Recurso 31/2023
Resolución 47/2023
Sección Tercera

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

Sevilla, 3 de febrero de 2023

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **ANDASUR CONTROL DE PLAGAS, S.L.,** contra el Decreto de 22 de diciembre de 2022 del órgano de contratación por la que desiste del procedimiento de adjudicación del contrato «Servicios de desratización, desinsectación y desinfectación para el control de plagas y control de palomas en el término municipal de Fuengirola» (Expte 089/2022-CONTR), convocado por el Ayuntamiento de Fuengirola (Málaga), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 21 de agosto de 2022, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público el anuncio de licitación por procedimiento abierto del contrato de servicios indicado en el encabezamiento de esta resolución. El día 24 de agosto de 2022 se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea. Los pliegos y demás documentación que rigen la licitación fueron puestos a disposición de las personas interesadas el 22 de agosto de 2022. El valor estimado del presente contrato asciende a la cantidad de 236.476,8 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.

El órgano de contratación mediante resolución de 22 de diciembre de 2022 acuerda desistir del procedimiento de licitación del contrato citado en el encabezamiento.

SEGUNDO. El 16 de enero de 2023, tuvo entrada en el registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad ANDASUR CONTROL DE PLAGAS S.L. (en adelante la recurrente), contra la citada resolución de desistimiento de 22 de diciembre 2022.

Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal, el 17 de enero de 2023, 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 solicitado fue recibido en este Órgano el día 18 de enero de 2023.

El 23 de enero de 2023, este Tribunal mediante Resolución MC. 11/2023 adopta la medida cautelar de suspensión solicitada por la recurrente.

El 26 de enero de 2023, la Secretaría del Tribunal concedió un plazo de 5 días hábiles a las entidades licitadoras para que formularan las alegaciones que considerasen oportunas, habiéndose recibido las presentadas por la entidad por Andaluza de Tratamientos de Higiene, S.A.,

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 Fuengirola (Málaga) 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 del Decreto recurrido la resolución recurrida, este fue dictado el 22 de diciembre de 2022 y publicado el 24 de diciembre de 2022 en el perfil de contratante, por lo que el recurso presentado el 16 de enero de 2022 en el registro de este Tribunal, aun computando desde la fecha de 22 de diciembre de 2022, se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1.d) de la LCSP.

QUINTO. Fondo del asunto: sobre el cálculo del presupuesto de licitación y las actuaciones realizadas en lo que aquí interesa en el seno del procedimiento de adjudicación que culminaron con el desistimiento del mismo por el órgano de contratación.

Por el órgano de contratación se requirió a determinada entidad (en adelante la entidad rechazada), cuya oferta estaba inicialmente incursa en baja anormal o desproporcionada, que justificara su viabilidad, que tras la tramitación oportuna fue rechazada su proposición por la mesa de contratación mediante acuerdo de 24 de noviembre de 2022, por no acreditar la viabilidad de la misma. En la citada sesión de la mesa de contratación, tras la valoración de las ofertas, la entidad ahora recurrente resultó ser la económicamente más ventajosa, siendo requerida para que aportase la documentación previa a la adjudicación.

Con motivo de la exclusión, el 16 de diciembre de 2022, se presenta por la entidad rechazada un denominado recurso de reposición, frente a la exclusión de su oferta. El órgano de contratación alega en el informe al recurso, y sin dar trámite legal a dicho recurso denominado de reposición que , "*se revisa la documentación del expediente de cara a tramitarlo como un posible recurso especial, dado el valor estimado del contrato, apreciándose error en el Pliego de Cláusulas Administrativas, en el que no se ha incorporado parte del desglose de costes del presupuesto base de licitación recogido en la Memoria Justificativa del expediente".*

Acto seguido, la mesa de contratación en sesión celebrada el 20 de diciembre de 2022 adopta el siguiente acuerdo, según consta en acta al efecto:

«*Constituida la Mesa de Contratación se procede, por orden de la Presidencia, a la revisión del recurso de reposición presentado por (…) [la entidad rechazada] con fecha 16 de diciembre de 2022 y nº de registro de entrada 2022061210, en el procedimiento abierto y sujeto a regulación armonizada, para la contratación de (...).*

La Mesa de Contratación acuerda proponer al órgano de contratación el desistimiento del procedimiento por error manifiesto en el PCAP, previo informe de Asesoría Jurídica.».

