

Recurso 239/2015**Resolución 42/2016****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 23 de febrero de 2016

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **SES ASTRA, S. A.** contra la resolución, de 1 de octubre de 2015, de la Consejería de Empleo, Empresa y Comercio de la Junta de Andalucía por la que se acuerda el desistimiento del contrato denominado “Contratación de servicios de Telecomunicaciones que permita la recepción de los canales de televisión digital de ámbito estatal, en régimen abierto en determinadas áreas geográficas en la Comunidad Autónoma de Andalucía” (Expte. ADM/2014/0016), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO. El 12 de marzo de 2014, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea (n.º 2014/S 218-385793) el anuncio de licitación, por el procedimiento abierto, del contrato denominado “Contratación de servicios de Telecomunicaciones que permita la recepción de los canales de televisión digital



de ámbito estatal, en régimen abierto en determinadas áreas geográficas en la Comunidad Autónoma de Andalucía” (Expte. ADM/2014/0016). Dicho anuncio se publicó en el Boletín Oficial del Estado n.º 290 el 1 de diciembre de 2014, en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía el 17 de noviembre de 2014 y el 7 de noviembre de 2014 se publica en el perfil de contratante de la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía.

El valor estimado del contrato asciende a la cantidad de 10.500.000 euros.

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.

El objeto del contrato estaba dividido en dos lotes y presentaron oferta a ambos, la recurrente SES ASTRA IBERICA, S.A. y RETEVISION I, S.A. y solo al lote 1 la empresa AXION INFRAESTRUCTURAS DE TELECOMUNICACIONES, S.A.U. (AXION, en adelante).

TERCERO. En la sesión de la mesa de contratación de 5 de marzo de 2015, tras la lectura de las ofertas económicas, se detectó que la oferta de la recurrente estaba incurso en presunción de desproporción o anormalidad, por lo que la mesa acordó abrir un trámite de audiencia a la misma, a fin de que justificara su oferta.

Al presentar la justificación de su oferta, la recurrente solicitó aclaraciones sobre cómo valorar criterios cuantificables mediante la aplicación de fórmulas. Y por ello la mesa de contratación acordó solicitar aclaraciones a los distintos licitadores para la correcta valoración de los criterios evaluables mediante la



aplicación de fórmulas, así como a una serie de organismos independientes. Una vez presentadas las justificaciones de su oferta por los licitadores, la comisión de valoración con fecha de 16 de julio de 2015 eleva una consulta a la mesa de contratación relativa al procedimiento a seguir para apreciar la justificación de las ofertas incursas en valores anormales o desproporcionados.

En la sesión de la mesa de contratación de 20 de julio de 2015, se acordó solicitar informe al Gabinete Jurídico sobre cuál es el procedimiento a seguir para realizar la valoración de las ofertas ante las distintas valoraciones dadas por los organismos independientes a los que se solicitó informe y ante las dudas de cómo aplicar los criterios de adjudicación evaluables mediante fórmulas.

En dicho informe se concluía *“la insuficiencia del PCAP, que en contra de lo exigido en la legislación de contratos del sector público y la jurisprudencia comunitaria, no predetermina con suficiente concreción el procedimiento para valorar el criterio de adjudicación relativo al impacto económico de la solución propuesta en 10 años”*.

A la vista de dicho informe la mesa de contratación, en sesión de 30 de octubre de 2015, acuerda proponer al órgano de contratación el desistimiento del procedimiento de adjudicación al amparo del artículo 155.4 del TRLCSP, lo que se acordó mediante Resolución de la Secretaría General Técnica de 1 de octubre de 2015.

CUARTO. El 28 de octubre de 2015, tuvo entrada en el registro de este Tribunal recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad SES ASTRA IBERICA S.A. contra la citada resolución de 1 de octubre de 2015.

QUINTO. En el escrito del recurso se solicitó vista del expediente, la cual tuvo lugar en la sede de este Tribunal el 27 de noviembre de 2015.

El 11 de diciembre de 2015 la recurrente presenta un escrito ante este Tribunal



reiterando los argumentos dados en su recurso.

