

Recurso 518/2023
Resolución 566/2023
Sección Primera

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

Sevilla, 17 de noviembre de 2023

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **UNIÓN 50 S.L.** contra la resolución de desistimiento, de 2 de octubre de 2023, adoptada por el órgano de contratación en el procedimiento de adjudicación del contrato denominado “Suministro de material genérico para higiene y protección, grupo 01.02 Guantes de nitrilo (relacionados en el Anexo I del PPT) para los centros que integran la Central Provincial de Compras de Jaén”, promovido por el Hospital Universitario de Jaén, adscrito al Servicio Andaluz de Salud (Expte. PAS 19/2023), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 7 de febrero de 2023, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía el anuncio de licitación, por procedimiento abierto simplificado y tramitación ordinaria, del contrato de suministro indicado en el encabezamiento de esta resolución. Ese mismo día los pliegos fueron puestos a disposición de los interesados a través del citado perfil, siendo el valor estimado del contrato 115.329,30 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 2 de octubre de 2023, el órgano de contratación acordó el desistimiento de la licitación, publicándose la resolución correspondiente en el perfil de contratante el 26 de octubre de 2023. Asimismo, el desistimiento del procedimiento fue comunicado a los licitadores, incluida la entidad ahora recurrente quien recibió la notificación correspondiente el día 10 de octubre de 2023.

SEGUNDO. El 31 de octubre de 2023, la entidad UNIÓN 50 S.L. presentó en el registro de este Tribunal recurso especial en materia de contratación contra la resolución de desistimiento del procedimiento de adjudicación.

Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal, de 2 de noviembre de 2023, se dio traslado del recurso al órgano de contratación, requiriéndole la documentación necesaria para su tramitación y resolución que, tras su reiteración, ha tenido entrada con posterioridad en esta sede.

Habiéndose conferido trámite de alegaciones a los interesados por cinco días hábiles con traslado del escrito de recurso, no consta que se haya presentado ninguna en el plazo conferido.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46 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. Legitimación.

La recurrente ostenta legitimación para la interposición del recurso, de conformidad con lo estipulado en el artículo 48 de la LCSP, en su condición de entidad licitadora en el procedimiento.

TERCERO. Acto recurrible.

Es objeto de impugnación el desistimiento del procedimiento de adjudicación de un contrato de suministro 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 y 161/2021, de 29 de abril, entre otras muchas).

CUARTO. Plazo de interposición.

El recurso se ha interpuesto en plazo, de conformidad con lo estipulado en el artículo 50.1 g) de la LCSP.

QUINTO. Fondo del asunto: alegaciones de las partes.

I. Alegaciones de la entidad recurrente.

Solicita la anulación de la resolución de desistimiento y la continuación del procedimiento. Funda esta pretensión en los siguientes argumentos:

1. Conforme al artículo 152.3 de LCSP, solo podrá adoptarse la decisión de no adjudicar o celebrar el contrato por razones de interés público debidamente justificadas en el expediente. Sin embargo, en este caso, el interés público no se encuentra justificado y es inexistente *<<ya que la única razón que se encuentra en la resolución es literalmente “con el fin de evitar que puedan verse afectados los principios que han de inspirar todo el procedimiento de contratación administrativa” sin más argumentación ni desarrollo de qué principios son los que se ven afectados. Igualmente, en el punto anterior hace referencia a la adjudicación del Acuerdo Marco 4000/2022 y*



su adjudicación, estando este suspendido y así se encuentra publicado en el perfil del contratante el día 16 de agosto, misma situación en la que se encontraba dicho acuerdo marco a la fecha de publicación de la presente licitación impugnada, por lo que el mismo no debe ser motivo de desistimiento del presente procedimiento>>.

Asimismo, conforme al artículo 152.4 de la LCSP, el desistimiento ha de 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. Sin embargo, en el acto impugnado no se ha indicado infracción no subsanable alguna y mucho menos existe justificación en el expediente de la concurrencia de esta causa.

2. No procede el desistimiento en ningún caso, pues es un acto reglado fundado en causas de legalidad y no de oportunidad; y en el presente caso, no se ha esgrimido por el órgano de contratación ninguna infracción no subsanable.

