

Recurso nº 151/2015

Resolución nº 162/2015

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

En Madrid, a 7 de octubre de 2015.

**VISTO** el recurso interpuesto don M.C.A., en nombre y representación de Ferrovial Servicios, S.A. y doña M.M.A., en nombre y representación de Telematic & Biomedical Services, S.L., contra la Resolución del órgano de contratación de la Empresa Pública Hospital de Vallecas, por la que se renuncia a la celebración del contrato de servicios de “Mantenimiento de equipos de electromedicina de los Hospitales Universitarios: Infanta Leonor, Infanta Sofía, del Sureste, del Henares, Infanta Cristina y del Tajo”, número de expediente: 1/2015, este Tribunal ha adoptado la siguiente

### RESOLUCIÓN

#### ANTECEDENTES DE HECHO

**Primero.-** Mediante Resolución de 20 de marzo de 2015 fue convocada la licitación del contrato de servicios de “Mantenimiento de equipos de electromedicina de los Hospitales Universitarios: Infanta Leonor, Infanta Sofía, Sureste, del Henares, Infanta Cristina y del Tajo”, mediante procedimiento abierto y pluralidad de criterios de adjudicación. El anuncio de licitación fue publicado en el DOUE el día 1 de abril de 2015, en el BOE el día 31 de marzo, en el BOCM y en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid el día 1 de abril. El presupuesto

de licitación asciende a 1.528.264 euros y el plazo de ejecución 12 meses prorrogable por otros 12. El valor estimado asciende a 3.209.354,40 euros.

**Segundo.-** El 26 de mayo de 2015, las mismas recurrentes interpusieron recurso especial contra el acto de exclusión. Dicho recurso fue estimado mediante Resolución 88/2015, de 12 de junio, declarando la nulidad de la adjudicación, de la exclusión de las recurrentes y acordando retrotraer el procedimiento al momento de la exclusión, debiendo continuarse admitiendo a las mismas.

Mediante Resolución de 19 de junio de 2015, se acuerda el desistimiento del procedimiento, que fue notificado a las empresas concurrentes al procedimiento, con fecha 29 de junio de 2015. Contra la referida Resolución se interpuso recurso el 16 de julio de 2015.

El 29 de julio de 2015 se dicta la Resolución 117/2015, en virtud de la cual se anula el desistimiento y se ordena continuar el procedimiento de contratación de conformidad con lo previsto en la Resolución 88/2015, debiendo procederse a la apertura de su oferta y, en su caso, a la adjudicación del contrato a la mejor oferta de conformidad con los criterios de adjudicación establecidos en los pliegos.

Mediante resolución de la Directora Gerente de fecha 3 de septiembre de 2015, se acuerda la renuncia a la celebración del contrato lo que fue notificado a las empresas concurrentes el 4 de septiembre de 2015.

Se motiva la decisión por haber aparecido circunstancias nuevas no contempladas en el expediente según el informe y propuesta del Director de Gestión Económica y Financiera. Dos han sido los motivos señalados en la Resolución de renuncia como causa de la misma:

1) No se contemplaron en el expediente equipos de electromedicina por causas ajenas a la voluntad del órgano de contratación, cuyo importe ascendería a 30.260 euros al año.

Según el informe del Director de Gestión Económica y Financiera, el expediente se convocó con un presupuesto de licitación de 1.528.264 euros para los hospitales incluidos en el mismo y no se recogieron determinados equipos que sí están incluidos en el inventario lo cual fue puesto de manifiesto verbalmente por el representante de la intervención en la Mesa celebrada el 26 de mayo.

Se argumenta que *“El Incremento de equipos de electromedicina para su inclusión de acuerdo con los Inventarios de los distintos centros hospitalarios se estima en torno a un 2%, cuyo coste de mantenimiento a precios de mercado, se estima ascendería, a un mínimo de 30.260 euros/año y respecto de los cuales sería necesario tramitar un nuevo expediente de contratación.”*

2) No se incluyeron los contratos en vigor del Hospital Universitario de Fuenlabrada y Hospital Virgen de la Torre, cuya adjudicación actual asciende a la cantidad de 351.239,67 euros y 243.986,67 euros respectivamente y realizando una nueva contratación aglutinadora supondría un ahorro mínimo estimado de 176.000 euros al año.

Al respecto se argumenta que el Hospital de Vallecas tiene encomendada la gestión de la contratación administrativa de bienes y servicios de los hospitales incluidos en el objeto del contrato, así como del Hospital de Fuenlabrada y la gestión del Hospital Virgen de la Torre y los Centros de especialidades a él adscritos, por lo que al estar próximos los vencimientos de estos dos últimos podría realizarse una nueva convocatoria que unificara todos los contratos al ser el mismo órgano de contratación.

Renunciando a la contratación convocada y procediendo a la unificación se aprovecharían las sinergias que se producen como consecuencia de las economías de escala derivadas de la misma, teniendo en cuenta además el escenario de déficit presupuestario que se sitúa en torno a un 15% en el último ejercicio.

El informe del Director de Gestión Económica y Financiera hace una valoración del ahorro que podría suponer la unificación de los contratos de los 6 hospitales incluidos y los dos nuevos. Estima que se podría calcular en un 30% el importe de los materiales de repuesto frente a un 70% de la mano de obra y se podrían obtener descuentos del 17,5 % de media para los dos nuevos hospitales a incluir en el contrato, lo que supone 31.249,38 euros. Por otra parte, los otros 6 hospitales podrían obtener descuentos del 10% en los costes de material que asciende a 77.079 euros. El control centralizado supondría prescindir de dos de los tres gestores del contrato y ahorros en costes en técnicos especialistas lo que podría alcanzar los 38.040 euros. Añade que la centralización de medios logísticos supondrá el ahorro de dos vehículos para el traslado de los técnicos, combustible, repuestos, herramientas y equipos de verificación, licencias informáticas, equipos de sustitución, etc., que se estiman en 61.000 euros. Teniendo en cuenta todos esos datos considera que unificando los contratos de mantenimiento de los ocho hospitales se podría obtener un ahorro que estaría en torno a los 176.000 euros.

