

Recurso 473/2019

Resolución 205/2020

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA
JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 10 de junio de 2020

VISTO el escrito de recurso presentado por la entidad **METALÚRGICA ANDALUZA DE MAQUINARIA DE OBRAS PÚBLICAS, S.L.U.** contra la resolución del órgano de contratación, de 18 de noviembre de 2019, por la que se acuerda el desistimiento del procedimiento de adjudicación del contrato denominado “Adquisición por lotes de 2 barredoras pequeñas, 3 camiones (dos dotados con plataforma elevadora y uno dotado con grúa y volquete), 2 furgones taller y 2 camiones cisterna (de diferentes capacidades)”, convocado por el Ayuntamiento de Benalmádena (Málaga) (Expte. 2019/8001E), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 2 de julio de 2019, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea anuncio de licitación por procedimiento abierto del contrato indicado en el encabezamiento. Asimismo, el anuncio se publicó el 30 de junio de 2019 en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público.

El valor estimado del contrato asciende a 626.859,46 euros.



SEGUNDO. La licitación se rige por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP). Igualmente, le es de aplicación el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante, RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en cuanto no se opongan a lo establecido en la nueva LCSP.

TERCERO. El objeto del contrato se ha dividido en cuatro lotes, habiéndose efectuado el 19 de septiembre de 2019 propuesta de adjudicación del lote 1 (2 barredoras) a la entidad METALÚRGICA ANDALUZA DE MAQUINARIA DE OBRAS PÚBLICAS, S.L.U., a quien se le requirió la documentación previa a la adjudicación.

Con posterioridad, el 18 de noviembre de 2019, el órgano de contratación desistió del procedimiento de adjudicación, tras propuesta unánime de la mesa de contratación *“dado que al tratarse de un expediente financiado con cargo al suplemento extraordinario de crédito 3/2018, el mismo debía estar recepcionado, facturado y contabilizado antes del 31/12/2019, resultando esto imposible a la vista de los plazos de entrega del expediente de 3 y 7 meses. Por tal motivo, el expediente se quedaría sin financiación, siendo ello una infracción no subsanable de las normas reguladoras del procedimiento de adjudicación”*.

El desistimiento del procedimiento se notificó a METALÚRGICA ANDALUZA DE MAQUINARIA DE OBRAS PÚBLICAS, S.L.U, siendo recibido por esta el 19 de noviembre de 2019.

CUARTO. El 25 de noviembre de 2019, la entidad METALÚRGICA ANDALUZA DE MAQUINARIA DE OBRAS PÚBLICAS, S.L.U (METALÚRGICA, en adelante) presentó en el Registro electrónico del Ayuntamiento de Benalmádena escrito de recurso dirigido a la Concejalía de Hacienda del citado Ayuntamiento. El citado escrito, el expediente de contratación, el informe al recurso y el listado de licitadores han sido remitidos por el órgano de contratación a este Tribunal, quien posteriormente ha tenido que solicitar documentación adicional con la finalidad de completar el expediente inicialmente enviado.

QUINTO. Mediante escritos de 11 de marzo de 2020, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso a los interesados en el procedimiento, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para alegaciones.



SEXTO. La disposición adicional tercera del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, suspendió desde dicho día la tramitación del presente recurso. La disposición adicional octava del Real Decreto-ley 17/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueban medidas de apoyo al sector cultural y de carácter tributario para hacer frente al impacto económico y social del COVID-2019 ha acordado el levantamiento de la suspensión desde el día 7 de mayo, fecha de su entrada en vigor, de los términos e interrupción de los plazos de los procedimientos de contratación promovidos por entidades pertenecientes al Sector Público, siempre y cuando su tramitación se realice por medios electrónicos, extendiendo dicha medida a los recursos especiales. Habiéndose tramitado el presente procedimiento de licitación por medios electrónicos, tal como consta en el expediente remitido, la citada disposición ha levantado la suspensión de la tramitación del presente recurso especial.

SÉPTIMO. Transcurrido el plazo de alegaciones al recurso, no se ha recibido ninguna.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP, en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía y en la Orden de 14 de diciembre de 2011, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, por la que se acuerda el inicio del funcionamiento del citado Tribunal.

