



Recurso nº 598/2017

Resolución nº 704/2017

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid a 27 de julio de 2017.

VISTO el recurso interpuesto por D. P. G. L., en representación de CREACIONES Y CONFECCIONES S.A., contra la resolución de la Consejera Gerente del Consejo de Administración del Patrimonio Nacional, de 24 de mayo de 2017, por la que se desiste del procedimiento de adjudicación del *“suministro de uniformidad para el colectivo de guardas rurales de campo que prestan sus servicios en la delegación del Real Sitio del Patrimonio Nacional en El Pardo”*, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El Consejo de Administración del Patrimonio Nacional convocó a pública licitación, mediante anuncios publicados en el Diario Oficial de la Unión Europea de 9 de marzo de 2017, en el Boletín Oficial del Estado de 10 de marzo de 2017, así como en la Plataforma de Contratación del Estado el 9 de marzo de 2017, la adjudicación, por procedimiento abierto, del contrato de suministro de uniformidad para el colectivo de guardas rurales de campo que prestan sus servicios en la delegación del Real Sitio del Patrimonio Nacional en El Pardo, con un valor estimado de 162.826 euros. A dicha licitación concurrió presentando oferta la mercantil recurrente.

Segundo. La licitación se llevó a cabo de conformidad con los trámites previstos en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en lo sucesivo TRLCSP), en el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, de desarrollo parcial de la Ley de Contratos del Sector Público y en el Reglamento



General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP).

Tercero. Los anuncios de licitación expresaban que la apertura de las ofertas económicas tendría lugar el 18 de mayo de 2017, a las 10:00.

Llegada esa fecha, se procedió a la constitución de la Mesa, sin que a ella asistiera representante alguno válidamente habilitado de la Abogacía del Estado (compareció un funcionario que, con anterioridad, había contado con tal habilitación, pero que ya no disponía de ella en tal momento).

Cuarto. Advertida dicha circunstancia, la Consejera Gerente del Patrimonio del Estado dictó, el 24 de mayo de 2017, resolución por la que desistía del referido procedimiento de contratación y ello con expreso fundamento en el informe emitido por el Abogado del Estado-Jefe de dicho organismo el 22 de mayo de 2017, que reputaba viciado de nulidad de pleno derecho el citado acto de apertura de las ofertas económicas.

Quinto. El 20 de junio de 2017 la mercantil CREACIONES Y CONFECCIONES S.A. interpuso ante este Tribunal el correspondiente recurso especial en materia de contratación contra la citada resolución de adjudicación, al que se asignó el número 598/2017.

Sexto. La Secretaría de este Tribunal dio traslado del recurso así interpuesto a los licitadores concurrentes en el procedimiento, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaban oportuno, formularan las alegaciones que a su derecho conviniesen, sin que se haya evacuado el trámite conferido.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El recurso ha sido debidamente interpuesto ante este Tribunal, que es competente para su resolución de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41 del Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSPP).

Segundo. El recurso se interpone frente a un acto recurrible, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 40.1.a), en relación con el 15.1.a), y 40.2 b) del TRLCSPP, al tratarse del acto



que pone fin al procedimiento. Así lo ha manifestado este Tribunal en diversas ocasiones (véase resolución nº 95/2015 o 742/2014), así como otros competentes por razón de la materia (Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León resolución nº 43/2015).

Tercero. De igual modo, debe afirmarse que el recurso ha sido interpuesto dentro del plazo legalmente establecido, computado en los términos previstos en el artículo 44.2 TRLCSP.

Cuarto. Debe entenderse que el recurso ha sido interpuesto por persona legitimada al efecto, atendido que la mercantil actora es uno de los licitadores concurrentes y que podría devenir adjudicataria del contrato.

Quinto. El recurso interpuesto sostiene, en esencia, que el acto celebrado el día 18 de mayo no tiene contenido decisorio, sino de mera constancia, y que, por ende, el eventual defecto en su constitución no es generador de nulidad, pudiendo reputarse como una irregularidad no invalidante o, en su defecto, como un mero vicio de anulabilidad susceptible de subsanación. Consecuentemente, considera que no existe fundamento bastante para el desistimiento acordado, que debe por ello ser dejado sin efecto.

El órgano de contratación, en el informe emitido al amparo del artículo 46 TRLCSP, se opone a los fundamentos en que la actora hace descansar su recurso, reiterando los argumentos hechos valer en el acuerdo recurrido, por referencia a las conclusiones del informe de la Abogacía del Estado de 22 de mayo de 2017.

Sexto. Planteada así la cuestión, cumple recordar que el artículo 155 del TRLCSP establece lo que sigue:

“1. En el caso en que el órgano de contratación renuncie a celebrar un contrato para el que haya efectuado la correspondiente convocatoria, o decida reiniciar el procedimiento para su adjudicación, 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 renuncia a la celebración del contrato o el desistimiento del procedimiento sólo podrán acordarse por el órgano de contratación antes de la adjudicación. En ambos casos 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.