En el informe de la asesoría jurídica del Ayuntamiento de Fuengirola, en lo que aquí concierne en su fundamento jurídico tercero afirma lo siguiente:

«*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 (art. 152.4 LCSP).*

En este sentido, al desglosarse en el PCAP solo parcialmente los costes del presupuesto base de licitación, no se ajustaría a los términos exigidos por el artículo 100.2 de la LCPS.

Esta omisión resulta de especial transcendencia, como ha tenido ocasión de recordar el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución nº 632/2018, indicando que "El incumplimiento del artículo 100.2 de la LCSP supone la omisión de unos datos cuyo conocimiento es trascendental para la adjudicación y ejecución del contrato, pues sirve para justificar un correcto cálculo del valor estimado, y garantizar que la fijación del precio es ajustada a Derecho. También influirá en la admisión o rechazo de las ofertas que incurren en presunción de temeridad, y, constituirá la base a partir de la cual debe velar el órgano de contratación por la correcta ejecución del mismo, en cumplimiento de las normas convencionales, una vez formalizado. De acuerdo con lo expuesto, el motivo del recurso debe de ser estimado y anulada por ello la cláusula".

En este caso, además, el que los licitadores puedan no haber tenido en cuenta al formular sus ofertas todos los costes del contrato, es especialmente relevante pues podría afectar a la calidad de un servicio fundamental para la protección y defensa de la salud pública.».

De este modo, es como se decide proponer al órgano de contratación el desistimiento, por error manifiesto en el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP), resolviéndose a favor del desistimiento mediante Decreto nº 11579/2022, en fecha 22 de diciembre 2022.

SEXTO. Fondo del recurso. Alegaciones de las partes.

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 alegando que *"Andasur ha presentado toda la documentación exigida y, considera desmesurada, la decisión de la no adjudicación de la licitación por los motivos expuestos ya que todas las empresas que han presentado su oferta, han incluido los costes y gastos totales de las labores por las que se licita, no apreciando el error que se argumenta ya que, el desglose de costes está publicado junto con todo lo demás.*

Entendemos, que la motivación del recurso de "reposición" presentado por Biblion Ibérica, S.L., es la de evitar su exclusión de esta licitación por la no aceptación de la justificación económica. Sin embargo, desde Andasur recordamos, que todos los documentos requeridos por la administración fueron presentados en fecha y forma correcta incluidos los costes y gastos totales necesarios.

El hecho de que Biblion Ibérica, S.L., no fuera capaz de seguir las indicaciones marcadas por los pliegos de este concurso a la hora de incluir los costes del contrato, por no haber estudiado en profundidad todos los documentos publicados en la Plataforma del sector público, no debería actuar en detrimento del resto de concursantes de la licitación que sí han respondido a las necesidades de Administración en tiempo y forma.

Termina solicitando que se estime el recurso interpuesto y que anule el acuerdo de desistimiento del procedimiento, así como que "*declare la procedencia de Andasur Control de Plagas S.L. atendiendo a que ha cumplido con todos los requerimientos solicitados habiéndose preparado para realizar las labores adjudicadas, incurriendo así, en multitud de gastos que ahora quedan en descubierto y que tendremos que solicitar su compensación a este Ayuntamiento, debido a la inmediatez por la que se debe comenzar la ejecución del contrato una vez formalizado éste".*

2. Alegaciones del órgano de contratación.

Señala que conforme al artículo 152 LCSP, la infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato, o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación, se justifica en el expediente en el cuerpo del decreto de desistimiento, en el cual se justifican los motivos que han llevado finalmente al órgano de contratación a tomar dicha decisión, por considerarla la más ajustada a Derecho. Señala que, "*al desglosarse en el PCAP solo parcialmente los costes del presupuesto base de licitación, no se ajustaría a los términos exigidos por el artículo 100.2 de la LCSP".*

Esta omisión dice que resulta de especial transcendencia, como ha tenido ocasión de recordar el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución nº 632/2018.