En concreto, el acto impugnado ha sido adoptado en el procedimiento de adjudicación de un contrato promovido por el Ayuntamiento de una entidad local andaluza, derivando la competencia de este Tribunal para la resolución del recurso especial interpuesto del convenio, a tales efectos, formalizado el 29 de abril de 2013 entre la entonces Consejería de Hacienda y Administración Pública de la Junta de Andalucía y el Ayuntamiento de Benalmádena, al amparo del artículo 10.3 del citado Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, en su redacción anterior al Decreto 120/2014, de 1 de agosto.

SEGUNDO. En cuanto a la legitimación, el recurso se interpone por una de las entidades que han participado en la licitación, ostentando legitimación de conformidad con lo estipulado en el artículo 48 de la



LCSP conforme al cual *“Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso (...).”*

TERCERO. Visto lo anterior, procede determinar si el recurso se refiere a alguno de los supuestos contemplados legalmente y si se interpone contra alguno de los actos susceptibles de recurso en esta vía, de conformidad con lo establecido respectivamente en los apartados 1 y 2 del artículo 44 de la LCSP.

El recurso se refiere a un contrato de suministro cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros y ha sido convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública. Por tanto, aquel es procedente al amparo de lo dispuesto en el artículo 44.1 a) de la LCSP.

Por otro lado, el acto impugnado es el desistimiento del procedimiento de adjudicación que es, igualmente, susceptible de recurso especial de conformidad con el apartado 2 c) del artículo 44 de la LCSP, en tanto que constituye una forma de terminación del procedimiento de licitación, asimilable a la adjudicación.

La posibilidad de control a través del recurso especial de los actos de desistimiento precontractual de los órganos de contratación ha sido reconocida expresamente por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, al afirmar sobre esta cuestión la Sentencia de 18 de junio de 2002, asunto Hospital Ingenieure, apartado 48, 50 y 51 (criterio confirmado por la Sentencia de 2 de junio de 2005, asunto Koppensteiner GMBH), lo siguiente:

“Pues bien, en la medida en que la decisión de la entidad adjudicadora de cancelar una licitación para un contrato público de servicios está sujeta a las normas materiales pertinentes del Derecho comunitario, procede inferir que está asimismo comprendida en el ámbito de aplicación de las normas establecidas en la Directiva 89/665 con el fin de garantizar el cumplimiento de las prescripciones del Derecho comunitario en materia de contratos públicos (...)

Además, el sistema general de la Directiva 89/665 impone una interpretación de dicho concepto en sentido amplio, por cuanto el artículo 2, apartado 5, de dicha Directiva autoriza a los Estados miembros a establecer que, cuando se reclame una indemnización de daños y perjuicios porque una decisión de la entidad adjudicadora se haya adoptado ilegalmente, la decisión impugnada debe ser previamente anulada.



En efecto, admitir que los Estados miembros no están obligados a instaurar procedimientos de recurso de anulación con respecto a los acuerdos por los que se cancela una licitación equivaldría a autorizarles a privar, en ejercicio de la facultad prevista en la disposición mencionada en el apartado anterior, a los licitadores lesionados por tales acuerdos, adoptados con infracción de las normas del Derecho comunitario, de la posibilidad de promover acciones de indemnización de daños y perjuicios”.

El objetivo de esta doctrina es garantizar el efecto útil de la Directiva 89/665. Como se desprende de sus considerandos primero y segundo, la finalidad de la Directiva es reforzar los actuales mecanismos, tanto en el plano nacional como en el plano europeo, para garantizar la aplicación efectiva de las directivas en materia de adjudicación de los contratos públicos, en particular, en la fase en la que las infracciones aún pueden corregirse y, precisamente para garantizar el respeto de dichas directivas, el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 89/665 obliga a los Estados miembros a establecer recursos lo más eficaces y rápidos posible.

Este criterio es comúnmente aceptado por todos los Órganos de resolución de recursos contractuales y ha sido acogido por este Tribunal, entre otras, en sus Resoluciones 180/2019, de 30 de mayo y 406/2019, de 28 de noviembre de 2019.

