

**Reclamación nº 197/2014**

**Resolución nº 197/2014**

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

En Madrid, a 20 de noviembre de 2014.

**VISTA** la Reclamación interpuesta por don A.L.A, en nombre y representación de Seguridad Integral Metropolitana, S.A. (SIMETSA) y don P.A.R., en nombre y representación de INFOGLOBAL, S.A. (UTE SIMETSA-INFOGLOBAL), contra el desistimiento del procedimiento de adjudicación del “servicio de Mantenimiento de Sistemas de Seguridad”, tramitado por Metro de Madrid, S.A., licitación nº 6011400072, este Tribunal ha adoptado la siguiente

**RESOLUCIÓN**

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.-** En fecha 21 de abril de 2014 Metro de Madrid, S.A., en adelante Metro, convocó en su perfil de contratante la licitación correspondiente al procedimiento abierto para la adjudicación del contrato de Mantenimiento integral de los sistemas de seguridad, con un valor estimado de 16.749.000 euros. Asimismo la convocatoria fue publicada el 23 de abril de 2013 en el DOUE, el 26 de abril de 2013 en el BOE y el 30 de abril en el BOCM.

**Segundo.-** El 24 de julio se acordó la adjudicación a la UTE Auditel.

El 12 de agosto las componentes de la UTE Simetsa-Infoglobal presentaron escrito de Reclamación ante este Tribunal contra la adjudicación del contrato.

La Reclamación fue resuelta mediante Resolución 153/2014, de 17 de septiembre, en la que se acuerda la anulación de la adjudicación recaída, procediendo a la exclusión de la UTE Auditel, retrotrayendo las actuaciones al momento de la clasificación de las ofertas, adjudicando el contrato a la siguiente oferta mejor clasificada, previo cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 151.2 del TRLCSP.

**Tercero.-** El 7 de octubre el órgano de contratación, en cumplimiento de la citada Resolución propone la adjudicación a la UTE Simetsa-Infoglobal.

El 8 de octubre la UTE Auditel presenta escrito al Consejo de Administración de Metro en el que solicita el desistimiento del procedimiento de adjudicación de este contrato. Dicho desistimiento lo justifica afirmando que se han lesionado sus legítimos intereses al considerar, entre otros motivos, que las condiciones de subcontratación impuestas por la empresa propietaria del software han impedido la efectiva concurrencia, habiendo abusado de su posición.

A la vista del escrito de Auditel la Unidad de Contratación emite informe de fecha 10 de octubre sobre cómo sería el procedimiento y la decisión del órgano de contratación en caso de aceptarse dicho desistimiento, informe que es remitido al Consejo de Administración como órgano de contratación de esta licitación para su consideración junto con la propuesta del órgano de asistencia.

A la vista de lo anterior, el Consejo de Administración acordó por unanimidad *“desistir del procedimiento con el fin de cambiar los términos de la licitación y garantizar adecuadamente los principios de la contratación pública”*.

La motivación de dicha decisión aparece recogida en el acta de la sesión en los siguientes términos:

*“... tal y como está configurada la licitación, no se ha garantizado la igualdad de trato entre los licitadores, puesto que la UTE SIMETSA-INFOGLOBAL, goza de una posición predominante respecto al resto de los licitadores al ser titular de los código fuente del software, como se evidencia por la política seguida por dicha UTE obligando a los licitadores, incluido Auditel, a contratar con ellos tanto servicios exclusivos (como lo es el mantenimiento evolutivo) como otros generalistas. Por ello se considera que se debe cambiar el planteamiento inicial de la licitación, separando claramente el mantenimiento evolutivo de los sistemas SW del resto del mantenimiento. El mantenimiento evolutivo de los distintos sistemas, se licitarían por procedimiento negociado sin publicidad y sin concurrencia, por proveedor único, al ser Infoglobal el fabricante y único propietario del citado software. Esta situación es idéntica en el SW de integración de equipos, desarrollado en exclusividad por SICOSOFT para Metro. El resto del mantenimiento se licitaría en abierto garantizándose la plena igualdad entre los licitadores y la libre concurrencia en el mercado, al no estar vinculado a la propiedad y titularidad de códigos fuente. La facultad de desistir del procedimiento está expresamente prevista en la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales (LCSE), que es la que resulta de aplicación a la presente licitación, por cuanto su artículo 86 determina que “la entidad contratante podrá desistir del procedimiento de adjudicación de un contrato iniciado, con anterioridad a su adjudicación, siempre que exista causa que lo justifique y se determine en la resolución que se adopte a tal fin, debiendo comunicar tal decisión a los operadores económicos que hubieran presentado una oferta o que hubieran solicitado participar en el mismo.”*

