



Informe 29/16, de 13 de julio de 2017” Posibilidad de desistimiento en un contrato de servicios por no haber podido proceder a la adjudicación. (Ayuntamiento de Tocina)

Clasificación del Informe. 12. Expediente de contratación. Trámites. 12.1. Expediente de contratación. 15. Formas de adjudicación.

ANTECEDENTES

El Ayuntamiento de Tocina dirige escrito a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa solicitando la emisión de informe en relación con las siguientes cuestiones:

“Por la presente se solicita informe sobre la posibilidad, o en su caso, la obligación, en desistir de la adjudicación de un contrato administrativo de servicios que se tramita mediante procedimiento abierto, trámite ordinario y en el que se tienen en cuenta una pluralidad de criterios para su adjudicación, cuando se dan las siguientes circunstancias:

- *Que haya transcurrido más de dos meses desde la fecha de apertura de las proposiciones económicas sin que se haya podido efectuar esa adjudicación (art. 155.4 en relación con el 161.2 de la LCSP 3/2011).*
 - *Que el Pliego de Cláusulas administrativas particulares del contrato no contemple plazo de adjudicación concreto.*
 - *Que el Pliego de Cláusulas regule que cuando exista igualdad entre dos o mas proposiciones y de persistir esa igualdad tras los criterios de desempates que se fijen en el mismo, se dará preferencia a la empresa que acredite cumplir lo establecido en la Disposición Adicional 41 de la LCSP.*
 - *Que teniéndose que aplicar la citada D.A., en relación con la Ley 13/82 (ahora R.D.L. 1/2013, de 29 de noviembre), después de sucesivos requerimientos de documentación para ello, y tras el examen de los documentos presentados por las empresas, transcurridos mas de los dos meses desde la apertura de ofertas, aún no ha sido posible llegar a ese desempate por la dificultad de constatar la información facilitada por las empresas empatadas y de efectuar su comparación, habiendo sido requeridas para que aporten nueva documentación.*
- Asimismo se desea informe sobre el órgano competente para acordar el desistimiento del contrato, en su caso, cuando por las características del contrato su competencia esta atribuida originariamente al Pleno de la Corporación pero este órgano, no obstante, la tiene delegada en el Alcalde-Presidente.*

Rogamos el informe solicitado a la brevedad posible.”



CONSIDERACIONES JURIDICAS

1. El Ayuntamiento de Tocina remite solicitud de informe en que plantea la procedencia del desistimiento en un contrato administrativo por no haber podido proceder a la adjudicación, así como sobre la determinación del órgano competente para acordar, en su caso, el desistimiento.
2. El desistimiento es una potestad del órgano de contratación que supone una forma de finalización unilateral del procedimiento de selección del contratista, acordada con carácter previo a la adjudicación. El fundamento de la aplicación de esta figura parte de la concurrencia de una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las del procedimiento de adjudicación. A diferencia de la renuncia, el desistimiento no impide el inicio de un nuevo procedimiento de licitación ya que en él no se produce una desaparición sobrevenida de la necesidad de contratar, sino un mero defecto de tramitación que impide avanzar o concluir el procedimiento.

La figura del desistimiento está regulada en el artículo 155 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, cuyo apartado cuarto establece: *“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”*.

Siguiendo al citado artículo 155, el desistimiento queda sujeto a una serie de requisitos relativos a los motivos que lo justifican, a la necesidad de motivación, de notificación y de indemnización, en su caso, al órgano competente o al momento en el que puede realizarse. De este modo:

1. Debe justificarse en el expediente la concurrencia de una causa que fundamente el desistimiento, causa que ha de basarse en la infracción no subsanable de las normas de preparación o adjudicación del contrato (155.4).
2. En coherencia con los criterios jurisprudenciales y doctrinales es necesaria la motivación del desistimiento. La exigencia de que se justifiquen en el expediente las razones del desistimiento requiere que el desistimiento se comunique de forma motivada, de manera que los licitadores conozcan las razones que determinan las decisiones que afectan a sus derechos e intereses. Exigencia esta que deriva de los principios de transparencia e igualdad de trato de los licitadores -art. 1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público- (como se pone de manifiesto, entre otras, en la Resolución 187/2014, de 7 de marzo, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales), así como de los principios generales del derecho administrativo. Recordemos que 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 (Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 2010).