Por tanto, sin perjuicio de lo que posteriormente se analizará, cabe el recurso especial contra el acto impugnado.

CUARTO. En cuanto al requisito del plazo para interponer el recurso, el artículo 50.1 d) de la LCSP establece que *“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles. Dicho plazo se computará:*

g) En todos los demás casos, el plazo comenzará a contar desde el día siguiente al de la notificación realizada de conformidad con lo dispuesto en la Disposición adicional decimoquinta”.

Asimismo, la disposición adicional decimoquinta del citado texto legal, en su apartado 1, establece que *“Las notificaciones a las que se refiere la presente Ley se podrán realizar mediante dirección electrónica habilitada o mediante comparecencia electrónica.*



Los plazos a contar desde la notificación se computarán desde la fecha de envío de la misma o del aviso de notificación, si fuera mediante comparecencia electrónica, siempre que el acto objeto de notificación se haya publicado el mismo día en el Perfil de contratante del órgano de contratación. En caso contrario los plazos se computarán desde la recepción de la notificación por el interesado.”

En el supuesto analizado, el desistimiento fue acordado el 18 de noviembre de 2019 y notificado a la recurrente al día siguiente. Por tanto, aun computando el plazo para recurrir desde la fecha de adopción del acto impugnado, el recurso presentado el 25 de noviembre en el registro electrónico del órgano de contratación se ha interpuesto dentro del plazo legal.

QUINTO. Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede examinar sus motivos.

La recurrente solicita que “se tenga por presentado este recurso contra la resolución dictada, se deje sin efecto la mencionada resolución de desistimiento del expediente realizada por ese Ayuntamiento, se retrotraigan las actuaciones y se realice la adjudicación relativa al lote 1 a la sociedad propuesta como adjudicataria METALÚRGICA ANDALUZA DE MAQUINARIA DE OBRAS PÚBLICAS, ello en base a quedar sin contenido ni motivación la resolución de desistimiento efectuada por el Ayuntamiento, a tenor de la renuncia expresa contenida en este escrito de METALÚRGICA ANDALUZA DE MAQUINARIA DE OBRAS PÚBLICAS a agotar los plazos previstos en el pliego y a su compromiso por escrito para la entrega de la maquinaria ofertada en la licitación el próximo 18 de diciembre de 2019, lo que posibilita la finalización total del procedimiento antes del próximo 31 de diciembre de 2019 y deviene en subsanable la infracción apreciada de falta de financiación por conclusión extemporánea del procedimiento”.

Como se ha indicado en los antecedentes, el 18 de noviembre de 2019, el órgano de contratación desistió del procedimiento de adjudicación, tras propuesta unánime de la mesa de contratación. El fundamento de dicho desistimiento se fundó en la siguiente razón: *“dado que al tratarse de un expediente financiado con cargo al suplemento extraordinario de crédito 3/2018, el mismo debía estar recepcionado, facturado y contabilizado antes del 31/12/2019, resultando esto imposible a la vista de los plazos de entrega del expediente de 3 y 7 meses. Por tal motivo, el expediente se quedaría sin financiación, siendo ello una infracción no subsanable de las normas reguladoras del procedimiento de adjudicación”.*



METALÚRGICA alega que fue propuesta como adjudicataria del lote 1, habiendo completado debidamente la documentación exigida para la adjudicación del citado lote y que como quiera que el desistimiento se basa en la necesidad de dar cumplimiento al adjudicatario de los plazos previstos de entrega en los pliegos y *“en la necesidad de conclusión del expediente antes del próximo 31 de diciembre de 2019 (recepción, facturación y contabilización del suministro)”*, notifica fehacientemente que tiene encargadas las máquinas objeto de la licitación y que está en disposición de su entrega y facturación el próximo 18 de diciembre de 2019. Concluye, por tanto, que siendo subsanable la causa que motiva el desistimiento, renuncia de forma voluntaria a agotar el plazo de siete meses previsto en los pliegos para la entrega, asumiendo el compromiso expreso de entrega y facturación de los bienes para el 18 de diciembre de 2019.

