

**Recurso 124/2020**

**Resolución 256/2020**

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

Sevilla, 23 de julio de 2020.

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **KENOGARD, S.A.** contra la Resolución de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Agricultura, Ganadería, Pesca y Desarrollo Sostenible, de 6 de marzo de 2020, por la que se acuerda el desistimiento del contrato denominado “Suministro de Bacilus Thuringiensis variedad Kurstaki en suspensión concentrada para la realización de los tratamientos aéreos correspondientes a las campañas 2019-2020 contra Procesionaria del Pino y Lagarta Peluda” (Expte. CONTR/2018/96588), este Tribunal, en sesión celebrada en el día de la fecha, ha dictado la siguiente

### **RESOLUCIÓN**

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.** En fecha 16 de marzo de 2019, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía y en el Diario Oficial de la Unión Europea (en adelante, DOUE) anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato citado en el encabezamiento de esta resolución.

El valor estimado del contrato asciende a la cantidad de 2.729.160,00 euros y entre las empresas que presentaron sus proposiciones en el procedimiento se encontraba la ahora recurrente.



**SEGUNDO.** A la presente licitación le es de aplicación la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP). Igualmente, se rige por el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la citada Ley y por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada LCSP.

**TERCERO.** Con fecha 14 de junio de 2019, se reúne la mesa de contratación con el objeto de proceder a la apertura y calificación de la documentación del sobre 1. Reunidos los miembros de la mesa, observan errores e incoherencias entre el pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante, PCAP) y el pliego de prescripciones técnicas (en adelante, PPT) que suponen una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato.

En el acta de la referida sesión se recoge *“Con el fin de poder subsanar los errores e incoherencias existentes en los pliegos, y evitar que puedan verse afectados los principios que han de inspirar todo el procedimiento de contratación administrativa, se propone al órgano de contratación el desistimiento del procedimiento de adjudicación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 152 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP), sin perjuicio de iniciar un nuevo expediente de contratación.”*

De acuerdo con el contenido de la citada acta, con fecha 27 de junio de 2019, el Secretario General Técnico de la Consejería de Agricultura, Ganadería, Pesca y Desarrollo Sostenible (en adelante, CAGPyDS) resuelve desistir del procedimiento de adjudicación del contrato referido en el encabezamiento de esta resolución e iniciar un nuevo procedimiento de adjudicación una vez subsanados los errores advertidos.

Con fecha 3 de julio de 2019, se publica en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía la resolución de desistimiento y, posteriormente, con fecha 4 de julio en el DOUE.



**CUARTO.** Con fecha 15 de julio de 2019, tuvo entrada en el registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad KENOGARD, S.A. contra la mencionada resolución de 27 de junio de 2019, y que fue estimado por Resolución de este Tribunal 22/2020, de 30 de enero.

**QUINTO.** En cumplimiento de la resolución del Tribunal, mediante acuerdo de la mesa de contratación de 24 de febrero de 2020 se propone al órgano de contratación el desistimiento del procedimiento de licitación, que se acuerda por Resolución del el Secretario General Técnico de la Consejería de Agricultura, Ganadería, Pesca y Desarrollo Sostenible de 6 de marzo de 2020.

**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 de los procedimientos. El artículo 9 del Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, ha levantando con efectos desde el día 1 de junio la citada suspensión.

**SÉPTIMO.** No obstante, con fecha 20 de mayo de 2019 tuvo entrada en el registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad KENOGARD, S.A. contra la mencionada resolución de 6 de marzo de 2019.

**OCTAVO.** Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal, de 25 de mayo de 2020, se da traslado al órgano de contratación del recurso y se le requiere el preceptivo informe sobre el mismo, el expediente de contratación, así como el listado de licitadores en el procedimiento con los datos necesarios a efectos de notificaciones, informándole que si el expediente de contratación se encuentra aportado en otro procedimiento de recurso seguido ante este Tribunal deberá identificarse el mismo y no será necesaria la nueva remisión de aquel, que se presenta en el registro electrónico el 4 de junio.

Mediante Resolución de 18 de junio este Tribunal deniega la medida cautelar solicitada en el escrito de recurso.