3. Debe acordarse antes de la adjudicación del contrato (155.2).
 4. Debe acordarse por el órgano de contratación (155.1y 2) y puede proponerse por la Mesa de Contratación (artículo 22 RD Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público).
 5. Debe indemnizarse, pues se compensará a los candidatos o licitadores por los gastos en que hubiesen incurrido, en la forma prevista en el anuncio o en el pliego, o de acuerdo con los principios generales que rigen la responsabilidad de la Administración (155.2).
 6. El desistimiento supone un acto de terminación del procedimiento de adjudicación, por lo que se trata de un acto susceptible de ser recurrido, incluyendo el recurso especial en materia de contratación.
 7. Debe notificarse a los interesados, y también a la Comisión Europea cuando el contrato haya sido anunciado en el Diario Oficial de la Unión Europea (155.1).
3. En relación con el supuesto que se menciona, hay que partir de que será necesario verificar el cumplimiento de los requisitos del desistimiento que se han mencionado más arriba. Especialmente procede analizar si partiendo de las circunstancias que se recogen en la consulta, se da cumplimiento al requisito exigido de existencia de una infracción de las normas de preparación o adjudicación del contrato, que resulte insubsanable.

En el supuesto que justifica la consulta manifiesta la entidad consultante que en el pliego de cláusulas administrativas particulares no se contempla un plazo específico de adjudicación, de manera que resultaría de aplicación el plazo general de adjudicación de dos meses previsto en el artículo 161.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. Por otro lado, para el caso de necesidad de desempate, el Pliego prevé acudir a lo previsto en la DA 4ª del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, en relación con la preferencia para la adjudicación a las empresas con mayor número de trabajadores discapacitados, en situación de exclusión social o con entidades sin ánimo de lucro. Sin embargo, habiéndose producido la mencionada situación de igualdad entre empresas, no ha sido posible, a partir de la documentación presentada, la aplicación de estos criterios, habiendo transcurrido sobradamente el plazo de dos meses previsto para la adjudicación. Entiende este órgano consultivo que la entidad consultante ha llevado a cabo todas las actuaciones necesarias para resolver el empate conforme a los criterios del pliego, pues de no ser así, no estaría justificada la presente consulta.



Se trataría, por tanto, de un empate que en la práctica resultaría irresoluble aplicando las previsiones del Pliego y que habría dado lugar a que transcurra el plazo máximo de adjudicación del contrato sin que este empate pueda resolverse y produciéndose una situación de persistencia en el empate final y en la imposibilidad de adjudicación del contrato. Ante esta circunstancia entiende la Junta Consultiva de Contratación Administrativa que se produce de facto una infracción insubsanable de las normas de adjudicación del contrato por el transcurso excesivo del plazo establecido para la adjudicación, infracción ante la que procedería acudir al desistimiento y proceder al inicio, si persiste la necesidad de contratar, de un nuevo procedimiento de contratación que conllevaría la elaboración de un pliego que incluya criterios específicos suficientes para el desempate en unas circunstancias como éstas. Recordemos también que cuando el precepto alude a una infracción insubsanable del procedimiento, en términos generales no cabría entender incluidos los supuestos de mera superación del plazo para adjudicar, resultando excepcional la situación planteada por el hecho de que en ningún caso va a ser posible la adjudicación del contrato, pues no existe forma aparente de resolver el empate producido.