*Asimismo, la posibilidad de desistir aparece expresamente recogida en los Pliegos que han regido la licitación de referencia, al señalar el apartado 1.6 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, bajo la rúbrica “desistimiento del*

*proceso de adjudicación”, que “Metro de Madrid podrá, con anterioridad a la adjudicación del contrato, desistir del procedimiento de adjudicación, siempre que exista causa que lo justifique y se determine en la resolución que se adopte a tal fin, debiendo comunicar tal decisión a los licitadores y publicándolo en todo caso en el Perfil de Contratante, así como en los distintos boletines oficiales, cuando corresponda”.*

Con fecha 16 de octubre de 2014, el Servicio de Contratación comunica a los licitadores por medio de correo electrónico, que el Consejo de Administración de Metro, en su sesión de 15 de octubre de 2014, ha acordado, de conformidad con el artículo 86 de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales (en adelante LCSE), y con el apartado 1.6 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que ha regido la citada licitación, *“DESISTIR del procedimiento de adjudicación con el fin de cambiar los términos de la licitación y garantizar adecuadamente los principios de la contratación pública”.*

Con fecha 28 de octubre de 2014, la UTE SIMETSA-INFLOGLOBAL anuncia a Metro el propósito de interponer la reclamación prevista en el artículo 104.1 de la Ley 31/2007 contra la comunicación remitida. El mismo día reclama el acta del Consejo de Administración en el que se adoptó la decisión de desistir y cualquier otra documentación relevante.

**Cuarto.-** Con fecha 4 de noviembre la UTE SIMETSA-INFOGLOBAL formula reclamación contra el acuerdo de desistimiento. Alega que se ha contravenido la normativa aplicable para adoptar tal decisión ignorando la Resolución 153/2014, de este Tribunal, que es directamente ejecutiva, pues ni cabía el desistimiento, ni se ha adoptado en los términos exigidos en la normativa.

El mismo día 4 de noviembre el Servicio de Contratación de Metro remitió a las reclamantes copia de la documentación solicitada: Aclaración solicitada por

Metro para la ejecución de la Resolución 153/201, escrito de Auditel solicitando el desistimiento, y certificación del Acuerdo de Metro relativo al desistimiento adoptado el 15 de octubre. Dado que la reclamación había sido ya presentada el 11 de noviembre presentó escrito de ampliación de la Reclamación formulada el día 4.

**Quinto.-** El 7 de noviembre Metro remitió una copia del expediente y el informe a que se refiere el artículo 105.2 de la LCSE.

**Sexto.-** Concedido trámite para alegaciones no se ha presentado ninguna dentro del plazo concedido.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**Primero.-** La licitación convocada para la contratación, por procedimiento abierto, de un servicio de mantenimiento integral de los sistemas de seguridad de Metro, se rige por la LCSE, pues la actividad de la entidad contratante objeto de la reclamación corresponde a los servicios a que se refiere el artículo 10 de la LCSE contemplados en su Anexo II A, el valor estimado del contrato supera el importe de 414.000 euros, previsto en el artículo 16 de la misma, para los contratos de servicios y suministros, por lo que se encuentra dentro del umbral establecido para la aplicación de la citada Ley.

De conformidad con lo establecido en el artículo 101 de la LCSE, en relación con el artículo 41 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSPP) 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 las Reclamaciones formuladas en los contratos sometidos a la LCSE.

**Segundo.-** Las reclamantes están legitimadas de acuerdo con lo dispuesto en el

artículo 102 de la LCSE (*“podrá interponer la correspondiente reclamación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de reclamación”*) al ser licitadoras en compromiso de UTE al contrato objeto de la reclamación.

