

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

En Madrid, a 10 de noviembre de 2022

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de Ibérica de Mantenimiento, S.A. (en adelante IBERMANSA), contra la resolución de 3 de octubre de 2022 del director gerente por la que se acuerda el desistimiento del procedimiento de licitación del contrato “Servicio de Mantenimiento integral del equipamiento de asistencia respiratoria del Hospital General Universitario Gregorio Marañón”. Expediente A/SER-000026/2022, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid y en el DOUE, con fechas, respectivamente, el 6 y 8 de junio de 2022, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación.

El valor estimado de contrato asciende a 5.737.190,11 euros y un plazo de ejecución de 12 meses.

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

La mesa de contratación en su sesión de 4 de agosto de 2022 procede a la apertura del sobre 3 que contiene los criterios de adjudicación valorable mediante fórmulas. Previamente a la apertura de las ofertas económicas y criterios automáticos de adjudicación, la Mesa procede a la lectura del informe de los criterios cuya adjudicación dependa de un juicio de valor presentada por las empresas licitadoras.

Con fecha 22 de septiembre de 2022, el órgano promotor comunica que el estudio de costes que ha servido de documento preparatorio del contrato adolece de defectos graves.

Con fecha 4 de octubre de 2022, se publicó en el Portal de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid la Resolución del Director Gerente del Hospital General Universitario “Gregorio Marañón”, de fecha 3 de octubre por la que se desiste del procedimiento.

Tercero.- El 25 de octubre de 2022, tuvo entrada en el registro de este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de IBERMANSA contra la resolución de 4 de octubre de 2022 del Director Gerente del Hospital Gregorio Marañón por la que se acuerda el desistimiento del procedimiento de licitación del contrato de referencia.

Cuarto.- Con fecha 7 de noviembre de 2022, fue enviado por el órgano de contratación el expediente de contratación y el informe correspondiente, oponiéndose a la estimación 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 46.1 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 participante en la licitación *“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 4 de octubre de 2022, presentando el recurso el 25 del mismo mes, por lo que se encuentra dentro del plazo de 15 días previsto por la LCSP.

Quinto.- Respecto al fondo del asunto el recurrente sostiene que nos encontramos ante una resolución de desistimiento contraria a derecho por vulnerar el artículo 152 LCSP.

A este respecto, considera como fundamento del recurso que el desistimiento es una medida absolutamente excepcional en el campo de las licitaciones públicas, que el momento en el que se produce el desistimiento es muy próximo a la adjudicación, que se han superado de forma satisfactoria todas las fases previas a la adjudicación del contrato, que se ha producido desistimiento masivo en tres expedientes completamente diferentes y que no existe interés público en el que fundamentar el desistimiento.

Considera que únicamente podrá la Administración desistir del contrato cuando razones de interés público así lo aconsejen, de manera que, no se configura como una opción de libre utilización por el Órgano de Contratación, 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. Circunstancias excepcionales y tasadas son las únicas que puedan dar lugar a desistir de una licitación abierta, todo ello, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 152 de la LCSP.

A su juicio, la resolución de desistimiento no está fundada en una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación ni se cumplen los requisitos de motivación.

A este respecto, señala que el motivo de desistimiento consta en la Resolución del Órgano de Contratación por la que se desiste del procedimiento indicando que se encuentra motivado por: *“(...) una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato, y que se concreta:*

Cálculo del valor estimado del contrato, al no haber una correspondencia real y adecuada entre este y los precios del mercado. Verificados estos se ha observado

que el precitado valor se encuentra sensiblemente por encima de estos precios, lo que de facto supone una merma de la Hacienda Pública. En el estado actual del procedimiento resulta inviable proceder a su ajuste al haberse cerrado el plazo de presentación de solicitudes, siendo el desistimiento el único mecanismo legalmente reconocido y viable para evitar el perjuicio señalado, al no ser posible el establecimiento de un nuevo precio.”

Como se puede observar, el Órgano de Contratación trata de acogerse de manera literal a uno de los requisitos sustantivos establecidos en el artículo 152 LCSP, que dice que el desistimiento debe estar fundado en una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato e intenta motivarlo en un error de cálculo del valor estimado del contrato, *“al no haber una correspondencia real y adecuada entre este y los precios del mercado”*.