Señala que "*el desglose de costes se incorporó en la memoria justificativa del expediente, la literalidad del citado artículo 100.2 LCSP, sobre la elaboración del presupuesto base de licitación, "se desglosará indicando en el pliego de cláusulas administrativas particulares o documento regulador de la licitación, los costes directos e indirectos y otros eventuales gastos calculados para su determinación", entendemos no permite que el mismo se limite a constar en dicha memoria justificativa, pues esta no es más, como su propio nombre indica, que un documento de justificación de las condiciones del contrato, sin carácter vinculante, debiendo prevaler el PCAP en caso de duda o controversia con la misma".*

Prosigue argumentando que "*dado el momento procedimental en que el órgano de contratación se percata del error manifiesto del PCAP, en el que ya estaban abiertas todas las ofertas, lo cual no permitía su subsanación, se consideró que la decisión más adecuada, teniendo en cuenta todos los intereses en juego, era desistir del procedimiento e iniciar, a la mayor brevedad posible, un nuevo procedimiento de licitación (art. 152.4 LCSP), en el que actualmente se está trabajando desde el área de Sanidad, y en el que, efectivamente, tal como solicita la recurrente, se van a introducir algunos cambios, con respecto al anterior.*

De esta forma, se da un trato igualitario a todos los licitadores, y se protegen los intereses generales, al asegurar que los mismos, al formular sus ofertas, han tenido en cuenta todos los costes del contrato, evitando, así, que se pueda ver afectada la calidad del servicio por este motivo".

3. Alegaciones de la entidad interesada.

Realiza alegaciones la entidad, Andaluza de Tratamientos de Higiene, S.A.. En síntesis, la entidad argumenta en su escrito de alegaciones que el desistimiento del órgano de contratación es acorde a derecho por lo que solicita a este Tribunal que desestime el recurso interpuesto de la siguiente forma:

"Se reproduce el Informe Jurídico de la Asesoría Jurídica de fecha 21 de diciembre del 20222, por su corrección Jurídica. Así se indica la conformidad a derecho del desistimiento del procedimiento ya que se basa o funda 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 (art. 152.4 LCSP).

En este sentido, al desglosarse en el PCAP solo parcialmente los costes del presupuesto base de licitación, no se ajustaría a los términos exigidos por el artículo 100.2 de la LCPS.

Esta omisión resulta de especial transcendencia, como ha tenido ocasión de recordar el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución nº 632/2018, indicando que "El incumplimiento del artículo 100.2 de la LCSP supone la omisión de unos datos cuyo conocimiento es trascendental para la adjudicación y ejecución del contrato, pues sirve para justificar un correcto cálculo del valor estimado, y garantizar que la fijación del precio es ajustada a Derecho. También influirá en la admisión o rechazo de las ofertas que incurren en presunción de temeridad, y, constituirá la base a partir de la cual debe velar el órgano de contratación por la correcta ejecución del mismo, en cumplimiento de las normas convencionales, una vez formalizado. De acuerdo con lo expuesto, el motivo del recurso debe de ser estimado y anulada por ello la cláusula".

En este caso, además, el que los licitadores puedan no haber tenido en cuenta al formular sus ofertas todos los costes del contrato, es especialmente relevante pues podría afectar a la calidad de un servicio fundamental para la protección y defensa de la salud pública."

Termina señalando que:

"Es factible por tanto acordarse el desistimiento por el órgano de contratación antes de la formalización del contrato".

SÉPTIMO. Consideraciones del Tribunal sobre el fondo del asunto.

Previa. Sobre el recurso presentado por la entidad rechazada contra la exclusión de su oferta al no acreditar su viabilidad.

Previamente al análisis de la controversia que en síntesis se limita a examinar si el órgano de contratación ha desistido del procedimiento de adjudicación conforme a lo previsto en el artículo 152 de la LCSP, procede poner de manifiesto -dado el tratamiento que el órgano de contratación le ha conferido al recurso interpuesto el 16 de diciembre por la entidad rechazada contra la exclusión de su oferta al no acreditar su viabilidad-, una serie de precisiones sobre el órgano competente para la resolución del recurso especial en materia de contratación.

