Recurso 270/2022
Resolución 415/2022
Sección Tercera

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

Sevilla, 28 de julio de 2022.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **SERVICIOS INTEGRALES DE CONTRATACIÓN E INTERMEDIACIÓN DOMINUS, S.L.,** integrante de la UTE SERVICIOS INTEGRALES DE CONTRATACIÓN E INTERMEDIACIÓN DOMINUS, S.L., – OMAWA HUELLA ECOLÓGICA, S.L, contra la resolución, de 16 de junio de 2022, del órgano de contratación por la que desiste del procedimiento de adjudicación del contrato "Servicios de Asistencia Técnica para la Elaboración, Implementación, Seguimiento y Evaluación del Plan de Acción Local de Motril y el Servicio de Asistencia Técnica para la Elaboración y Gestión del Plan de Comunicación del Plan de Acción Local de Motril." (Expte. SERV/ABR_SMPL/CONTRATACION 2022000003), respecto del lote 1, convocado por el Ayuntamiento de Motril (Granada), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 25 de febrero de 2022, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público el anuncio de licitación por procedimiento abierto simplificado del contrato de servicios indicado en el encabezamiento de esta resolución. Los pliegos y demás documentación que rigen la licitación fueron puestos a disposición de las personas interesadas en la misma fecha. El valor estimado del presente contrato asciende a la cantidad de 107.000 euros.

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), y demás disposiciones reglamentarias de aplicación en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada norma legal.

SEGUNDO. El 6 de julio de 2022, tuvo entrada en el registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad SERVICIOS INTEGRALES DE CONTRATACIÓN E INTERMEDIACIÓN DOMINUS, S.L. (en adelante la recurrente), con el compromiso de constitución en unión temporal de empresas, contra la resolución, de 16 de junio de 2022, del órgano de contratación por la que desiste del procedimiento de adjudicación del contrato, respecto del lote 1.

Mediante oficio de 7 de julio de 2022 por la Secretaría del Tribunal se da traslado al órgano de contratación del citado escrito de recurso y se le solicita que aporte el informe sobre el mismo, así como la documentación necesaria para su tramitación y resolución, lo que fue reiterado el 14 de julio de 2022, sin que a la fecha del dictado de la presente resolución la misma se haya recibido en este Órgano.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y en el artículo 10.3 del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, en su redacción dada por el Decreto 120/2014, de 1 de agosto; toda vez que el Ayuntamiento de Motril (Granada) no ha manifestado que disponga de órgano propio, por sí o a través de la Diputación Provincial, para la resolución del recurso.

SEGUNDO. Legitimación.

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. Acto recurrible.

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.

Es objeto de impugnación el desistimiento del procedimiento de adjudicación de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros, y ha sido convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública. Por tanto, el recurso es procedente al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1 a) y 2 c).

En este sentido, el desistimiento, como acto finalizador del procedimiento, es asimilable a la adjudicación a los solos efectos del recurso especial, como reiteradamente viene reconociendo este Tribunal (v.g. Resolución 196/2020, de 4 de junio)

CUARTO. Plazo de interposición.

En cuanto al plazo de interposición del recurso, en el supuesto examinado, aunque no consta la fecha de notificación de la resolución recurrida, esta fue dictada el 16 de junio de 2022 y publicada ese mismo día en el perfil de contratante, por lo que el recurso presentado el 6 de julio de 2022 en el registro de este Tribunal, se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 b) de la LCSP.

QUINTO. Fondo del asunto: Sobre el cálculo del presupuesto de licitación.

1. Alegaciones de la recurrente.

Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede examinar los motivos en que el mismo se sustenta. En este sentido, la recurrente interpone el presente recurso contra el desistimiento del procedimiento de licitación acordado por el órgano de contratación y *"SOLICITA:*

1. La nulidad de Pleno Derecho de dicho acuerdo, por haberse dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido en la LCSP respecto a la revisión de los actos administrativos.

2. Subsidiariamente, la revocación de dicho acuerdo, en virtud de la inexistencia de irregularidad alguna conforme a los pliegos que rigieron la licitación.