**Tercero.-** El 22 de septiembre de 2015 tuvo entrada en este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Ferrovial Servicios, S.A. y Telematic & Biomedical Services, S.L., en el que solicitan que se declare nula la Resolución de renuncia y se acuerde continuar el procedimiento de contratación retrotrayendo el expediente al momento en que debió ser admitida su oferta, se proceda a la apertura de la misma y se adjudique el contrato a la mejor oferta de conformidad con los criterios de adjudicación establecidos en los pliegos.

El recurso alega inexistencia de interés público que sustente la renuncia a la celebración del contrato. En primer lugar expresa su malestar por lo que considera negativa del órgano de contratación a dar fiel cumplimiento a las Resoluciones dictadas por este Tribunal en cuanto anulaba, primero su exclusión y el desistimiento después.

Considera que la renuncia es una potestad reglada, que no prerrogativa, con que cuenta la Administración para dejar sin efecto el procedimiento convocado por meras razones de oportunidad o conveniencia de interés público y que las razones alegadas para sostener la renuncia no pueden ser consideradas como nuevas necesidades o circunstancias no previstas en el expediente.

En cuanto a la necesidad perentoria de actualizar los equipos de electromedicina que no fueron incorporados en el inventario contenido en el Pliego niega que se fundamente en el informe del representante de la Intervención en la Mesa de contratación y hace hincapié en que el incremento de equipos de electromedicina no supone una nueva situación o causa sobrevenida, puesto que el Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante, PPT) ya establecía que el inventario es orientativo y no exhaustivo, señalando al efecto:

*“Para facilitar esta labor se incluye en este pliego el inventario de partida a título orientativo, no exhaustivo y sujeto a comprobación por parte del adjudicatario durante la fase de puesta en marcha del servicio.*

*Una vez actualizado y finalizado el inventario inicial, éste se registrará en el Sistema de Información para la Gestión del Mantenimiento dentro del plazo máximo establecido en el párrafo anterior y servirá de base para la planificación de tareas y procedimientos de mantenimiento y, en particular, del mantenimiento preventivo y de las actividades que alrededor del mismo se desarrollan. Se planificarán igualmente las necesidades para una efectiva gestión de stock de consumibles por parte del adjudicatario y piezas de repuesto así como para un control de tareas del mantenimiento correctivo y técnico legal adecuado.”*

Argumenta que según el PPT, el adjudicatario dispone de un plazo de 3 meses para actualizar los inventarios incluidos en el expediente. De la lectura del PPT se infiere que el órgano de contratación era perfectamente consciente de que podría existir esa “actualización” en el inventario, sin que dicha situación pudiera dar lugar a la tramitación de un nuevo expediente de contratación como sugiere en la Resolución recurrida.

Destaca que se trata de una práctica habitual en licitaciones de la Comunidad de Madrid, donde los pliegos describen la misma situación respecto al Inventario de los equipos, de forma que el PPT establece una “definición no exhaustiva de los inventarios”.

En cuanto al motivo “*No se incluyeron los contratos en vigor del Hospital Universitario de Fuenlabrada y Hospital Virgen de la Torre*”, alega en el recurso que la renuncia en lugar de suponer un ahorro de 176.000 euros/año como sugiere el órgano de contratación, está suponiendo un incremento de costes de 641.450,89 euros/año (IVA Incluido). Esto es debido a que la empresa Iberman, actual adjudicataria, sigue prestando el servicio en los términos acordados en el expediente anterior, siendo las condiciones económicas pactadas en dicho expediente más onerosas desde un punto de vista estrictamente económico que las contempladas en el expediente 1/2015. A tal efecto, el cálculo del sobrecoste que está suponiendo la renuncia al contrato por parte del órgano de contratación pone de manifiesto una gestión ineficiente y deficitaria, alejada de los objetivos presupuestarios que predica: proporcionalidad, eficiencia y menor coste posible para la Administración Pública, sin tener en cuenta que el “ahorro” sugerido por el Organismo no sería automático puesto que habría que esperar a la finalización de los contratos.

Según argumenta el mantenimiento actualmente contratado asciende a 2.490.650,33 euros IVA incluido (996.650 de adjudicación, más 385.000 del contrato adicional para mantenimiento de endoscopios flexibles digestivos, más 1.109.000 de recambios). Siendo el tipo de licitación del nuevo contrato de 1.849.199,44 euros IVA incluido (incluyendo mantenimiento de endoscopios flexibles digestivos), la diferencia económica sería de 641.450,89 euros al año, IVA incluido.

Por tanto, considera que la decisión que adopta el Organismo renunciando al contrato por un supuesto ahorro al proceder a convocar un nuevo procedimiento de licitación incluyendo a los dos hospitales no supone un ahorro de 146.000 euros

(IVA incluido) sino más bien todo lo contrario ya que dicha dilación conlleva para el erario público un sobrecoste de 641.450.89 al año (IVA incluido), a lo que habría que adicionar el importe resultante de la compensación económica reconocida, pendiente de cuantificar, a los licitadores como consecuencia de la renuncia del contrato.

Señala que la imperiosa necesidad de incluir los citados 2 Hospitales en un nuevo expediente de contratación no constituyen en modo alguno causa sobrevenida que justifique la renuncia del expediente 1/2015, puesto que la Empresa Pública ya disponía de esa información al inicio del expediente de contratación.