Al respecto, el apartado primero del artículo 46 de la LCSP dispone que, en el ámbito de las Comunidades Autónomas, la competencia para resolver los recursos especiales en materia de contratación será establecida por sus normas respectivas, debiendo al efecto crear un órgano independiente. Por su parte, la Comunidad Autónoma de Andalucía optó por la creación de un órgano propio a través del citado Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, en cuyo artículo 10, relativo a las entidades locales, dispone en su apartado 3 que en caso de que las entidades locales y los poderes adjudicadores vinculados a las mismas no hayan optado por la posibilidad descrita en los apartados anteriores, como el caso que no ocupa, este Tribunal será el competente para resolver los recursos y reclamaciones en materia de contratación respecto a los actos de dichas entidades.

En definitiva, a los efectos de lo previsto en el Título V "De la revisión de los actos en vía administrativa" de la Ley 39/2015, de 1 octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en el caso que se examina, el competente para resolver el recurso especial en materia de contratación es este Tribunal, con independiente de la calificación jurídica que le hubiese dado la recurrente, sin que el órgano de contratación, ni mucho menos un órgano de asistencia del mismo como es la mesa de contratación, pueda arrogarse dicha facultad, como ha ocurrido en el caso del citado recurso interpuesto el 16 de diciembre de 2022 por la entidad rechazada contra la exclusión de su oferta al no acreditar su viabilidad, en el mencionado acuerdo de 20 de diciembre de 2022 de la mesa, según consta en el acta extendida al efecto (v.g., entre otras, Resolución 364/2021, de 8 de octubre y 486/2022, de 30 de septiembre, de este Tribunal).

Primera. Sobre el desistimiento regulado en el artículo 152 de la LCSP.

En cuanto al desistimiento del procedimiento de adjudicación acordado por el órgano de contratación se ha pronunciado este Tribunal en varias ocasiones, entre otras, en sus Resoluciones 22/2020, de 30 de enero, 196/2020, de 4 de junio, 161/2021, de 29 de abril, 357/2022, de 30 de junio y 415/2022, de 28 de julio.

Al respecto, 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 subsista 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.

Segunda. Sobre el desistimiento acordado por el órgano de contratación.

En el supuesto enjuiciado, la razón que motiva la decisión del órgano de contratación para desistir del procedimiento es no un error en los cálculos, sino una falta de plasmación de los costes en el PCAP que sí resultaban reflejados en la memoria.

Sobre el particular, ha de tenerse en cuenta que cuando el órgano de contratación en los pliegos o en los documentos que rigen la licitación define las condiciones que pretende imponer a las entidades licitadoras -en este caso el presupuesto base de licitación incluido su desglose-, se autolimita en el ejercicio de su facultad de apreciación y no puede ya apartarse de las condiciones que de este modo ha definido con respecto a cualquiera de las entidades licitadoras, sin vulnerar el principio de igualdad de trato entre las mismas.

Así se manifiesta el Tribunal General de la Unión Europea, Sala Segunda, en su Sentencia, de 28 de junio de 2016 (asunto T-652/14), cuando afirma en su apartado 78 que «Por otro lado, si la EUIPO [entidad contratante] no se hubiera atenido a las condiciones que ella misma había fijado en los documentos del procedimiento de licitación, habría vulnerado el principio de igualdad de trato entre los licitadores y su actuación habría afectado negativamente a una competencia sana y efectiva. En este sentido, la jurisprudencia ha precisado que, cuando, en el marco de un procedimiento de licitación, el órgano de contratación define las condiciones que pretende

imponer a los licitadores, se autolimita en el ejercicio de su facultad de apreciación y no puede ya apartarse de las 6 condiciones que de este modo ha definido con respecto a cualquiera de los licitadores sin vulnerar el principio de igualdad de trato entre los licitadores (sentencia de 20 de marzo de 2013, Nexans France/Empresa Común Fusion for Energy, T-415/10, EU:T:2013:141, apartado 80) (...)».

Al respecto, la jurisprudencia europea viene reiterando que el principio de igualdad de trato implica que todas las entidades licitadoras deben hallarse en pie de igualdad tanto en el momento de presentar sus proposiciones como al ser valoradas estas por la entidad adjudicadora (Sentencia del Tribunal de Justicia de la unión Europea de 25 de abril de 1996, Comisión/Bélgica). Asimismo, este principio es la piedra angular sobre la que se hacen descansar las Directivas relativas a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de diciembre de 2002, Universidad Bau y otros).