3. Complementariamente, y en todo caso, se ordene la adopción del acuerdo de adjudicación a favor de esta parte al que está obligada la Administración."

La recurrente acompaña a su escrito de recurso la resolución de 16 de junio de 2022, antes citada contra la que interpone el presente recurso, en la que se hace constar lo siguiente:

«CUARTA: La Mesa de contratación celebrada el día 10 de mayo de 2022, vista la documentación presentada en el expediente SERV/ABR_SMPL/CONTRATACION2022000003, Lote 1 por la UTE SERVICIOS INTEGRALES DE CONTRATACIÓN E INTERMEDIACIÓN DOMINUS, S.L., con CIF B18393132 – OMAWA HUELLA ECOLÓGICA, S.L., con CIF B34279091 y Lote 2 por la empresa SPERTORIA, S.L.U., con CIF B90080938 , comprueba que es adecuada, que cumple con lo exigido en el artículo 150 de la LCSP y Disposición Adicional Segunda de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre por la que se aprueba la Ley de Contratos del Sector Público y acuerdan por unanimidad elevar al órgano de contratación propuesta de adjudicación.

Hacer constar que en cumplimiento de la Orden HFP/1030/2021, de 29 de septiembre, por la que se configura el sistema de gestión del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, en el Pliego de Prescripciones Técnicas, que regía la contratación se recoge en el punto "8:

RÉGIMEN ESPECIAL EN PROYECTOS FINANCIADOS CON FONDOS PROCEDENTES DEL PLAN DE RECUPERACIÓN, TRANSFORMACIÓN Y RESILIENCIA:

Primero. Referencia a los hitos y objetivos que se han de cumplir, a los plazos temporales para su cumplimiento y a los mecanismos establecidos para su control.

- HITO NO CRITICO 30 de mayo de 2022. Este plazo aparece fijado como Hito no crítico por el Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana. El contratista deberá presentar con suficiente antelación para su evaluación: el Plan de Comunicación y el Documento de Marco Estratégico, con el mapa de líneas de actuación e indicadores detectados necesarios para la elaboración del diagnóstico.

- HITO CRITICO 13 de septiembre de 2022: Para poder alcanzar este HITO CRITICO el ayuntamiento debe aprobar por el pleno municipal el Plan de Acción Local, por lo tanto, la entrega del mismo deberá ser con anterioridad al 01/09/2022, para su aprobación."

QUINTA. Vista la duración de la tramitación del expediente de licitación, y que el primer hito estaba fijado para el día 30 de mayo, se solicita informe a la Técnica Municipal del Servicio de Urbanismo Mª Carmen López Pérez sobre las consecuencias del incumplimiento de los hitos establecidos. cuyo literal es el siguiente:

(...)
En resumen, para el LOTE1 el Pliego de Prescripciones técnicas, recoge unos HITOS a 30 de mayo de 2022, para poder dar cumplimiento a los HITOS CRITICOS Y LOS HITOS NO CRITICOS previstos en la Orden HFP/1030/2021, de 29 de septiembre:
1. FASE PREVIA Y DE DIAGNÓSTICO DE LA AGENDA URBANA DE MOTRIL 2030.
2. FASE DEL MARCO ESTRATEGICO DE LA AGENDA URBANA DE MOTRIL 2030.
(…)
Por todo lo expuesto, los hitos no críticos previstos en los Pliegos de Cláusulas administrativas y Prescripciones Técnicas para el LOTE 1 y LOTE 2, son de imposible cumplimiento tras la propuesta de adjudicación al órgano de contratación de la Mesa de contratación, puesto que la fecha prevista en los pliegos del HITO NO CRITICO es del 30/05/2022, causa que justifica la decisión de no adjudicar el contrato."

SEXTA: Con fecha 10 de junio se ha emitido informe por el Servicio Jurídico.
(...)
Visto el expediente La Alcaldía, RESUELVE:

PRIMERO. Desistir de procedimiento de adjudicación del contrato (…) teniendo en cuanta que, tal y como consta en el informe técnico, los hitos no críticos previstos en los Pliegos de Cláusulas administrativas y Prescripciones Técnicas para el LOTE 1 y LOTE 2, son de imposible cumplimiento».

