

**Recurso 100/2024**  
**Resolución 110/2024**  
**Sección Tercera**

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

Sevilla, 22 de marzo de 2024.

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **FACTUDATA XXI, S.L.**, contra el acuerdo de desistimiento de 19 de febrero de 2024, del contrato denominado «Servicio de atención telefónica y telemática a los ciudadanos y actividades complementarias de Aljarafesa» (Expte. PEA/183/2023), convocado por la Empresa Mancomunada del Aljarafe S.A. (Aljarafesa), este Tribunal, en sesión celebrada en el día de la fecha, ha dictado la siguiente

### **RESOLUCIÓN**

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.** El 24 de agosto de 2023, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público y el 25 de agosto de 2023 en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE) el anuncio de licitación por procedimiento abierto del contrato de servicios indicado en el encabezamiento de esta resolución. Asimismo, los pliegos y demás documentación que rigen la licitación fueron puestos a disposición de las personas interesadas en dicho perfil de contratante el 25 de agosto de 2023. El valor estimado del contrato asciende a la cantidad de 1.203.480 euros.

**SEGUNDO.** Previamente a este recurso especial, el 14 de febrero de 2024 tuvo entrada en el registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **SERVIFORM, S.A.**, contra la adjudicación, siendo el acto formalmente impugnado de 18 de enero de 2024, publicado el día 24 de enero de 2024 en el perfil de contratante. No obstante, el acto materialmente recurrido eran los pliegos, a modo de recurso indirecto, según figura en el contenido de dicho recurso. Dicho recurso especial fue inadmitido por falta de legitimación ad causam el día 29 de febrero de 2024, dado que el recurso había sido interpuesto por la entidad contratista, hasta ese momento, y se recurría indirectamente contra los pliegos que estaban consentidos, ex art. 139 LCSP, no dándose el supuesto del artículo 130 LCSP, es decir un error inimputable al contratista o al órgano de contratación para determinar la nulidad de todo el pliego, según los antecedentes que fueron examinados en dicho procedimiento de recurso especial. A pesar de ello, en ese momento procedimental se recurrió formalmente la adjudicación, pero no se reclamaba mejor derecho que la entidad que había sido adjudicataria. El procedimiento finalizó con la resolución 82/2024 (recurso 69/24) en una inadmisión del recurso.

**TERCERO.** No obstante, durante su tramitación, ante el conocimiento del recurso especial, estando suspendido el procedimiento de licitación de forma automática, y sin esperar a la resolución del mismo, el órgano de contratación sin esperar a que la litispendencia desapareciera decidió desistirse del procedimiento el día 19 de



febrero de 2024 (publicado el día 21 de febrero de 2024), por entender ante el recurso interpuesto, por la hasta entonces contratista, una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación.

Este desistimiento es el acto que es impugnado ahora por la entidad que en un principio resultó adjudicataria del procedimiento de contratación. El recurso especial se ha interpuesto el día 9 de marzo de 2024.

**CUARTO.** Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal el 11 de marzo de 2024 se da a la entidad contratante traslado 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 el 14 de marzo de 2024.

Por parte de la Secretaría del Tribunal se concedió un plazo de 5 días hábiles para que los interesados pudieran presentar alegaciones, habiéndolas presentado en plazo el día 18 de marzo de 2024 la entidad contratista actual, que también participó en el presente procedimiento de contratación.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO. Competencia.

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46.1 y 4 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), por remisión del artículo 120.1 del Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales, en relación a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales (en adelante RDL 3/2020), 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.

En el presente supuesto la actuación impugnada procede de una sociedad mercantil local que ostenta la condición de entidad contratante de las previstas en el RDL 3/2020 conforme a sus estatutos -artículo 2- que disponen que «*Constituye el objeto social: La gestión y administración del circuito hidráulico integral, es decir, desde la captación de los recursos hidráulicos, hasta la entrega en los cauces naturales de las aguas residuales (...) de los municipios que integren la Mancomunad de Municipios del Aljarafe (...)*». En este sentido, el artículo 5.1 del citado RDL 3/2020 dispone que «*Quedan sujetas al presente real decreto-ley las entidades contratantes que realicen alguna de las actividades enumeradas en los artículos 8 a 14. Asimismo, quedarán sujetas al presente real decreto-ley las asociaciones formadas por varias entidades contratantes.*».

