

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

En Madrid, a 19 de octubre de 2016.

VISTO el recurso interpuesto por doña O.M.U., actuando en nombre y representación Grupo Exceltia, S.A., contra el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Alcobendas, de fecha 26 de julio de 2016, por el que se modifica el Acuerdo de fecha 12 de julio de 2016, relativo a desistimiento del procedimiento de adjudicación del contrato de servicios de atención al público complementario al Programa Cultural del Patronato Sociocultural, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 3 de marzo de 2016 se publicó en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid anuncio de licitación del contrato de servicios de atención al público complementarios al Programa Cultural del Patronato Sociocultural del Ayuntamiento de Alcobendas, a adjudicar por procedimiento abierto, con pluralidad de criterios. El presupuesto base de licitación del contrato asciende a 1.477.363, 64 euros (IVA excluido) y una duración de 3 años, prorrogables por otros tres.

No consta en el anuncio de licitación la CPV asignada al contrato, ni se

especifica una categoría, si bien en la cláusula 1 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), se le asignan la CPV 92000000-1 (Espacecimiento, culturales y deportivos) y 92320000-0 (Servicios de explotación de instalaciones artísticas), y se indica su inclusión en la categoría 26 del anexo II del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobada por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP).

Segundo.- A la licitación convocada se presentaron 7 licitadoras entre ellas la recurrente.

Una vez abiertas las ofertas se emite informe de valoración de los criterios susceptibles de juicio de valor con fecha 5 de abril de 2016 y el 3 de mayo se realiza el informe de valoración de los criterios objetivos, quedando clasificada en primer lugar la oferta de la recurrente con un total de 92 puntos, frente a los 89,20 del Grupo Arasti Barca MA, S.L., que con fecha 26 de abril de 2016 había dirigido un escrito a la Mesa de contratación solicitando *“que no sea tenida en cuenta la oferta presentada por Grupo Exceltia, S.A. por ser desproporcionada o temeraria según el pliego de condiciones administrativas que rigen el concurso”*.

A la vista de dicha solicitud se emite informe por el Director de Educación y Cultura en el que se concluye que la oferta no se considera incurso en desproporción o temeridad en los términos que explica.

Consta en el expediente administrativo que con fecha 1 de junio de 2016 se emite informe por la Asesoría Jurídica del Ayuntamiento, “de conformidad con las instrucciones” del Portavoz del equipo de gobierno y del Concejal de Educación y Cultura, Presidente del Patronato Sociocultural, tal y como se expone en aquél, en el que se concluye, que tras el análisis minucioso de la totalidad de las prestaciones objeto del contrato, se observa que se han omitido varias codificaciones del vocabulario común de contratos, y que el contrato no solo puede encuadrarse dentro de la categoría 26 del Anexo II, del TRLCSP, sino también dentro de las categorías 6, 11 y 12 del citado Anexo, lo que determina su consideración como contrato sujeto

a regulación armonizada, habiéndose omitido en consecuencia un trámite esencial del procedimiento como es su publicación en el DOUE, defecto insubsanable que según se expone, determina la necesidad de desistir del procedimiento.

En el Acta de la Reunión de la Mesa de contratación del día 10 de junio de 2016, consta que se da lectura al informe anterior y se propone el desistimiento de la licitación, que fue autorizado por la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Alcobendas el 12 de julio de 2016, Acuerdo que fue sustituido por razones competenciales por un nuevo Acuerdo de 26 de julio, por el que desiste de la licitación convocada, lo que se notifica a la recurrente mediante correo electrónico remitido el día 5 de septiembre de 2016.

Tercero.- Con fecha 22 de septiembre de 2016 se presenta, previo el anuncio a que se refiere el artículo 44.2 del TRLCSP, recurso especial en materia de contratación ante este Tribunal que ese mismo día requirió al órgano de contratación para que remitiera el expediente administrativo y el informe preceptivo contemplado en el artículo 46.2 del mismo texto legal, lo que verificó el día el 28 del mismo mes.

En el recurso se solicita que se declare la nulidad del Acuerdo de desistimiento y subsidiariamente la no conformidad a derecho del mismo ordenando la continuidad del procedimiento por todos sus trámites hasta la adjudicación en su caso a la oferta más ventajosa conforme a los criterios de valoración establecidos en los pliegos.