Indica que en el histórico de expedientes publicados, tanto de los 6 hospitales incluidos en el expediente 1/2015 como del Hospital Universitario de Fuenlabrada y del Hospital Virgen de la Torre, no encuentra en ningún caso un expediente único como el que ahora se propone por la administración actuante. Por un lado, se licitaban los 6 hospitales, y por otro, de manera independiente el Hospital de Fuenlabrada y el de Virgen de la Torre. Por tanto, es evidente que no concurren en el caso que nos ocupa “causas nuevas ni sobrevenidas”, pudiendo haberse previsto dicha situación con anterioridad a la aprobación del gasto de este expediente 1/2015.

En ningún momento de la tramitación del procedimiento, inclusive la fase preparatoria, se hace mención alguna a la necesidad urgente e imperiosa de incorporar estos 2 hospitales gestionados ya en ese momento por la misma Empresa Pública, ni de aprovechar las sinergias que podrían derivarse de la unión de sendos expedientes. En este supuesto, el órgano de contratación no ha acreditado que las circunstancias alegadas se correspondan con causas sobrevenidas que no eran conocidas con carácter previo a la presente licitación.

Como segundo motivo de recurso se alega desviación de poder, fraude de ley, arbitrariedad e infracción del principio de confianza legítima.

**Cuarto.-** El 25 de septiembre el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el correspondiente informe a que se refiere el artículo 46.2 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).

Defiende la Resolución de renuncia impugnada considerando que concurren las causas de interés público que figuran en la citada Resolución.

Afirma que su intención es defender los principios rectores en materia de contratación pública, asegurando en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos destinados a la contratación de servicios como el que nos ocupa, y no ocultar durante un procedimiento de licitación una disfunción en el inventario, que afecta de manera directa a los licitadores y, por tanto, al futuro contratista.

Argumenta que el inventario calificado como orientativo, no permite "ocultar", obligando a que la adjudicataria -a su riesgo y ventura- deba asumir un número de equipos ilimitados a mantener o una disfunción de equipos al alza que el órgano de contratación ya conozca antes de la adjudicación o durante la tramitación del expediente, como aquí sucede. Es orientativo y no exhaustivo, pero porque está sujeto a comprobación en el plazo de 3 meses por el adjudicatario y no amparando una disfunción de inventario ya conocida.

Además, se pretende no contratar algo distinto de lo conocido, lo que conllevaría la imposibilidad de haber calculado adecuadamente el valor estimado del contrato, siendo obligación del órgano de contratación velar porque el precio del contrato sea adecuado para el cumplimiento efectivo del mismo (art. 87 del TRLCSP).

Una cosa es que pueda existir un error humano no conocido o inconsciente por parte del órgano de contratación en la elaboración del inventario y otra muy

distinta que con respecto a un 2% de incremento de equipos de electromedicina conocido y estimado su valor (30.260 euros/año), el órgano de contratación pretenda que vayan a mantenerse gratuitamente por quien resulte adjudicataria.

En relación a los Hospitales Virgen de la Torre y de Fuenlabrada indica el informe del órgano de contratación que no es motivo de renuncia que no se incluyeran los contratos en vigor de ambos hospitales, sino que al estar próximos los vencimientos de sendos contratos, la reunificación en uno solo de todos los Hospitales conllevaría un ahorro mínimo estimado en 176.000 euros al año y un aprovechamiento de las sinergias que se obtendrán a consecuencia de una contratación conjunta, que se traducen en ahorro en compras centralizadas, en gestión de medios y materiales.

**Quinto.-** La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de interesados en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 46.3 del TRLCSP, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones.

Se ha recibido escrito de alegaciones de Ibermansa en el que manifiesta que *“nos atenemos a la resolución que dicte el Tribunal al que respetuosamente nos dirigimos, pues al no haber contado con tiempo suficiente para realizar la solicitud de acceso al expediente, y realizar un estudio de la cuestión que se aborda, es conveniente sin duda, acatar la resolución que justamente decidirá este tribunal.”*

Observa que en el escrito de recurso planteado, que la mercantil recurrente ha utilizado esta vía de recurso, de forma inapropiada para verter indirectamente aseveraciones infundadas y sesgadas, tanto sobre el procedimiento, como del órgano de contratación, y sobre dicha mercantil. Por otra parte no encuentra fundamento que desvirtúe con claridad el acto recurrido.

Finalmente a la vista de que existen manifestaciones en el recurso, que en nada ligan con el que debería de ser el verdadero objeto del recurso, considera que resulta necesaria la imposición de una sanción, en virtud de aplicación del artículo

47.5 del TRLCSP y propone como medios de prueba la testifical de los miembros de la Mesa de contratación, del Jefe de Sección de Servicios técnicos para que el Tribunal pueda cotejar los extremos relativos a la renuncia, su fundamentación y justificación y las valoraciones existentes, si se generasen dudas sobre la misma.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.-** De conformidad con lo establecido en el artículo 41.3 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 personas legitimadas para ello, al tratarse de unas personas jurídicas licitadoras en compromiso de UTE “*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 de los firmantes del recurso.

**Tercero.-** El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues la Resolución impugnada fue adoptada el 3 de septiembre de 2015, practicada la notificación el 4 e interpuesto el recurso el 22 de septiembre, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP.

**Cuarto.-** El recurso se interpuso contra la renuncia 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 la renuncia constituye una forma de terminación del procedimiento de licitación, asimilable a la adjudicación.

