

Recurso 14/2019**Resolución 180/2019****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 30 de mayo de 2019

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la **UTE THEATRUM BALBI** contra la resolución, de 11 de diciembre de 2018, de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Cultura (actual Consejería de Cultura y Patrimonio Histórico) de desistimiento del expediente de contratación relativo al contrato de servicios “Redacción de Proyecto, Dirección Facultativa y Coordinación de Seguridad y Salud durante la ejecución de las Obras, para la reordenación Urbana, adecuación de accesos y conservación, restauración y puesta en valor del Teatro Romano de Cádiz” (CCUL-13-2018) este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO. El 9 de marzo de 2018, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución. Asimismo, dicho anuncio se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía el 14 de marzo de 2018, y en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía núm. 2 de 8 de marzo de 2018.



El 20 de marzo de 2018, se publica en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía núm 55, una corrección de errores del anuncio de licitación, respecto a la fecha límite de presentación de ofertas.

El valor estimado del contrato asciende a 353.808 euros y entre las entidades que presentaron sus proposiciones en el procedimiento se encontraba la UTE recurrente.

SEGUNDO. La licitación se llevó a cabo de conformidad con la tramitación prevista en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre. Igualmente, es de aplicación el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la citada Ley, y el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

Asimismo, el procedimiento del recurso especial se rige por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), de conformidad con lo establecido en la disposición transitoria primera de la citada ley.

TERCERO. Mediante resolución, de 11 de diciembre de 2018, de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Cultura se acuerda el desistimiento del expediente de contratación.

CUARTO. El 11 de enero de 2018, tuvo entrada en el Registro del órgano de contratación recurso especial en materia de contratación interpuesto por la UTE THEATRUM BALBI contra la resolución citada en el antecedente de hecho tercero.

QUINTO. Por la Secretaría del Tribunal, mediante oficio de 17 de enero de 2019, se da traslado al órgano de contratación del escrito de recurso y se le



requiere para que aporte el respectivo informe, el expediente de contratación, así como el listado de licitadores en el procedimiento con los datos necesarios a efectos de notificaciones.

El 22 de enero de 2019, se remite oficio por el órgano de contratación indicando que el expediente de contratación ya ha sido enviado con ocasión de dos recursos especiales interpuestos en relación al mismo expediente de contratación; que se aporta la documentación generada con posterioridad, así como el informe al recurso, y el listado de licitadores.

SEXTO. La Secretaría del Tribunal, mediante escritos de 29 de enero de 2019 , concedió un plazo de 5 días hábiles siguientes a su recepción a los licitadores para que formularan las alegaciones que estimaran oportunas, habiéndolas presentado la entidad ALT-Q ARQUITECTURA S.C.P.

SÉPTIMO. En la tramitación del presente recurso se han cumplido con carácter general los plazos legales, salvo el previsto para resolver en el artículo 57.1 de la LCSP, dada la acumulación de asuntos existente en este Tribunal.

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.

SEGUNDO. Ostenta legitimación la reclamante para la interposición del recurso al haber participado en la licitación.



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 contrato objeto de licitación es un contrato de servicios cuyo valor estimado asciende a 353.808 euros, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública.

En cuanto al concreto acto que se recurre, el desistimiento de la licitación, la resolución recurrida es susceptible de recurso especial, de acuerdo con el apartado 2. c) del artículo 44 de la LCSP, en tanto el desistimiento 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 esta 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 ha sido recogido por este Tribunal en la Resolución 59/2015, de 17 de febrero y por los demás órganos de recursos contractuales (v.g. el Acuerdo 11/2014, de 20 de febrero, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, la Resolución del Tribunal de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid 17/2011.; cuya interpretación se ha asumido también por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en la Resolución 263/2012, de 21 de noviembre y por el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, mediante Resolución 54/2013, de 25 de septiembre), distinguiendo entre desistimiento del procedimiento y renuncia a celebrar un contrato.



CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 50.1 g) 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.

Por su parte, la citada disposición adicional decimoquinta 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 acuerdo de desistimiento fue publicado en el perfil de contratante el 18 de diciembre de 2018, y remitido a la recurrente en la misma fecha, por lo que el recurso presentado el 11 de enero de 2019 se habría interpuesto dentro del plazo legal.

QUINTO. Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede examinar los motivos en que el mismo se sustenta. La recurrente funda su recurso en dos motivos. El primer motivo es de carácter formal, en cuanto entiende que, con carácter previo a la resolución de desistimiento, resultaba necesario haberle concedido trámite de audiencia. Como segundo motivo alega falta de motivación en la resolución y de concurrencia de la causa que permite el desistimiento.



Comenzando con la falta de audiencia, en apoyo de su alegato invoca nuestra Resolución 351/2015, en la que se cita el Dictamen del Consejo de Estado de 22 de julio de 2010.