Se acredita asimismo la representación con que actúan los firmantes de la reclamación.

**Tercero.-** El artículo 104.2 de la LCSE, establece que el plazo para la interposición de la reclamación será de 15 días hábiles desde que se anuncie en el perfil de contratante del órgano de contratación o desde que los licitadores tengan conocimiento de la infracción que se denuncia.

La reclamación se interpone ante este Tribunal el 4 de noviembre y se dirige contra la decisión de desistimiento adoptado el 15 de octubre de 2014 y notificado el 16, por lo que está dentro de plazo. La información facilitada el día 4 de noviembre ha servido para la ampliación de la reclamación presentada que se efectuó el 11 de noviembre.

**Cuarto.-** Por la UTE reclamante se ha presentado ante la entidad contratante el anuncio previo de su propósito de interponer la reclamación en los términos previstos en el artículo 104.1 de la LCSE.

Cabe analizar si el desistimiento es un acto susceptible de recurso. La Ley 34/2010, de 5 de agosto, de modificación de las Leyes 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para adaptación a la normativa comunitaria de las dos primeras, modifica sustancialmente la regulación de los recursos en materia de contratación con la finalidad de reforzar los efectos del recurso permitiendo que los candidatos y

licitadores que intervengan en los procedimientos de adjudicación puedan interponer recurso contra las infracciones legales que se produzcan en la tramitación de los procedimientos de selección contando con la posibilidad de conseguir una resolución eficaz.

El apartado 2 del artículo 40 del TRLCSP, introducido por la citada Ley establece que:

*“2. Podrán ser objeto del recurso los siguientes actos:*

*a) Los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación.*

*b) Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que éstos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. Se considerarán actos de trámite que determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento los actos de la Mesa de Contratación por los que se acuerde la exclusión de licitadores.*

*c) Los acuerdos de adjudicación adoptados por los poderes adjudicadores.”*

Para conocer si entre dichos supuestos está incluido el desistimiento y dado que con una lectura literal no encontramos el supuesto de desistimiento, hemos de proceder a su interpretación a la luz de la Directiva 2007/66/CE, que modifica la Directiva 89/665/CEE, de 21/12/1989, en lo que respecta a la mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos (Directiva de recursos). La incorporación de las normas de esta Directiva fue la causa de la modificación de la regulación nacional a través de la citada Ley 34/2010. Por tanto, la delimitación de los actos recurribles ha de hacerse según los criterios de la citada Directiva y de los pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que han ido consagrando un criterio amplio en cuanto a los actos susceptibles de recurso.

En todo caso la posibilidad de control vía recurso especial de los actos de desistimiento precontractual de los órganos de contratación ha sido garantizada expresamente por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (vid. STJCE de 2 de junio de 2005, asunto C-15/2004 o la de 18 de junio de 2002, asunto C-92/2002) que declara susceptible de recurso la decisión de la entidad adjudicadora de cancelar la licitación para la adjudicación de un contrato público.

Dicha jurisprudencia argumenta que la Directiva de recursos 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, incluso en el caso de que las entidades adjudicadoras ostenten, en virtud de las normas nacionales aplicables, una amplia facultad discrecional en cuanto a la cancelación de la licitación, los órganos nacionales deben poder comprobar la compatibilidad de un acuerdo por el que se cancela una licitación con las normas pertinentes del Derecho comunitario.

Se puede concluir que de acuerdo con la regulación del artículo 40 del TRLCSP, interpretada a la luz de la Directiva 2007/66/CE, los actos del procedimiento de licitación que ponen fin al procedimiento mediante el desistimiento, son susceptibles de la reclamación prevista en el artículo 101 de la LCSE.

**Quinto.-** En cuanto a las cuestiones de fondo, en primer lugar pone de manifiesto la recurrente que solicitó a Metro el acceso al expediente para formular esta reclamación y dicho derecho no ha sido garantizado a la fecha de interposición. Considera vulnerada la Ley 30/1992, así como el derecho de defensa. En concreto la UTE recurrente solicitó, el 28 de octubre, acceso la aclaración de la Resolución



153/2014, formulada por Metro para la debida ejecución de dicha Resolución al Tribunal, y a los informes o documentos en los que se hubiera justificado o motivado debidamente el acuerdo adoptado, en especial el acta del Consejo de Administración en el que se adoptó la decisión de desistir y cualquier otra documentación relevante.