Con fecha de 4 de enero de 2016, tiene entrada en este Tribunal escrito de la recurrente comunicando la prórroga del contrato de servicios denominado “Servicio de

cobertura TDT de ámbito nacional en núcleos de población con recepción de televisión analógica desde centros con servicios públicos excedentes de los operadores privados y centros de convenio público/privados fases II y III y aquellos pertenecientes a la fase I con emisiones de ámbito nacional pendientes de realizar actuaciones de digitalización: Lubrín, María y Purchena” con RETEVISION I, S.A.U. por 18 meses puesto que el contrato anterior finalizaba el 5 de diciembre de 2015.

SEXTO. Tras el requerimiento efectuado por la Secretaría de este Tribunal al órgano de contratación, el 3 de noviembre de 2015 tuvo entrada en el Registro del Tribunal el expediente de contratación, el informe sobre el recurso y el listado de los licitadores en el procedimiento de adjudicación con los datos precisos a efectos de comunicaciones con este Tribunal.

SÉPTIMO. El 11 de noviembre de 2015, este Tribunal dictó resolución acordando la suspensión de la resolución recurrida.

OCTAVO. El 11 de diciembre de 2015, mediante escrito de la Secretaría del Tribunal, se dio traslado del recurso a los licitadores concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, habiéndolas presentado en plazo la entidad AXION.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP, 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 recurrente para la interposición del recurso, dada su condición de licitador en el procedimiento de adjudicación de acuerdo con el artículo 42 del TRLCSP.

TERCERO. Visto lo anterior, procede determinar si el recurso ha sido interpuesto contra alguno de los actos que, de conformidad con lo establecido en el artículo 40 del TRLCSP, es susceptible de recurso en esta vía.

En cuanto al concreto acto que se recurre, esto es la resolución de desistimiento de la licitación, es susceptible de recurso especial de acuerdo con el apartado 2.c) del artículo 40 del TRLCSP, en tanto en cuanto el desistimiento constituye una forma de terminación del procedimiento de licitación, asimilable a la adjudicación.

En este sentido, este Tribunal ha tenido ocasión de manifestarse al respecto en sus resoluciones 59/2015, de 17 de febrero y 233/2015, de 29 de junio, que señalan que *<<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, 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 esta 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».

La finalidad 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 comunitario, para garantizar la aplicación efectiva de las directivas comunitarias 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 (véase, en este sentido, la sentencia Alcatel Austria y otros, antes citada, apartados 33 y 34)» (Apartado 52 de la sentencia citada).



Este criterio ha sido recogido por este Tribunal en la Resolución 96/2012, de 16 de octubre de 2012 y por los demás órganos de recursos contractuales (por ejemplo, el Acuerdo 11/2014, de 20 de febrero de 2014, 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 de 2013), distinguiendo entre desistimiento del procedimiento y renuncia a celebrar un contrato.>>

El recurso se interpone contra el desistimiento de la licitación de un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada, convocado por un órgano de la Administración Pública, siendo su valor estimado de 10.500.000 euros, por lo que el acto impugnado es susceptible de recurso especial conforme a lo establecido en el artículo 40 apartados 1.a) y 2.c) del TRLCSP.

CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 44.2 del TRLCSP dispone que *“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4”*.

No obstante, hay que tener en cuenta que el acto impugnado no es el de adjudicación sino el de desistimiento del procedimiento, con lo que la remisión que hace el citado artículo 44.2 al artículo 151.4 ha de entenderse respecto del artículo 155.1 del TRLCSP que establece que *“En el caso en que el órgano de contratación renuncie a celebrar un contrato para el que haya efectuado la correspondiente convocatoria, o decida reiniciar el procedimiento para su adjudicación, lo notificara a los candidatos o licitadores, informando también a la Comisión Europea de esta decisión cuando el contrato haya sido anunciado en el Diario Oficial de la Unión Europea.”*



No puede olvidarse que el sistema de cómputo de plazos arraigado en el ordenamiento jurídico español en coherencia con los principios de seguridad jurídica y defensa del administrado, es el de considerar *dies a quo* el de la fecha de notificación en forma del acto susceptible de recurso.

Al respecto debe tenerse en cuenta la exigencia del artículo 59 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, que señala que *“Las notificaciones se practicarán por cualquier medio que permita tener constancia de la recepción por el interesado o su representante, así como de la fecha, la identidad y el contenido del acto notificado”*.