El artículo 1, apartado 1, de la Directiva 89/665/CEE, obliga a los Estados miembros a prever procedimientos que permitan recurrir contra las decisiones adoptadas en un procedimiento de adjudicación en la medida en que tales decisiones hayan infringido el Derecho comunitario en materia de contratos públicos o las normas jurídicas por las que se adapta el ordenamiento jurídico interno a este Derecho. De ello se deduce que si una decisión adoptada por una entidad adjudicadora en un procedimiento de adjudicación de un contrato público está sujeta a las normas del Derecho comunitario en materia de contratos públicos y, por lo tanto, puede infringirlas, el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 89/665, exige que tal decisión pueda ser objeto de recurso. Por consiguiente, el acto por el que se cancela una licitación para un contrato público de servicios forma parte de las decisiones con respecto a las cuales, en virtud de la Directiva 89/665, los Estados miembros están obligados a establecer un recurso de anulación.

Así lo argumentó este Tribunal respecto de la renuncia a la celebración de un contrato en la Resolución 17/2011, de 8 de junio, la 107/2014 de 20 de noviembre y la 117/2015, de 29 de julio, sobre el desistimiento.

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 comunitaria (vid. STJCE de 2 de junio de 2005, C-15/04 o la de 18 de junio de 2002, C-92/2000). La Sentencia del Tribunal de Justicia de la unión Europea de 11 de diciembre de 2014, asunto C-440/13, Croce Amica One Italia Srl, argumenta que de conformidad con la jurisprudencia de dicho Tribunal el acuerdo por el que se revoca una licitación forma parte de las *“decisiones adoptadas por los poderes adjudicadores”* con respecto a las cuales los Estados miembros están obligados a prever, en su Derecho nacional, procedimientos de recurso. El órgano jurisdiccional nacional pude ejercer un control sobre la decisión de un poder adjudicador que le permita tener en cuenta la fiabilidad y la conformidad de las ofertas de los licitadores y sustituir con su propia apreciación la evaluación de la entidad adjudicadora relativa a la oportunidad de proceder a revocar la licitación.

**Quinto.-** En cuanto a los medios de prueba propuestos en el escrito de alegaciones por Ibemansa cabe señalar que de acuerdo con lo previsto en el artículo 46.4 del TRLCSP: *“Los hechos relevantes para la decisión del recurso podrán acreditarse por cualquier medio de prueba admisible en Derecho. Cuando los interesados lo soliciten o el órgano encargado de la resolución del recurso no tenga por ciertos los hechos alegados por los interesados o la naturaleza del procedimiento lo exija, podrá acordarse la apertura del período de prueba por plazo de diez días hábiles, a fin de que puedan practicarse cuantas juzgue pertinentes.”*

*El órgano competente para la resolución del recurso podrá rechazar las pruebas propuestas por los interesados cuando sean manifiestamente improcedentes o innecesarias, mediante resolución motivada.”*

Por su parte el artículo 80 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, regula con carácter general para todo procedimiento administrativo la admisión o rechazo de las pruebas propuestas, en los términos que reproduce el TRLCSP.

En cuanto a la delimitación de dicho derecho, las sentencias del Tribunal Constitucional 96/2000, de 10 de abril y 19/2001, de 29 de enero, mantienen que éste, no tiene carácter absoluto o expresado en otros términos, *“(...) no faculta para exigir la admisión judicial de todas las pruebas que puedan proponer las partes, sino que atribuye sólo el derecho a la recepción y práctica de las que sean pertinentes, correspondiendo a los Jueces y Tribunales el examen sobre la legalidad y pertinencia de las pruebas”.*

Debe recordarse que la prueba testifical tiene por objeto que una persona determinada dé cuenta de hechos controvertidos de los que ha tenido conocimiento a efectos de fundamentar la decisión del juzgador.

Este Tribunal considera que la prueba de testigos es innecesaria ya que no hay hechos controvertidos en el procedimiento, figurando los informes y la motivación de la Resolución en el expediente remitido, siendo posible a juicio de

este Tribunal resolver la controversia mediante la prueba documental que consiste en tener en cuenta los documentos obrantes en el expediente administrativo.

Por lo expuesto, el Tribunal considera que la prueba propuesta es innecesaria e improcedente.

**Sexto.-** Por cuanto respecta al fondo del recurso debe indicarse que éste se ha interpuesto contra la renuncia a la celebración de un contrato.

Debemos diferenciar entre la renuncia y el desistimiento como causa de terminación anormal de un procedimiento de adjudicación de contrato, pues en ambos casos se finaliza el procedimiento sin haber seleccionado la oferta más ventajosa, pero son diversos los presupuestos para que se acuerden y sus consecuencias. Mientras la renuncia lo es a la celebración del contrato, el desistimiento tiene por objeto el procedimiento de contratación.

El desistimiento precontractual ha de respetar lo dispuesto en los apartados segundo y cuarto del artículo 155 del TRLCSP y no tiene que fundarse en razones de interés público sino 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.

La facultad de renuncia (que no prerrogativa) se reconoce al órgano de contratación en el artículo 155 del TRLCSP, siempre que la misma obedezca a razones de interés público y se acuerde antes de la adjudicación del contrato, compensando a los licitadores los gastos en que hubieren podido incurrir:

*“2. La renuncia a la celebración del contrato o el desistimiento del procedimiento sólo podrán acordarse por el órgano de contratación antes de la adjudicación. En ambos casos se compensará a los candidatos o licitadores por los gastos en que hubiesen incurrido, en la forma prevista en el anuncio o en el pliego, o de acuerdo con los principios generales que rigen la responsabilidad de la Administración.*

*3. Sólo podrá renunciarse a la celebración del 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 para fundamentar la renuncia”.*

En cuanto a la renuncia conviene recordar que la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de diciembre de 2014, asunto C-440/13, Croce Amica One Italia Srl, argumenta que:

*“29. Una decisión de revocar una licitación para un contrato público debe atenerse a lo dispuesto en los artículos 41, apartado 1, y 43 de la Directiva 2004/18.*