Por su parte, el artículo 8 del citado RDL 3/2020 dispone lo siguiente:

*«1. El presente real decreto-ley se aplicará a las actividades siguientes: a) La puesta a disposición o la explotación de redes fijas destinadas a prestar un servicio al público en relación con la producción, transporte o distribución de agua potable.*

*b) El suministro de agua potable a dichas redes.*

*2. El presente real decreto-ley se aplicará, asimismo, a los contratos y a los concursos de proyectos adjudicados u organizados por las entidades que ejerzan una actividad contemplada en el apartado 1, siempre y cuando tales contratos estén relacionados con alguna de las actividades siguientes:*



a) *Proyectos de ingeniería hidráulica, irrigación o drenaje, a condición de que el volumen de agua destinado al abastecimiento de agua potable represente más del 20 por ciento del volumen de agua total disponible gracias a dichos proyectos o a dichas instalaciones de irrigación o drenaje.*

b) *La evacuación o tratamiento de aguas residuales.*

3. *No se considerará como una actividad con arreglo al apartado 1 el suministro de agua potable a redes destinadas a prestar un servicio al público por parte de una entidad contratante distinta de los poderes adjudicadores, cuando se cumplan todas las condiciones siguientes:*

a) *Que la producción de agua potable por parte de la entidad de que se trate se realice porque su consumo sea necesario para el ejercicio de una actividad distinta de las contempladas en los artículos 8 a 11.*

b) *Que la alimentación de la red pública dependa exclusivamente del propio consumo de la entidad contratante y no haya superado el 30 por ciento de la producción total de agua potable de la entidad contratante tomando en consideración la media de los tres últimos años, incluido el año en curso.».*

Al respecto, el contrato que se examina en el que su objeto es el servicio de atención telefónica y telemática a los ciudadanos y actividades complementarias de la entidad contratante, no constituye una actividad de las previstas en el RDL 3/2020, según su artículo 8, por lo que le es de aplicación la LCSP de conformidad con lo previsto en el apartado tercero de la disposición adicional octava de la citada ley que dispone que *«La adjudicación de los contratos que celebren las entidades a que se refiere el apartado anterior [entidades del sector público que no tengan el carácter de Administraciones Públicas], que no tengan por objeto alguna de las actividades enumeradas en el ámbito de aplicación objetiva de la legislación vigente sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, se regirán por lo establecido en la presente Ley, en los términos establecidos en la misma.».*

Por su parte, de la citada entidad pública empresarial, es único accionista la Mancomunidad de Municipios del Aljarafe integrada por más de treinta municipios pertenecientes todos a la provincia de Sevilla, derivando la competencia de este Tribunal para la resolución del recurso especial en materia de contratación interpuesto, de la aplicación del apartado 3 del artículo 10 del Decreto autonómico citado, pues aun cuando aquella no ha puesto de manifiesto que disponga de órgano propio, ha remitido a este Órgano la documentación necesaria para la tramitación y resolución de la presente reclamación.

En definitiva, 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. Legitimación.**

Procede a continuación abordar la legitimación de la entidad recurrente para la interposición del presente recurso especial, dado que la misma, según la documentación que obra en el expediente de contratación, ha presentado oferta en el procedimiento de licitación y resultó ser adjudicataria. En este sentido, el primer párrafo del artículo 48 de la LCSP establece que *«Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso.».* Por lo que, queda acreditada su legitimación.



### **TERCERO. Acto recurrible.**

En el presente supuesto el recurso se interpone contra el desistimiento del órgano de contratación del procedimiento de licitación. Procede pues determinar si el recurso ha sido interpuesto contra alguno de los actos que, de conformidad con lo establecido en la LCSP es susceptible de recurso en esta vía. En cuanto al concreto acto de que se recurre, el desistimiento de la licitación, la resolución recurrida es susceptible de recurso especial, en tanto en cuanto el desistimiento constituye una forma de terminación del procedimiento de licitación, asimilable a la adjudicación.

La posibilidad de control vía recurso especial de los actos de desistimiento precontractual de los órganos de contratación ha sido garantizada expresamente por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, (ahora TJUE) 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, o), lo siguiente:

*«Pues bien, en la medida en que la decisión de la entidad adjudicadora de cancelar una licitación para un contrato público de servicios esta sujeta a las normas materiales pertinentes del Derecho comunitario, procede inferir que esta asimismo comprendida en el ámbito de aplicación de las normas establecidas en la Directiva 89/665 con el fin de garantizar el cumplimiento de las prescripciones del Derecho comunitario en materia de contratos públicos.  
(...)»*

*Además, el sistema general de la Directiva 89/665 impone una interpretación de dicho concepto en sentido amplio, por cuanto el artículo 2, apartado 5, de dicha Directiva autoriza a los Estados miembros a establecer que, cuando se reclame una indemnización de daños y perjuicios porque una decisión de la entidad adjudicadora se haya adoptado ilegalmente, la decisión impugnada debe ser previamente anulada.*