Según el informe de Metro a la Reclamación, el día 31 de octubre de 2014 fue festivo en Metro. El 3 de noviembre de 2014 el Secretario del Consejo de Administración de Metro firma un certificado en el que se reproduce el contenido del punto del acta en el que se motivaba la decisión de desistir del procedimiento.

Consta que en fecha 4 de noviembre de 2014, el servicio de contratación remite correo electrónico al representante de la UTE SIMETSA-INFOGLOBAL, con la documentación relevante de que dispone Metro en relación con el desistimiento acordado por el Consejo de Administración de Metro como órgano de contratación.

Según el informe de Metro no le resulta aplicable la Ley 30/1992 al ser una sociedad mercantil de capital público y no estar incluida dentro del ámbito de aplicación de dicha ley, ni aplica, en consecuencia, el procedimiento administrativo.

Cabe recordar que el artículo 84.1 de la LCSE, bajo la rúbrica *“Información a los licitadores”*, establece que:

*“Las entidades contratantes informarán a los operadores económicos participantes en el menor plazo posible de las decisiones tomadas en relación con la adjudicación del contrato, con la celebración de un acuerdo marco o con la admisión a un sistema dinámico de adquisición, incluidos los motivos por los que hayan decidido no adjudicar un contrato para el que se haya efectuado una convocatoria de licitación o volver a iniciar el procedimiento, no celebrar un acuerdo marco o no aplicar un sistema dinámico de adquisición. Esta información se facilitará por escrito en caso de que así se solicite a las entidades contratantes.”*

Debe señalarse que la exigencia de información a los licitadores de la decisión tomada en relación a la no adjudicación de un contrato para el que se haya efectuado una convocatoria de licitación, prevista en el artículo 84.1 de la LCSE, obedecía precisamente al empeño de garantizar un nivel mínimo de transparencia en los procedimientos de adjudicación de los contratos y, por lo tanto, del principio de igualdad de trato.

Analizando el sistema de información diseñado por la LCSE que acabamos de exponer, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en la Resolución 23/2011, de 9 de febrero de 2011, destacó la existencia de un acto necesario y una actuación eventual por parte de la entidad contratante: i) un acto de notificación (necesario) y ii) la posibilidad de que, a solicitud del interesado, se le suministre información.

El considerando 49 de la Directiva 2004/17/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales, explica que *“Es conveniente que los participantes en un procedimiento de adjudicación sean informados de las decisiones de celebrar un acuerdo marco, de adjudicar un contrato o de suspender un procedimiento en plazos lo suficientemente breves como para no impedir la presentación de solicitudes de revisión; por consiguiente, la información debe facilitarse lo más rápidamente posible y, como norma general, en el plazo de 15 días a partir de la adopción de la decisión.”*

Y para la completa determinación del sentido y contenido de dicha información hay que traer a colación el considerando 7 de la Directiva de recursos que expone que esta información pertinente incluye, en particular, una exposición resumida de las razones contempladas en el artículo 49 de la Directiva 2007/17/CE. Dado que la duración del plazo suspensivo varía de un Estado miembro a otro, es también importante que los licitadores y los candidatos afectados sean informados del plazo efectivo de que disponen para presentar sus procedimientos de recurso.

Es doctrina reiterada de este Tribunal que el acto de notificación de la adjudicación se entenderá motivado de forma adecuada, si al menos contiene la información que permita al licitador interponer la reclamación en forma suficientemente fundada. De lo contrario se le estaría privando de los elementos necesarios para configurar una reclamación eficaz y útil, produciéndole indefensión y provocando reclamaciones indebidamente. Por tanto, bien en el acto de notificación inicial, bien mediante este acto en unión con la información complementaria remitida, el licitador ha de tener la información bastante como para interponer una reclamación suficientemente fundada.