Por su parte en el informe del órgano de contratación se afirma que concurren los requisitos para el desistimiento del procedimiento de licitación objeto del recurso.

Cuarto.- Habiéndose concedido trámite de audiencia a los demás interesados en el expediente administrativo, no se ha presentado ningún escrito de alegaciones.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41.4 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 especial se planteó en tiempo y forma, pues el Acuerdo de desistimiento recurrido se notificó a la recurrente el día 5 de septiembre de 2016, por lo que el recurso interpuesto, el 22 de septiembre de 2015, se encuentra dentro del plazo de quince días hábiles, previsto en el artículo 44.2 del TRLCSP.

Tercero.- El recurso se interpuso, contra el Acuerdo de desistimiento de un contrato de servicios respecto del que no consta valor estimado, pero con un presupuesto de licitación superior a 209.000 euros y encuadrado en la categoría 26 del anexo II del TRLCSP, por lo tanto en principio y sin perjuicio de la resolución del recurso no sujeto a regulación armonizada, pero susceptible de recurso especial de acuerdo con lo establecido en el artículo 40.1 b) del TRLCSP.

Por otro lado el Acuerdo recurrido es susceptible de recurso especial, de acuerdo con el apartado 2.c) del mismo artículo, en tanto en cuanto el desistimiento constituye una forma de terminación del procedimiento de licitación, asimilable a la adjudicación.

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, C/15/04 o de 18 de junio de 2002, C-92/02).

Cuarto.- La recurrente se encuentra legitimada, de acuerdo con lo establecido en el artículo 42 del TRLCSP, al tratarse de una persona jurídica *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las*

decisiones objeto del recurso”, puesto que su oferta es la mejor clasificada en la licitación del contrato.

Quinto.- Por cuanto respecta al fondo del recurso el mismo se contrae al examen de la adecuación a derecho del desistimiento del procedimiento de licitación.

Con carácter previo cabe señalar que si bien el Acuerdo inicial de 6 de julio no motiva suficientemente las razones del desistimiento, el Acuerdo modificativo del anterior, que constituye el objeto del presente recurso, explica aunque someramente, la razón por la que se adopta, por lo que no puede apreciarse la falta de motivación aducida por la recurrente, a lo que cabe añadir, que toda idea de indefensión queda enervada a la vista del recurso que se ha podido argumentar adecuadamente sin que por otro lado se haya solicitado acceso al expediente. No cabe por otro lado confundir inadecuada motivación o incorrección en la misma con la falta de motivación generadora de indefensión que invoca la recurrente por lo que cabe desestimar el recurso en cuanto a la falta de motivación alegada.

Se aduce por la recurrente al respecto la inexistencia de las razones aludidas por la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Alcobendas, en su sesión de fecha 26 de julio de 2016, que puedan motivar la decisión de la cancelación anticipada del procedimiento de contratación, lo que supone, a su juicio, la vulneración de los principios de transparencia e igualdad de trato, como rectores de la contratación. Explica que de acuerdo con el Manual explicativo de la Nomenclatura CPV, pese a no poseer valor oficial, el contrato de servicios debe ser clasificado en una sola de las categorías previstas en el Anexo II del TRLCSP. Para ello, y cuando las prestaciones sean subsumibles en más de una de aquéllas, habrá de estarse a la correspondiente a la prestación más importante desde el punto de vista económico, según resulta de los artículos 12 TRLCSP y 22 de la Directiva 2004/18/CE, pues, al fin de cuentas, es para la adjudicación para lo que resulta necesaria la categorización del contrato, concluyendo que la categoría 26 de servicios de esparcimiento, culturales y deportivos es la adecuada.

Aduce asimismo que este desistimiento tiene por objeto continuar prorrogando en el tiempo una situación carente de sustento legal, como es la continuación en la prestación del servicio por la anterior adjudicataria, por más de un año a pesar de la finalización del contrato administrativo, *“nos encontramos ante una situación de indefensión producto de la desviación de poder, arbitrariedad e infracción del principio de confianza legítima”*.

Alega también falta de motivación del Acuerdo de desistimiento ya que no se hace mención expresa de las causas que han motivado su adopción.

Por último solicita la imposición de una multa considerando que la ampliación de las categorías en las que incluir el contrato *“permite a la Administración fabricar un error legal”*, lo que permite la aplicación del artículo 47.5 del TRLCSP.