Conviene recordar a este respecto y en cuanto a otras posibles opciones ante una situación de empate irresoluble, que existen ya precedentes judiciales que han descartado para determinados supuestos la aplicación del sorteo entre los candidatos finales de una licitación, cuando esta opción no está expresamente incluida en los pliegos y los criterios previstos para la adjudicación no son los puramente económicos (Sentencia de la Audiencia Nacional de 7 de marzo de 2013). Bien es cierto que el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en alguna resolución sí ha admitido la realización del sorteo aunque no estuviera previsto en los pliegos pero lo cierto es que, ante la posibilidad de que su realización fuera impugnada en sede judicial, cabría esperar una anulación. Esta circunstancia resta seguridad jurídica a esta opción.

Por tanto, aunque la superación del plazo de adjudicación no tiene por qué considerarse como una infracción insubsanable del procedimiento, en este caso se une a una situación de hecho en la que por causa de la redacción insuficiente de los pliegos no es posible resolver el empate producido. Tales circunstancias hacen imposible la adjudicación, de modo que la opción más razonable es el desistimiento y la iniciación de un nuevo procedimiento de selección del contratista.

3. En todo caso, atendiendo a las circunstancias del caso y con carácter general, desde esta Junta Consultiva se entiende que es recomendable la inclusión en los pliegos de suficientes criterios de desempate o de prevalencia de unos criterios de adjudicación sobre otros, atendiendo a los que se estimen más adecuados para el contrato de que se trate, y que permitan proceder finalmente a la adjudicación, evitando en la práctica una situación como la causada.



5. Por lo que hace a la consulta referente al órgano competente para acordar, en su caso, el desistimiento, hay que tener en cuenta que, según se afirma en la consulta, *“por las características del contrato su competencia está atribuida originariamente al Pleno de la Corporación pero este órgano, no obstante, la tiene delegada en el Alcalde-Presidente”*.

En relación con esta cuestión hay que señalar que, en lo que se refiere al alcance concreto de la delegación de competencia que se cita en la consulta, no procede pronunciamiento específico, en la medida en que no se tiene la información necesaria sobre su formalización y alcance.

En términos generales para la determinación del órgano competente se ha de partir de las previsiones del artículo 51 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, relativo a la competencia para contratar, que prevé que los órganos de contratación son aquellos que tienen atribuida la facultad de celebrar contratos, lo que se completa con la posibilidad de delegación o desconcentración de estas competencias, prevista igualmente en el mismo artículo 51, respetando las normas y formalidades aplicables en cada caso. Estas previsiones se pueden completar para el caso del desistimiento con la competencia que atribuye el artículo 155 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público al órgano de contratación, y con el artículo 22 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público que prevé la posibilidad de que la mesa de contratación proponga justificadamente al órgano de contratación que se declare el desistimiento, si durante su intervención apreciase que se ha cometido alguna infracción de las normas de preparación o reguladoras del procedimiento de adjudicación del contrato. Por tanto, la competencia para acordar el desistimiento corresponde al órgano de contratación. Para determinar si la misma ha sido delegada habrá que atender al contenido del acuerdo de delegación.

CONCLUSIONES

Por lo expuesto, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa considera que:

- La posibilidad de acudir al desistimiento en los casos de empate irresoluble, cumpliendo todos los requisitos propios de esta figura, queda justificada por el incumplimiento del plazo de adjudicación previsto. Este incumplimiento resulta insubsanable ante la persistencia de la situación de empate que imposibilita la adjudicación, sin que el criterio aplicable para el caso de empate previsto en los pliegos haya permitido elegir a una de las empresas licitadoras.



- En todo caso y con carácter general, se recomienda la inclusión en los pliegos de contratación, de los criterios de desempate o de prevalencia de unos criterios de adjudicación sobre otros que se estimen más adecuados para el contrato de que se trate, y que permitan proceder finalmente a la adjudicación.
- La competencia para acordar el desistimiento corresponde al órgano de contratación o a aquél en que se haya delegado la competencia de manera expresa.