**NOVENO.** La mercantil KENOGARD, S.A., hoy recurrente, es la única licitadora en el presente procedimiento.



## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y 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.

**SEGUNDO.** Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso dada su condición de licitadora en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP.

**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 en el artículo 44 de la LCSP.

El contrato objeto de licitación es un contrato de suministro cuyo valor estimado asciende a 2.729.160,00 euros, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, por lo que se encuentra incluido en lo preceptuado en el apartado 1, letra a), del artículo 44 de la LCSP.

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.

**CUARTO.** En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 50.1 c) 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”.*

En el supuesto analizado, la resolución de desistimiento ha sido adoptada con fecha 6 de marzo de 2020, no constando la fecha de notificación de la misma, y el recurso ha tenido entrada en el registro de este Tribunal con fecha 20 de mayo de 2020. Hay que tener en cuenta que de conformidad con la disposición adicional tercera del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, desde ese día el plazo para interponer el



recurso quedó interrumpido. Según manifiesta la recurrente, el 7 de mayo se levantó la suspensión al tratarse de un procedimiento de licitación electrónico, si bien no consta que el procedimiento se hubiera tramitado de esta forma, por lo que la suspensión de habría levantado el 1 de junio . En cualquier caso, el recurso se habría presentado dentro de plazo.

**QUINTO.** Una vez analizado el cumplimiento de los requisitos de admisión del recurso, procede el examen de las cuestiones planteadas.

La mesa de contratación en su sesión de fecha 24 de febrero de 2020, acuerda proponer al órgano de contratación el desistimiento del procedimiento de adjudicación, de acuerdo con lo previsto en el artículo 152 de la LCSP, al haber observado errores e incoherencias en los pliegos no susceptibles de subsanación, realizando una enumeración de las mismas.

De acuerdo con tal propuesta, el órgano de contratación resuelve, con fecha 6 de marzo de 2020, desistir del procedimiento de adjudicación del contrato citado en el encabezamiento.

Disconforme formalmente con la decisión de desistimiento, la empresa KENOGARD, S.A., única licitadora, presenta recurso especial en materia de contratación por el que impugna dicho acto finalizador del procedimiento, solicitando en su escrito la anulación de la resolución de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Agricultura, Ganadería, Pesca y Desarrollo Sostenible ahora recurrida por no ser conforme a derecho y ordenar la continuación del procedimiento hasta la adjudicación del contrato.

En particular, centra sus argumentos en considerar que no estamos en muchos casos ante errores e infracciones de las normas de preparación del contrato o del procedimiento de adjudicación; en que se trata de una decisión discrecional y arbitraria; y en la falta de motivación respecto del carácter insubsanable.

Por su parte, el órgano de contratación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 56.2 de la LCSP, emite informe en el que rebate los alegatos esgrimidos por la recurrente y sostiene la adecuación a derecho de la resolución.



**SEXTO.** Expuestas las alegaciones de las partes en el anterior fundamento jurídico, procede su examen. La recurrente, partiendo de lo dispuesto en el artículo 152.4 de la LCSP, argumenta que el acto de desistimiento no cumple con los requisitos que establece dicho precepto, lo que desarrolla en tres apartados, que serán abordados en este y en los siguientes fundamentos de derecho.

En el primer apartado del recurso sostiene que las discordancias que el órgano de contratación enumera no son, en muchos casos, errores o infracciones de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación conforme a la legislación vigente, analizando a continuación las supuestas infracciones desde la primera a la undécima, exceptuando la segunda y la séptima, que se recogen en el acta de la mesa de contratación correspondiente a la sesión de 24 de febrero de 2020, y en la que se propone el desistimiento.

El órgano de contratación en su informe al recurso señala que *“No parece fundamento suficiente para dar por bueno el recurso presentado que no sean, desde el punto de vista de la recurrente, en muchos de los casos “errores o infracciones de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación”, bastando que solo alguno o algunos de ellos revista tal carácter”*.