Para abordar la cuestión controvertida debe determinarse la normativa aplicable, que en este caso, dado que la publicación de la convocatoria es anterior al 18 de abril de 2016, es el TRLCSP, la Directiva 2004/18/CE y sus normas de desarrollo. Esta no es una cuestión baladí cuando se trata de determinar el carácter o no de sujeto a regulación armonizada del contrato, siendo así que la nueva Directiva 2104/24/UE que deroga la anterior, establece distintos umbrales para los contratos de servicios, quedando todos ellos sujetos a regulación armonizada, si bien algunos de ellos, los del Anexo XIV, con una menor intensidad de sujeción.

Debe por tanto examinarse la concurrencia de causas que justifiquen la decisión de desistimiento del procedimiento de adjudicación objeto del presente recurso, de acuerdo con tal normativa. El desistimiento no es una prerrogativa de la Administración pues el artículo 210 del TRLCSP 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.

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, tal y como se desprende de lo dispuesto en el artículo 155.4 del TRLCSP *“El desistimiento del procedimiento deberá estar fundado en una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación, debiendo justificarse en el expediente la concurrencia de la causa. El desistimiento no impedirá la iniciación inmediata de un nuevo procedimiento de licitación”*.

En primer lugar, qué duda cabe que la publicidad en los procedimientos de licitación pública contractual constituye un elemento fundamental cuya falta determina la nulidad del procedimiento como manifestación del propio principio que la sustenta. De hecho de acuerdo con lo establecido el artículo 37 del TRLCSP 1.a) los contratos sujetos a regulación armonizada serán nulos *“Cuando el contrato se haya adjudicado sin cumplir previamente con el requisito de publicación del anuncio de licitación en el «Diario Oficial de la Unión Europea», en aquellos casos en que sea preceptivo, de conformidad con el artículo 142”*. Por lo tanto cabe concluir en primer lugar que la falta de atención a los requisitos de publicidad constituye una infracción no subsanable del procedimiento que deberá ser apreciada restrictivamente al tratarse de un supuesto de nulidad.

Aun es preciso tener en cuenta si realmente se produce la infracción del procedimiento que el órgano de contratación considera legitimadora del desistimiento impugnado. Se trata en este caso de la consideración del contrato de servicios como sujeto a regulación armonizada, entendiendo que le corresponde clasificarse en categorías incluidas en el Anexo I del TRLCSP. En concreto

atendiendo a las distintas prestaciones que comprende, el informe jurídico de 1 de junio de 2016, señala que le corresponden diversas CPV de la categoría 12:

- CPV 71326000-9 servicios auxiliares de edificios.
- CPV 713356100-9 Servicios de control técnico.
- CPV 71356000-8 Servicios técnicos.
- CPV 71356200-0 Servicios de asistencia técnica.
- CPV 71356300-1 Servicios de apoyo técnico.
- CPV 71356400-2 Servicios de planificación técnica.

Servicios de la categoría, 11:

- CPV 79342399-6 Servicios al cliente.
- CPV 79342320-2 Servicios de atención al cliente.
- CPV 79420000-4 Servicios relacionados con la gestión.
- CPV 79421000-3 Servicios de gestión de proyectos que no sean de construcción.

Servicios de la categoría 6:

- CPV 66151100-4 Servicios de venta minorista electrónica.
- CPV 66172000-6 Servicios de procesamiento de transacciones financieras.
- CPV 66600000 Servicios de tesorería.

Esta nueva calificación propuesta pretende encontrar apoyo en las diversas tareas que deberá desempeñar el adjudicatario del contrato, tales como la dirección y gestión del personal o su formación, instalación de los equipos necesarios para el uso del aula, control de la iluminación y climatización del aula, supervisión del estado de carteles y publicaciones en expositores y mostradores del centro, despacho de entradas e ingreso de la recaudación en el banco, etc.

Debe por tanto delimitarse el objeto del contrato contemplando las diversas prestaciones que contiene para determinar su encaje en una u otra categoría. En este caso de acuerdo con el punto 2 del PCAP relativo a las necesidades a satisfacer, el contrato tiene por objeto el servicio de atención al público complementario para atender a los programas del Patronato Socio Cultural, para ello

se precisan auxiliares de información, jefatura de sala, taquilleros, acomodadores, y portería.