3. Sólo podrá renunciarse a la celebración del 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 renuncia.

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 nuevo procedimiento de licitación.”

Como ha declarado este Tribunal interpretando este precepto, entre otras, en la resolución 64/2016, así como en “*la renuncia, por tanto, basta con que se justifique una causa de interés general*”, en “*el desistimiento, por el contrario, es necesario que se acredite que se ha producido una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las que regulan el procedimiento de adjudicación y en este caso sí será posible iniciar un nuevo procedimiento*”.

Séptimo. Pues bien, cumple anticiparlo, no se aprecia que en el caso analizado concurra dicho presupuesto.

Ciertamente, no puede dudarse de que la válida constitución de la Mesa de Contratación exige la presencia de un representante de la Abogacía del Estado. En efecto, el artículo 320.2 TRLCSP establece que “*la Mesa estará constituida por un Presidente, los vocales que se determinen reglamentariamente, y un Secretario*”, añadiendo en su apartado 4 que “*entre los vocales deberán figurar necesariamente un funcionario de entre quienes tengan atribuido legal o reglamentariamente el asesoramiento jurídico del órgano de contratación y un interventor, o, a falta de éstos, una persona al servicio del órgano de contratación que tenga atribuidas las funciones correspondientes a su asesoramiento jurídico, y otra que tenga atribuidas las relativas a su control económico-presupuestario*”.



Por otro lado, el artículo 21.7 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 *"para la válida constitución de la mesa deberán estar presentes la mayoría absoluta de sus miembros, y, en todo caso, el Presidente, el Secretario y los dos vocales que tengan atribuidas las funciones correspondientes al asesoramiento jurídico y al control económico-presupuestario del órgano"*.

Resulta evidente, a la luz de ambos preceptos, que en aquéllos órganos de contratación, como es el caso, en que el asesoramiento jurídico se presta por la Abogacía del Estado, la concurrencia de un representante de este órgano consultivo es requisito indispensable para la válida constitución de la Mesa. Y, por ello, debe concluirse que, como bien señala el órgano de contratación, si en la sesión celebrada el 18 de mayo de 2017 no se produjo la efectiva asistencia de representante alguno de la Abogacía del Estado, la Mesa no quedó válidamente constituida.

Ahora bien, dicho esto, lo cierto es que ello no debe llevar necesariamente a concluir que el acto de apertura de las ofertas económicas sea nulo de pleno derecho. Ciertamente, no se ignora ni pretende ignorarse que el artículo 47.1.e) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, sanciona con la nulidad de pleno derecho los actos que sean *"dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados"*. E, indudablemente, cualquier acuerdo que comportase la expresión de voluntad de la Mesa de Contratación que pudiera haber sido adoptado en la citada sesión de 18 de mayo de 2017 debería, en virtud de tal previsión y tal y como señala el informe de la Abogacía del Estado a que se remite, como motivación *"in aliunde"*, la resolución recurrida, reputarse en su virtud viciado de nulidad de pleno derecho.

Ahora bien, dicho esto no puede obviarse que, en rigor, el acto de apertura de ofertas económicas no tiene contenido decisorio, sino de mera constancia.

Este Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse en diversas ocasiones sobre el fundamento y finalidad del acto de apertura de ofertas económicas, a la luz de las previsiones del artículo 160 TRLCSP y del artículo 22.1 del Real Decreto 817/2009, donde se exige que tenga



carácter público. Así, por ejemplo, en la Resolución 385/2013 se dijo (en términos luego reiterados, entre otras, en la Resolución 31/2014):

“A la vista de las actuaciones que se llevan a cabo en el acto de apertura de las proposiciones, se puede considerar que la finalidad del acto es doble: por un lado, permite a los licitadores comprobar la integridad de los sobres presentados por cada uno de ellos hasta el momento de su apertura en dicho acto, descartando así toda posible sospecha de “manipulación” de los mismos por parte de la Administración contratante, con lo que supondría uno de los medios arbitrados para garantizar el cumplimiento de la regla básica del carácter secreto de las proposiciones hasta el momento de la apertura de los sobres (artículo 145 del TRLCSP); por otro lado, permite dar a conocer a las empresas licitadoras, de manera simultánea, inmediatamente después de la propia apertura de los sobres, cuál ha sido la oferta propuesta por cada una de ellas.”