En consecuencia, siendo la notificación requisito de eficacia del acto administrativo es evidente que las notificaciones efectuadas no pueden producir el efecto de dar inicio al transcurso del plazo para recurrir sino cuando conste su recepción, de tal forma que deberá considerarse como fecha de notificación la del día en que fue recibido por la recurrente.

La notificación es un instrumento capital del derecho de defensa (por todas, la Sentencia del Tribunal Constitucional 176/2009, de 16 de julio). Su finalidad es lograr que el acto administrativo sea conocido por el interesado, para que, en definitiva, pueda aquietarse o reaccionar ante el mismo con todas las garantías de defensa. Así la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3ª, Sección 4ª) de 30 de abril de 1998, afirma que *«lo importante y trascendente de toda notificación es que llegue a conocimiento del interesado la actuación de la Administración y ello en condiciones tales que le permita conocer el contenido de la diligencia a fin de que pueda utilizar los medios de defensa oportunos»*.

En el supuesto examinado, la resolución impugnada se notificó a la recurrente el 3 de octubre de 2015, si bien éste la recibió el 13 de octubre. Al haberse presentado el recurso en el Registro de este Tribunal el 28 de octubre de 2015, el mismo se ha interpuesto dentro del plazo legal antes señalado.



QUINTO. Una vez analizados los requisitos previos de admisión del recurso, procede examinar los motivos en que el mismo se sustenta. La recurrente de manera extensa argumenta su recurso en varias cuestiones algunas de ellas relacionadas con el objeto del contrato, de cuya licitación se acordó el desistimiento, pero que no tienen una relación directa con el objeto del recurso que es dicha resolución de desistimiento.

En primer lugar hace una exposición de las distintas actuaciones llevadas a cabo en el expediente y alega que no se le ha permitido el acceso al informe técnico de valoración de las ofertas en relación a los criterios evaluables mediante juicios de valor de fecha de 19 de febrero de 2015, pero sin embargo sí tiene conocimiento del resultado de dicha valoración y así lo recoge en su recurso, al constar la misma en el acta de la mesa de contratación de 23 de febrero de 2015, y en base a ello cuestiona que en el criterio relativo a “mejoras en el número adicional de canales de televisión digital de libre difusión” se le hayan dado 1,17 puntos en lugar de los 2 puntos máximos que prevé el PCAP, señalando que su oferta al respecto es inmejorable.

A continuación expone la recurrente el marco en el que se desarrolla la licitación del contrato que deriva de la Decisión de la Comisión Europea de 19 de junio de 2013, relativa a la ayuda estatal SA. 28599 (C 23/2010), concedida por el Reino de España para el despliegue de la televisión digital terrestre en zonas remotas y menos urbanizadas, que declaró parte de dichas ayudas incompatibles con el mercado interior y obliga a la recuperación de las ayudas concedidas, así como la cancelación de los pagos pendientes del régimen de ayuda y da como solución el establecimiento de un modelo de licitaciones tecnológicamente neutrales, en las que se asegure la libre competencia entre tecnologías a la hora de difundir la televisión digital. Y a ello obedece la licitación objeto del recurso, si bien las causas que han llevado a la misma y que extensamente expone la recurrente, nada tienen que ver con el objeto del recurso en sí y en el que centraremos nuestra resolución, esto es la resolución por la que se acuerda el desistimiento del procedimiento.



Tras la apertura de las ofertas económicas de las empresas licitadoras en los dos lotes objeto del contrato, se comprobó que la oferta de la recurrente estaba incurso en valores anormales o desproporcionados al amparo del apartado 10.7 del PCAP que dispone que:

“cuando para la adjudicación deba considerarse más de un criterio, se incluirán en el mencionado anexo III-B los parámetros objetivos en función de los cuales se apreciará, en su caso, que las proposiciones no pueden ser cumplidas como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados. A estos efectos, y salvo que se indique otra cosa distinta en dicho anexo, para la apreciación del carácter desproporcionado o anormal de las proposiciones en relación al criterio del precio se aplicarán las reglas del mencionado artículo 85 del RGLCAP”.