El órgano de contratación en su informe al recurso, tras reproducir el artículo 155 del TRLCSP, así como la cláusula 10.8 del pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante, PCAP) indica que en ningún caso exigen que la decisión de desistimiento se dicte previa audiencia de los interesados en el procedimiento, requisito que tampoco se deduce de la doctrina invocada por la recurrente, añadiendo que el Dictamen del Consejo de Estado de 22 de julio de 2010 se refiere a que la justificación de la decisión de la Administración debe constar en el expediente. En cuanto a nuestra Resolución 351/2015, considera que hace referencia a que el conocimiento del licitador incluye la posibilidad de alegar contra la decisión de desistir, no contra la propuesta de la mesa. Añade que la doctrina citada en el recurso gravita en torno a la posibilidad de impugnación de la resolución, no a la existencia de un trámite de alegaciones previas de los interesados, trámite que no se exige jamás en los procedimientos abiertos de contratación, en los que la mesa eleva su propuesta directamente al órgano de contratación.

Por su parte, ALT-Q ARQUITECTURA S.C.P. (en adelante ALT-Q) en sus alegaciones señala que el artículo 155 del TRLCSP no contempla este trámite de audiencia, sin que quepa la aplicación supletoria de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común. Añade que el Dictamen del Consejo de Estado de 22 de julio de 2010 se refiere a un supuesto distinto del presente: la resolución de un contrato ya adjudicado.

Entrando en el análisis de este motivo del recurso hemos de señalar que el artículo 155 del TRLCSP establece, en lo que se refiere al desistimiento:

“Artículo 155. Renuncia a la celebración del contrato y desistimiento del procedimiento de adjudicación por la Administración.



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.

4. 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.”

Como puede comprobarse no se prevé un trámite de audiencia previo a la resolución de desistimiento. Tampoco se contempla el citado trámite en la cláusula 10.8 del PCAP.

En cuanto a nuestra Resolución 351/2015, de 7 de octubre, debe advertirse que entre los motivos del recurso que dio origen a la citada Resolución no se encontraba la falta de audiencia previa al dictado de la resolución de desistimiento, por lo que, siguiendo el principio de congruencia, este Tribunal no se pronunció sobre dicha cuestión, centrándose el recurso, y en consecuencia la resolución, en la justificación de la causa que motivó el desistimiento.

Debe añadirse que respecto de la cuestión alegada por la recurrente se ha pronunciado la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Junta de Galicia en su informe 6/2016, de 29 de septiembre, sobre el desistimiento de los procedimientos de contratación, cuya consideración jurídica 5, letra B) señala:

“B. Sobre la necesidad de dar audiencia previa a los licitadores participantes en el procedimiento:



Sobre este punto interesa indicar el criterio que siguió la Audiencia Nacional en la Sentencia 5/2016, de 21 de diciembre del 2015, (Rec. 615/2013) que si bien va referida a la renuncia de un contrato, es de aplicación al desistimiento en el que se refiere a las exigencias procedimentales del acuerdo que lo adopta. La sentencia, en su Fundamento de derecho quinto señala: *“Del dictado del artículo 155 del Real Decreto-legislativo, finalmente, no se extrae que la renuncia exija audiencia previa a los interesados, pues lo que el precepto señala es que cuando el órgano de contratación renuncie a celebrar el contrato, lo notificará a los candidatos o licitadores, como así sucedió, informando también en su caso a la Comisión Europea. E igual sucede con las actuaciones a las que alude el recurrente -informe económico de fiscalización que aconseje la renuncia a la celebración del contrato-, pues no se invoca norma alguna al respecto, limitándose el aludido artículo a disponer que el órgano de contratación deberá justificar las razones de interés público en que fundamenta su decisión.”*

En sentido similar se ha pronunciado el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 644/2017, de 14 de julio.

En definitiva, no resulta preceptivo un trámite de audiencia con carácter previo a la resolución de desistimiento.

En consecuencia procede desestimar este motivo del recurso.

SEXTO. El segundo motivo del recurso alega tanto la falta de motivación de la resolución como la falta de concurrencia de la causa que permita el desistimiento. El recurso se centra en lo dispuesto en la cláusula 6.1.1 del PCAP, considerando que la invocación de dicha cláusula por uno de los licitadores en el acto público fue genérica, sin que se concretara tanto por éste como por la Administración que en base a tal alegato ha resuelto desistirse del contrato.

Considera que el desistimiento no puede justificarse en que la mesa, en su propuesta, manifieste que tiene dudas razonables de que durante el procedimiento se haya respetado completamente el principio de igualdad en la concurrencia de los licitadores, sin especificar cuáles son esas dudas.