Como conclusión de cuanto antecede, siendo ya los pliegos o los documentos que rigen la licitación actos firmes y consentidos, al no constar impugnación de los mismos en los extremos particulares que se analizan, tanto las entidades licitadoras como la mesa y el órgano de contratación han de estar y pasar por su contenido.

Por otro lado, el Decreto de desistimiento no valora la insuficiencia del presupuesto base de licitación, sino que el motivo de desistirse es que no se ha incluido el desglose en el PCAP, aunque reconoce que si se encontraba en la memoria.

En este sentido, señala el artículo 100 de la LCSP:

"1. A los efectos de esta Ley, por presupuesto base de licitación se entenderá el límite máximo de gasto que en virtud del contrato puede comprometer el órgano de contratación, incluido el Impuesto sobre el Valor Añadido, salvo disposición en contrario.

2. En el momento de elaborarlo, los órganos de contratación cuidarán de que el presupuesto base de licitación sea adecuado a los precios del mercado. A tal efecto, el presupuesto base de licitación se desglosará indicando en el pliego de cláusulas administrativas particulares o documento regulador de la licitación los costes directos e indirectos y otros eventuales gastos calculados para su determinación. En los contratos en que el coste de los salarios de las personas empleadas para su ejecución forme parte del precio total del contrato, el presupuesto base de licitación indicará de forma desglosada y con desagregación de género y categoría profesional los costes salariales estimados a partir del convenio laboral de referencia.

3. Con carácter previo a la tramitación de un acuerdo marco o de un sistema dinámico de adquisición no será necesario que se apruebe un presupuesto base de licitación".

Observamos que en el anexo V del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP), denominado "Desglose de Costes" se señala en primer lugar una división entre el presupuesto para desinsectación y desinfección y para desratización, además, en segundo lugar, se estiman las horas necesarias para la ejecución del contrato y se desglosan en las actuaciones que se han de realizar en la ejecución del contrato, y por último, en tercer lugar, se realiza un desglose de los costes salariales para los ejercicios 2022 y 2023.

Así las cosas, en la memoria justificativa además de lo recogido en el anexo V del PCAP, se indica el resto de los costes directos, los indirectos, los gastos generales de estructura, que se estiman en un 13% y el beneficio industrial en un 6%. Dicha memoria justificativa fue objeto de publicación en el perfil de contratante el 19 de

agosto de 2022, dos días antes que el propio anuncio de licitación, por lo que una entidad licitadora razonablemente informada y normalmente diligente pudo consultar su contenido. Es más, dichos pliegos no fueron recurridos en este extremo por ninguna entidad, lo que es un indicio de que respecto al presupuesto base de licitación los potenciales licitadores tenían la información necesaria para poder efectuar una oferta con todas las garantías. Sobre el contenido de la memoria, cumple resaltar que la misma configuraba el presupuesto base de licitación en el apartado 6, referente al "*Valor estimado. Presupuesto base de licitación. Desglose de costes":*

"Desglose de costes.
Para el cálculo de los costes se han tenido en cuenta los precios de mercado, y las cantidades empleadas en los últimos años.

DESGLOSE DE COSTES		
Costes directos		***Total***
Materiales	*Biocidas 6000 €* *Combustible 2500 €* *Herramientas y Equipos 7000 €* *Vestuario 600 €*	*16.600 €*
Costes de personal		***28.080** €*
Coste indirecto (*almacén para herramientas, alquiler de vehículos, aplicación web,….****)***		***5000 €***
TOTAL COSTES		***49.680 €***
Gastos generales de estructura (13 %)		*6.458,4 €*
Beneficio industrial (6%)		*2.980,8 €*
TOTAL IVA NO INCLUIDO		***59.119, 2€***

*El valor estimado del contrato asciende a 236.476**,8.- € IVA no incluido**, por el número de anualidades del contrato. Incluidas las prórrogas.*
*El presupuesto base de licitación 137.865**,94 -€ IVA incluido** (2 años).*

Tipo de Servicio	*Importe sin IVA*	*IVA*	*Importe con IVA*
DDD (desinfección y desinsectación)	*35.471,52 €*	*21%*	*42.920,53 €*
DDD alcantarillado (desratización)	*23.647,68 €*	*10 %*	*26.012,44 €*
	59.119,2€		***68.932,97 €***