El procedimiento de contratación está sujeto, en todo caso, a los principios de no discriminación, de reconocimiento mutuo, de proporcionalidad, de igualdad de trato así como al de transparencia proclamados en el artículo 19 de la LCSE. Estos principios se manifiestan, por un lado, en la exigencia de dar a conocer a través de los medios especificados en la Ley las licitaciones convocadas, y por lo que aquí interesa, en la notificación a los licitadores.

Desde el 28 de octubre de 2014 en que se solicitó la documentación (el décimo día del plazo de interposición de la reclamación) hasta el 4 de noviembre de 2014 en que se ha facilitado, han discurrido 6 días naturales de los que el 1 de noviembre y el 2 de noviembre son inhábiles, amén de que el 31 de octubre fue festivo en Metro, por lo que no se trabajó en la Compañía. Estos hechos prueban que Metro no ha obstaculizado el acceso al expediente.

Siendo técnicamente mejorable la notificación de desistimiento remitida (pues carece de la información relativa a la posibilidad de solicitar la información a que se refiere el artículo 84, a la posibilidad de interposición de reclamación contra la misma, el plazo para hacerlo y el órgano competente para su resolución), ésta puede considerarse válida. Por una parte su escueto contenido puede ser suficiente en relación a la información adicional facilitada por el órgano de contratación en

cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 84 de la LCSE, que ha permitido la interposición de una reclamación bien fundada, con conocimiento de la documentación soporte de la justificación de la decisión adoptada, y por otra parte no se ha producido indefensión a las reclamantes que han interpuesto el recurso adecuado dentro del plazo legal.

En definitiva, procede afirmar que el órgano de contratación ha cumplido los requisitos de información a los licitadores previstos en el artículo 84 de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, lo que ha permitido el ejercicio del derecho a un recurso efectivo y así lo ha hecho la UTE reclamante formulando escrito de ampliación de la reclamación el día 4 de noviembre, por lo cual no se ha generado indefensión.

**Sexto.-** Se argumenta por la reclamante que Metro ha incumplido la Resolución 153/2014, de este Tribunal, que es directamente ejecutiva, y en consecuencia el acuerdo de desistimiento ha de ser revocado y que se incurre en arbitrariedad prohibida por el artículo 9.3 de la Constitución. Considera que la única actuación que le estaba permitida a Metro como resultado de la citada Resolución 153/2014 era cumplir con lo que en la misma se imponía. La siguiente oferta mejor clasificada era la de la UTE SIMETSA-INFOGLOBAL por lo que Metro debía adjudicar a esta UTE el contrato. De lo que concluye improcedente que por Metro se adoptará cualquier resolución diferente de aquella a dar cumplimiento de lo ordenado por el Tribunal y la actuación de Metro desistiendo constituye un fraude de ley.

El informe remitido por Metro comparte el carácter ejecutivo de las resoluciones del Tribunal, pero discrepa de la afirmación de que no ha ejecutado la resolución 153/2014, pues solicitó aclaración del fallo de la citada Resolución, con el único propósito de cumplirla en sus propios términos y en cumplimiento de la misma se propuso a la UTE reclamante como adjudicataria de la licitación. Pero la Resolución 153/2014 no obliga a adjudicar a esta UTE el contrato tras la exclusión de Auditel.

En términos genéricos la adjudicación del contrato corresponde a los órganos de contratación y no a los Tribunales, y no procede que éstos la lleven a efecto porque exista algún vicio o defecto del procedimiento de adjudicación. Al efecto el artículo 106.2 LCSE, relativo a la resolución de la reclamación faculta al Tribunal a anular las decisiones ilegales adoptadas durante el procedimiento de adjudicación así como, si procede, ordenar la retroacción de las actuaciones hasta aquella actuación viciada, pero no permite al órgano encargado de la resolución tomar una decisión que sólo al órgano de contratación incumbe, cual es la adjudicación, más cuando la adjudicación del contrato no es la única opción permitida por la Ley tras la fase de clasificación de las ofertas.

En el mismo sentido cabe citar que el artículo 47 del TRLCSP (no aplicable a este contrato) establece que *“si, como consecuencia del contenido de la resolución, fuera preciso que el órgano de contratación acordase la adjudicación del contrato a otro licitador, se concederá a éste un plazo de diez días hábiles para que cumplimente lo previsto en el apartado 2 del artículo 151”*. Es decir, será el órgano de contratación quien, en su caso, acuerde la adjudicación y no el Tribunal.