En este sentido, analiza el acta de la sesión de 6 de noviembre de la mesa. A continuación centra su alegato en la cláusula 10.8 del PCAP que contempla el desistimiento, así como en el artículo 155 del TRLCSP, que establece como requisito que estemos ante una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación, así como la justificación en el expediente de la concurrencia de la causa. A continuación invoca nuestra Resolución 351/2015, en donde analizamos el desistimiento de los procedimientos de licitación. Todo ello le lleva a concluir que no bastan meras sospechas ni dudas razonables para poder desistirse, sino que es necesario que concurra una infracción no subsanable, lo que conlleva “estrictas y regladas causas de vulneración de la legalidad, irreconciliables con su empleo por razones de oportunidad” (ex Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 7 de noviembre de 2014). A continuación aplica esta doctrina al presente caso, señalando que ante la alegación de un licitador de que había solicitado verbalmente un documento elaborado por uno de los miembros de la UTE y que no se le suministró, habría que oponer que no consta en el expediente que dicha petición se formulase ni que la mesa haya realizado ninguna actuación indagatoria; que en tal situación no queda constancia de que la petición se formulase en el plazo establecido en el perfil, que no se ha analizado si dicho documento estaba en la situación contemplada en la cláusula 6.6.1 del PCAP, y que por tanto, no se ha acreditado que tal documento no sea uno de los que el pliego de prescripciones técnicas establece que serán entregados al adjudicatario del contrato a fin de redactar el proyecto. Añade que los únicos documentos cuya entrega era obligada a los licitadores eran los redactados por una persona candidata o licitadora, o una empresa vinculada a ellos que hubiera asesorado al órgano de contratación o participado de algún otro modo en la preparación del procedimiento de contratación. Finalmente alega que no basta con tener dudas razonables, sino que es preciso concretar cómo ello supone, con la equivalencia de las causas de nulidad del artículo 47 de la Ley 39/2015 o de anulabilidad del artículo 48, un motivo de desistimiento, y ello porque tal causa (las dudas razonables) no se



contempla como vicio del procedimiento, ni tampoco el *“respeto incompleto al principio de igualdad de condiciones de los licitadores.”*

El órgano de contratación en su informe al recurso invoca en primer lugar la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 187/2014, en la que se establece que la motivación del acuerdo de desistimiento no debe necesariamente encontrarse en la resolución que lo acuerda, sino que debe justificarse en el expediente. Añade que en este caso la motivación se encuentra en las actas de la mesa, tal como se recoge en la resolución de desistimiento, de la sesión de 6 de noviembre de 2018, así como en el acta número 3 correspondiente a las intervenciones que se produjeron en el acto público. Añade que existe una solicitud por correo electrónico de fecha 28 de marzo de 2018 de uno de los licitadores en los siguientes términos: *“He averiguado que existe un estudio previo de actuaciones en el Teatro Romano de Cádiz” redactado por F. R. Me gustaría saber donde acceder a ese documento, ya que en la documentación de la licitación no aparece*”. Dicho correo fue trasladado a la Jefa del Servicio de Conservación y Obras del Patrimonio Histórico, la cual respondió literalmente con fecha 3 de abril de 2018 que *“El estudio previo se ha tenido en cuenta por la administración para la toma de decisiones en cuanto al faseado de los trabajos a abordar en el Teatro y su financiación, pero no forma parte de la documentación de la licitación del proyecto, ni es necesario para ella*”. De dicho correo se dio traslado al solicitante. Posteriormente, en fase de selección la mesa solicitó un informe sobre los trabajos realizados en el Teatro con carácter previo al presente expediente, que se evacua por el Servicio anteriormente citado el 26 de julio. Añade que no obstante, y a la vista del “Estudio previo de actuaciones en el Teatro Romano de Cádiz” realizado por uno de los componentes de la UTE recurrente en ejecución del contrato CCUL 61-2016, entre cuyo contenido se encuentran los epígrafes 5 “Diagnóstico y propuesta de actuaciones” (páginas 67 y siguientes) y 6 “Plan de actuaciones” (páginas 93 y siguientes), el órgano de contratación consideró que dicha documentación debió hacerse pública para



asegurar la igualdad en el procedimiento, por lo que la salvaguarda del interés público exigía el desistimiento.

ALT-Q en sus alegaciones invoca la cláusula 6.6.1 del PCAP tal como hizo en el acto público de apertura del sobre 3; que, como manifestó en el mismo, el participante en la UTE fue adjudicatario en 2016 de un contrato menor denominado “Estudio previo”, que consta en el perfil de contratante y en la prensa local. A continuación señala que solicitó verbalmente acceder al documento tras no haberle sido facilitado éste tras su correo electrónico de 15 de marzo de 2018, en el que requería cualquier otra documentación que pudiera interesar, aportando copia del citado correo. Señala que el no haber podido contar con dicho documento le ha privado de una documentación precisa, valiosa y útil para poder calibrar las necesidades de la Administración que originan el presente procedimiento de licitación. Añade que en función del objeto del contrato, toda información es poca. Partiendo de que el estudio previo abarca y condiciona todo margen de actuación, considera que se ha incumplido el deber del pliego relativo a la necesidad de la publicación en el perfil de la información intercambiada con quien haya participado de algún modo en la preparación del procedimiento de contratación.