*En efecto, admitir que los Estados miembros no están obligados a instaurar procedimientos de recurso de anulación con respecto a los acuerdos por los que se cancela una licitación equivaldría a autorizarles a privar, en ejercicio de la facultad prevista en la disposición mencionada en el apartado anterior, a los licitadores lesionados por tales acuerdos, adoptados con infracción de las normas del Derecho comunitario, de la posibilidad de promover acciones de indemnización de daños y perjuicios».*

La finalidad de esta doctrina es garantizar *«el efecto útil de la Directiva 89/665. Como se desprende de sus considerandos primero y segundo, la finalidad de esta Directiva es reforzar los actuales mecanismos, tanto en el plano nacional como en el plano comunitario, para garantizar la aplicación efectiva de las directivas comunitarias en materia de adjudicación de los contratos públicos, en particular, en la fase en la que las infracciones aún pueden corregirse y, precisamente para garantizar el respeto de dichas directivas, el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 89/665 obliga a los Estados miembros a establecer recursos lo más eficaces y rápidos posible (véase, en este sentido, la sentencia Alcatel Austria y otros, antes citada, apartados 33 y 34)»* (Apartado 52 de la sentencia citada).

Este criterio ha sido recogido por este Tribunal en la Resolución 96/2012, de 16 de octubre de 2012 y por los demás órganos de recursos contractuales (por ejemplo, el Acuerdo 11/2014, de 20 de febrero de 2014, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, la Resolución del Tribunal de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid 17/2011.; cuya interpretación se ha asumido también por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en la Resolución 263/2012, de 21 de noviembre y por el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, mediante Resolución 54/2013, de 25 de septiembre de 2013), distinguiendo entre desistimiento del procedimiento y renuncia a celebrar un contrato



El recurso se interpone contra el desistimiento de la licitación de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a cien mil euros, convocado por un ente del sector público con la condición de poder adjudicador, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación, al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1.a) y 2.c) de la LCSP.

#### **CUARTO. Plazo de interposición.**

En cuanto al plazo de interposición del recurso, en el supuesto examinado, conforme a la documentación que consta en el procedimiento de recurso, se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 g) de la LCSP.

#### **QUINTO. Consideraciones sobre el fondo del asunto: alegaciones de las partes.**

##### 1. Alegaciones de la entidad recurrente.

Invoca el artículo 152 de la LCSP, y la resolución de este Tribunal, dado que la misma contenía una consideración realizada a mayor abundamiento sobre el desistimiento sobrevenido que se había producido durante la tramitación del recurso especial.

Expresa, que respecto a la información a la que se refiere el artículo 130 LCSP, en cualquier caso, no ha existido durante la tramitación del procedimiento de contratación tal omisión.

Afirma que en la cláusula D del Cuadro Resumen del PCAP se encuentra la tabla con los datos del actual personal adscrito al servicio y que incluye *“todos y cada uno de los aspectos recogidos en el artículo 130.1 de la LCSP, como son categoría, tipo de contrato (siendo todos indefinidos, por lo que no existe fecha de vencimiento), jornada, fecha de antigüedad, salario bruto anual y convenio colectivo de aplicación, así como el porcentaje de dedicación al servicio objeto de la licitación. Aunque la cláusula en la que aparece encuadrada la información es la relativa al presupuesto base de licitación, la información contenida en dicha tabla va más allá de los datos necesarios para el cálculo del mismo, ya que es totalmente innecesario para fijar el presupuesto base de licitación conocer el tipo de contrato, su fecha de vencimiento o la antigüedad, entre otros”*.

Expresa, además, que el propio órgano de contratación conoce ello, en primer lugar, por haber elaborado el cuadro, y también porque conoce que ha hecho *“remisión a dicha cláusula del PCAP en las numerosas preguntas planteadas sobre la posible subrogación de personal. Dichas preguntas son vinculantes, pues aparecen recogidas como tal en la cláusula 8.1 del PCAP y han sido debidamente publicadas en PCSP”*.

Es decir, sabe que era perfectamente posible conocer de antemano los costes de personal actual de cara a la subrogación.