El citado Anexo III B referido a los “parámetros para considerar una proposición anormal o desproporcionada” indica que cuando haya más de un criterio de adjudicación:

“Las propuestas de impacto económico que realicen los licitadores estarán sujetas a la observación de valores anormales o desproporcionados. Para tal fin se establece un umbral de divergencia para los conceptos que componen el impacto económico de la solución propuesta:

- Para el importe económico propuesto por el licitador para la prestación de servicios que son objeto de esta contratación se establece un umbral de un 30% inferior a la media aritmética de las propuestas de los licitadores para el importe del servicio.
- Para el coste que supone para la ciudadanía la elección de la tecnología propuesta se establece un umbral de divergencia del 25% inferior a los costes de mercado. Para la determinación de los costes de mercado se solicitará una valoración independiente a un organismo/asociación de ámbito nacional cuya actividad esté relacionada con la instalación, mantenimiento, integración de equipos, sistemas e infraestructuras de telecomunicaciones”.

En aplicación de dicho Anexo III-B la oferta de la recurrente estaba incurso en



valores desproporcionados, por lo que la mesa de contratación el 5 de marzo de 2015 solicitó a la recurrente justificación de su oferta al amparo del artículo 152.3 del TRLCSP. Posteriormente en sesión de 12 de marzo de 2015, la mesa de contratación acordó solicitar a los tres licitadores aclaraciones para una correcta valoración de los criterios evaluables mediante la aplicación de fórmulas y al mismo tiempo acordó solicitar informe a distintas organizaciones, para que hicieran una valoración independiente, en concreto a la Federación Nacional de Instaladores de Telecomunicaciones (FENITEL), a la Federación Coordinadora de Telecomunicaciones (FECOTEL) y al Colegio Oficial de Ingenieros de Telecomunicaciones de Andalucía Occidental y de Ceuta (COITAOC).

El Anexo III del PCAP recoge como criterios de adjudicación evaluables mediante la aplicación de fórmulas los siguientes:

- Impacto económico de la solución propuesta en 10 años.....60 puntos
- Compromiso de disponibilidad de servicio.....8 puntos
- Divergencia de disponibilidad de servicio.....7 puntos
- Plazo de implantación del servicio.....5 puntos
- Total de criterios evaluables mediante fórmulas.....80 puntos

El Anexo VIII del PCAP recoge una descripción detallada de los criterios mediante fórmulas y en relación al criterio “*impacto económico de la solución propuesta en 10 años*”, se valora no solo el impacto que supone la prestación de los servicios que son objeto del contrato (importe del servicio), sino también el impacto que tendría en la ciudadanía la adaptación de sus sistemas de recepción TV a la tecnología propuesta para la prestación del servicio, que se ha denominado “coste para la ciudadanía”, indicando el PCAP:

<<(…)

Tendrá consideración tanto los precios ofertados por el/la licitador/a para la prestación del servicio (Importe Servicio) como el coste que la solución propuesta tendrá para la ciudadanía (Coste Ciudadanía) por motivos de adaptación a la solución propuesta y los cambios normativos y/o tecnológicos que acontezcan en este período:



Impacto Económico= Importe Servicio + Coste Ciudadanía

(...)

Importe Servicio: se corresponde con el importe económico propuesto por el licitador para esta contratación en el período de 10 años.

(...)

Coste Ciudadanía: para determinar el coste que la solución tendrá para la ciudadanía, el licitador deberá suministrar la tabla incluida en el anexo III-F (a) con los costes de mercado que soportará la ciudadanía, justificando convenientemente con documentación acreditativa de fabricantes, proveedores e instalaciones.>>

En el Anexo III-F (a) referido a la “Proposición Económica desglosable en conceptos o unidades de ejecución”, se proporcionan los criterios que han de ser considerados para la cumplimentación de la tabla referida en el apartado cuarto anterior a los Costes para la Ciudadanía, indicando que:

<<Según lo dispuesto en el Anexo VIII.1 el/la licitador/a para la presentación de su propuesta del **Coste para la Ciudadanía** empleará la siguiente tabla, considerando los siguientes criterios para su cumplimentación:

1. Los costes correspondientes a la columna Adaptaciones a la solución propuesta (1) considerarán la no existencia de equipamiento asociado a la solución actual (TDT). Para su estimación se deberá retrotraer al momento anterior al tránsito a la TDT con la existencia de equipamiento de recepción de TV analógica.
2. Los costes correspondientes a Cambios normativos y/o evolutivos de la tecnología (2) abarcarán un período de 10 años desde el momento de presentación de la propuesta (ej: para el caso de la TDT costes asociados a los posibles dividendos digitales y las interferencias entre esta tecnología y las tecnologías móviles).
3. Se considera que existen 2,2 receptores de Televisión Digital por hogar. Fte. Instituto para la Diversificación y el Ahorro de Energía del MINETUR:
http://www.idae.es/uploads/documentos/documentos_Documentacion_Basica_Residencial_Unido_c93da537.pdf
4. El precio total unitario de cada una de las partidas será la suma de las



partidas (1) y (2) para cada concepto>>

De otro lado, como hemos indicado, el PCAP establece mecanismos que permiten apreciar proposiciones anormales que pudieran alterar la valoración del criterio “Impacto económico de la solución propuesta en 10 años”. Así el Anexo III B del PCAP recoge entre dichos parámetros:

<<Para el coste que supone para la ciudadanía la elección de la tecnología propuesta se establece un umbral de divergencia del 25% inferior a los costes de mercado. Para la determinación de los costes de mercado se solicitará una valoración independiente a un organismo/asociación de ámbito nacional cuya actividad esté relacionada con la instalación, mantenimiento, integración de equipos, sistemas e infraestructuras de telecomunicaciones>>

Dada la complejidad de la valoración de los criterios de adjudicación evaluables mediante la aplicación de fórmulas, se solicitó a las organizaciones FENITEL y FECOTEL informe sobre la valoración de “coste para la ciudadanía” según la tabla que recogía el citado Anexo III-F (a) del PCAP.

A la vista de los informes emitidos se traslada a la mesa de contratación en sesión de 12 de junio de 2015 las siguientes opciones:

1. Considerar únicamente los precios de mercado ofrecidos por la organización FENITEL.
2. Considerar únicamente los precios de mercado ofrecidos por la organización FECOTEL.
3. Considerar la solución promedio de los precios de mercado ofrecidos por la organización FENITEL y FECOTEL.

Una vez analizadas las distintas alternativas, la mesa de contratación acuerda considerar para la determinación de los precios de mercado aquellos proporcionados por FECOTEL, ya que proporcionan la valoración más precisa y completa entre las propuestas y a tenor de ello, la mesa acuerda solicitar un



nuevo informe al Servicio de Planificación Tecnológica para, que de conformidad con el Anexo III-B del PCAP, se identifiquen las proposiciones que pudieran contener valores anormales o desproporcionados.

Considerando los precios de mercados los indicados en el informe de FECOTEL, las ofertas de los tres licitadores resultaban incursas en valores anormales y desproporcionados, por lo que con fecha de 18 de junio de 2015 se les requirió para que justificaran su oferta.

A la vista de las justificaciones presentadas por los licitadores, la Comisión Técnica de Valoración eleva a la mesa de contratación una serie de dudas sobre cómo valorar dichas ofertas, cuestión que se traslada por la mesa al Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía, solicitando, el 21 de julio de 2015, informe al Letrado Jefe de la Asesoría Jurídica de la Consejería de Empleo, Empresa y Comercio, en los siguientes términos:

“Una vez recibidas y analizadas las justificaciones de las empresas licitadoras, la Comisión de valoración técnica cree conveniente, de forma independiente y a antes de la emisión del informe solicitado por la mesa de contratación elevar a la Mesa de contratación una serie de consultas para su pronunciamiento:

1. ¿Cuál debe ser el procedimiento a seguir cuando la justificación dada por algún licitador para los valores identificados como anormales o desproporcionados es insuficiente: En concreto esto:
 - 1.a. Supone la exclusión de esta oferta de la licitación.
 - 1.b. Se pudiera interpretar que únicamente se procedería a la exclusión de aquellos valores que habiéndose identificado como anormales o desproporcionados, no han sido debidamente justificados.
2. En el caso anterior (exclusión de los valores identificados como anormales o desproporcionados y que no han sido debidamente justificados) y a fin de poder realizar la valoración del criterio “Valoración del impacto económico de la solución propuesta en 10 años”, ¿cuál debería ser el proceder?
 - 2.a. Descartar dichos valores de la oferta a todos los efectos para el cálculo de los costes de mercado. En este caso, si no existe otro licitador con la misma tecnología entonces NO podrá realizarse la



valoración del coste para la ciudadanía y, por tanto, la del criterio evaluable mediante la aplicación de fórmulas “Valoración del impacto económico de la solución propuesta en 10 años”

2.b. Realizar su sustitución con los costes de mercado aprobados por la mesa de contratación.