Presupuesto anual de licitación: 68.932,97 -€

Al tratarse de dos tipos de tratamientos, se aplican distintos tipos de IVA, según los artículos 90 y 91 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre del impuesto del valor añadido. Vistas las horas realizadas para cada tipo de servicio:

- *60 % se dedican a Desinsectación y desinfección: 35.471,52 €*
- *40 % se dedican a desratización: 23.647,68 €.*

Para realizar la estimación del valor del contrato se han tenido en cuenta los precios de mercado del sector, el convenio colectivo en vigor, y las horas necesarias para la ejecución del contrato.

SALARIO BRUTO 2022:

Salario chófer Aplicador de 2º …… …..14.518,61 €
Plus de limpieza …….. …...35.11x 11 €
……14.904,82 €
37% Seguridad Social ……..5.514,78 €
Total …… 20.419,6 € SALARIO BRUTO 2023:
Salario chófer Aplicador de 2º ……..14.881,58 €
Plus de limpieza ……35.99 x 11 €
……..……..15.277,47 €
37% Seguridad Social ……5.652,66 €
Total ……20.930,13 €

Tipo de Servicio	*Nº de personas*	*Nº horas al día*	*Nº días a la semana*	*Nº operaciones al año (semanas)*	*Total de horas al año*
Operaciones de choque desratización y mantenimiento	*2*	*8*	*5*	*4*	*320 horas*
Operaciones de tratamiento desratización y desinsectación	*1*	*4*	*5*	*44 semanas*	*880 horas*
Operaciones de choque desinsectación y mantenimiento	*2*	*8*	*5*	*4*	*320 horas*
DDD edificios municipales	*1*	*4*	*5*	*44*	*880 horas*
Total de horas anuales					*2400 horas*

Total, de horas actuaciones programadas, avisos, denuncias y asesoramiento, los avisos por palomas se incluyen dentro de las horas de mantenimiento 2.400 horas/año.

11.7 €/hora x 2.400 horas = ***28.080 €/año***

El precio de la hora ordinaria se ha calculado teniendo en cuenta el salario bruto (media de 2022 y 2023) más plus de limpieza y hora efectivas del convenio colectivo (1755 horas). Según tabla salarial del convenio (2022 y 2023)".

Cumple advertir entonces que en la memoria se encontraban, como reconoce el órgano de contratación, todos los elementos a los que se refiere el artículo 100, respecto del presupuesto base de licitación. Por ello, lo que habrá entonces de determinarse es la consecuencia de que dichos costes no estuvieran plasmados en el PCAP, es decir, si la falta de expresión del presupuesto base de licitación en el PCAP supone un vicio de nulidad radical.

En este sentido, la LCSP incluye una ampliación importante de las obligaciones de publicidad activa. El artículo 63.3.a) LCSP indica que deberá publicarse al menos la siguiente información:

«La memoria justificativa del contrato, el informe de insuficiencia de medios en el caso de contratos de servicios, la justificación del procedimiento utilizado para su adjudicación cuando se utilice un procedimiento distinto del abierto o del restringido, el pliego de cláusulas administrativas particulares y el de prescripciones técnicas que hayan de regir el contrato o documentos equivalentes, en su caso, y el documento de aprobación del expediente.»

El artículo 100 señala de una forma poco precisa que "*se desglosará indicando en el pliego de cláusulas administrativas particulares o documento regulador de la licitación*". Advertimos, que el desglose estaba en la memoria, (que contenía el desglose) además resultó publicada antes del momento de inicio de presentación de las ofertas.

El artículo 116.4 y otros preceptos de la LCSP exigen que en el expediente de contratación quede acreditada la justificación adecuada de determinados aspectos como los criterios de solvencia económica y financiera, y técnica y profesional, los criterios de adjudicación, las condiciones especiales de ejecución que se van a exigir al adjudicatario en la ejecución del contrato, así como el cálculo del presupuesto de licitación y del valor estimado.