Cuestión distinta es que el órgano de contratación haya tomado la decisión de no adjudicar o celebrar el contrato, pero este cambio en la voluntad de la Administración de contratar ha de fundarse en razones de interés público y dicho interés ni ha sido expuesto por el órgano de contratación, ni existe como tal pues es estrictamente necesario que se sigan adquiriendo guantes de nitrilo, siendo inviable el funcionamiento de cualquier centro sanitario sin los mismos.

3. No se ha tenido en cuenta en la resolución de desistimiento la compensación a los licitadores por los gastos en que hubiesen incurrido, tal y como prevé el artículo 152 de la LCSP .

II. Alegaciones del órgano de contratación.

En su informe al recurso se allana íntegramente a la pretensión de la recurrente.

SEXTO. Fondo del asunto: consideraciones del Tribunal.

Expuestas las alegaciones de las partes, procede su examen. Con carácter previo, deben tenerse en cuenta lo siguientes extremos de interés que resultan del expediente de contratación remitido por el órgano de contratación:

1) Tras la tramitación del procedimiento de adjudicación, el 5 de mayo de 2023 se dictó resolución de adjudicación del contrato, que fue impugnada ante este Tribunal por las empresas UNION 50 S.L. y DIS RIVAS S.L. quienes, sustantivamente, combatían su exclusión de la licitación.

2) Mediante las Resoluciones de este Tribunal 320 y 344, ambas de 23 de junio, se estimaron los recursos interpuestos, respectivamente, por las entidades UNIÓN 50 S.L. y DIS RIVAS S.L.U contra la resolución de adjudicación del contrato. En ambas resoluciones se anuló el acto impugnado y se acordó la *<<retroacción de las actuaciones al momento de la emisión del informe técnico de valoración de ofertas respecto de los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor, para que se proceda a identificar los concretos incumplimientos, de entre los contenidos en los pliegos, en los que ha incurrido la oferta de la recurrente, con continuación del procedimiento de licitación en su caso. Todo ello, sin perjuicio de conservar los actos y trámites cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse cometido la infracción>>*.

3) Según se indica en los antecedentes de la resolución impugnada y ha podido comprobar este Tribunal accediendo directamente al perfil de contratante, el 24 de julio de 2023, la Dirección General de Gestión



Económica y Servicios acordó la adjudicación del acuerdo marco con varias empresas, por el que se fijan las condiciones para el suministro de material genérico para higiene y protección: guantes de nitrilo con destino a los centros sanitarios del Servicio Andaluz de Salud (Expediente 4000/2022).

4) El 2 de octubre de 2023, el órgano de contratación dictó resolución acordando el desistimiento de la licitación ahora examinada (Expediente PAS 19/2023). En su antecedente noveno, se indica que *<<Con el fin de evitar que puedan verse afectados los principios que han de inspirar todo el procedimiento de contratación administrativa, se considera necesario acordar el desistimiento del procedimiento de adjudicación del expediente administrativo PAS 19/2023 (...)>>*.

Expuestos los antecedentes necesarios para resolver la controversia, hemos de entrar en el examen de los motivos del recurso.

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”.

Como señalábamos en nuestra Resolución 161/2021, de 29 de abril, 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 la razón alegada 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 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 única justificación para acordar el desistimiento es evitar que puedan verse afectados <<los principios que han de inspirar todo el procedimiento de contratación administrativa>>. Este argumento no aporta justificación alguna a la decisión adoptada. Se desconoce absolutamente qué causa motiva la decisión, hasta el punto de no poder determinar si el motivo que ha podido servir de sustento a la resolución impugnada pudiera obedecer a una supuesta infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación (en cuyo caso estaríamos ante un desistimiento) o a una razón de interés público (en cuyo caso estaríamos ante la decisión de no adjudicar o celebrar el contrato). Se infringe, pues, lo dispuesto en el artículo 152 apartados 3 y 4 de la LCSP.

No obstante, aun situándonos en la hipótesis más probable de que pudiera haberse producido un cambio en la voluntad administrativa de adjudicar el contrato (lo que nos situaría en la decisión de no adjudicar y no en el desistimiento como se indica en la resolución recurrida), no se explicitan qué razones de interés público avalan ese cambio de criterio, pues la indicación de que pueden verse afectados los principios que inspiran toda licitación es una expresión vacía de contenido que no arroja información concreta alguna sobre la motivación interna que ha conducido al órgano de contratación a adoptar el acto impugnado.