Expuestas las alegaciones, hemos de comenzar recordando nuestra doctrina sobre el desistimiento, que se contiene principalmente en la Resolución 351/2015, de 7 de octubre:

“Como señalábamos en nuestra reciente resolución núm. 59/2015, de 17 de febrero, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC) contempla, con carácter general, entre otros, en sus artículos 42 y 87, el desistimiento como una de las formas de terminación del procedimiento administrativo, cuyo ejercicio y efectos se regulan en los artículos 90 y 91 de la LRJ-PAC.



Sin embargo, el desistimiento, como potestad discrecional de la Administración, está limitado, como todas las de tal clase, por la norma general imperativa por la cual dicha potestad debe cumplir los fines que le son propios al servicio del bien común y del ordenamiento jurídico, y siempre basándose en los principios de racionalidad y proporcionalidad. Así lo ha puesto de manifiesto en su jurisprudencia el Tribunal Supremo en reiteradas ocasiones (Sentencias de 16 abril 1999, RJ 1999\4362 de 23 de junio de 2003, RJ 4413, o Sentencia de 21 septiembre 2006 RJ 2006\6437, entre otras muchas).

El artículo 155 del TRLCSP regula, junto a la renuncia, el desistimiento como una forma de terminación de un procedimiento de contratación pública sin selección de ningún licitador, estableciendo que:

1. *“En el caso de que el órgano de contratación (...) decida reiniciar el procedimiento para su adjudicación, lo notificará a los candidatos o licitadores,*
(...)
(...)
4. *“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”.*

Por tanto, las entidades adjudicadoras no están obligadas a llevar a término en todo caso el procedimiento de adjudicación, si bien toda cancelación de la licitación debe estar sujeta al cumplimiento de una serie de requisitos que constituyen límites al ejercicio de dicha potestad discrecional de la Administración.

A la vista de lo dispuesto en dicha disposición, como señaló el Tribunal Administrativo de de Contratos Públicos de Navarra en su Acuerdo 19/2013, de 31 de julio, que en síntesis señala que el desistimiento del procedimiento de contratación constituye una facultad de la Administración sujeta a una serie de requisitos que son los siguientes:

- . Debe acordarse por el órgano de contratación.



- . Debe acordarse antes de la adjudicación del contrato.
- . Debe justificarse en razones de interés público.
- . Debe motivarse la causa y notificarse a los interesados.

Por tanto, una vez verificado que el órgano adopta la decisión de poner fin a un procedimiento de contratación sin proceder a la selección de licitador y en el momento procedimental en que se adopta, lo que se impone de modo principal es analizar si la misma está suficientemente motivada .

En este sentido, el Dictamen del Consejo de Estado de 22 de julio de 2010 señala, en relación al desistimiento del contrato, que *"El desistimiento de la Administración constituye un remedio excepcional ante una situación que, en la medida de lo posible, deberá evitarse que se produzca. Y en todo caso, la Administración sólo podrá desistir del contrato cuando razones de interés público así lo aconsejen. No se configura como una opción de libre utilización por la misma, sino como una solución a la que únicamente podrá acudir cuando la prosecución de las actuaciones o de la ejecución del contrato perjudique el interés público o sea incompatible con él. De ahí que la justificación de la decisión de la Administración de resolver el contrato haya de constar en el expediente administrativo y de ella deberá tener oportuno conocimiento el contratista a los efectos pertinentes, incluida la posibilidad de alegar contra la decisión de desistir y de impugnar la realidad misma de sus fundamentos en relación con las exigencias del interés público"*.

Como señala el Tribunal Supremo, entre otras, en Sentencia de 5 de mayo de 1994 (RJ 1994\3781): *"Lo discrecional no es lo mismo que lo caprichoso, y el margen de libertad que la discrecionalidad otorga a la Administración lo sigue teniendo aunque se le imponga la obligación de expresar los motivos de su actuación, deber lógico para que pueda distinguirse entre lo discrecional lícito y lo arbitrario injusto; en la discrecionalidad los motivos lícitos no son controlables, pero han de ser conocidos, justamente para que pueda examinarse si la decisión es fruto de la discrecionalidad razonable o del capricho o humor de los funcionarios; en último extremo, con discrecionalidad o sin ella, la Administración no puede perseguir con su actuación otra cosa que el mejor servicio a los intereses generales -artículo 103.1 de la Constitución Española, y, por lo tanto, debe dejar constancia de las razones que avalan esa finalidad y*



descartan cualquier otra ilícita". Y el mismo Tribunal Supremo explica en la Sentencia de 9 de julio de 2010 (RJ 2010\6133) lo siguiente: "Con carácter general, la motivación de los actos administrativos precisa, según reiterada doctrina del Tribunal Constitucional y jurisprudencia de este Tribunal Supremo, cuya reiteración excusa cita, de una explicación suficiente sobre las razones de la decisión adoptada --la asignación de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero-- asequible al destinatario de los mismos, poniendo de manifiesto los motivos, concretos y precisos aunque no exhaustivos, de la resolución administrativa adoptada. Este conocimiento constituye la premisa esencial para que el receptor del acto administrativo pueda impugnar el mismo ante los órganos jurisdiccionales, y estos, a su vez, puedan cumplir la función que constitucionalmente tienen encomendada de control de la actividad administrativa y del sometimiento de ésta a los fines que la justifican, ex artículo 106.1 CE". Es decir, la motivación exigible en las resoluciones administrativas es aquella que permite conocer, por los propios interesados y por los órganos administrativos o judiciales que hayan de realizar su control de legalidad, las razones que han conducido a su adopción.