Sin embargo, como igualmente hemos visto en el artículo 100, la LCSP no concreta en qué tipo de documento deben constar todas estas cuestiones —en algunos casos habla en términos generales de la documentación del expediente, o simplemente del expediente— sería conveniente, en aras a hacer efectivos los principios de transparencia y buena administración, adoptar como una buena práctica que la memoria del contrato contuviera todos los aspectos que la LCSP exige que queden justificados en el expediente. Sobre la publicidad que hay que dar a la memoria y demás documentos de preparación del contrato, la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado en el Informe 59/2018 ha señalado que:

«El momento de publicación de cada documento puede variar, pero en todos ellos la finalidad establecida por la ley es la misma: asegurar la transparencia y el acceso público a los documentos correspondientes. Por tanto, si atendemos a los documentos mencionados en el apartado a) podemos sentar como regla general que la publicación en el perfil debe realizarse tan pronto como sea necesario que los interesados puedan acceder a la información, de modo que la memoria justificativa del contrato, el informe de insuficiencia de medios en el caso de contratos de servicios, la justificación del procedimiento utilizado para su adjudicación cuando se utilice un procedimiento distinto del abierto o del restringido, el pliego de cláusulas administrativas particulares y el de prescripciones técnicas que hayan de regir el contrato o documentos equivalentes, en su caso, y el documento de aprobación del expediente deben publicarse con el primer acto en que un potencial licitador pueda tener interés en acceder a la documentación preparatoria del contrato, acto que será, en general, el anuncio de la convocatoria de la licitación.»

Pues bien, dado que no estriba la cuestión en la insuficiencia del presupuesto base de licitación, y mucho menos en la de la oferta de la entidad recurrente, no cabe siquiera entrar a discutir sobre los términos de la suficiencia o

no del presupuesto base de licitación, sino únicamente si ese incumplimiento de publicación en el PCAP que no en la memoria supone un vicio no subsanable.

Pues bien, este Tribunal entiende que no concurre causa de nulidad de pleno Derecho, porque, aunque no se ha publicado con el PCAP, la memoria sí consta en el expediente y resultó publicada el 19 de agosto de 2022.

Tal motivo difícilmente encaja 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.

La supuesta infracción no constituye causa legal del desistimiento conforme al artículo 152.4 de la LCSP, el cual tiene que descansar en una infracción clara, no subsanable de normas pues en cuanto a la publicidad, sí que la misma se ha publicado, pues no existe una taxatividad en este punto, que no pueda entenderse realizada de forma suficiente con la publicación en la memoria.

No constituye infracción insubsanable en los términos del precepto legal, es decir, referida a las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación. 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, que la causa que motiva el desistimiento impugnado no revela dichas infracciones y que esta decisión del órgano de contratación vulnera lo dispuesto en el citado 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".*

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.

OCTAVO. Sobre los efectos de la estimación del recurso.

La corrección de las infracciones legales cometidas, y que han sido analizadas y determinadas en el fundamento de derecho séptimo de la presente resolución, debe llevarse a cabo anulando, el Decreto de 22 de diciembre de 2022 del órgano de contratación por el que se desiste del procedimiento de licitación, con retroacción de las actuaciones al momento previo a su dictado, con continuación del procedimiento de licitación en su caso.

En este sentido, dadas las funciones exclusivamente revisoras de los actos emanados de los poderes adjudicadores que competen a este Tribunal, solo le es posible considerar la primera de las cuatro peticiones que realiza la recurrente, esto es anular el acuerdo de desistimiento. Sin embargo, no puede atender el resto de peticiones que se realizan en el recurso. Y ello por cuanto la aceptación de la segunda y tercera petición es una función que únicamente compete al órgano de contratación, y menos aún la cuarta petición que es una suerte de advertencia que, aunque no se especifique solo puede ir dirigida al órgano de contratación.

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 **ANDASUR CONTROL DE PLAGAS, S.L.,** contra el Decreto de 22 de diciembre de 2022 del órgano de contratación por el que desiste del procedimiento de adjudicación del contrato "Servicios de desratización, desinsectación y desinfectación para el control de plagas y control de palomas en el término municipal de Fuengirola" (Expte 089/2022-CONTR), convocado por el Ayuntamiento de Fuengirola (Málaga) 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. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión del procedimiento de adjudicación adoptada por este Tribunal, mediante Resolución M.C. 11/2023, de 23 de enero.

TERCERO. 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.

NOTIFÍQUESE 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.