##### 2. Alegaciones del órgano de contratación.

Expresa en el informe al recurso, entre otras cuestiones, que *“ha pretendido con el desistimiento dar respuesta a una situación que atentaba/atenta claramente al principio de seguridad jurídica, pues a la vista del REMC formulado por SERVIFORM pudo constatar que el Convenio Colectivo de aplicación contemplaba la subrogación de personal y, sin embargo, el Anexo XIII PCAP dispone expresamente que “no aplica” la subrogación de trabajadores. (...)*



*A la vista del número de interesados en conocer si existía o no obligación de subrogación de los trabajadores habiendo accedido al Pliego no era un tema pacífico y, precisamente, ello ha podido provocar una inseguridad en posibles licitadores que, tras la respuesta a sus consultas pudieran haber optado por no concurrir a la licitación. No tendríamos que aludir al principio esencial de la contratación pública en lo que se refiere a garantizar y promover la concurrencia como medio, entre otros, de la eficiente utilización de los fondos públicos”.*

*Con independencia de lo anterior tampoco puede obviarse que se trata de un servicio de cierta especialización técnica y de formación del personal que ha de permitir la prestación del servicio de forma inmediata y satisfactoria sin mediar interrupción entre un contrato y otro, y por ello, el efecto de la manifestación de la no subrogación se entiende que ha podido suponer la limitación de licitadores.*

*La Resolución del Tribunal de 5 de marzo de 2024 deja entrever que SERVINFORM, S.A. conocía la obligación de subrogación del personal, cuestión que resulta evidentemente trasladable al actual recurrente FACTUDATA. Y al igual que hoy manifiesta de forma terminante esa obligación, plenamente asumida, podría haberlo interesado en el trascurso del procedimiento de licitación pues conocía el contenido del reiterado Anexo XIII, evitando con ello la situación en la que actualmente nos encontramos”.*

### 3. Alegaciones de la entidad interesada.

De las alegaciones realizadas interesa resaltar lo siguiente:

*“A los debidos efectos, aportamos como documento número dos, el Burofax remitido a FACTUDATA en fecha 13 de febrero de 2024.*

*En fecha 14 de febrero de 2023, en respuesta al Burofax remitido por SERVINFORM, FACTUDATA remitió correo electrónico a mi representada cuyo contenido reproducimos a continuación:*

*“Adicionalmente, se acompaña, como documento número tres, copia del referido correo electrónico enviado por FACTUDATA en respuesta al Burofax remitido por SERVINFORM en fecha 13 de febrero de 2024.*

*De acuerdo con el contenido del correo electrónico remitido por FACTUDATA, mi representada constató que la entidad adjudicataria, atendiendo a la falta de previsión en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (“PCAP”) y a la información contenida en las preguntas y respuestas incluidas en la Plataforma de Contratación del Sector Público (“PCSP”), consideraba -erróneamente- que no existía la obligación de subrogación del personal adscrito al servicio licitado por ALJARAFESA.*

*Ante esta situación y, tras advertir SERVINFORM, la negativa a la subrogación por FACTUDATA y el vicio de nulidad de pleno Derecho del que adolecían los Pliegos del Contrato al no incorporar la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecta la subrogación impuesta en virtud del Convenio Colectivo, se vio abocada, como decimos, a los únicos efectos de garantizar la sucesión de empresas de conformidad con la legislación laboral y los derechos laborales de los trabajadores que venían prestando el servicio de atención telefónica y telemática a los ciudadanos y actividades complementarias de ALJARAFESA, a interponer recurso especial en materia de contratación frente al Acuerdo de adjudicación del Contrato a favor de FACTUDATA y recurso indirecto frente a los Pliegos rectores de la licitación del Contrato.*

*A los debidos efectos, se aporta como documento número cuatro, el justificante de presentación del referido recurso especial en materia de contratación interpuesto por SERVINFORM en fecha 14 de febrero de 2024”.*



Por otro lado, y en el sentido manifestado, defiende el desistimiento por existir una infracción de las normas que supone un vicio de nulidad en el sentido mantenido por el órgano de contratación.

#### **SEXTO. Consideraciones del Tribunal sobre el fondo del asunto.**

Se alega por la recurrente la inexistencia de las razones aludidas por el órgano de contratación que puedan motivar la decisión de la cancelación del procedimiento de contratación, poniendo de manifiesto las irregularidades que se han producido en la tramitación de dicho expediente por la decisión de no adjudicar el contrato a la recurrente cuya oferta había sido la mejor valorada.

Por tanto, la cuestión de fondo se centra en analizar si el acto de cancelación de la licitación por parte del órgano de contratación ha infringido la legislación en materia de contratos públicos y, particularmente, los principios de transparencia e igualdad de trato, sancionados en el artículo 1 de la LCSP como principios rectores de la contratación.

