Reclamación nº 474/2021

Resolución nº 489/2021

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

En Madrid, a 21 de octubre de 2021.

VISTA la reclamación especial en materia de contratación interpuesta por la representación legal de Altech Solutions and Consulting, S.L., contra el acuerdo de Canal de Isabel II de fecha 6 de septiembre de 2021, por el que se desiste de la adjudicación del contrato de suministro "Fabricación y suministro de equipos Teseo para la adquisición y transmisión de datos, vía gprs y trunking digital (TETRA)", número de expediente 13/2020, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados en el DOUE en fecha 6 de julio de 2021 y en el perfil de contratante de Canal de Isabel II, S.A. un día antes, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con un único criterio de adjudicación y sin división en lotes.

El valor estimado de contrato asciende a 1.128.000,00 euros y su plazo de duración será de 48 meses.

Plaza de Chamberí, 8; 5ª planta
28010 Madrid
Tel. 91 720 63 46 y 91 720 63 45
e-mail: tribunal.contratacion@madrid.org

A la presente licitación se presentaron dos licitadores, entre ellos el recurrente.

Segundo.- Antecedentes

En fecha 6 de julio de 2021 se publicó la convocatoria del procedimiento para la ***"Fabricación y suministro de equipos Teseo para la adquisición y transmisión de datos, vía gprs y trunking digital (TETRA)"*** (expte. 13/2020) en el Diario Oficial de la Unión Europea, el 5 de julio de 2021 en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid y en la Plataforma de Licitación Electrónica de Canal de Isabel II, S.A.

La convocatoria del procedimiento no se publicó en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid.

El plazo de recepción de ofertas finalizó el 5 de agosto de 2021, habiendo presentado oferta dos licitadores: Synergia Instalaciones, S.L. y la propia reclamante.

La Mesa de contratación celebrada el 24 de agosto de 2021 examina y califica la documentación contenida en los sobres nº 1 de las ofertas presentadas por las empresas licitadoras, de conformidad con el informe de cumplimiento de especificaciones técnicas de fecha 11 de agosto de 2021 suscrito por el Coordinador de Automatización e Instrumentación, la Mesa de contratación acordó por unanimidad no tomar en consideración en el presente procedimiento de licitación la oferta del licitador Synergia Instalaciones, S.L., por no acreditar el cumplimiento de todos y cada uno de los requisitos de especificaciones técnicas exigidos en el apartado 6 del Anexo I del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante PCAP).

En cuanto a la reclamante, la Mesa de contratación comprobó que había presentado la documentación contenida en el sobre nº 1 en los términos

Plaza de Chamberí, 8; 5ª planta
28010 Madrid
Tel. 91 720 63 46 y 91 720 63 45
e-mail: tribunal.contratacion@madrid.org

establecidos en el PCAP, por lo que dicha oferta fue tomada en consideración y admitida para la fase de apertura del sobre nº 3 que contiene la proposición económica.

Con fecha 25 de agosto de 2021 se procedió a la apertura pública del sobre nº 3 y a dar lectura de la proposición económica presentada por la reclamante, que como se ha referido fue la única empresa admitida en el procedimiento de licitación.

La Mesa de contratación en su sesión de 2 de septiembre de 2021 acuerda proponer el desistimiento del procedimiento de licitación, al haberse incurrido, por un error administrativo, en una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato al no haberse publicado la convocatoria de licitación en el BOCM.

Con fecha 6 de septiembre de 2021, y de conformidad con la propuesta de la Mesa de contratación, el órgano de contratación de Canal de Isabel II, S.A. acordó el desistimiento del procedimiento de licitación 13/2020, notificándose al recurrente el 14 de septiembre de 2021.

Tercero.- El 14 de septiembre de 2021 tuvo entrada en este Tribunal la reclamación especial en materia de contratación, formulada por la representación de Altech Solutions and Consulting, S.L., en el que solicita la anulación del desistimiento del procedimiento de contratación y en consecuencia se proceda a acordar la adjudicación a su favor, previa presentación de la documentación pertinente.

El 11 de octubre de 2021 el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere 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

Plaza de Chamberí, 8; 5ª planta
28010 Madrid
Tel. 91 720 63 46 y 91 720 63 45
e-mail: tribunal.contratacion@madrid.org

Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP).

Cuarto.- 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.- En cuanto al régimen jurídico aplicable al contrato, tiene carácter privado y está sujeto al Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales (en adelante RDLCSE).