Pues bien, en primer lugar hay que señalar que el artículo 152.4 de la LCSP no hace depender el desistimiento de la concurrencia de una pluralidad de infracciones no subsanables, bastando con que exista una:

*“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 procedimiento de licitación.”*

En consecuencia, basta con que concurra una infracción no subsanable para que proceda el desistimiento.

En segundo lugar, debe ponerse de relieve que el recurso no cuestiona el carácter de infracción no subsanable de dos de las infracciones que recoge el acta de la mesa, concretamente la infracción segunda y la séptima.



De conformidad con lo expuesto en el acta de la sesión de la mesa la infracción segunda es:

*“2.- Respecto al cálculo del Presupuesto Base de Licitación, se realiza el mismo aplicando la tarifa de peón de oficios varios para el desempeño de la función de piloto, tratándose en este caso de una actividad con una exigencia de mayor cualificación. Por lo tanto el valor estimado es erróneo.”*

El órgano de contratación en el informe al recurso incide aún más en esta infracción, al señalar que:

*“b) Sobre el cálculo erróneo del presupuesto base de licitación no encontramos nada en el recurso. Sin embargo, no podemos dejar de mencionarlo e incluso aquilatar su importancia. El desglose del importe que supone el presupuesto base de licitación no responde al mandato del artículo 100 LCSP, que como ha señalado en diversas ocasiones el TARCA: “se desglosará indicando los costes directos e indirectos y otros eventuales gastos calculados para su determinación”. Lo mismo ocurre con lo establecido en el artículo 101 LCSP para el cálculo del valor estimado: “para el cálculo del valor estimado debe tenerse en cuenta como mínimo, además de los costes derivados de la aplicación de las normativas laborales vigentes, los costes resultantes de la ejecución material de los servicios, los gastos generales de estructura y el beneficio industrial”. Pese a lo cual el PCAP no recoge todo estos desgloses. Más en el hondón, en el caso de este contrato, contrato en el que el coste de los salarios de las personas empleadas para su ejecución forman parte del precio total del contrato, debiera haberse indicado de forma desglosada y con desagregación de género y categoría profesional los costes salariales estimados a partir del convenio laboral de referencia, cosa que no se hizo. Aún considerando válido el I Convenio Colectivo AMAYA (2018-2020), en ningún caso puede resultar aceptable admitir que la tarifa de peón de oficios sea homologable a la que correspondería con la del desempeño de la función de piloto, actividad ésta con una exigencia clara de mejor cualificación y, en consecuencia, mayor coste.”*

Respecto de a infracción séptima, según consta en el acta:

*“7.- En el caso de infracción de las condiciones establecidas para proceder a la subcontratación, así como la falta de acreditación de la aptitud de la persona subcontratista o de las circunstancias determinantes de la situación de emergencia o de las que hacen urgente la subcontratación, no se establece el porcentaje del importe del subcontrato de la penalidad que corresponda o, en su caso, la resolución del mismo.”*



Pues bien, la ausencia de impugnación en el recurso de estas dos infracciones hace que hayan quedado firmes, y no siendo pues objeto del recurso, debe atenderse este Tribunal, en virtud del principio de congruencia, a aquellas infracciones que se cuestionan. En consecuencia el desistimiento ha quedado firme y consentido respecto de estas dos infracciones, sin necesidad pues de revisar la concurrencia de las restantes infracciones cuestionadas en el recurso.

En consecuencia, procede desestimar este primer motivo del recurso.

**SÉPTIMO.** No obstante, y a mayor abundamiento, podemos abordar algunas de las otras infracciones que sí son cuestionadas en el recurso, partiendo de la base de que, como hemos señalado, basta con la concurrencia de una de ellas para poder fundar el desistimiento.