Debemos partir para la resolución de este recurso, tanto de la resolución 82/2024, como de la resolución de desistimiento y su motivación.

*“Encontrándonos en la fase de Propuesta de Adjudicación del Procedimiento de Adjudicación, se recibe en esta Empresa, en fecha 15 de febrero de 2024, se recibe el Aljarafesa un Recurso Contractual contra el Acta del Comité de Contratación de la Empresa Mancomunada del Aljarafe, S.A., de fecha 18 de enero de 2024, por el que se adjudica el Contrato a la mercantil FACTUDATA XXI, S.L., y recurso indirecto frente a los Pliegos que rigen la presente licitación, en concreto sobre las cuestiones que se indican a continuación:*

*“SOLICITO que se tenga por presentado este escrito junto con los documentos que lo acompañan, los admita, tenga por interpuesto recurso especial en materia de contratación frente al Acta del Comité de Contratación de la Empresa Mancomunada del Aljarafe, S.A., de fecha 18 de enero de 2024, por la que se adjudica el Contrato del “Servicio de atención telefónica y telemática a los ciudadanos y actividades complementarias de Aljarafesa” a la mercantil FACTUDATA XXI, S.L. y, de forma indirecta, frente a los Pliegos rectores de la presente licitación para que, tras los trámites oportunos, dicte resolución por la que, estimándose el recurso especial*

- (i) declare la nulidad de dichos Pliegos y, por tanto, del resto de actos dictados en el procedimiento de contratación; y*
- (ii) ordene a ALJARAFESA que retrotraiga el procedimiento para que apruebe unos nuevos Pliegos que se ajusten a lo dispuesto en el artículo 130.1 de la LCSP”*

*El día 19 de febrero, se procede al análisis interno de las cuestiones esgrimidas en el citado Recurso, llegándose a la siguiente conclusión:*

*“Respecto a la pretensión segunda del recurso especial en materia de contratación, en lo que se refiere a la información sobre la subrogación del personal, por cuanto que, si bien aparece recogido en el Anexo I.D. un cuadro con información sobre los costes del personal en cuanto al desglose del Presupuesto Base de Licitación, de conformidad con el art. 100.2 de la Ley 9/2017 (en adelante, LCSP), sin embargo, en el Anexo XIII que regula la información relativa a la subrogación de las persona trabajadoras se ha indicado que “No aplica”, no quedando, por tanto, prevista la subrogación del personal y sin cumplimentar lo dispuesto en el art. 130 de la LCSP, con la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación; cuando según texto del Convenio Colectivo aportado por la recurrente se reconoce el derecho a la subrogación, debiéndose*



*haber consignado este hecho en el citado Anexo XIII acompañando la relación y condiciones del personal subrogable.*

*Por tal motivo y dado que se trata de un elemento esencial que supone una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato en el momento actual, de conformidad con el artículo 152.4 de la LCSP se ha acordado el desistimiento del procedimiento por concurrir las circunstancias que habilitan a tal acto”.*

Considera la entidad recurrente (adjudicataria) que no existe infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato, ni existen razones de interés público que justifiquen el desistimiento por parte del órgano de contratación, ya que, por un lado, la subrogación es obligatoria independientemente de lo que figure en el pliego, y, por otro, no sólo el propio pliego recoge toda la información exigible por el artículo 130.1 de la LCSP, sino que ALJARAFESA remite a dicha información cuando es preguntada en numerosas ocasiones sobre la subrogación del personal, respuestas que como hemos dicho anteriormente son vinculantes. Además, a nuestro entender, el desistimiento supone una medida del todo desproporcionada, contraviniendo por tanto uno de los principios rectores de la LCSP.

En el fondo, y aunque no lo menciona en esos términos, la cuestión es determinar si ha existido una desviación de poder puesta de manifiesta por la decisión siendo entonces arbitraria.

El artículo 152 de la LCSP establece:

*“Artículo 152. Decisión de no adjudicar o celebrar el contrato y desistimiento del procedimiento de adjudicación por la Administración.*

*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.*

*5.En el supuesto de acuerdos marco, el desistimiento y la decisión de no adjudicarlos o celebrarlos corresponde al órgano de contratación que inició el procedimiento para su celebración. En el caso de contratos basados en un*



*acuerdo marco y en el de contratos específicos en el marco de un sistema dinámico de adquisición, el desistimiento y la decisión de no adjudicarlos o celebrarlo se realizará por el órgano de contratación de oficio, o a propuesta del organismo destinatario de la prestación”.*

El desistimiento, como potestad discrecional de la Administración, está limitada, como todas las de tal clase, por la norma general imperativa por la cual aquélla debe cumplir los fines que le son propios, al servicio del bien común y del ordenamiento jurídico, y siempre basándose en los principios de racionalidad y proporcionalidad. Así lo ha puesto de manifiesto en su jurisprudencia el Tribunal Supremo en reiteradísimas ocasiones (Sentencias de 16 abril 1999, RJ 1999\4362 de 23 de junio de 2003, RJ 4413, o Sentencia de 21 septiembre 2006 RJ 2006\6437, entre otras muchas).