Por otro lado, la Resolución 300/14 del TCRC señala que *“la atribución de varios códigos es perfectamente ajustada a derecho, pues no existe precepto alguno ni en el TRLCSP ni en el Reglamento 2195/2002/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de noviembre de 2002 o, en fin, en el Reglamento 213/2008, de la Comisión, de 28 de noviembre de 2007, que imponga la necesidad de atribuir a un contrato exclusivamente un solo código de la Nomenclatura CPV.”* y continua *“a diferencia de la nomenclatura CPV, en la que, como hemos visto, el órgano de contratación puede seleccionar todos los códigos que estime pertinentes (aunque la Comisión Europea, en su manual no oficial, recomiende un máximo de veinte), el contrato de servicios debe ser clasificado en una sola de las categorías previstas en el Anexo II de TRLCSP. Para ello, y cuando las prestaciones sean subsumibles en más de una de aquéllas, habrá de estarse a la correspondiente a la prestación más importante desde el punto de vista económico, según resulta de los artículos 12 TRLCSP y 22 de la Directiva 2004/18/CE, pues, al fin de cuentas, es para la adjudicación para lo que resulta necesaria la categorización del contrato”*. Se trata por tanto de dos conceptos distintos, por un lado un contrato puede ser descrito mediante uno o varios códigos CPV a efectos descriptivos, si bien solo puede ser clasificado en una categoría contractual.

Lo anterior no encaja con la propuesta contenida en el Acta de la Mesa de contratación del día 10 de junio en cuanto considera la aplicación conjunta de varias categorías *“ya que no solamente pueden encuadrarse dentro de la categoría 26 del anexo II del TRLCSP, sino asimismo deberían encuadrarse dentro de las categorías 6, 11, y 12 del citado anexo”*.

Así la propia Mesa en su propuesta considera que debe encuadrar el contrato en varias categorías de forma simultánea, lo que hemos indicado que no es posible, pero que es perfectamente compatible con considerar aplicable cualquiera de ellas aunque de forma alternativa. Esto es, parece que el órgano de contratación

considera clasificable el contrato en la categoría 26 “Servicios de esparcimiento, culturales o recreativos”, tanto como en la 6 “Servicios financieros” la 11, “Servicios de consultores de dirección o servicios conexos” o la 12 “Servicios de arquitectura, servicios de ingeniería y servicios integrados de ingeniería, servicios de planificación urbana, y servicios de arquitectura paisajista, servicios conexos de consultores en ciencia y tecnología. Servicios de ensayos y análisis técnicos”. Sin perjuicio de la más que dudosa posibilidad de adscribir el contrato en alguna de las categorías anteriores, como la 12, cabe indicar que el hecho de que quepa clasificarlo en la categoría 26, determina que el contrato al haber sido publicada su convocatoria antes del transcurso del plazo de transposición, no pueda considerarse como sujeto a regulación armonizada y por tanto no sea obligatoria su publicación en el DOUE, con lo que no se aprecia la existencia de infracción de las normas del procedimiento que soporten la decisión de desistir de la licitación.

Por tanto teniendo en cuenta que las causas de nulidad y el desistimiento contractual deben ser apreciadas de forma restrictiva y que no resulta acreditado la incorrección de la clasificación en la categoría 26 del Anexo II, cabe estimar el recurso. A ello cabe añadir lo avanzado del estado de tramitación del expediente en que si bien es cierto que no se ha procedido a adjudicar el contrato, no lo es menos que las ofertas sí estaban clasificadas.

Sexto.- No procede la imposición de multa solicitada por la recurrente en virtud del artículo 47.5 del TRLCSP al tratarse de una sanción prevista para el recurrente temerario o de mala fe, en ningún caso para la administración o poder adjudicador cuyos actos se recurren.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 41.4 del TRLCSP 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 el recurso especial, interpuesto recurso interpuesto por doña O.M.U., actuando en nombre y representación Grupo Exceltia, S.A., contra el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Alcobendas, de fecha 26 de julio de 2016, por el que se modifica el Acuerdo de fecha 12 de julio de 2016, relativo a desistimiento del procedimiento de adjudicación del contrato de servicios de atención al público complementario al Programa Cultural del Patronato Sociocultural.

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.

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.