(...)

En este mismo sentido, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en la resolución 187/2014 de 7 de marzo, en un supuesto similar al presente, establecía que *"Pasando ya a abordar la cuestión objeto de debate, habremos de dilucidar de entrada si, como estima el licitador recurrente, la decisión de desistir de un procedimiento de licitación al amparo de lo dispuesto en el artículo 155.4 del TRLCSP debe notificarse de manera motivada a los licitadores (...)*

Si bien es cierto que el artículo citado no impone de modo expreso que el desistimiento se comunique de forma motivada, no lo es menos que, estableciéndose la exigencia de que se justifiquen en el expediente las razones del mismo, resulta consecuencia lógica de ello el que tales razones queden explícitas y se pongan en conocimiento de los licitadores.

Desde una perspectiva más general, puede afirmarse que la puesta en conocimiento de los licitadores de la razones determinantes de las decisiones que afecten a sus derechos e intereses, que no otra cosa es la motivación, es una



exigencia de los principios de transparencia e igualdad de trato entre los licitadores (art. 1 TRLCSP). Estos principios básicos de la contratación pública exigen que los actos que afecten a los derechos e intereses de los licitadores les sean comunicados con expresión suficiente de las razones determinantes de la decisión adoptada. Esta garantía se encuentra inescindiblemente unida al derecho de los licitadores a entablar recurso frente a los actos de tal naturaleza, toda vez que, de no estimarse precisa esta motivación, se vaciaría de contenido la posibilidad de interponer recurso especial en materia de contratación frente a los actos susceptibles del mismo, pues el interesado se vería obligado a recurrir desconociendo las razones de la decisión, con la indudable indefensión que ello generaría.

Constituye, en fin, una elemental garantía de los derechos de los licitadores en el procedimiento el que deba proporcionárseles el conocimiento de las razones determinantes de los acuerdos que inciden sobre su esfera jurídica, afectando a sus derechos e intereses.

Ya en nuestra Resolución nº 263/2012 aludíamos a la motivación del acuerdo de desistimiento, puntualizando entonces que dicha motivación no debe necesariamente encontrarse en la resolución que lo acuerda sino que debe justificarse en el expediente como señala el artículo 155.4 del TRLCSP, admitiendo la motivación realizada por referencia o remisión a otros documentos. Todo ello siempre, claro está, que se garantice el conocimiento por parte de los licitadores de las razones de tal decisión.”

Asimismo, la citada resolución indica que “La exigencia de motivación del acto de desistimiento viene establecida, asimismo, por el Derecho comunitario. En este ámbito, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la motivación de los actos que, como el desistimiento, suponen la cancelación de una licitación. Así, en la sentencia de 18 de junio de 2002 (Caso Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Plaunungs- Gesellschaft mbH (HI) contra Stadt Wien), se refiere el Tribunal al alcance de la obligación de comunicación de los motivos de la renuncia a la adjudicación de un contrato, indicando, en lo que aquí interesa que el artículo 12, apartado 2, de la Directiva 92/50 debe interpretarse en el sentido de que, aunque obliga a la entidad



adjudicadora a comunicar, en el caso de que decida cancelar la licitación relativa a un contrato público de servicios, los motivos de su decisión a los candidatos y a los licitadores, no implica que la entidad adjudicadora esté obligada a llevar a término el procedimiento de adjudicación.

A lo que se añade más adelante que «la exigencia de comunicación de los motivos que subyacen al acuerdo por el que se cancela la licitación, establecida en el artículo 12, apartado 2, de la Directiva 92/50, obedece precisamente al empeño de garantizar un nivel mínimo de transparencia en los procedimientos de adjudicación de los contratos a los que se aplica esta Directiva y, por lo tanto, la observancia del principio de igualdad de trato».

Expuesta nuestra doctrina sobre el desistimiento, habremos de contrastar si en el presente supuesto la resolución está suficientemente motivada.