La recurrente combate el desistimiento del procedimiento alegando la incorrecta aplicación de la figura del desistimiento, por entender que este es una forma de finalización unilateral del procedimiento, previa a la adjudicación, que solo cabe cuando se da el supuesto fundado en una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación, no bastando siquiera meras irregularidades, por lo que afirma que *"En materia de contratación pública, por imperativo del artículo 39 LCSP, son causas de nulidad en esta materia las indicadas en el artículo 47 de la LPAC, sin que concurra en el presente caso ninguna de las causas previstas en este segundo artículo, y sin que, desde luego, resulte identificada por la Administración cual pueda ser dicha causa de nulidad, o como se califica en la Resolución, cuales puedan ser los graves vicios de nulidad alegados.".*

Por otra parte, alega en relación con el imposible cumplimiento del *"Hito no crítico"*como causa del desistimiento, que *«La regulación de esta materia (de hito no esenciales) se recoge en la Orden HFP/1030/2021, de 29 de septiembre, por la que se configura el sistema de gestión del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia. En su ANEXO I, se establece una serie de definiciones (Glosario de términos), indicando expresamente respecto de los Hitos NO esenciales que "el eventual incumplimiento de Hitos NO críticos (meta o fecha de consecución) no supone el incumplimiento directo de Hitos y Objetivos (HyO) CID"».*

Por ello considera que antes de proceder al desistimiento el órgano de contratación podía haber agotado otras posibilidades como modificar el proyecto, ampliando el plazo de tales hitos; haber acortado los plazos para cumplimentar trámites, declarando la urgencia del procedimiento, etc; en cambio, procede al desistimiento un mes y medio después de que la mesa elevara la propuesta de resolución al órgano de contratación.

Por último, la recurrente alega que el incumplimiento por parte del órgano de contratación de los plazos para acordar la adjudicación: *"El cumplimiento riguroso de tal plazo podría dispensarse si se viera justificado por circunstancias excepcionales, como la falta de quorum del órgano de contratación, ausencia por cualesquiera causas de los técnicos llamados a informar, etc., pero no en un supuesto como el que nos ocupa, en el que el*

transcurso del tiempo y los hechos producidos con posterioridad acreditan que el incumplimiento del plazo se debe de forma exclusiva a la reticencia a su cumplimiento, al objeto de ganar tiempo con el fin de localizar un argumento, por carente de fundamentación legal que sea, para no adjudicar y por tanto cumplir con la normativa que resulta de aplicación. Resulta fundamental en este punto resaltar que, en vez de cumplir con la ley, la Administración dilata los plazos para adjudicar, pues pudo hacerlo perfectamente el propio 10 de mayo o incluso antes, si las Mesas se hubieran celebrado con menos retraso o se hubieran formalizado los requerimientos en plazos más breves."

2. Alegaciones del órgano de contratación.

A pesar de que la Secretaría del Tribunal dio traslado al órgano de contratación del escrito de recurso solicitándole el informe sobre el mismo, así como la documentación necesaria para su tramitación y resolución el 7 de julio de 2022 , reiterando la petición el 14 de julio de 2022, al día de la fecha no se ha recibido documentación alguna en este Tribunal, que se ve obligado a resolver a pesar de ello, en aras a la efectividad y finalidad del recurso, puesto que teniendo en cuenta los motivos de su interposición los intereses de la recurrente se verían perjudicados por la demora en la resolución del mismo.

SEXTO. Consideraciones del Tribunal sobre el fondo del asunto.

El artículo 152 de la LCSP, en sus cuatro primeros apartados, establece:

"1. En el caso en que el órgano de contratación desista del procedimiento de adjudicación o decida no adjudicar o celebrar un contrato para el que se haya efectuado la correspondiente convocatoria, lo notificará 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».
2. La decisión de no adjudicar o celebrar el contrato o el desistimiento del procedimiento podrán acordarse por el órgano de contratación antes de la formalización. En estos casos se compensará a los candidatos aptos para participar en la licitación o licitadores por los gastos en que hubiesen incurrido en la forma prevista en el anuncio o en el pliego o, en su defecto, de acuerdo con los criterios de valoración empleados para el cálculo de la responsabilidad patrimonial de la Administración, a través de los trámites del procedimiento administrativo común.
3. Solo podrá adoptarse la decisión de no adjudicar o celebrar el contrato por razones de interés público debidamente justificadas en el expediente. En este caso, no podrá promoverse una nueva licitación de su objeto en tanto subsistan las razones alegadas para fundamentar la decisión.
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".