El artículo 152 de la LCSP regula, junto a la renuncia, el desistimiento como una forma de terminación de un procedimiento de contratación pública, al establecer que *“el desistimiento del procedimiento deberá estar fundado en una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación, debiendo justificarse en el expediente la concurrencia de la causa. El desistimiento no impedirá la iniciación inmediata de un nuevo procedimiento de licitación”.*

Por tanto, las entidades adjudicadoras no están obligadas a llevar a término el procedimiento de adjudicación si bien, toda cancelación de la licitación debe estar sujeta al cumplimiento de una serie de requisitos que constituyen límites al ejercicio de dicha potestad discrecional de la Administración. A la vista de lo dispuesto en dicha disposición, el desistimiento del procedimiento de contratación constituye una facultad de la Administración sujeta a una serie de requisitos que son, que debe acordarse por el órgano de contratación; debe acordarse antes del inicio de la ejecución del contrato; justificarse en razones de interés público; y debe motivarse la causa y notificarse a los interesados.

Por tanto, una vez verificado que el órgano adopta la decisión de poner fin a un procedimiento de contratación sin proceder a la selección de licitador y en el momento procedimental en que se adopta, lo que se impone de modo principal es analizar si la misma está suficientemente motivada.

En este sentido, el Dictamen del Consejo de Estado de 22 de julio de 2010: *“El desistimiento de la Administración constituye un remedio excepcional ante una situación que, en la medida de lo posible, deberá evitarse que se produzca. Y en todo caso, la Administración sólo podrá desistir del contrato cuando razones de interés público así lo aconsejen. No se configura como una opción de libre utilización por la misma, sino como una solución a la que únicamente podrá acudir cuando la prosecución de las actuaciones o de la ejecución del contrato perjudique el interés público o sea incompatible con él. De ahí que la justificación de la decisión de la Administración de resolver el contrato haya de constar en el expediente administrativo y de ella deberá tener oportuno conocimiento el contratista a los efectos pertinentes, incluida la posibilidad de alegar contra la decisión de desistir y de impugnar la realidad misma de sus fundamentos en relación con las exigencias del interés público”.*

A la vista de la resolución de 19 de febrero de 2024, por la que se desiste del expediente de contratación con anterioridad a la adjudicación del contrato, lo que se impone es determinar, en este caso, si dicha resolución está suficientemente motivada.

Como señala el Tribunal Supremo, entre otras, en Sentencia de 5 de mayo de 1994 (RJ 1994\3781): *“Lo discrecional no es lo mismo que lo caprichoso, y el margen de libertad que la discrecionalidad otorga a la Administración lo sigue teniendo aunque se le imponga la obligación de expresar los motivos de su actuación, deber lógico para que pueda distinguirse entre lo discrecional lícito y lo arbitrario injusto; en la discrecionalidad los*



*motivos lícitos no son controlables, pero han de ser conocidos, justamente para que pueda examinarse si la decisión es fruto de la discrecionalidad razonable o del capricho o humor de los funcionarios; en último extremo, con discrecionalidad o sin ella, la Administración no puede perseguir con su actuación otra cosa que el mejor servicio a los intereses generales -artículo 103.1 de la Constitución Española, y, por lo tanto, debe dejar constancia de las razones que avalan esa finalidad y descartan cualquier otra ilícita".* Y el mismo Tribunal Supremo explica en la Sentencia de 9 de julio de 2010 (RJ 2010\6133) lo siguiente: "*Con carácter general, la motivación de los actos administrativos precisa, según reiterada doctrina del Tribunal Constitucional y jurisprudencia de este Tribunal Supremo, cuya reiteración excusa cita, de una explicación suficiente sobre las razones de la decisión adoptada --la asignación de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero-- asequible al destinatario de los mismos, poniendo de manifiesto los motivos, concretos y precisos aunque no exhaustivos, de la resolución administrativa adoptada. Este conocimiento constituye la premisa esencial para que el receptor del acto administrativo pueda impugnar el mismo ante los órganos jurisdiccionales, y estos, a su vez, puedan cumplir la función que constitucionalmente tienen encomendada de control de la actividad administrativa y del sometimiento de ésta a los fines que la justifican, ex artículo 106.1 CE".* Es decir, la motivación exigible en las resoluciones administrativas es aquella que permite conocer, por los propios interesados y por los órganos administrativos o judiciales que hayan de realizar su control de legalidad, las razones que han conducido a su adopción.