Lo único que puede arrojar luz sobre la causa motivadora de la resolución recurrida es el antecedente octavo de la misma en el que se señala que <<Con fecha 24 de julio de 2023, mediante Resolución de la Dirección General de Gestión Económica y Servicios, se acuerda adjudicar el expediente administrativo de contratación 4000/2022 (Nº SIGLO 462/2022), “Acuerdo marco con varias empresas, por el que se fijan las condiciones para el suministro de material genérico para higiene y protección: guantes de nitrilo con destino a los centros sanitarios del Servicio Andaluz de Salud”, en el que se incluyen los lotes de la contratación referida en el encabezamiento de la presente Resolución>>, de lo que cabría inferir que la decisión de no adjudicar -nunca de desistir como se indica en la resolución recurrida- obedece a que la necesidad administrativa de adquirir guantes de nitrilo, a través de la contratación en liza, puede verse satisfecha mediante el acuerdo marco adjudicado con el mismo objeto por los Servicios Centrales del Servicio andaluz de Salud con destino a todos sus centros sanitarios dependientes.

Ahora bien, esta razón que, reiteramos, no se explicita en la resolución impugnada, tampoco podría estimarse válida porque, como afirma la recurrente y ha comprobado este Tribunal, consta en el perfil de contratante que la tramitación del procedimiento de adjudicación del acuerdo marco citado por el órgano de contratación se encuentra suspendida desde el 16 de agosto de 2023. Así las cosas, la necesidad de adquisición de guantes de nitrilo por el Hospital Universitario de Jaén en modo alguno puede verse satisfecha, al día del dictado del acto impugnado ni al día de la fecha, a través del acuerdo marco celebrado a nivel centralizado.

Ya en nuestra Resolución 161/2021, de 29 de abril, señalábamos que <<Obviamente, como declara la Sentencia del TJUE (Asunto C-440/13), de 11 de diciembre de 2014 -mencionada en el informe al recurso-, “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, nunca con motivo de una actuación posterior y 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”>>.

Pues bien, aparte de que todas las consideraciones expuestas conducen a la estimación del recurso, sucede que el órgano de contratación se ha allanado de plano a la pretensión deducida por la recurrente; y como quiera que el allanamiento no es una figura regulada en nuestro ordenamiento jurídico administrativo ni contractual, hemos de acudir a lo dispuesto en el artículo 75.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa conforme al cual «*Producido el allanamiento, el Juez o Tribunal, sin más trámites, dictará sentencia de conformidad con las pretensiones del demandante, salvo si ello supusiere infracción manifiesta del ordenamiento jurídico, en cuyo caso el órgano jurisdiccional comunicará a las partes los motivos que pudieran oponerse a la estimación de las pretensiones y las oírán por plazo común de diez días, dictando luego la sentencia que estime ajustada a Derecho*».

De este precepto resultan los siguientes requisitos:

1º) Que el Tribunal resulta obligado a aceptar el allanamiento sin más trámites.

2º) Que solo cabe no aceptarlo cuando la estimación de las pretensiones del recurso suponga una infracción manifiesta del ordenamiento jurídico.

En el supuesto enjuiciado, resulta claro que el allanamiento no supone infracción alguna del ordenamiento jurídico, procediendo la estimación del recurso y la anulación del acto impugnado con continuación del procedimiento de adjudicación.

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 **UNIÓN 50 S.L.** contra la resolución de desistimiento, de 2 de octubre de 2023, adoptada por el órgano de contratación en el procedimiento de adjudicación del contrato denominado “Suministro de material genérico para higiene y protección, grupo 01.02 Guantes de nitrilo (relacionados en el Anexo I del PPT) para los centros que integran la Central Provincial de Compras de Jaén”, promovido por el Hospital Universitario de Jaén, adscrito al Servicio Andaluz de Salud (Expte. PAS 19/2023); y, en consecuencia, anular dicho acto a fin de que continúe el procedimiento de adjudicación.

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.



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.