3. En el caso 2.b. anterior (sustitución del valor considerado anormal por el correspondiente coste de mercado), ¿cómo habrá de proceder en el caso de que, adicionalmente, exista propuesta de un licitador que emplee la misma tecnología pero no contenga un valor anormal?:

3.a Mantener la aplicabilidad del criterio 5 del anexo III-F (a) y realizar la media aritmética, empleando el precio de mercado que ha sustituido al valor anormal o desproporcionado que no ha sido debidamente justificado.

3.b. No aplicar el criterio 5 del anexo III-F (a) y tomar los costes de mercado aprobados por la mesa de contratación, sin realizar la media con valores de costes de otras ofertas”

El informe solicitado al Gabinete Jurídico se emite el 25 de septiembre de 2015 y en él se concluye que *“desde luego las cuestiones que eleva la Comisión Técnica no son baladíes pues la elección de unas u otras de las alternativas planteadas va a condicionar la puntuación de las distintas propuestas y por tanto el resultado de la licitación. Pero es que las dudas de la Comisión de Valoración -como anticipábamos- lo que revelan es la insuficiencia del PCAP, que en contra de lo exigido en la legislación de contratos del sector público y la jurisprudencia comunitaria no predetermina con suficiente concreción el procedimiento para valorar el criterio de adjudicación al que nos venimos refiriendo”*.

Concluyendo que *“de lo expuesto se desprende que las dudas puestas de manifiesto en la consulta evidencian la insuficiencia del PCAP en la fijación del procedimiento de valoración en lo relativo al criterio de adjudicación denominado “impacto económico” -y por tanto la respuesta a la consulta que se nos formula no puede llevarse a cabo-, pues ello contrariaría lo dispuesto en el artículo 150.2 del TRLCSP que exige la predeterminación precisa y completa de los criterios de adjudicación”*.

Y a la luz de este informe la mesa de contratación propuso el desistimiento del



procedimiento al órgano de contratación y así lo acordó éste mediante la resolución de 1 de octubre de 2015 que es el objeto del presente recurso.

SEXTO. Expuesto lo anterior hay que analizar si se dan los requisitos o no para que sea posible el desistimiento del procedimiento.

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 este Tribunal en su resolución 351/2015, de 7 de octubre, entre otras, 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.
- . Deberá estar fundado en una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato de las reguladoras del procedimiento de adjudicación.
- . 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"*.

En este caso el desistimiento se fundamenta y justifica en la imposibilidad de valorar uno de los criterios de adjudicación, en concreto el "impacto económico de la solución propuesta".

La recurrente no solo no combate la motivación del desistimiento sino que él mismo reconoce la imposibilidad de valorar dicho criterio de adjudicación y así señala que *"SES ASTRA está de acuerdo con la mesa de contratación y con el*



órgano de contratación en que los costes de la ciudadanía no están predeterminados de forma precisa ni completa en el PCAP. El ejercicio que se propone es uno de especulación en intentar analizar costes para cuestiones que se desconocen y que dependen de múltiples variables, es decir, futuros procesos legislativos o normativos, la realidad de la oferta y de la demanda, etc.” y concluye que “consecuencia de lo anteriormente expresado es que la indeterminación de estos costes no puede realizarse a priori ni ahora ni en el supuesto de que se realice una nueva licitación de acuerdo con lo expresado en el artículo 155 del TRLCSP, por ello caben dos posibilidades:

- Continuar con la licitación sin tomar en consideración los costes para la ciudadanía.*
- Trasladar dichos costes a los criterios evaluables mediante juicio de valor.”*

Y a final concluye la recurrente que aunque sea un problema no subsanable la valoración del “coste para la ciudadanía”, éste tampoco se podría subsanar en una nueva licitación y por tanto lo que solicita es que se anule el desistimiento y “se continúe con el proceso de licitación considerando neutral el impacto del coste para la ciudadanía”.

Como hemos señalado ya en reiteradas resoluciones, el PCAP es “*lex contractus* o *lex inter partes*”, cuyo contenido vincula al órgano de contratación y a los licitadores que aceptaron incondicionalmente su contenido al presentar sus proposiciones (artículo 145.1 del TRLCSP) y no lo impugnaron en su momento.