El artículo 121.1 del RDLCSE establece, en cuanto al régimen jurídico de la reclamación, que le serán de aplicación a las reclamaciones que se interpongan ante los órganos mencionados en el artículo anterior contra alguno de los actos a que se refiere el artículo 119, las disposiciones de la LCSP que regulan el recurso especial en materia de contratación, incluido el artículo 49 relativo a la adopción de medidas cautelares, con determinadas especialidades.

Por tanto, de conformidad con lo establecido en el artículo 120 del RDLCSE, en relación con 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, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver la Reclamación planteada.

Plaza de Chamberí, 8; 5ª planta
28010 Madrid
Tel. 91 720 63 46 y 91 720 63 45
e-mail: tribunal.contratacion@madrid.org

Segundo.- La reclamación ha sido interpuesta por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica segunda, *"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"*, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP, a la que se remite el artículo 121 del RDLCSE.

Asimismo, se acredita la representación de la firmante de la reclamación.

Tercero.- El acto objeto de reclamación, corresponde a un contrato de suministros sujeto al RDLCSE al superar los umbrales establecidos en su artículo 1.b) 428.000 euros en los contratos de suministros y servicios.

Cuarto.- La reclamación se ha interpuesto en tiempo y forma al haberse presentado ante el Tribunal el 4 de octubre de 2021, contra el acuerdo de desistimiento acordado el 6 de septiembre de 2021 y notificado el 14 de septiembre de 2021, por lo tanto dentro del plazo de 15 días hábiles previsto en el artículo 50.1.d) de la LCSP.

Quinto.- En cuanto a la pretensión planteada por el recurrente, consistente en la anulación de la Resolución de desistimiento, conviene recordar previamente que el artículo 152 de la LCSP regula el supuestos de desistimiento del procedimiento de adjudicación por la Administración en los siguientes términos *"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. (…) Solo podrá adoptarse la decisión de no adjudicar o celebrar el contrato por razones de interés público debidamente justificadas en el expediente. (…) 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*

Plaza de Chamberí, 8; 5ª planta
28010 Madrid
Tel. 91 720 63 46 y 91 720 63 45
e-mail: tribunal.contratacion@madrid.org

concurrencia de la causa. El desistimiento no impedirá la iniciación inmediata de un nuevo procedimiento de licitación".

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 acudirse 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 152 LCSP) *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.*

Plaza de Chamberí, 8; 5ª planta
28010 Madrid
Tel. 91 720 63 46 y 91 720 63 45
e-mail: tribunal.contratacion@madrid.org

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.
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.

Pasamos a analizar cada uno de los requisitos exigidos en el artículo 152 que fundamentar la decisión de no adjudicar un contrato.

Límite temporal, el desistimiento ha de ser previo a la adjudicación o a la formalización del contrato. Este primer requisito se cumple en este caso.

La primera cuestión a delimitar es el propio concepto de *"infracción no subsanable".* Al efecto se ha pronunciado el Informe 15/2009, de 3 de noviembre, de la Comisión Consultiva de Contratación Administrativa de Andalucía, "*sobre diversos cuestiones relativas a actuaciones de las Mesas de contratación. Desistimiento: infracción no subsanable*", en el cual se concluye que *"Las*

Plaza de Chamberí, 8; 5ª planta
28010 Madrid
Tel. 91 720 63 46 y 91 720 63 45
e-mail: tribunal.contratacion@madrid.org

infracciones no subsanables a que se refiere el artículo 139.4 de la LCSP (hoy 152 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".

Como infracciones susceptibles de determinar el desistimiento se han considerado, el error en la calificación del objeto del contrato; la discordancia entre lo que pretendía contratar la administración 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 si hubiera un solo licitador; el modo erróneo de exigir la acreditación de la solvencia; etc. En principio de acuerdo con lo anterior la Resolución recurrida se funda en la ambigüedad, falta de concreción y límites en la redacción de las mejoras referentes a la calidad, que imposibilita aplicar adecuadamente las fórmulas y pone en riesgo el principio de trato igualitario a todos los licitadores.

Plaza de Chamberí, 8; 5ª planta
28010 Madrid
Tel. 91 720 63 46 y 91 720 63 45
e-mail: tribunal.contratacion@madrid.org

Cabe también señalar 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 la clasificación de las ofertas, habiendo sido advertidas las presuntas infracciones en un momento inicial del procedimiento, 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 incongruencia en las ofertas y continuar el procedimiento, como ocurre en este caso, es contradictorio con la posterior decisión de apreciar como motivo para finalizar el procedimiento lo antes no valorado como suficiente, para tomar tal decisión.