El Tribunal no puede ordenar al órgano de contratación adjudicar el contrato a una determinada empresa sino tan solo anular los actos del procedimiento y, en su caso, retrotraer actuaciones. El artículo 106, respeta las competencias de los órganos de contratación y otorga un carácter revisor a las resoluciones de los órganos encargados de la resolución de las reclamaciones.

Efectivamente, la retroacción de las actuaciones al momento en que la infracción se cometió no determina por imperativo legal que la única resolución válida en Derecho, de conformidad con la LCSE, sea la adjudicación a la segunda mejor oferta, sino que a partir de dicho momento se reanuda la tramitación del procedimiento con los trámites que sean preceptivos y son posibles otras soluciones igualmente válidas en derecho, como es el desistimiento, por lo que el Tribunal no

puede sustituir la decisión del órgano de contratación, salvo infracción del procedimiento reanudado.

Metro ejecutó la resolución del Tribunal, al retrotraer el procedimiento y proponer el órgano de asistencia la adjudicación a la UTE recurrente. Sin embargo, el órgano de contratación no está vinculado por la propuesta del órgano de asistencia pudiendo apartarse de la misma en ejercicio de sus facultades legales como es la de desistir, sin perjuicio de que dicha decisión sea como hemos dicho antes susceptible de control vía reclamación como más adelante se hará.

**Séptimo.-** Consideran las reclamantes que este desistimiento del procedimiento de licitación resulta contrario a nuestro ordenamiento jurídico, además de gravemente lesivo a los intereses de las mismas. Alegan que el desistimiento ha de ser anterior a la adjudicación y puesto que el contrato fue adjudicado a la UTE Auditel el requisito no se cumple, pues la anulación por el Tribunal de dicha adjudicación no significa una patente de corso para que Metro pueda, incurriendo en fraude de Ley, desistir del procedimiento de adjudicación.

También argumentan las reclamantes que no concurre causa justificada para el desistimiento que ha de determinarse en el acuerdo adoptado. Metro ha incumplido su deber de motivar su decisión en el Acuerdo adoptado porque no aporta causa alguna que justifique la necesidad de cambiar los términos de la licitación. Siendo notoria la falta de motivación del acuerdo de desistimiento debe llevar a su revocación. Al efecto invocan que si existían problemas como los señalados para la justificación del desistimiento que no permitirán la contratación debieron de impugnar los pliegos y no es admisible que cuando su oferta es excluida entonces se aducen los problemas que impedían la debida subcontratación. Añade que ninguno de los documentos aportados en el expediente justifica la actuación de Metro sino que vienen a confirmar la vulneración de los preceptos 86 y 108 de la LCSE.

En resumen, son dos las cuestiones que plantean en la reclamación respecto del desistimiento: el acuerdo es posterior a la adjudicación y no está suficientemente motivado.

El artículo 86 de la LCSE dispone:

*“La entidad contratante podrá desistir del procedimiento de adjudicación de un contrato iniciado, con anterioridad a su adjudicación, siempre que exista causa que lo justifique y se determine en la resolución que se adopte a tal fin, debiendo comunicar tal decisión a los operadores económicos que hubieran presentado una oferta o que hubieran participado en el mismo.*

Es decir la LCSE admite el desistimiento del procedimiento de adjudicación con dos condiciones: que sea anterior a la adjudicación y que exista causa que lo justifique y se determine en la resolución que se adopte.

En cuanto a la comunicación de tal decisión de desistimiento a los operadores, en el fundamento de derecho anterior se ha analizado el contenido del artículo 86 en relación al 84 de la LCSE.

El artículo 155.4 del TRLCSP (no aplicable a este procedimiento), regula de una manera más pormenorizada el régimen del desistimiento precontractual y permite al órgano de contratación desistir del procedimiento de licitación iniciado, siempre que el mismo esté fundado en una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación, debiendo justificarse en el expediente la concurrencia de la causa.