Así la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de diciembre de 2003 (asunto C-448/01, Wienstrom), indicó que “*Los principios de igualdad de trato y de transparencia de los procedimientos de adjudicación implican que las entidades adjudicadoras deben atenerse a la misma interpretación de los criterios de adjudicación a lo largo de todo el procedimiento (...). Por lo que atañe a los propios criterios de adjudicación, hay que admitir con mayor*



razón que no deben ser objeto de ninguna modificación a lo largo del procedimiento de adjudicación. De ello se deduce que, en el caso de que el órgano que conoce del recurso anule una decisión relativa a algún criterio de adjudicación, la entidad adjudicadora no puede continuar válidamente el procedimiento de adjudicación haciendo abstracción de dicho criterio, puesto que ello equivaldría a modificar los criterios aplicables al procedimiento en cuestión. Por lo tanto, procede responder a la cuarta cuestión prejudicial que la normativa comunitaria aplicable a los contratos públicos obliga a la entidad adjudicadora a cancelar la licitación cuando, en el marco del procedimiento de recurso con arreglo al artículo 1 de la Directiva 89/665, se declare la ilegalidad de una decisión relativa a alguno de los criterios de adjudicación y, por tal motivo dicha decisión sea anulada por el órgano que conoce del recurso”.

Como ya hemos indicado, es doctrina consolidada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (entre otras muchas, la sentencia de 24 de enero de 2008, dictada en el asunto 532/06 Sentencia del TJUE y la de 24 de noviembre de 2008, Asunto Alexandroupolis), que el principio de igualdad de trato comporta una obligación de transparencia y exige que los potenciales licitadores conozcan, en el momento de preparar sus ofertas, todos los factores que la entidad adjudicadora tomará en consideración para seleccionar la oferta económicamente más ventajosa y la importancia relativa de los mismos. Por consiguiente, una entidad adjudicadora no puede aplicar criterios que no haya puesto previamente en conocimiento de los licitadores y por la misma razón, tampoco podrá dejar de aplicar criterios de adjudicación previamente establecidos en el PCAP, por ser imposible su valoración, tal y como pretende la recurrente.

Por ello, estimamos que el desistimiento acordado por el órgano de contratación era correcto ante la imposibilidad de valorar uno de los criterios de adjudicación como es el relativo al “impacto económico de la solución propuesta”, imposibilidad que ha quedado acreditada en el expediente a través de informes,



no sólo de la comisión técnica de valoración, sino también de organizaciones independientes y que en modo alguno combate la recurrente.

La pretensión de la recurrente de continuar el procedimiento de adjudicación sin tener en cuenta el citado criterio de adjudicación, es contraria a los principios rectores de la contratación como es el de igualdad de trato y transparencia, pues supondría adjudicar un contrato sin atender a los criterios de adjudicación fijados en el PCAP que rige dicho procedimiento.

Las consecuencias derivadas del desistimiento, como es la prórroga del contrato anterior con RETEVISION I, S.A.U. hasta que se lleve a cabo una nueva licitación una vez subsanados los defectos del PCAP, no puede servir de motivación para combatir el desistimiento, tal y como realiza la recurrente, ya que él mismo reconoce la inviabilidad de la aplicación como criterio de adjudicación del coste para la ciudadanía en relación al cálculo del impacto económico de la solución propuesta, en los términos en que para su cálculo establece el PCAP.

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

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad “SES ASTRA, S.A” contra la resolución, de 1 de octubre de 2015, de la Consejería de Empleo, Empresa y Comercio de la Junta de Andalucía por la que se acuerda el desistimiento del contrato denominado “Contratación de servicios de Telecomunicaciones que permita la recepción de los canales de televisión digital de ámbito estatal, en régimen abierto en determinadas áreas geográficas en la Comunidad Autónoma de Andalucía” (Expte. ADM/2014/0016).



SEGUNDO. Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 47.5 del TRLCSP.

TERCERO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 47.4 del TRLCSP, el levantamiento de la suspensión acordada mediante Resolución de este Tribunal, de 11 de noviembre de 2015.

CUARTO. Notificar la presente resolución a todos los interesados 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.