De las distintas infracciones que se recogen en el acta, la mesa destaca especialmente la relativa a los criterios de adjudicación valorados mediante aplicación de fórmulas y a los criterios de solvencia técnica:

*“Además de todos los anteriores, sobre el resto destacan los que a continuación se describen al imposibilitar los mismos que el procedimiento de adjudicación pueda celebrarse con el respeto debido a, entre otros, (a los principios) de no discriminación e igualdad de trato. El Anexo IX referido a la documentación relativa a los criterios de adjudicación valorados mediante la aplicación de fórmulas, solo indica que ha de presentarse la proposición económica. Sin embargo, el Anexo XI señala como criterios de adjudicación, además de la proposición económica que se valora 50 puntos sobre 100, otros criterios con 50 puntos sobre 100, aunque esos puntos de forma errónea se convierten en porcentajes, como son el plazo de ejecución del suministro con un 10%; plazo de retirada de los bidones desde la comunicación por parte de la Consejería de Agricultura, Ganadería, Pesca y Desarrollo Sostenible con un 10%; un plazo de respuesta a partir de la comunicación de la orden de inicio de los tratamientos aéreos, otorgándole un 15%; y finalmente un plazo de restauración del servicio desde la comunicación de la incidencia con un 15%. También debe señalarse que la solvencia técnica del Anexo XVI se encuentra parcialmente redactada, no indicándose además si los criterios contenidos son acumulativos o alternativos”.*

En particular, respecto de la infracción novena señala la mesa:



*“9.- El Anexo IX , referida a la documentación relativa a los criterios de adjudicación valorados mediante la aplicación de fórmulas, solo indica que ha de presentarse la proposición económica. Sin embargo, el Anexo XI señala como criterios de adjudicación, además de la proposición económica que se valora 50 puntos sobre 100, otros criterios con 50 puntos sobre 100, aunque esos puntos de forma errónea se convierten en porcentajes, como son el plazo de ejecución del suministro con un 10%; plazo de retirada de los bidones desde la comunicación por parte de la Consejería de Agricultura, Ganadería, Pesca y Desarrollo Sostenible con un 10%; un plazo de respuesta a partir de la comunicación de la orden de inicio de los tratamientos aéreos, otorgándole un 15%; y finalmente un plazo de restauración del servicio desde la comunicación de la incidencia con un 15%. ”.*

Y respecto a la undécima:

*“11.- La solvencia técnica del Anexo XVI se encuentra parcialmente redactada, no indicándose además si los criterios contenidos son acumulativos o alternativos. ”.*

Si examinamos el pliego de cláusulas administrativas particulares, el Anexo IX dispone:

*“ANEXO IX SOBRE N°3.- DOCUMENTACIÓN RELATIVA A LOS CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN VALORADOS MEDIANTE LA APLICACIÓN DE FÓRMULAS*

*1. Proposición económica. La proposición, debidamente firmada y fechada, deberá ajustarse al modelo que figura en el anexo X del presente pliego.*

*2.*

*3.”.*

Y el Anexo XI establece:

*“ANEXO XI CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN Y BAREMOS DE VALORACIÓN*

*(...)*

*2. Criterios de adjudicación valorados mediante la aplicación de fórmulas: ( 100 puntos)*

*2.1. Proposición económica ( 50 puntos)*

*(...)*

*2.2. ( 50 puntos)*



*Plazo de ejecución del suministro (1) 10 %*

*Plazo de retirada de los bidones desde la comunicación por parte de la CAGPYDS (2) 10 %*

*Plazo de ejecución del servicio: Plazo de respuesta a partir de la comunicación de la orden de inicio de los tratamientos aéreos (3) 15 %*

*Plazo de restauración del servicio desde la comunicación de la incidencia (4) 15 %”.*

A continuación, el pliego pormenoriza estos criterios asignando puntos en función de determinados intervalos.

Como puede comprobarse, en el Anexo IX solo se establece como documentación a incluir en el sobre 3 la proposición económica, apareciendo en blanco los apartados 2 y 3, mientras que en el Anexo XI, relativo a los criterios de adjudicación, se contempla la valoración de cuatro criterios distintos al de la oferta económica referidos a determinados plazos en los que se oferte realizar las actividades que se establecen.

La otra infracción a la que la mesa da mayor relevancia es la relativa a los criterios de solvencia técnica. En el Anexo XVI se establece:

*“ANEXO XVI SOLVENCIA TÉCNICA.*

*(Será proporcional y vinculada al objeto del contrato).*

*La solvencia técnica se acreditará por el medio o los medios que se señalan a continuación: (En caso de que sean varios los medios que se señalan, indicar si son alternativos o acumulativos).”*

A continuación se recogen hasta siete medios para acreditar la solvencia técnica.