La cláusula 6.6.1. del PCAP, párrafos sextos y siguientes, que son los que leen textualmente los representantes de ALT-Q en la sesión de apertura del sobre 3 (Acta 3) establece:

“Asimismo, cuando una persona candidata o licitadora, o una empresa vinculada a una persona candidata o a una licitadora, haya asesorado al órgano de contratación o haya participado de algún modo en la preparación del procedimiento de contratación, se publicará en el perfil del contratante una comunicación dirigida a las demás personas candidatas o licitadoras de la información pertinente intercambiada, en el marco de la participación de la persona candidata o licitadora en la preparación del procedimiento de contratación”.

Esta cláusula viene a reproducir lo dispuesto en el artículo 41 de la Directiva 2014/24/UE, cuyo efecto directo fue reconocido en el documento sobre los “Efectos jurídicos de las Directivas de contratación pública ante el vencimiento del plazo de transposición sin nueva Ley de Contratos del Sector Público” elaborado por los Tribunales Administrativos de Contratación Pública y aprobado el 1 de marzo de 2016.



Como señala el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 554/2016, de 8 de julio, este precepto de la Directiva tiene como finalidad evitar que la participación previa de una empresa en un procedimiento de licitación pueda falsear la competencia. En nuestra Resolución 395/2015, de 20 de noviembre, por referencia al artículo 56.1 del TRLCSP, hemos dicho:

“Esta previsión del artículo 56.1 del TRLCSP tiene por finalidad garantizar el principio de igualdad de trato que exige, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que no se traten de manera diferente situaciones que son comparables y que situaciones diferentes no sean tratadas de manera idéntica, salvo que este trato esté justificado objetivamente.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 3 de marzo de 2005, Fabricom asuntos C-21/03 y C-34/03, sobre prohibición de participar en un procedimiento o de presentar una oferta para cualquier persona que haya contribuido al desarrollo de las obras, del suministro o de los servicios de que se trate, establece en sus apartados 28, 29 y 36 lo siguiente:

“28 Ahora bien, una persona que se haya encargado de la investigación, de la experimentación, del estudio o del desarrollo de obras, suministros o servicios relativos a un contrato público (en lo sucesivo, una «persona que haya realizado determinados trabajos preparatorios») no se encuentra forzosamente, respecto de la participación en el procedimiento de adjudicación de dicho contrato, en la misma situación que una persona que no haya realizado tales trabajos.

29 En efecto, por una parte, la persona que haya participado en determinados trabajos preparatorios puede verse favorecida a la hora de formular su oferta, en virtud de la información que haya podido obtener sobre el contrato público en cuestión al realizar los mencionados trabajos. Pues bien, todos los licitadores deben disponer de las mismas oportunidades al formular el contenido de sus ofertas (véase, en este sentido, la sentencia de 25 de abril de 1996, Comisión/Bélgica, C-87/94, Rec. p. I-2043, apartado 54).

36. En tales circunstancias, procede responder a la primera cuestión planteada en los asuntos C-21/03 y C-34/03 que la Directiva 92/50, en particular su artículo 3, apartado 2, la Directiva 93/36, en particular su artículo 5, apartado



7, la Directiva 93/37, en particular su artículo 6, apartado 6, y la Directiva 93/38, en particular su artículo 4, apartado 2, se oponen a una norma como la prevista en los artículos 26 del Real Decreto de 25 de marzo de 1999 por el que se modifica el Real Decreto de 10 de enero de 1996 y 32 del Real Decreto de 25 de marzo de 1999 por el que se modifica el Real Decreto de 8 de enero de 1996, conforme a la cual se prohíbe presentar una solicitud de participación o formular una oferta para un contrato público de obras, de suministro o de servicios a una persona que se haya encargado de la investigación, la experimentación, el estudio o el desarrollo de tales obras, suministro o servicios, sin que se conceda a esa persona la posibilidad de demostrar que, en las circunstancias del caso concreto, la experiencia adquirida por ella no ha podido falsear la competencia.”

Asimismo, el informe 12/2013, de 26 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña, en su consideración jurídica segunda, señala que:

“(…) De acuerdo con este precepto (artículo 56.1 del TRLCSP), por lo tanto, las circunstancias o condiciones para que se dé la incompatibilidad derivada de la condición especial que prevé son dos: por una parte, la participación de una empresa en la elaboración de las especificaciones técnicas o de los documentos preparatorios de un contrato y, por otra parte, que de esta participación se derive una restricción de la concurrencia o un trato privilegiado a la empresa participante. Sin duda, hay que constatar ya ahora que la condición especial de compatibilidad recogida en este precepto responde a la necesidad de salvaguardar el pleno respeto de los principios, derivados del derecho comunitario de contratación pública, de libre concurrencia, igualdad de trato, no discriminación y transparencia.

(…)

Por lo tanto, de acuerdo con la literalidad del artículo 56.1 del TRLCSP, y a diferencia de lo que sucedía con el TRLCAP, la participación a que alude engloba la elaboración de todos los documentos preparatorios del contrato que integran el expediente, tal como, por ejemplo, el propio informe justificativo de la contratación. El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) ha hecho patente esta extensión en las resoluciones números 139/2012,



de 28 de junio, y 105/2013, de 14 de marzo, en las cuales afirma, además, que esta participación en la elaboración de los documentos puede darse 'de forma directa o indirecta.