El precepto legal recoge dos instituciones distintas, la decisión de no adjudicar o celebrar el contrato -antes denominada "renuncia a la celebración del contrato" bajo la vigencia del derogado Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público- y el desistimiento. La primera supone un cambio en la voluntad de la Administración de contratar la prestación por razones de interés público y, precisamente por su carácter discrecional, el artículo 152.3 de la LCSP introduce como cautela, para evitar fraudes en el procedimiento de adjudicación, la prohibición al órgano de contratación de promover una nueva licitación del objeto del contrato en tanto subsistan las razones alegadas para fundamentar la renuncia. Por el contrario, el desistimiento no es un acto discrecional determinado por el cambio de voluntad de la Administración contratante, sino un acto reglado fundado en causas de legalidad y no de oportunidad. Por ello exige, como señala el apartado 4 del artículo 152 de

la LCSP, la concurrencia de una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación, que haga imposible continuar con la licitación hasta su adjudicación y, en su caso, formalización del contrato; y por ello el desistimiento, a diferencia de la renuncia, no impide la iniciación inmediata de un nuevo procedimiento de licitación con el mismo objeto.

En definitiva, pues, mientras el desistimiento ha de fundarse en razones de legalidad, la renuncia obedece a motivos de interés público o de oportunidad, lo que origina el distinto régimen a la hora de iniciar una nueva licitación.

En el supuesto enjuiciado, la razón que motiva la decisión del órgano de contratación para desistir del procedimiento es el imposible cumplimiento del hito no crítico previsto en el PCAP y en el PPT para el 30 de mayo de 2022 tras la propuesta de adjudicación al órgano de contratación por la mesa de contratación el 10 de mayo de 2022.

Tales motivos difícilmente encajan en los supuestos de desistimiento previstos en el artículo 152.4 de la LCSP, consistentes en una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación. En la resolución de desistimiento no se cita infracción legal alguna cometida en las actividades preparatorias del contrato ni en la licitación promovida y parece fundamentarse en motivos que, sin prejuzgar su acierto y validez, no responden a ilegalidades cometidas en la tramitación del expediente, sino a otras causas.

El imposible cumplimiento del hito no crítico en la fecha prevista no constituye causa legal del desistimiento conforme al artículo 152.4 de la LCSP, el cual tiene que descansar en una infracción no subsanable de normas que nada tiene que ver con el cumplimiento de las obligaciones que los pliegos establecen para la ejecución del contrato, que además es consecuencia de la demora en la adjudicación y formalización del mismo, y que, como alega la recurrente, podría solucionarse mediante la modificación del contrato.

Pues bien, esto puede conllevar otras consecuencias pero no constituye infracción insubsanable en los términos del precepto legal, es decir referida a las normas preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación. En todo caso pudiera conllevar un incumplimiento que le impida justificar la ayuda, que según manifiesta el informe transcrito en la Resolución de desistimiento le ha sido otorgada mediante "*resolución definitiva de fecha 11/12/2021 por la Secretaría de Estado de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana. N.º Expediente PP_AUE/21/00187",* convocadas por la Orden TMA/957/2021, de 7 de septiembre, por la que se aprueban las bases reguladoras de la concesión de ayudas para la elaboración de proyectos piloto de planes de acción local de la Agenda Urbana Española y la convocatoria para la presentación de solicitudes para la obtención de las subvenciones por el procedimiento de concurrencia competitiva.

Al efecto, conviene reiterar que el desistimiento es un acto reglado y no discrecional. El órgano de contratación solo puede hacer uso de esta figura cuando se hayan producido las infracciones normativas a que se refiere el artículo 152.4 de la LCSP.