*30. El artículo 41, apartado 1 de la Directiva 2004/18 obliga a informar cuanto antes de una decisión de esa índole a los candidatos y licitadores y a señalar sus motivos, y el artículo 43 de la citada Directiva obliga a mencionar tales motivos en el informe escrito que debe elaborarse en todo contrato público. Pues bien la Directiva 2004/18 no contiene ninguna disposición relativa a los requisitos de fondo o de forma de una decisión de este tipo.*

*31. A este respecto, procede recordar la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, con arreglo a la cual el artículo 8, apartado 2, de la Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, disposición análoga a la del artículo 41, apartado 1, de la Directiva 2004/18, no establece que la renuncia del poder adjudicador a adjudicar un contrato público se limite a casos excepcionales o se base necesariamente en motivos graves (sentencia Fracasso y Leitschutz, C-27/98, EU:C:1999:420, apartados 23 y 25).”*

En consecuencia, no conteniendo la Directiva disposición relativa a los requisitos de una decisión de renuncia hay que estar a lo dispuesto en la legislación nacional. No obstante, el Tribunal de Justicia señala que la exigencia de comunicación de los motivos que subyacen al acuerdo por el que se cancela una licitación obedece al empeño de garantizar un nivel mínimo de transparencia en los procedimientos de contratación y la observancia del principio de igualdad de trato

que constituye la base de dichas normas y advierte que incluso en el caso de que las entidades adjudicadoras gocen, en virtud de las normas nacionales aplicables, de una amplia facultad discrecional en cuanto a la revocación de la licitación, los órganos jurisdiccionales con arreglo a la Directiva 89/665 deben poder comprobar la compatibilidad del acuerdo de cancelación con las normas del Derecho de la Unión. Las razones de la decisión de revocar una licitación pueden estar relacionadas con la apreciación de la oportunidad desde el punto de vista del interés público (i) habida cuenta de la posible modificación del contexto económico o (ii) de las circunstancias de hecho o (iii) incluso de las necesidades de la entidad adjudicadora, (iv) incluso por el nivel insuficiente de competencia debido al hecho de que al finalizar el procedimiento del contrato en cuestión, únicamente queda un licitador idóneo para ejecutar dicho contrato.

El procedimiento de recurso sirve para garantizar las normas del Derecho de la Unión o de las disposiciones nacionales que las transponen y dichos recursos tienen por objeto el ejercicio de un control de legalidad y no de oportunidad. A falta de normativa de la Unión en la materia el control jurisdiccional debe regularse por las normas nacionales, pudiendo los órganos nacionales tener facultades más amplias para ejercer un control de oportunidad, sin que dicho control pueda limitarse al mero examen de carácter arbitrario de las decisiones del poder adjudicador.

El adverbio “sólo” que utiliza el mencionado artículo 155.3 del TRLCSP tiene el significado de únicamente, es decir la renuncia solamente procede cuando la prosecución de los trámites del procedimiento de adjudicación perjudique al interés público, debiendo motivar dicho acto con las causas de tal decisión. Se trata por tanto de una decisión reglada, no de libre utilización por el órgano de contratación.

El límite que establece el citado artículo a que sólo procede cuando existan razones de interés público trata de sembrar confianza y seguridad en los licitadores. Los órganos de contratación deben extremar el cuidado en la preparación correcta de los contrato de manera que, en la medida de lo posible se

eviten situaciones que puedan dar lugar a la necesidad de renunciar a la licitación por un defecto de los actos preparatorios que impida conseguir el fin que se pretendía y de paso se vean afectados los licitadores que de buena fe participan en el procedimiento y muestran sus ofertas viendo luego revocada la licitación.

De acuerdo con la legislación nacional el término *“interés público”* es el elemento central para ejercer el control sobre la decisión recurrida. Se trata de un concepto jurídico indeterminado que debe fundamentar y justificar la decisión de renuncia a la celebración de un contrato. Este concepto genérico se concreta cuando la Administración actúa guiada con la intención de obtener el interés general. La imprecisión del concepto no puede servir de amparo para una actuación abusiva de la Administración. El interés público es la oposición al interés privado, es decir representa aquello que interesa a la comunidad. Por ello, requiere una adecuada motivación del acto de renuncia que evite que por los licitadores se pueda invocar de existencia de desviación de poder para favorecer a otros competidores o con otros fines.

Si el fin pretendido con el contrato es satisfacer las necesidades para el cumplimiento y realización de los fines institucionales de los entes públicos, cuando tal interés desaparece o no existe, no deben celebrarse los contratos y por ello cabe admitir la posibilidad de renunciar a su celebración. Por tanto, la causa del contrato debe quedar reflejada en el documento de necesidad a que se refiere el artículo 22 del TRLCSP y cualquier causa sobrevenida o existente pero no tenida en cuenta puede justificar la renuncia por razones de interés público, sin que necesariamente deba ser la desaparición sobrevenida del objeto sino que son admisibles también otras razones.

En consecuencia, en este momento la cuestión se centra en determinar si concurren o no en el supuesto analizado, y si se han justificado adecuadamente en el expediente, las *“razones de interés público”* que puedan justificar la renuncia al contrato por parte del órgano de contratación, dado que este es el requisito esencial para que se pueda proceder a la renuncia a un contrato aún no

adjudicado, pero en pleno proceso de licitación, con arreglo a la normativa legal vigente. Por tanto, este Tribunal tendrá que dilucidar si la argumentación incluida en la resolución recurrida está suficientemente motivada, y si la misma podría encuadrarse dentro del concepto jurídico indeterminado de “*interés público*”.

1) No se contemplaron en el expediente equipos de electromedicina por causas ajenas a la voluntad del órgano de contratación, cuyo importe ascendería a 30.260 euros/año.