Debe señalarse que a diferencia de lo que ocurre en la contratación privada en que hasta el momento de la celebración del contrato cualquiera de las partes puede desligarse de su intención de contratar, en el ámbito de la contratación pública no es una opción de libre utilización, sino un remedio para evitar perjuicios al interés público. *“El desistimiento de la Administración no se configura de esta*

*manera como una opción de libre utilización por la misma, sino como una solución a la que únicamente podrá acudir cuando la prosecución de las actuaciones o de la ejecución del contrato perjudique el interés público o sea incompatible con él.* (Memoria del Consejo de Estado, año 2000).

La regulación de la LCSE es intermedia entre la contratación privada y la del sector público ya que la exposición de motivos de la propia ley señala que se trata de un régimen singular en lo que concierne a determinados aspectos de la ordenación de la actividad contractual, entre ellos la selección del contratista, que es menos estricto y rígido que el establecido en el TRLCSP. En la ordenación del desistimiento otorga a la entidad contratante una mayor discrecionalidad que el TRLCSP, pero le impone obligaciones que no tiene el contratista del derecho privado.

Una preparación rigurosa de los informes y actos previos a la convocatoria del procedimiento de adjudicación, en la mayoría de los casos y salvo circunstancias sobrevenidas, debería evitar que se produzca el desistimiento no solo en fase precontractual sino también durante la ejecución del contrato.

Una vez analizado el régimen especial del desistimiento en los procedimientos de contratación sujetos a la LCSE procede analizar las concretas infracciones puestas de manifiesto en la reclamación.

#### 1.- En cuanto a que el desistimiento ha de ser previo a la adjudicación

Incorre el reclamante en notoria contradicción cuando afirma, por un lado, que la resolución del Tribunal de contratación es ejecutiva (declarando la nulidad de la adjudicación a la UTE Auditel) y, por otro lado, que no puede tener lugar el desistimiento porque ya se ha producido la adjudicación a favor de la UTE AUDITEL.



En cumplimiento de la propia resolución del Tribunal de Contratación no cabe ninguna duda de que el desistimiento se ha decidido por el órgano de contratación antes de que se haya producido la adjudicación, pues anulada la adjudicación recaída inicialmente en Auditel y retrotraído el procedimiento de licitación a la fase clasificación, tal y como acredita tanto el informe de tramitación de la licitación elaborado por la Unidad de Contratación como el acta del Consejo de Administración de 15 de octubre de 2014 no ha existido nuevo acuerdo adjudicando el contrato a favor de la UTE SIMETSA-INFOGLOBAL.

2.- En cuanto a que existe causa legitimadora y la motivación.

El segundo de los requisitos exigidos en la LCSE para que el órgano de contratación pueda desistir es que exista causa que lo justifique y que ésta se determine en la resolución que se adopte a tal fin, debiendo comunicar tal decisión a los operadores económicos que hubieran presentado una oferta o que hubieran participado en el mismo.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ha afirmado que la facultad del órgano de contratación de renunciar a adjudicar un contrato ofertado o de reiniciar el procedimiento de adjudicación no está sujeta a la condición de que existan circunstancias graves o excepcionales (Considerando 25 de la sentencia de 16 de septiembre de 1.999, asunto C-27/98, Metalmeccanica Fracasso SpA [TJCE 1999, 198]).

Se alega en el informe de Metro al recurso que el Tribunal Central de Recursos Contractuales en su Resolución 263/2012, de 21 de noviembre de 2012, ha señalado que: *“la motivación del desistimiento no debe necesariamente encontrarse en la resolución que lo acuerda sino que debe justificarse en el expediente”*. No obstante, esta afirmación se refiere a un desistimiento de un contrato regulado por el TRLCSP, reguladora de un procedimiento más estricto y reglado, cuyo artículo 155.4 establece que el desistimiento del procedimiento deberá

estar fundado en una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de los reguladores del procedimiento de adjudicación, debiendo justificarse en el expediente la concurrencia de la causa.

En el informe de la unidad de contratación que se eleva al Consejo de Administración, en el acta del Consejo de 15 de octubre y en la comunicación del servicio de contratación de 16 de octubre se expresa clara e indubitadamente que la causa es garantizar la igualdad de trato de los licitadores como principio que rige la contratación de Metro, como empresa pública sujeta, en este caso, a la LCSE y que no se ha respetado en el procedimiento de licitación del que se desiste.