(...)

Con respecto a la segunda circunstancia que tiene que concurrir para que se dé el supuesto de incompatibilidad, relativa al hecho de que la participación pueda provocar restricciones a la libre concurrencia o suponer un trato privilegiado con respecto al resto de las empresas licitadoras, ésta tiene como objetivo prevenir posibles vulneraciones a los principios aplicables a la contratación pública, derivados del derecho comunitario y a los cuales ya se ha aludido, en los dos momentos en que éstas se pueden dar: por una parte, en el momento de acceso a la licitación -es decir, de permitir la participación de las empresas con aptitud para contratar con el sector público e interesadas en el procedimiento- y, por otra parte, en el momento de acceso al contrato en sí -es decir, de hacer posible que se resulte adjudicatario y competir en posición de igualdad respecto del resto de empresas que participan en la licitación.

(...)

Por lo tanto, se considera adecuado entender que se da esta segunda circunstancia y, por lo tanto, la incompatibilidad especial prevista en el artículo 56.1 del TRLCSP, si se da el más mínimo indicio de que la participación pueda provocar restricciones a la concurrencia o suponer un trato privilegiado y, en definitiva, atentar contra los principios aplicables a la contratación pública mencionados. Dicho en otras palabras, sólo se podría considerar que concurre la causa de compatibilidad especial a que nos referimos, en una empresa que haya participado en la preparación de una licitación, si se puede descartar de manera rotunda la posibilidad de que esta participación pudiera tener como efecto restringir la concurrencia en aquella licitación o situar a la empresa en una posición de ventaja competitiva respecto del resto de empresas licitadoras”.

Partiendo pues de la cláusula 6.6.1 del PCAP habremos de determinar si el partícipe de la UTE recurrente se encuentra en el supuesto que contempla: haber asesorado al órgano de contratación o haber participado de algún modo en la preparación del procedimiento de contratación. Pues bien, tal como señala el órgano de contratación en su informe, F.R.T. realizó el “Estudio previo de Actuaciones” en el Teatro Romano de Cádiz en ejecución del contrato CCUL 61-



2016, entre cuyo contenido se encuentran los epígrafes 5. “Diagnóstico y Propuesta de Actuaciones”, (páginas 67 y siguientes), y 6. “Plan de actuaciones” (páginas 93 y siguientes).

El objeto del presente contrato es la “Redacción de Proyecto, Dirección Facultativa y Coordinación de Seguridad y Salud durante la ejecución de las Obras, para la reordenación Urbana, adecuación de accesos y conservación, restauración y puesta en valor del Teatro Romano de Cádiz”, y de acuerdo con la cláusula 9.2.2. del PCAP, sobre 2, propuesta técnica, ésta debía contener en todo caso los siguientes documentos:

“1. Memoria descriptiva y justificativa de la solución adoptada.

2. Documentación Gráfica:

-Planos de plantas.

Planos de alzados y secciones, a escala, donde se señalen las zonas a intervenir y las soluciones propuestas.

-Cualquier otra documentación gráfica que el licitador estime oportuna o necesaria para la comprensión de la solución adoptada.

3. Cuadro de superficies afectadas por la intervención.

4. Avance de presupuesto, que no podrá superar el establecido en el Anexo II del presente pliego.”

En el Anexo VII-A, “*criterios de adjudicación y baremos de valoración*”, cuando el objeto del contrato incluya la elaboración de proyecto, se establece que se valorará la propuesta técnica con 48 puntos, con los siguientes conceptos: la calidad de la propuesta técnica, de 0 a 18 puntos; la capacidad de adecuación al programa de necesidades proporcionado por la Administración, 0 a 15 puntos, y la adecuación al bien y al entorno, 0 a 15 puntos, estableciéndose un umbral mínimo de puntuación necesaria para continuar en el proceso selectivo de 15 puntos.



Por otro lado, en el informe de fecha 26 de julio de 2018 emitido a solicitud de la mesa por la Jefa del Servicio de Conservación de Obras del Patrimonio Histórico, se indica, como hemos señalado que F.R.T. que intervino en la realización del citado “Estudio Previo de Actuaciones”, y que éste, junto con otros trabajos, se tuvo en cuenta para la redacción de los pliegos del presente contrato, aunque no se contó con la participación ni el asesoramiento durante la preparación del expediente de ningún técnico externo. Añade el informe que no se consideró necesario aportar los estudios previos completos realizados, ni los datos resultantes de las excavaciones arqueológicas, salvo lo recogido en la planimetría aportada, dado que la intención era que los equipos redactaran una propuesta básica de intervención y no un proyecto detallado. Que la información resultante de los estudios realizados se aportaría una vez adjudicado el contrato al equipo adjudicatario para la redacción del proyecto. Añade que desde ese servicio se considera que si bien todos los técnicos que han intervenido anteriormente en el Teatro tienen mayor conocimiento del bien que los que no lo han hecho, esto no es una condición necesaria para la preparación de la propuesta que se solicitaba para la licitación.