Es claro, como señalábamos al principio, que las causas que motivan el desistimiento impugnado no revelan dichas infracciones y que esta decisión del órgano de contratación vulnera lo dispuesto en el artículo 152.4 de la LCSP. Obviamente, como declara la Sentencia del TJUE (Asunto C-440/13), de 11 de diciembre de 2014, *"un poder adjudicador no puede estar obligado a llevar a término un procedimiento de adjudicación iniciado y a adjudicar el contrato de que se trata",* pudiendo revocar una licitación por razones de oportunidad, habida cuenta de la modificación de las circunstancias y necesidades de la entidad adjudicadora y del contexto económico.

Ahora bien, estas concretas razones a que se refiere el TJUE tendrían cabida en nuestro ordenamiento jurídico a través de la decisión de no adjudicar o celebrar el contrato por razones de interés público (artículo 152.3 de la LCSP) y aun en este caso, el precepto legal impone una justificación adecuada y su reflejo en el expediente, siempre con los límites aplicables a la discrecionalidad de los actos. Como señala la Resolución 242/2016, de 1 de abril, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales -citada en nuestra Resolución 390/2019, de 14 de noviembre-, *"(...) en el ámbito de sus competencias y en razón de la oportunidad y de las disponibilidades presupuestarias que tenga asignadas, el órgano de contratación puede decidir libremente si celebra o no determinado contrato y, en caso afirmativo, el contenido de la prestación objeto del mismo.*
Esta libertad alcanza asimismo a la posibilidad de renunciar a la celebración de un contrato encontrándose en curso un procedimiento de contratación, siempre que existan razones de interés público para ello, como no puede ser de otro modo, puesto que ningún ente del sector público puede verse constreñido a celebrar un contrato si existen razones justificadas para estimar improcedente dicha contratación. Ahora bien, ello siempre con el límite de que en ningún caso la discrecionalidad puede encubrir una decisión arbitraria, debiendo siempre estar dirigida la actuación administrativa a la satisfacción del superior interés general.
Para que no concurra arbitrariedad en la decisión de renuncia, es necesario que el acuerdo de renuncia esté debidamente motivado y fundamentado en circunstancias excepcionales de modo que el interés general justifique la quiebra del principio de buena fe y lealtad entre las partes, sin que puede limitarse a apuntar de modo genérico a la existencia de un interés público, no especificando las razones concretas que avalan dicha decisión".

Con base en las consideraciones anteriores, procede estimar el recurso y anular el acto impugnado, sin que ello determine que el contrato deba adjudicarse en todo caso, si concurriesen razones fundadas en derecho para que el procedimiento finalice de otro modo y así se hicieran constar adecuadamente en el expediente, solo conlleva la retroacción del procedimiento al momento anterior al dictado del acto anulado para que se continúe el mismo hasta su finalización por cualquiera de los modos admitidos en la LCSP.

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

ACUERDA

PRIMERO. Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **SERVICIOS INTEGRALES DE CONTRATACIÓN E INTERMEDIACIÓN DOMINUS, S.L.,** integrante de la UTE SERVICIOS INTEGRALES DE CONTRATACIÓN E INTERMEDIACIÓN DOMINUS, S.L., – OMAWA HUELLA ECOLÓGICA, S.L, contra la resolución, de 16 de junio de 2022, del órgano de contratación por la que desiste del procedimiento de adjudicación del contrato "Servicios de Asistencia Técnica para la Elaboración, Implementación, Seguimiento y Evaluación del Plan de Acción Local de Motril y el Servicio de Asistencia Técnica para la Elaboración y Gestión del Plan de Comunicación del Plan de Acción Local de Motril." (Expte. SERV/ABR_SMPL/CONTRATACION 2022000003), respecto del lote 1, convocado por el Ayuntamiento de Motril (Granada) y en consecuencia, anular el citado acto a fin de que se proceda conforme a lo expuesto en el cuerpo de la presente resolución.

SEGUNDO. De conformidad con lo establecido en el artículo 57.4 de la LCSP, el órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la presente resolución.

CUARTO. 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.