En el presente caso la vulneración de la legalidad se basa en la ausencia de publicación del anuncio de licitación en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid. Esta apreciación se efectúa por la Mesa de contratación cuando ya

Plaza de Chamberí, 8; 5ª planta
28010 Madrid
Tel. 91 720 63 46 y 91 720 63 45
e-mail: tribunal.contratacion@madrid.org

conocen que la licitación ha quedado reducida a una propuesta así como la oferta económica efectuada por esta.

En primer lugar debemos destacar que la publicidad de las licitaciones se encuentra establecida en el art. 78 del RDLCSE:

"Artículo 78. Anuncios de licitación.

1. Los anuncios a que se refiere este artículo se publicarán en el «Diario Oficial de la Unión Europea», de conformidad con lo dispuesto en el artículo 80 y en el perfil de contratante de la entidad contratante.

2. Los anuncios de licitación deberán contener la información establecida en la parte correspondiente del anexo VII y, si procede, cualquier otra información que la entidad contratante considere conveniente, con arreglo al formato de los formularios normalizados".

Comprobamos que en ningún momento se establece otro tipo de medio de publicidad distinto al DOUE y el perfil de contratante.

Opone el órgano de contratación que el Reglamento General de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid (en adelante RGCPCM) en su artículo 10 exige la publicación de las licitaciones en su Boletín Oficial.

Manifiesta que lo que pretende este cuerpo legal y en concreto este precepto es: "*La finalidad del artículo 10 del RGCPCM es que todas las licitaciones que deban publicarse en diarios o boletines oficiales conforme a la normativa de contratación pública sean publicadas también en el B.O.C.M. con independencia de la naturaleza jurídica del organismo que las celebre".*

Por último invoca una Instrucción del Director General de Contratación y Patrimonio donde se establece que será preceptiva la publicación de las licitaciones en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid.

Plaza de Chamberí, 8; 5ª planta
28010 Madrid
Tel. 91 720 63 46 y 91 720 63 45
e-mail: tribunal.contratacion@madrid.org

Este Tribunal comprueba que el RCPCM en su artículo 1.3 reserva su aplicación a las empresas públicas a los preceptos que específicamente afecten al mismo. No considerando que el artículo 10 sea uno de esos preceptos.

Pero a mayor abundamiento la falta de publicidad en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid, en ningún caso puede ser causa de nulidad del procedimiento y menos aun basándolo en una instrucción del Director General de Contratación y Patrimonio y Tesorería de la Comunidad de Madrid de 13 de septiembre de 2017, realizada con motivo de la entrada en vigor de la LCSP, que refiere lo siguiente: *"Asimismo, los anuncios que deban publicarse en diarios o boletines oficiales seguirán publicándose también en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid (BOCM)."*

No considerando preceptiva en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid la convocatoria de la licitación, en aplicación directa y estricta del artículo 78 del RDLCSE y considerando los graves daños que pueden producirse al recurrente al haber hecho pública su oferta, lo que le lleva a una posición de desventaja en una próxima convocatoria de esta licitación conllevan a la estimación de este recurso y en consecuencia la anulación del acuerdo de desistimiento y la retroacción de actuaciones hasta el momento anterior a adopción, prosiguiendo el procedimiento de licitación como procede.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 120 del RDLCSE en relación al 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.- Estimar la reclamación en materia de contratación interpuesta por la representación legal de Altech Solutions and Consulting S.L., contra el acuerdo

Plaza de Chamberí, 8; 5ª planta
28010 Madrid
Tel. 91 720 63 46 y 91 720 63 45
e-mail: tribunal.contratacion@madrid.org

de Canal de Isabel II de fecha 6 de septiembre de 2021, por el que se desiste de la adjudicación del contrato de suministro "*Fabricación y suministro de equipos Teseo para la adquisición y transmisión de datos, vía gprs y trunking digital (TETRA)*" número de expediente 13/2020, anulando el acuerdo de desistimiento y ordenando la continuación del procedimiento de adjudicación de este contrato.

Segundo.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición de la reclamación 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.

Plaza de Chamberí, 8; 5ª planta
28010 Madrid
Tel. 91 720 63 46 y 91 720 63 45
e-mail: tribunal.contratacion@madrid.org