Pues bien, pese a la previsión, el Anexo no determina si son medios alternativos o acumulativos, lo que es especialmente relevante.

Por otro lado, algunos de esos criterios de solvencia técnica aparecen formulados de forma incompleta, como el número 6 o el primer criterio. Este primer criterio es:



*“1.Relación de los principales suministros realizados de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto del contrato, atendiendo a tal efecto al sistema establecido en el anexo I, indicando su importe, fechas y destinatario público o privado de los mismos, acompañada de los documentos acreditativos correspondientes”.*

En uno de los párrafos de este primer criterio se establece:

*“Se exige que el importe anual acumulado sin incluir impuestos en el año de mayor ejecución sea igual o superior al \_\_\_ % de su anualidad media, en servicios de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto del contrato.”.*

Como puede comprobarse no determina el porcentaje de la anualidad media lo que es importante para determinar la solvencia exigible.

Esta circunstancia que afecta a la acreditación de la solvencia técnica tiene especial relevancia en relación con la posible participación de los licitadores.

Como señala el órgano de contratación en su informe al recurso:

*“Lo anterior engarza con la redacción parcial del Anexo XVI, dedicado a la solvencia técnica. Al no recoger todos los datos necesarios para conocer los medios que permiten la acreditación de la solvencia exigida no resulta posible para el órgano de contratación comprobar la misma. Es más, aún aplicando la interpretación que pretende implantar la recurrente, esto es, que todos los medios son exigibles de manera acumulativa, la primera dificultad con la que nos encontramos es la cuantía económica que debe alcanzar la relación de los principales suministros de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto del contrato. Asimismo, la persona licitadora tendría que aportar documentación que acredite la cualificación del personal designado para la realización del transporte y descarga del suministro, desconociendo cual puede ser ésta más allá de la vaguedad “debidamente acreditada para elefeto” y así de manera sucesiva con casi todos los medios recogidos en el Anexo.”*

Entre las otras infracciones podríamos destacar el que habiéndose configurado el contrato como un suministro, y llevando aparejado un servicio de pulverización aérea, debería haberse licitado como un



contrato mixto; o la exigencia en el apartado 5 del Anexo I de la presentación de certificados expedidos por organismos independientes acreditativos del cumplimiento de normas de garantía de la calidad o de gestión medioambiental, que de conformidad con la cláusula 6.2.b) deberían haberse especificado.

En consecuencia, procedería igualmente y a mayor abundamiento, desestimar este primer motivo del recurso.

**OCTAVO.** Como segundo motivo del recurso se alega, para el supuesto en el que este Tribunal apreciara que existen infracciones de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación, que las mismas no pueden ser causa legal de desistimiento por no tener la consideración de insubsanables como exige la ley, invocando varias Resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, considerando que ninguno de los defectos merece dicho calificativo. Añade que no puede sostenerse que se ha producido una distorsión insubsanable del procedimiento de licitación que impida su continuación y/o dificulte su posterior adjudicación, sino que, al contrario, la lectura e interpretación íntegra de los pliegos (tanto del PPT como del PCAP) y de la memoria justificativa, despeja cualquier duda, incertidumbre y discordancia.

Pues bien ha de partirse de que las infracciones a la LCSP se encuentran en determinadas cláusulas y anexos del PCAP, cuya corrección es regulada con carácter restrictivo por el artículo 122.1, al disponer que los PCAP han de aprobarse previamente a la autorización del gasto o conjuntamente con ella, y siempre antes de la licitación del contrato, o de no existir esta, antes de su adjudicación, y solo podrán ser modificados con posterioridad por error material, de hecho o aritmético. Añade el precepto que en otro caso, la modificación del pliego conllevará la retroacción de actuaciones.

Pues bien, partiendo de esta regulación ha de destacarse la importancia de las infracciones cometidas, que han podido afectar no solo al régimen jurídico aplicable a la preparación y adjudicación del contrato, partiendo de que el órgano de contratación considera que estábamos ante un contrato mixto (artículo 18 de la LCSP); sino también al principio de libre concurrencia dadas las infracciones por ejemplo relativas a los medios de acreditación de la solvencia técnica o la documentación a incluir en el sobre 3, entre otras.