Cuando se inicia el expediente de contratación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 22 del TRLCSP se deben indicar las necesidades a satisfacer y una diligente preparación del contrato implica la incorporación del inventario de equipos que debe estar necesariamente actualizada, sin perjuicio de que el elevado número de equipos y la duración del contrato pueda suponer que algunos se den de baja incluso antes de la adjudicación o proceda a la inclusión de otros que los sustituya o la adquisición de equipos nuevos, circunstancias que pueden ser previstas en el PCAP.

Según el PPT:

“3.2.1 *Informes y documentación técnica sobre equipos.*

*El adjudicatario elaborará en soporte informático, en un plazo máximo de 3 meses desde la firma del contrato, el inventario de los equipos objeto del contrato en colaboración con la unidad de inventario y la Oficina Técnica de Mantenimiento o unidad administrativa correspondiente del Hospital, con desglose entre otros de los siguientes campos ...).*

*Para facilitar esta labor se incluye en este pliego el *Inventario de partida a título orientativo, no exhaustivo y sujeto a comprobación por parte del adjudicatario durante la fase de puesta en marcha del servicio*.* Lo que se señala en la renuncia es que se conoce una disfunción a la que se quiere dar solución, junto a otros extremos.

Sobre la cuestión de la admisibilidad de cierta flexibilidad en la concreción del inventario se pronunció este Tribunal en la Resolución 98/2015 de 26 de junio, y en la Resolución 139/2015, de 10 de septiembre, donde sostiene que *“si bien es cierto que realizar un inventario cerrado respecto de un contrato de mantenimiento que tiene una duración amplia, puede resultar difícil o imposible, no lo es menos que el órgano de contratación debe incluir en los Pliegos el número máximo de aparatos que deberán ser objeto del contrato y si no puede determinarse, el porcentaje de aumento previsible y que el adjudicatario deberá asumir sin modificación del contrato y que determinará el precio del mismo, todo ello en cumplimiento de lo establecido en el artículo 87 del TRLCSP.”*

Si como afirma el órgano de contratación la modificación del inventario de equipos responde a las consultas formuladas por el representante de Intervención el 26 de mayo, entre las que se encontraba la necesidad de actualizar el inventario, en ese momento ya existía el interés público en corregir la disfunción y modificar el coste estimado del contrato procediendo a la actualización del inventario. Sin embargo, no es hasta el mes de septiembre cuando se toma en consideración, lo que parece indicar que el órgano de contratación no consideró necesaria la actualización y que el procedimiento podía continuar, como así sucedió, siendo suficiente con las previsiones del PCAP.

Como se ha expuesto la inexistencia de crédito presupuestario, la modificación de las circunstancias de hecho o el cambio en las necesidades del órgano de contratación pueden ser causas justificativas de la renuncia a la celebración de un contrato, y haber partido de un inventario erróneo puede ciertamente ser motivo de renuncia. Pero las circunstancias del caso analizado son que se parte de un inventario, en principio actualizado, que luego resulta que el órgano de contratación, sin justificar en qué equipos o en qué momento, considera no actualizado. No queda acreditado el error en la formulación del inventario que se adjunta al PPT, ni que el incremento sea del 2%, ni que sea anterior a la licitación, pues puede haberse debido a la incorporación de nuevos equipos y además en ambos casos estaría cubierto por las previsiones del pliego en cuanto advierte de

su carácter orientativo. La motivación de la Resolución impugnada consiste en que se estima un incremento de equipos de en torno al 2% y que se estima ascendería a 30.260 euros al año, pero ni se concreta el número de equipos, ni el porcentaje, ni el coste más allá de la estimación sin un valor preciso, lo que solo tiene el valor de apreciación por aproximación.

No es excusa tampoco que la recurrente pueda concurrir en el nuevo procedimiento que se licite en que se mejoraría las condiciones de las recurrentes, pues estas aceptan el pliego con las desviaciones consideradas y la participación en un nuevo procedimiento pudiera suponer la reformulación de las ofertas de sus competidores.

*2) No se incluyeron los contratos en vigor del Hospital Universitario de Fuenlabrada y Virgen de la Torre.*

La Empresa Pública Hospital de Vallecas acordó convocar el procedimiento de adjudicación con el alcance previsto en el Expte. 1/2015 conociendo la existencia de otros dos contratos de mantenimiento de los hospitales de Fuenlabrada y Virgen de la Torre gestionados por dicha sociedad, tal como consta en la Resolución de inicio del expediente de contratación, donde se expone que se dicta en uso de las atribuciones que tiene conferidas y del Acuerdo de 25 de noviembre de 2014, por el que los Directores Gerentes de las Empresas Públicas para las que se gestiona este contrato y el Ente Público Hospital de Fuenlabrada, encomiendan la gestión de la contratación administrativa de bienes y servicios a la Empresa Pública Hospital de Vallecas.

El sano propósito de aglutinar los contratos, incluyendo dos hospitales que no figuran en los pliegos que rigen la presente licitación pudo tenerse en cuenta en la elaboración de los pliegos inicialmente, cuando ya se conocía la fecha de finalización de cada uno de ellos y se podía haber contemplado la posibilidad de incorporación según las respectivas fechas de vencimiento. Sin embargo, no fue tenido en cuenta. Considerar que una vez presentadas las ofertas y conocidos los

licitadores procede la renuncia al procedimiento de contratación no obedece a un interés público diferente, sino al mismo, y no se explica convincentemente el cambio de criterio sobre la necesidad de acumulación. No se ha modificado el contexto económico ni las circunstancias de hecho.