Para hacer dicho análisis hay que exponer cada uno los trámites e incidencias que se han producido en el expediente, determinar si concurren o no las circunstancias que habilita el artículo 152 de la LCSP para poder acordar un desistimiento del procedimiento: existencia de una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento.

Lo determinante es, por tanto, que exista una infracción de las normas de preparación o de los procedimientos y que éstas, por su relevancia jurídica, sean insubsanables, lo que supone, en la lógica de la dogmática de la invalidez, que exista un vicio de nulidad de pleno derecho, ya que solo son insubsanables los vicios de nulidad, en tanto vicios de orden público. No basta, en consecuencia, meras irregularidades, ni vicios que tengan consideración de anulabilidad para poder acordar el desistimiento. Corresponde por ello analizar el motivo alegado por el órgano de contratación para proceder a calificar si existe o no motivo de nulidad que pueda habilitar el desistimiento, pues de lo contrario sería una decisión ilegal y debería continuarse con el procedimiento de origen hasta su adjudicación y perfección.

Así, se alega la vulneración del artículo 130 de la LCSP.

Decíamos, a mayor abundamiento en nuestra resolución 82/2024, de 29 de febrero: "*al respecto este Tribunal estima que existiendo oposición por parte de la entidad adjudicataria, no se debe permitir una prórroga del contrato hasta ahora en vigor, bajo la excusa de una presunta infracción no permitida por el ordenamiento jurídico, cuando lo que ha existido es verdaderamente una omisión "A PRIORI" de ambas partes de sus obligaciones, el órgano de contratación y la entidad que prestaba el servicio, (y que lo sigue prestando por la prórroga) permitiendo poder continuar realizándolo.*

*Permitir lo contrario sería tanto como consentir un fraude de Ley, es decir, que, ante un aquietamiento de una obligación legal de ambas partes, órgano de contratación y actual contratista, permitir, si el devenir del procedimiento de contratación diera lugar a que una nueva entidad fuera la que resultase adjudicataria, poder alegar dicha nulidad ex artículo 130 LCSP (a pesar del aquietamiento), alegar la nulidad de todo el procedimiento y desistirse. Más aún cuando ni siquiera por la entidad recurrente se ataca siquiera la adjudicación en sí, por*



*entender que ostenta mejor derecho en la adjudicación, para poder comenzar un nuevo procedimiento de licitación y prorrogar el servicio.*

*Las consecuencias de la omisión, si las hay, deberán ser soportadas, en su caso, por las partes que la hubieran ocasionado, no quedando justificado en este caso, que la entidad recurrente a la finalización de la prestación de los servicios haya cumplido con la obligación de suministrar los datos, siendo además concedora de la nueva licitación, pues ha participado. Igualmente cumple decir lo mismo, respecto del órgano de contratación que no ha justificado que requiriese los datos de los trabajadores a subrogar.*

*No obstante, y a pesar de lo anterior, téngase en cuenta además lo que señala la entidad adjudicataria:*

*“(…) el vicio de nulidad que expone SERVIFORM no existe, ya que en la cláusula D del Cuadro Resumen del PCAP aparece una tabla con los datos del actual personal adscrito al servicio, que han sido proporcionados por la recurrente, y que incluyen todos y cada uno de los aspectos recogidos en el artículo 130.1 de la LCSP, como son categoría, tipo de contrato (siendo todos indefinidos, por lo que no existe fecha de vencimiento), jornada, fecha de antigüedad, salario bruto anual y convenio colectivo de aplicación, así como el porcentaje de dedicación al servicio objeto de la licitación. A mayor abundamiento, el propio órgano de contratación hace remisión a dicha cláusula del PCAP en las numerosas preguntas planteadas, respondidas y publicadas en la Plataforma de Contratación del Sector Público, sobre la posible subrogación de personal. Por tanto, es perfectamente posible conocer de antemano los costes de personal en caso de existir subrogación”.*

*Es decir, en su caso no existe esta falta de información material, por lo que la oferta se habría realizado respetando los costes que deriva de dicha información, es decir, con una “exacta evaluación de los costes laborales que implicará tal medida”.*