La causa del desistimiento se hace constar en el acuerdo del Consejo de Administración celebrado el 15 de octubre como prueba el certificado de acta del Consejo de Administración emitido por el Secretario del Consejo con fecha 3 de noviembre de 2014, y dicho acuerdo fue dado traslado a las reclamantes a su solicitud el 4 de noviembre. Es decir la motivación consta en el expediente y también ha sido comunicada a las reclamantes.

A diferencia de lo dispuesto en el artículo 155.4 del TRLCSP (no aplicable a este contrato) que exige que se base en un defecto de procedimiento, el 86 LCSE no requiere que el desistimiento se base en un motivo concreto dejando discrecionalidad al órgano de contratación. Basta, por lo tanto, que se trate de una decisión motivada, no arbitraria y anterior a la adjudicación, tal y como ocurre en este supuesto.

En este caso se justifica el desistimiento en la garantía de los principios de la contratación recogidos en el artículo 19 de la LCSE, viéndose comprometido el principio de concurrencia por la acumulación en el objeto del contrato de las prestaciones del mantenimiento evolutivo, reservado a los titulares de los códigos fuente del software que tienen derechos exclusivos, con las prestaciones correspondientes a los mantenimientos preventivo y correctivo que pueden prestarse

por otras empresas en régimen de competencia. Se trata de una infracción de las normas de preparación del contrato y una vulneración de los principios de concurrencia competitiva que no puede subsanarse, pues supondría la modificación de un elemento esencial del contrato cual es su objeto, durante el procedimiento de adjudicación, lo que justifica el desistimiento del procedimiento.

Respecto a dónde debe constar la motivación de la decisión, el artículo 86 LCSE no exige que sea en la propia notificación a los licitadores, pero es que no lo hace ni siquiera el artículo 155 TRLCSP, anteriormente citado, el cual indica expresamente que será en el expediente. Basta con una motivación sucinta en el acto de notificación, sin perjuicio de que la motivación completa y razonada debe constar en el expediente, tal y como ocurre en este caso, a través del acta del Consejo de Administración, y que dicha información se ponga a disposición de los interesados.

El artículo 86 LCSE, a diferencia de lo dispuesto en el artículo 83 de la misma ley, relativo a la decisión de adjudicación, no hace referencia a la obligación de notificación motivada. Así el artículo 83.2 establece “*asimismo comunicará también de forma motivada a los restantes operadores económicos*”, mientras que el 86 solo exige “*debiendo comunicar tal decisión a los operadores económicos*”. No obstante, el artículo 84 sí establece la obligación de las entidades contratantes de informar, en el caso de que así se solicite, a los operadores económicos participantes en el menor plazo posible de las decisiones tomadas en relación a la adjudicación de un contrato, incluidos los motivos por los que haya decidido no adjudicar un contrato para el que se haya efectuado convocatoria de licitación, cuya finalidad es proporcionar a los operadores económicos la información suficiente para que puedan comprobar si puede haber resultado perjudicados como consecuencia del incumplimiento de la LCSE a efectos de interponer la reclamación correspondiente.

En conclusión, el desistimiento es una de las formas admitidas legalmente de terminación del procedimiento de adjudicación que debe ajustarse a las condiciones

exigidas en el artículo 86 de la LCSE, circunstancia que concurre en el expediente analizado, en consecuencia la reclamación debe ser desestimada.

**En su virtud**, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 101 de la LCSE, en relación al 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.-** Desestimar la reclamación interpuesta por don A.L.A., en nombre y representación de Seguridad Integral Metropolitana, S.A.(SIMETSA) y don P.A.R., en nombre y representación de INFOGLOBAL, S.A. (UTE SIMETSA-INFOGLOBAL), contra el desistimiento del procedimiento de adjudicación del “servicio de Mantenimiento de Sistemas de Seguridad”, tramitado por Metro de Madrid, S.A., licitación nº 6011400072.

**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 106.5 de la LCSE.

**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 108 de la LCSE.