Efectivamente, la ley no exige que las causas de interés público tengan su origen en causas nuevas o sobrevenidas, pudiendo reconocerse como causa de renuncia de un contrato un motivo que ya existía en el momento de elaboración de los pliegos o de inicio del expediente de contratación, pero ha de tratarse de una causa que no fue tenida en cuenta, no como ocurre en este caso, en que se procedió a la convocatoria de la licitación y durante la tramitación del expediente se sostuvo la validez del mismo y de la necesidad de satisfacer el interés público en los términos en que estaba planteado hasta la anulación de la adjudicación.

La valoración de la decisión de renunciar a la celebración de un contrato por razones de interés público ha de tener en cuenta que la medida es adecuada al fin, necesaria y equilibrada, derivándose beneficios superiores a los inconvenientes que soporta. La determinación de si existe interés público en la decisión precisa una ponderación sobre si realmente aumenta o disminuye el bienestar o interés general.

Contemplado desde el punto de vista económico, no se aprecia que el beneficio que se pueda obtener de la renuncia a la celebración sea superior al que se pueda obtener de mantenerse la actual convocatoria. Aceptando los cálculos hechos por el Hospital, basados en hipotéticos porcentajes que representan los materiales, las posibles rebajas de los precios que se conseguirían por la acumulación y los ahorros derivados de la incierta eliminación de un coche y otros gastos, se obtendría una previsible cuantía de 176.000 euros anuales, que no es superior al dato cierto de que la diferencia entre el importe del contrato adjudicado (expte. 6/2012) y el presupuesto de licitación actual ya supone, sin tener en cuenta el porcentaje de baja de la licitación convocada, un ahorro indudable de 641.450,89, cuya parte proporcional se podía estar obteniendo de haber

continuado con la tramitación del expediente sin esperar el tiempo transcurrido desde la Resolución 88/2015 hasta hoy o hasta la previsible adjudicación del futuro contrato en los términos planteados que supondría otros tres o cuatro meses más.

Por lo expuesto, procede estimar el recurso y anular la Resolución de renuncia por no justificar la motivación de la misma el interés general preciso para que el órgano de contratación continúe la tramitación del procedimiento.

**Séptimo.-** Como segundo motivo de recurso se alega desviación de poder, arbitrariedad e infracción del principio de confianza legítima y actos en fraude de ley.

#### 1) Desviación de poder.

La recurrente aprecia la desviación teleológica en la actividad administrativa desarrollada por cuanto se la excluye inicialmente del procedimiento de licitación, aun a sabiendas de que el representante de la Intervención General emite voto particular poniendo de manifiesto no sólo que la petición de subsanación era innecesaria, sino también que debería haberse utilizado otro medio de comunicación para la notificación de la misma (adicional al tablón de anuncios). Además, se adjudica el contrato a la empresa Iberman el día 27 de mayo de 2015 cuando la documentación de dicha sociedad se presenta el mismo día 27 de mayo, por lo que se incumple el plazo previsto en el artículo 151.3 TRLCSP (dentro de los 5 días siguientes). Añade que dicha desviación cobra especial relevancia cuando lejos de dar cumplimiento a los Acuerdos adoptados por este Tribunal, el Organismo decide en primer lugar desistir del procedimiento, y cuando se anula el desistimiento, renunciar al contrato alegando razones de interés público. El problema, según aduce, es que en este supuesto se confunde el interés público con el interés particular de la Administración convocante que por razones que desconocemos se niega a proceder a la apertura de los sobres 2 y 3 de las recurrentes. Por lo que es evidente que persigue un fin distinto al procedimiento de

adjudicación cuya premisa básica sería procurar la oferta económicamente más ventajosa.

Opina la recurrente que la Resolución impugnada persigue una finalidad espuria o ajena a la obtención de la oferta económica más ventajosa.

Según la jurisprudencia, existe desviación de poder cuando una institución ejerce sus competencias con el fin exclusivo, o al menos determinante, de alcanzar fines distintos de los alegados o de eludir un procedimiento.

La desviación teleológica en la actividad administrativa desarrollada supone una intención torcida en la voluntad administrativa que el acto exterioriza. La distorsión entre el fin para el que se reconocen las facultades administrativas por el ordenamiento jurídico y el que resulta de su ejercicio concreto, aunque el fin perseguido sea de interés público, de ahí que sea preciso examinar cada caso concreto, debiéndose demostrar por quien la invoca que el acto impugnado, ajustado a la legalidad extrínseca no responde en su motivación interior, al sentido teleológico de la actividad administrativa, teniendo en cuenta que, ante la presunción de legalidad del acto, no basta con meras conjjeturas o sospechas, debiéndose aportar los datos suficientes para crear en el Tribunal la convicción moral de su existencia. Todo ello, además, sin que se pueda confundir la desviación de poder con el mayor o menor acierto del acto.

Aunque el terreno más apropiado para su desarrollo es el de la llamada actividad discrecional de la Administración, no existe obstáculo que impida, apriorísticamente, su aplicación a la actividad reglada, pues si el vicio de desviación de poder es más difícil aislarlo en el uso de las potestades o facultades regladas, no lo es menos que nada se opone a la eventual coexistencia genérica con tales elementos reglados del acto, para encubrir una desviación del fin público específico asignado por la norma.

Ninguno de estos elementos se observan en la resolución recurrida, por lo que no pueda concluirse la existencia de desviación de poder en la toma de la decisión recurrida, sino más bien una inadecuada valoración de la situación o ponderación de los elementos componentes del concepto “interés público”. La individualidad de la situación no supone desviación teleológica de la actividad del Hospital que se pueda calificar como desviación de poder.

## 2) Fraude de ley.

Según la recurrente la Administración convocante ha utilizado “en fraude de ley” la cobertura legal que ofrece el mecanismo de la renuncia al contrato, al amparo de lo previsto en el artículo 155 del IRLCSP, con la única finalidad de eludir la ejecución de los Acuerdos adoptados por el Tribunal.