*En cualquier caso, cualquier inexactitud deberá tener efectos bien en el antiguo contratista bien en el órgano de contratación, sino hubiera realizado el requerimiento expresado en el artículo 130 LCS.*

*Resulta evidente que el artículo 130 LCSP, debe ser interpretado de la forma de que cualquier incumplimiento al respecto, dará lugar a otros efectos que no son la nulidad preferentemente. Es decir, dará lugar a responsabilidades, pero aparta sus efectos de la nulidad del procedimiento. La resolución del Tribunal Central cuyos efectos pretendía trasladar al procedimiento de contratación que es objeto de este recurso, no parte del mismo supuesto de hecho, pues en aquel caso sí hubo comunicación por parte de la entidad mercantil saliente de los datos de los datos de los trabajadores a subrogar que no resultaron incorporados al PCAP, un supuesto realmente excepcional. Es decir, era nulo de pleno derecho porque no se daba el presupuesto para poder aplicar el artículo 130 LSP.*

*No ha sido este el caso, donde ni siquiera el órgano de contratación ha justificado que pidiera dichos datos. Los efectos distintos a la nulidad derivan del propio artículo 130 LCSP para el caso en el que no se hayan comunicado dichos datos, lo cual podría no dar lugar a la nulidad de todo el procedimiento y las legítimas expectativas de quien ha cumplido con los términos del PCAP y ha resultado seleccionado justamente como adjudicatario”.*

*A ello hay que añadirle, que sin perjuicio del causante de la infracción del artículo 130 LCSP en su caso, que sería el órgano de contratación en primer lugar, y en segundo lugar la entidad contratista, y de que, en su caso los efectos derivados de la posible omisión de esos datos deberían recaer sobre ellos, la cuestión fundamental que es objeto del recurso es que el órgano de contratación conocía que no existía esa omisión de los datos, en el*



sentido de que estos no se habían puesto de manifiesto en algún lugar del pliego, y es más, están publicados en la plataforma por el mismo.

A diferencia de la decisión de no adjudicar o celebrar el contrato, la naturaleza jurídica del desistimiento no es fruto del ejercicio de una facultad discrecional del órgano de contratación impulsado por un cambio de la voluntad de la Administración contratante, sino un acto reglado fundado en causas de legalidad y no de oportunidad. Por ello exige 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 la adjudicación. Esto solo ocurre conforme a lo previsto en los artículos 38 y 39 de la LCSP, pues la categoría de las infracciones no subsanables caerá dentro de la nulidad de pleno derecho, ya que las subsanables lo serán por la vía de la convalidación de los actos o contratos anulables o bien porque simplemente se traten de irregularidades no invalidantes a tenor de lo previsto en los artículos 52 y 109 de la LCSP.

Esto es lo que habría en su caso ocurrido en esta licitación a lo sumo, pues deben considerarse incluidos los datos a los efectos de la subrogación en todo caso tanto por el Anexo, como por la página 230 del expediente remitido en el anterior recurso, 69/2024, en el cual se refleja según expresa el índice remitido una serie de consultas que resultaron contestadas, entre ellas varias relativas a los trabajadores a subrogar. Así además se expresa en la cláusula 11.1 del PCAP que señala:

*“En este sentido, se considerará información relevante la siguiente:*

- *Cualquier información adicional transmitida a una persona licitadora.*
- *Cualquier información asociada a elementos referidos en los pliegos y documentos de contratación.”*

A mayor abundamiento, merece destacar la actitud de la empresa que ha resultado adjudicataria, la ahora recurrente, que ha podido motivar la decisión del órgano de contratación de desistirse del contrato.

A la luz de los argumentos del recurso especial y del correo electrónico que remitió a la anterior contratista, no deriva una actuación congruente, ni acorde a la buena fe contractual. No obstante, ello no puede suponer que la consideración jurídica acerca de la desestimación del desistimiento pueda cambiar, debiendo quedar vinculada necesariamente la entidad FACTUDATA XXI,S.L. respecto de las condiciones de subrogación en los términos expuestos anteriormente.

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 **FACTUDATA XXI, S.L.**, contra el acuerdo de desistimiento de 19 de febrero de 2024, del contrato denominado «Servicio de atención telefónica y telemática a los ciudadanos y actividades complementarias de Aljarafesa» (Expte. PEA/183/2023), convocado por la Empresa Mancomunada del Aljarafe S.A. (Aljarafesa), anulándose el desistimiento, y acordando la retroacción del procedimiento al momento de la adjudicación a la entidad ahora recurrente.

**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 personas 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.