En su informe al recurso, el órgano de contratación manifiesta lo siguiente:

1) METALÚRGICA no califica el recurso si bien el mismo debe entenderse como un recurso especial en materia de contratación, por lo que la ausencia de calificación, conforme al artículo 115.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, no será obstáculo para su tramitación siempre que se deduzca su verdadero carácter.

2) Que el recurso debe desestimarse en base a lo siguiente:

- En relación a la documentación presentada por METALÚRGICA, tanto en el sobre A como tras el requerimiento de la documentación previa a la adjudicación y aunque dicha documentación no llegó a calificarse formalmente por la mesa de contratación, la misma adolecía de defectos que, aunque hubieran dado lugar al otorgamiento de plazo de subsanación, hubieran dilatado la adjudicación y formalización del contrato. En concreto, en relación a la solvencia económica requerida por el anexo IV del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP), la recurrente no aportó como medio de acreditación de su cifra de negocios la justificación del depósito de cuentas ni los modelos 347 ó 390 que se requerían en el citado anexo. Del mismo modo, por lo que respecta a la acreditación de la solvencia técnica, la documentación presentada por la recurrente no se ajusta a lo requerido por el PCAP, al no detallar en los suministros efectuados los destinatarios de los mismos ni sus correspondientes importes, con aportación de los certificados de entidades del sector público requeridos.



En definitiva, la recurrente, a 12 de noviembre de 2019 en que la mesa de contratación propuso el desistimiento, no tenía acreditada la solvencia económica ni técnica y si bien podría habersele otorgado plazo de subsanación, ello habría dilatado la culminación del expediente de contratación provocando la imposibilidad material de que el suministro estuviese recepcionado, facturado y contabilizado antes del 31 de diciembre de 2019, requisito necesario dado que el expediente estaba financiado con cargo al suplemento extraordinario de crédito nº3/2018, tratándose de una inversión financieramente sostenible.

Asimismo, el órgano de contratación señala que, de conformidad con lo previsto en la cláusula 8 del pliego de prescripciones técnicas (PPT), *“Los vehículos se entregarán matriculados, a nombre del Excmo. Ayuntamiento de Benalmádena, y con toda la documentación exigible para la circulación. (...) considerando que alguno de los trámites que se requieren para la entrega -como la matriculación- no puede efectuarse antes de la formalización del contrato.*

- El desistimiento acordado tiene como finalidad evitar cualquier perjuicio del licitador propuesto pues, de culminarse la licitación superada la fecha de 31 de diciembre de 2019, el expediente quedaría sin financiación y ello no podría subsanarse.

SEXTO. Expuestas las alegaciones de las partes procede su examen.

En efecto, METALÚRGICA califica su escrito como recurso y pide que se deje sin efecto el desistimiento del procedimiento de adjudicación acordado por el órgano de contratación. Formalmente, al estar en presencia de un contrato de suministro que pretende celebrar una Administración Pública cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros y siendo el acto impugnado el desistimiento de la licitación -asimilable a la adjudicación a los solos efectos del recurso especial por tratarse de un acto finalizador del procedimiento-, el recurso especial es procedente, tal y como hemos analizado en el fundamento de derecho tercero de esta resolución.

Ahora bien, teniendo en cuenta que la finalidad del recurso especial -conforme señalan los propios *“considerandos”* de la Directiva 89/665/CEE, de 21 de diciembre de 1989- es instaurar un mecanismo ágil y eficaz que garantice la aplicación efectiva de la normativa contractual nacional y europea, permitiendo la corrección de las infracciones de dicha normativa cuando todavía es posible, resulta



presupuesto necesario para acudir a esta vía especial de impugnación denunciar que el poder adjudicador ha incurrido en alguna infracción de la legislación contractual; en particular, de la LCSP y demás normas de aplicación.