Argumenta que, si damos por hecho que, tal y como exige el apartado 7 del artículo 101 de la LCSP, el Órgano de Contratación realizó la estimación teniendo en cuenta los precios habituales en el mercado, no cabe más que preguntarse en qué fundamenta realmente la falta de *“correspondencia real y adecuada entre este [el valor estimado] y los precios del mercado”*.

Por otro lado, alega que se han vulnerado los derechos e intereses de los licitadores participantes en la licitación, al tomar la decisión de desistir del procedimiento nada menos que con las ofertas de los licitadores abiertas, leídas y analizadas por parte del Órgano de Contratación. Dejando así al descubierto, el know how de las compañías, así como sus legítimas destrezas para concursar con éxito con base en su experiencia y en la formación y especialización de sus técnicos, y todo ello sin ningún tipo de propósito, puesto que el objeto para el que los licitadores realizaron sus ofertas ha desaparecido de repente y sin ningún motivo justificado con el desistimiento.

Por otro lado, resalta el hecho de que se ha llevado a cabo de forma satisfactoria todas las fases previas preparatorias del procedimiento de licitación: nos referimos a la intervención pública con la elaboración de la memoria de insuficiencia de medios, la elaboración de la memoria de necesidades, la elaboración de la memoria económica, aprobación presupuestaria, ejecución presupuestaria, etc.

Finalmente alega que no existe interés público en el que fundamentar el desistimiento y se ha producido indefensión de los licitadores e inseguridad jurídica, con una posible vulneración posterior de la confidencialidad de las ofertas.

Por su parte, el órgano de contratación alega, en relación a la demora en ser conecedor del error de cálculo de los costes económicos, que una vez abiertas las ofertas económicas de todas las empresas llamó poderosamente la atención que hubiera varias ofertas económicas que coincidían con el límite máximo establecido en pliegos para considerar que una oferta económica se encontraba en presunción de anormalidad y el resto de ofertas económicas que no coincidían con el referido límite se encontraban muy cercanas al mismo, en conjunción con ofertas técnicas, todas ellas, muy buenas, que incluían muchas mejoras respecto a los mínimos exigidos. Precisa que la experiencia de ese organismo en las licitaciones de expedientes similares determina que los precios ofertados por todas las casas comerciales raramente se acercan tanto a los umbrales establecidos para las bajas anormales y todo ello sumado a las excelentes ofertas técnicas hizo intuir a los propios técnicos que podían existir errores a la hora de realizar los cálculos de costes. Es por ello y no por ninguna otra razón que los técnicos revisaron los estudios de cálculos de costes que luego determinan la configuración del valor estimado del contrato, el precio del contrato y el presupuesto base de licitación.

Una vez revisado el estudio de costes para la contratación del servicio de mantenimiento integral del equipamiento radiológico del Hospital General

Universitario Gregorio Marañón, el informe técnico de 22 de septiembre de 2022 que sirvió de base para la resolución impugnada indica lo siguiente:

- Respecto a los costes de personal, señala que el estudio de costes de personal valorado inicialmente incluía una valoración de guardias e incentivos para todo el personal incluido (responsable, técnicos de mantenimiento y un administrativo). En este estudio se valoraron horas de guardia localizada para el responsable y horas extras para el administrativo (incentivos). Revisado el pliego de prescripciones técnicas se comprobó que las guardias localizadas del responsable y las horas extras del administrativo no se habían establecido como requerimiento por lo que se apreció error material. El coste de personal calculado erróneamente fue de 314.025,00 euros, siendo el coste real de 240.092,35 euros.

-Respecto a los costes materiales, se adjunta el desglose de los costes de los materiales de mantenimiento correctivo extraídos del software de gestión de mantenimiento donde se comprueba que el importe no coincide con el publicado. Se adjunta también desglose de costes de materiales preventivos estimados.

Los costes de materiales de preventivo se han estimado teniendo en cuenta la periodicidad de cambio de repuestos y tomando el precio medio del repuesto.

Anexo Coste de materiales correctivo: 65.594,58 euros IVA INCLUIDO.