Argumenta que si bien este mecanismo es perfectamente legal, lo criticable es que se utilice para evitar adjudicar el contrato a la oferta económicamente más ventajosa. *“En este sentido, es llamativo el hecho de que mi representada haya tenido que acudir al amparo de este Tribunal por cuarta vez, toda vez que los argumentos que ofrece la resolución impugnada para intentar defender la existencia de interés público se desmontan fácilmente”*. Considera que las circunstancias alegadas fueron conocidas por el Organismo con carácter previo a la sustanciación del procedimiento de licitación, siendo conocedor a su vez de la fecha de finalización de ambos contratos, dado que ambos hospitales eran gestionados por la Empresa Pública Hospital de Vallecas. Por tanto, concluye que el órgano de contratación ha actuado en fraude de ley al renunciar al contrato en perjuicio del interés de los licitadores, mecanismo que por otro lado, debemos recordar que sólo alegó cuando fue anulada la adjudicación a la empresa Iberman.

No puede aceptarse el reproche del recurrente de que el acto impugnado supone el incumplimiento de las anteriores resoluciones del Tribunal. La posibilidad de renunciar a la celebración de un contrato es una facultad cuyo ejercicio, cumpliendo los requisitos legales, compete al órgano de contratación en cualquier

momento del procedimiento previo a la adjudicación. Las resoluciones dictadas por este Tribunal en ningún modo han privado al órgano de contratación de esta facultad ni le puede prohibir renunciar o desistir si se cumplen los condicionantes legales.

Tal como hemos concluido respecto de la alegación de desviación de poder, la estimación del recurso o el grado de disconformidad con la argumentación no acredita que se haya tratado de eludir ni el cumplimiento de las Resoluciones de este Tribunal ni un fin distinto al expresado en la renuncia, que es la satisfacción del interés general concretado en la mejor prestación de los servicios encomendados al Hospital de Vallecas.

Tampoco se ha apreciado que la renuncia se haya hecho por el órgano de contratación en fraude de ley con el ánimo de perjudicar a la recurrente en beneficio de otro competidor y aunque en esta Resolución se concluye que la renuncia no está bien justificada en razones de interés público, lo cierto es que sí está motivada, aunque el Tribunal no comparta sus razones, y la intención fraudulenta no está acreditada.

**Octavo.-** Las dos partes del recurso, así como también en el escrito de alegaciones se solicita la imposición a la otra parte de una sanción por temeridad y mala fe.

1) En cuanto a la imposición de multa a la recurrente.

Se solicita por el Empresa Pública Hospital de Vallecas que se proceda a la imposición de sanción por temeridad y mala fe a la recurrente, que no aporta soporte jurídico válido alguno para fundamentar los calificativos, opiniones personales y desacreditaciones vertidas, todo ello en aras de la protección del interés público que siempre ha sido perseguida por este órgano de contratación.

En el mismo sentido se pronuncia el escrito de alegaciones de Ibermansa.

La estimación del recurso conduce a considerar que, independientemente del nivel o tono elevado que el mismo contiene, las recurrentes únicamente presentan el mismo con la finalidad de defender sus derechos e intereses legítimos y en términos de defensa, por lo que no cabe apreciar temeridad ni mala fe.

2) En cuanto a la imposición de una sanción a la entidad contratante.

Según las recurrentes, dada la evidente mala fe de la Empresa Pública Hospital de Vallecas, resulta necesaria la imposición de sanción, en virtud de la aplicación del art. 47.5 del TRLCSP, toda vez que ha obligado a presentar, con el presente, cuatro recursos especiales en materia de contratación en el mismo procedimiento de licitación, a sabiendas de que se estaba vulnerado la normativa vigente en materia de contratación administrativa. Es evidente, que la única finalidad que pretendía la resolución recurrida era evitar retrotraer las actuaciones tal y como había ordenado el Tribunal, y proceder a la apertura de los sobres, debiendo significar la improcedencia de la adjudicación efectuada a la empresa IBERMAN, actual prestador del servicio.

Manifiesta el órgano de contratación que solo pretende la defensa de unos intereses generales y un absoluto respeto del principio de transparencia, adoptando las medidas oportunas para su garantía, que si bien en alguna ocasión pudieron ser desacertadas, como bien dictaminó el Tribunal, no por ello, o por el número de recursos que hayan tenido lugar, se puede coartar la obligación que a una Entidad le viene impuesta por mandato legal.

En primer lugar solo cabe constatar que no puede aplicarse al órgano de contratación la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP. En su caso procedería la indemnización de los daños y perjuicios que le haya podido ocasionar la infracción legal que hubiese dado lugar al recuso, contemplada el artículo 47.3.

Por otro lado no se concreta en el recurso la cuantía reclamada ni se acredita ningún perjuicio, en los términos del artículo 47 del TRLCSP, por lo que no cabe estimar esta pretensión.

**En su virtud**, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 41.3 del TRLCSP y el artículo 3.2 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

### **ACUERDA**

**Primero.-** Estimar el recurso especial, interpuesto don M.C.A., en nombre y representación de Ferrovial Servicios, S.A. y doña M.M.A., en nombre y representación de Telematic & Biomedical Services, S.L., contra la Resolución del órgano de contratación de la Empresa Pública Hospital de Vallecas, por la que se renuncia a la celebración del contrato de servicios de “Mantenimiento de equipos de electromedicina de los Hospitales Universitarios: Infanta Leonor, Infanta Sofía, del Sureste, del Henares, Infanta Cristina y del Tajo”, número de expediente: 1/2015, declarando la nulidad de la Resolución por la que se acuerda la renuncia.

**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, ni reconocer daños y perjuicios a la recurrente en los términos del artículo 47.3 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.