Sin embargo, no es esto lo que acontece en el supuesto analizado donde METALÚRGICA recurre el desistimiento y pide que se deje sin efecto, pero sin cuestionar la legalidad del mismo; es decir, no impugna el acto por su desconformidad a derecho y por infringir lo dispuesto en el artículo 152 de la LCSP relativo a la *“Decisión de no adjudicar o celebrar el contrato y desistimiento del procedimiento de adjudicación por la Administración”*; únicamente, plantea una solución para posibilitar la adjudicación del lote 1 a su favor, renunciando a agotar los plazos previstos en el PCAP para la entrega de los bienes (3 meses a contar desde la formalización del contrato conforme al apartado K del anexo I del citado pliego).

Así pues, aunque METALÚRGICA califica su escrito en el suplico como “recurso”, en realidad no suscita ninguna controversia sino todo lo contrario; propone una solución que haga posible la adjudicación y formalización del contrato antes del día 31 de diciembre de 2019, consistente en anticipar el plazo de entrega de los bienes respecto a lo previsto en el PCAP, para que de ese modo el suministro pueda ser recepcionado, facturado y contabilizado antes de la citada fecha, y se evite la infracción en que se funda el desistimiento que es la pérdida de financiación.

Tanto es así que la recurrente dirige su escrito a la Concejalía de Hacienda del Ayuntamiento de Benalmádena y no a este Tribunal, calificándolo genéricamente como recurso sin especificar su modalidad; y aunque tales extremos no impiden, en abstracto, apreciar que estemos ante un recurso especial por cuanto este puede presentarse ante el órgano de contratación (artículo 51.3 de la LCSP) y su falta de calificación no es óbice a su tramitación si se deduce su verdadero carácter (artículo 115.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre), en el supuesto analizado son precisamente aquellas circunstancias unidas al hecho de que no se denuncia infracción legal alguna en el acto de desistimiento, lo que nos permite afirmar que METALÚRGICA no ha pretendido interponer un recurso especial en materia de contratación del que haya de conocer y resolver este Tribunal. Es más, pide literalmente al órgano de contratación a quien se dirige que *“se deje sin efecto la mencionada resolución de desistimiento del expediente realizada por ese Ayuntamiento”* (el subrayado es nuestro), lo que muestra que su intención o voluntad es que, a la luz de su escrito y con la solución que ofrece, la Corporación local revoque el desistimiento y le adjudique el contrato.



A mayor abundamiento, aun cuando sostuviéramos en pura hipótesis que el escrito de recurso ha de calificarse como especial en materia de contratación -afirmación que realiza el órgano de contratación en su informe-, este Tribunal no podría analizar, so pena de incurrir en incongruencia *“ultra petita”*, si el acto recurrido es o no conforme a derecho, ni si concurren los presupuestos legales del artículo 152 de la LCSP para su adopción, por cuanto nada de ello se ha suscitado en el escrito presentado por METALÚRGICA.

Como ya hemos indicado, el recurso especial es un instrumento ágil para denunciar infracciones de la normativa contractual y permitir su corrección cuando todavía es posible, siendo función de los Tribunales administrativos de recursos contractuales revisar los actos impugnados para determinar si concurren en los mismos las infracciones de la legalidad contractual alegadas. Así pues, en última instancia, la falta de contenido impugnatorio del escrito nos impediría emitir un pronunciamiento sobre la legalidad del acto.

Con base en las consideraciones realizadas, el escrito presentado por METALÚRGICA debe inadmitirse por no tratarse de un recurso especial en materia de contratación.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación este Tribunal

ACUERDA

PRIMERO. Inadmitir el escrito de recurso presentado por la entidad **METALÚRGICA ANDALUZA DE MAQUINARIA DE OBRAS PÚBLICAS, S.L.U.** contra la resolución del órgano de contratación, de 18 de noviembre de 2019, por la que se acuerda el desistimiento del procedimiento de adjudicación del contrato denominado “Adquisición por lotes de 2 barredoras pequeñas, 3 camiones (dos dotados con plataforma elevadora y uno dotado con grúa y volquete), 2 furgones taller y 2 camiones cisterna (de diferentes capacidades)”, convocado por el Ayuntamiento de Benalmádena (Expte. 2019/8001E), al carecer de contenido impugnatorio y no tratarse de un recurso especial en materia de contratación.

SEGUNDO. Notificar la presente resolución a las partes interesadas en el procedimiento.



Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