Anexo Coste de materiales preventivo: 170.418,06 euros IVA INCLUIDO.

El importe de coste de materiales con IVA asciende a 236.012,64 euros.

El importe de coste de materiales sin IVA asciende a 195.051,77 euros.

El coste de material calculado erróneamente fue de 262.130,98 euros, siendo el coste real de 195.051,77 euros.

-Respecto a coste de subcontrataciones (15%), en este apartado se incluyeron los costes de subcontrataciones de los servicios de asistencia técnica de empresas externas y/o fabricantes de algunos equipos incluidos en contrato. El importe de coste de subcontrataciones asciende a 275.826,45 euros IVA incluido. En el estudio económico se publicó este importe y se comprobó que el IVA ya estaba incluido, es

decir, se duplicó el IVA. El coste de subcontrataciones calculado erróneamente fue de 275.826,45 euros, siendo el coste real de 227.955,74 euros.

-El apartado otros costes el cálculo erróneo fue de 75.165,29 euros, siendo el coste real de 44.935,30 euros.

Concluye señalando que las citadas desviaciones suponen una sobrevaloración del 31% sobre el coste real.

Una vez expuestas las alegaciones de las partes, procede traer a colación 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

conurrencia 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”.

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.

Vista la normativa prevista en la LCSP y las alegaciones de las partes, procede traer a colación la doctrina del TACRC respecto al desistimiento, 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”.

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 caso que nos ocupa, el órgano de contratación fundamenta el motivo del desistimiento en el cálculo erróneo del valor estimado del contrato, al no haber una correspondencia real y adecuada entre este y los precios del mercado, computando un sobrecoste del 43%. La recurrente no entra a valorar la idoneidad de los costes del presupuesto de licitación en relación a los precios de mercado, limitándose a fundamenta el recurso en que formalmente no se dan las exigencias legales del artículo 152 de la LCSP.

La motivación del acto recurrido, si bien es sucinta, puede considerarse suficiente para justificar los motivos del desistimiento

El artículo 100 de la LCSP establece respecto a la elaboración del presupuesto base de licitación, en su apartado 2 *“En el momento de elaborarlo, los órganos de contratación cuidarán de que el presupuesto base de licitación sea adecuado a los precios del mercado. A tal efecto, el presupuesto base de licitación se desglosará indicando en el pliego de cláusulas administrativas particulares o documento regulador de la licitación los costes directos e indirectos y otros eventuales gastos calculados para su determinación”*.

El artículo 102.3 de la LCSP establece *“Los órganos de contratación cuidarán de que el precio sea adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato mediante la correcta estimación de su importe, atendiendo al precio general de mercado, en el*

momento de fijar el presupuesto base de licitación y la aplicación, en su caso, de las normas sobre ofertas con valores anormales o desproporcionados”.

Respecto del error en la determinación del presupuesto base de licitación y del valor estimado que se configura como fundamento del acto de la administración objeto de recurso, cabe citar la Resolución del TACRC nº 1371/2019, de 25 de noviembre, en la que se declara válido el desistimiento acordado por el órgano de contratación al considerar que ha existido un error en el cálculo de los costes salariales que determina un presupuesto base de licitación.

El error en el cálculo del presupuesto base de licitación lleva aparejado un sobrecoste presupuestario incompatible con los principios estabilidad presupuestaria y control del gasto y una eficiente utilización de los fondos públicos recogidos en el artículo 1 de la LCSP y de eficiencia en la contratación recogido en su artículo 28.

Por otro lado, no cabe duda, que la determinación del presupuesto base de licitación y del valor estimado de los contratos, recogido en el artículo 100 y 101 de la LCSP, se encuentra dentro de las normas de preparación de los contratos, en los términos que exige el artículo 152 de la LCSP. 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 tales normas.

Por todo ello, el recurso debe ser desestimado.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.1 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.- Desestimar recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de Ibérica de Mantenimiento, S.A., contra la resolución de 3 de octubre de 2022, del director gerente por la que se acuerda el desistimiento del procedimiento de licitación del contrato “Servicio de mantenimiento integral del equipamiento de asistencia respiratoria del Hospital General Universitario Gregorio Marañón”. Expediente A/SER-000026/2022.

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.