción o un nuevo procedimiento, adecuando los trámites omitidos o nulos. **Si el momento temporal de apreciación de la nulidad es el inicial, cuando todavía no se han conocido las ofertas de los licitadores sería admisible una interpretación más “amplia” de lo que ha de entenderse incluido dentro del concepto “infracción insubsanable”, sin embargo cuando el procedimiento ha avanzado llegando incluso a solicitar la justificación de la viabilidad de la oferta de la recurrente incurra en presunción de temeridad, habiendo sido advertidas las presuntas infracciones en un momento inicial del procedimiento (según se indica con el informe Seguridad Interior del Área de Gobierno de Salud, Seguridad y Emergencias de fecha 26 de septiembre de 2017), en el que debió valorarse la decisión de desistimiento procediendo a suspender el mismo sin la apertura de ofertas, la interpretación de la existencia de la infracción ha de ser más restrictiva. Advertir de la existencia de ilegalidades y continuar el procedimiento, es contradictorio con la posterior decisión de apreciar como motivo para finalizar el procedimiento lo antes no valorado como suficiente, para tomar tal decisión.”***

Por tanto, no es suficiente que se produzca un mero cumplimiento formal de las exigencias legales, sino que debe quedar acreditado de manera clara e indubitada que se ha producido una vulneración insubsanable de las normas del procedimiento o de los actos preparatorios, para evita que el desistimiento, con las graves consecuencias que lleva aparejas, tenga un carácter meramente instrumental para encubrir razones de oportunidad que lleven al órgano de contratación a adoptar tal medida.

Por lo anterior, no queda acreditado suficientemente que concurren circunstancias que supongan una vulneración insubsanable de las normas del procedimiento o de los actos preparatorios que den amparo al desistimiento acordado por el órgano de contratación, lo que lleva necesariamente a la estimación del recurso, con retroacción de actuaciones, debiendo concluir la valoración de las

ofertas y continuar el procedimiento de contratación en los términos que legalmente procedan.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.4 de la LCSP 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 recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación la empresa MOMPESA SERVICIOS INTEGRALES, S.L.U” contra el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local, de fecha 12 de enero de 2022, por el que se desiste del procedimiento de adjudicación del contrato del “Servicio de mantenimiento y conservación de las instalaciones de climatización, calefacción y agua caliente sanitaria de los edificios municipales del ayuntamiento de Navalcarnero (Madrid)”, Expediente. Nº 017SER21, con retroacción de actuaciones en los términos recogidos en el Fundamento de Derecho Quinto.

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 58 de la LCSP.

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 59 de la LCSP.