A la vista del informe caben realizar la siguientes consideraciones.

En primer lugar, que, como hemos visto, para la aplicación de la cláusula 6 del pliego no es necesaria una participación directa en la elaboración de los pliegos, sino que basta una participación indirecta, como sería haber realizado un estudio previo de actuaciones que fue tenido en cuenta para elaborar los pliegos del presente contrato.

En segundo lugar, que si bien el conocimiento de dicho documento no era una condición necesaria para presentar una oferta en el presente procedimiento, el hecho de haber intervenido anteriormente sí supone un mayor conocimiento del bien, como se afirma en dicho informe, lo que otorga una posición de ventaja a estas personas, en cuanto pueden presentar mejores propuestas técnicas, las cuales se valoran, según el pliego, con un máximo de 48 puntos sobre un total



de 100, correspondiendo el resto de puntos a los criterios valorables mediante la aplicación fórmulas. Un indicio de ello es que es la única empresa que cumple el umbral mínimo de puntuación necesario para continuar en el proceso selectivo tras la valoración de la oferta técnica fue la UTE en la que participaba F.R.T.

Y en tercer lugar, que para apreciar, en función de las circunstancias concurrentes, que se da esta posición de privilegio, hay que atender tal como señala el informe 12/2013, de 26 de Julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña, a *“si se da el más mínimo indicio de que la participación pueda provocar restricciones a la concurrencia o suponer un trato privilegiado y, en definitiva, atentar contra los principios aplicables a la contratación pública mencionados. Dicho en otras palabras, sólo se podría considerar que concurre la causa de compatibilidad especial a que nos referimos, en una empresa que haya participado en la preparación de una licitación, si se puede descartar de manera rotunda la posibilidad de que esta participación pudiera tener como efecto restringir la concurrencia en aquella licitación o situar a la empresa en una posición de ventaja competitiva respecto del resto de empresas licitadoras”*

La consecuencia de la constatación de que en uno de los componentes de la UTE concurría el supuesto contemplado en la cláusula 6.6.1 del PCAP es que la Administración tenía, en cumplimiento de dicha cláusula, que haber publicado en el perfil de contratante una comunicación dirigida a las demás personas candidatas y licitadoras de la información pertinente intercambiada, lo que no ocurrió, ni cuando se publicó la licitación ni cuando dicha información fue solicitada por los posibles licitadores, afectando al procedimiento con un vicio no subsanable.

Lo siguiente será determinar desde un punto de vista formal si la motivación de la resolución de desistimiento es suficiente. La resolución de desistimiento recoge en su punto quinto la intervención de ALT-Q en el acto público de apertura del sobre 3, en la que invocó la cláusula 6.6.1 del PCAP; en el punto



sexto, que a la vista de ello la mesa acordó solicitar un informe al Servicio de Conservación y Obras del Patrimonio Histórico sobre los contratos de la Consejería en los que hubiera participado el miembro del equipo UTE THEATRUM BALBI en el Teatro Romano de Cádiz; en el punto octavo, que ese informe se evacua con fecha 26 de julio, y en el punto undécimo, que, a la vista de los antecedentes la mayoría de la mesa tiene dudas razonables de que durante todo el procedimiento se haya respetado completamente el principio de igualdad en la concurrencia de todas las licitadoras, motivo por el cual se propone el desistimiento. Constan igualmente en el expediente las actas de las sesiones de la mesa concernidas así como el citado informe del Servicio de Conservación y Obras del Patrimonio Histórico. A todo ello se añade lo alegado por el órgano de contratación en su informe, en el que señala que valorando el contenido del denominado Estudio de Actuación Previo, y a la vista de sus epígrafes 5 “Diagnóstico y propuesta de actuaciones” (páginas 67 y siguientes) y 6 “Plan de actuaciones” (páginas 93 y siguientes), consideró que dicha documentación debió hacerse pública para asegurar la igualdad en el procedimiento, constatando que se ha dado dicha situación de privilegio.

En consecuencia, desde un punto de vista formal consta la motivación suficiente para el desistimiento, por lo que procede la desestimación de este motivo, y con ello del recurso.

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

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la **UTE THEATRUM BALBI** contra la resolución, de 11 de diciembre de 2018, de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Cultura (actual Consejería de Cultura y Patrimonio Histórico) de desistimiento del expediente de contratación relativo al contrato de servicios “Redacción de



Proyecto, Dirección Facultativa y Coordinación de Seguridad y Salud durante la ejecución de las Obras, para la reordenación Urbana, adecuación de accesos y conservación, restauración y puesta en valor del Teatro Romano de Cádiz” (CCUL-13-2018) .

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión automática del procedimiento de adjudicación.

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

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma sólo 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.