Es decir, que en ningún caso la pretensión de la recurrente de que continuara el procedimiento de licitación podría estimarse, siendo conforme a la LCSP que el órgano de contratación haya optado por desistirse del



procedimiento y proceder a una nueva convocatoria, por lo que procede desestimar este motivo del recurso.

**NOVENO.** En el último motivo del recurso se denuncia la falta de motivación respecto del carácter insubsanable de las infracciones de las normas de preparación del contrato. Tras citar el artículo 35 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y el artículo 1 de la LCSP, y nuestra Resolución de 7 de octubre de 2016, alega el deber de motivación del desistimiento por el Derecho comunitario, invocando la Sentencia de 18 de junio de 2002, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. A este respecto alega que el órgano de contratación recoge una enumeración detallada de supuestos errores, pero no razona ni menciona en qué medida dichas infracciones son insubsanables, invocando la Resolución 187/2014 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Pues bien respecto de la invocada alegación de falta de motivación este Tribunal viene sosteniendo (v.g. Resolución 65/2019, de 14 de marzo) que: *“la ausencia o insuficiencia de motivación en la adjudicación ha de estar vinculada al desconocimiento de los elementos necesarios para la interposición de un recurso fundado; si no es así, es decir, si la infracción formal del deber de motivación previsto en el artículo 151 de la LCSP no ha impedido a la recurrente la interposición de un recurso fundado, no cabe alegar indefensión material a la hora de impugnar la adjudicación, ni podría prosperar la pretensión de nulidad de la resolución de adjudicación basada en aquella circunstancia. En el sentido expuesto, el Tribunal Constitucional mantiene (Sentencia 210/1999, de 29 de noviembre en el Recurso de amparo 3646/1995) que la indefensión constitucionalmente relevante es la situación en que, tras la infracción de una norma procesal, se impide a alguna de las partes el derecho a la defensa y que dicha indefensión ha de tener un carácter material y no meramente formal, lo que implica que no es suficiente con la existencia de un defecto o infracción procesal, sino que debe haberse producido un efectivo y real menoscabo del derecho de defensa”*.

Los argumentos expuestos, aun referidos a la motivación de la adjudicación, resultan igualmente aplicables a la motivación del desistimiento, como sucede en el presente supuesto

En el presente caso, la mesa pone de manifiesto las infracciones cometidas, destacando entre ellas dos en particular, la relativa a los criterios de adjudicación y a la solvencia técnica, respecto de las que señala,



como antes se dijo, que *“Además de todos los anteriores, sobre el resto destacan los que a continuación se describen al imposibilitar los mismos que el procedimiento de adjudicación pueda celebrarse con el respeto debido a, entre otros, el principio de no discriminación e igualdad de trato”*.

Es decir, considera que se trata de defectos que afectan a la no discriminación e igualdad de trato, principios nucleares de los procedimientos de adjudicación de los contratos, y aunque no utiliza la palabra insubsanable, se encuentra implícita en la valoración que hace y en la exposición de los motivos del desistimiento.

Por otro lado, la recurrente ha conocido las irregularidades que ha apreciado la mesa, y ello le ha permitido interponer el presente recurso, por lo que no se le ha generado indefensión.

En consecuencia, procede desestimar este motivo del recurso.

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

## **ACUERDA**

**PRIMERO.** Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto la entidad **KENOGARD, S.A.** contra la Resolución de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Agricultura, Ganadería, Pesca y Desarrollo Sostenible, de 6 de marzo de 2020, por la que se acuerda el desistimiento del contrato denominado “Suministro de Bacilus Thuringiensis variedad Kurstaki en suspensión concentrada para la realización de los tratamientos aéreos correspondientes a las campañas 2019-2020 contra Procesionaria del Pino y Lagarta Peluda” (Expte. CONTR/2018/96588).

**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 58.2 de la LCSP.

**TERCERO.** 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.