En aquélla resolución se examinaba la trascendencia que cupiera atribuir al hecho de no haberse realizado tal apertura en acto público. Y se afirmaba que dicha infracción no debía comportar la nulidad de pleno derecho, en tanto la publicidad no era “esencial” para la consecución de ninguna de las citadas finalidades. Se destacaba, en efecto, que *“la garantía de la integridad de los sobres se produce, principalmente, a través del establecimiento de un sistema de custodia de los mismos desde el momento de su presentación hasta el momento de su apertura en el acto correspondiente, teniendo la presencia en el mismo de los interesados carácter eminentemente “testimonial”, pudiendo, en cualquier caso, articularse distintos mecanismos complementarios para acreditar la falta de manipulación de los sobres”* (a cuyos efectos se recordaba que entre los componente de la Mesa de contratación figuran *“no solamente existen funcionarios dependientes del órgano de contratación, sino también funcionarios dependientes de otros órganos y unidades de la Administración contratante y, en todo caso, un funcionario que tiene atribuidas funciones de asesoramiento jurídico, y un funcionario que tiene atribuidas funciones de control económico-presupuestario, lo que, de por sí, podría considerarse suficiente garantía”*).

En esta misma línea, señalaba la citada resolución que, de atribuírsele eficacia invalidante, dos serían las opciones que, en principio, cabría mantener acerca de los efectos de la omisión del anuncio del acto de apertura sobre el procedimiento:



“a) Retroacción del procedimiento de licitación hasta el momento de producirse el vicio de omisión de anuncio de la celebración del acto de apertura del Sobre B, es decir, hasta el momento previo a la celebración del mismo, procediéndose a la debida inclusión de la información referida a su celebración en el perfil del contratante del órgano de contratación, y continuando el procedimiento a partir de ese momento.

b) Teniendo en cuenta que no es posible, en rigor, repetir el acto de apertura del Sobre B en los mismos términos como se produjo inicialmente, dado que los sobres han sido ya, efectivamente, abiertos, anulación de todo el procedimiento desde el mismo momento de la presentación de las proposiciones por las empresas licitadoras, dando la oportunidad a éstas de presentar nuevamente sus proposiciones, celebrándose, en el momento oportuno, el acto de apertura de las proposiciones previamente anunciado, por lo que todas las empresas podrán presenciar el mismo, comprobar la integridad de los sobres, y recibir información sobre todas las proposiciones de manera simultánea.”

Pues bien, el Tribunal señaló en aquélla ocasión que ambas opciones debían ser descartadas, y ello por diversas razones. Se decía así, en primer lugar, que, en la medida en que nadie cuestionaba la integridad de los sobres, ni se sugería, expresa o tácitamente, una posible manipulación de los mismos, *“no resultaría en modo alguno proporcionada la adopción de la solución “extrema” de dejar sin efecto toda la licitación, desde el momento de presentación de las proposiciones, a los solos efectos de permitir a la empresa recurrente asistir al acto de apertura y comprobar la integridad de los sobres”*. Y, más aún, se señalaba que, incluso en el caso de haberse cuestionado la integridad de los sobres, *“tampoco, a nuestro juicio, procedería necesariamente dejar sin efecto la licitación en los términos expresados, al menos no sin antes haber desplegado la actividad probatoria necesaria para tratar de esclarecer los hechos relativos a la garantía de la integridad de los sobres en el caso analizado.”* Sobre esa base, concluía el Tribunal que *“debe descartarse esa segunda opción”*.

En cuanto a la opción a), el Tribunal señalaba que resultaba de aplicación *“la doctrina jurisprudencial ampliamente asentada (por todas, Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 28 de abril de 1999) conforme a la cual, con base en el principio de economía procesal, no procede declarar nulidades por vicios procedimentales - con la consiguiente retroacción del procedimiento al momento anterior de producirse el vicio-*



cuando la nueva resolución que, en su caso, se hubiese de dictar, subsanado el posible defecto formal, sea idéntica en sentido material a la anterior". Y señalaba:

"Trasladando dicha doctrina al supuesto analizado cabe apreciar que, si se declarase la nulidad de la resolución de adjudicación por haberse omitido, durante la tramitación del procedimiento, un trámite necesario (concretamente el anuncio de la celebración del acto de apertura de proposiciones), con retroacción del procedimiento de licitación al momento anterior a la celebración del acto de apertura, el resultado que se obtendría sería la repetición del acto de apertura de proposiciones, si bien, no existiría variación en las mismas, por lo que la clasificación final de las empresas se mantendría idéntica (...). Por lo demás, en ese acto todos los licitadores podrían obtener, simultáneamente, información referida a las proposiciones presentadas por todas las empresas, si bien, teniendo en cuenta que dicha información ya la conocen, asistieran, o no, en su día, al acto de apertura, no parece aportar ninguna ventaja práctica la repetición del mismo".

Octavo. Estas consideraciones, bien que vertidas en relación con supuestos en que se había obviado el carácter público del acto de apertura de las ofertas económicas, son, sin embargo, plenamente trasladables al supuesto analizado.

En el presente caso no existe duda alguna ni se cuestiona la integridad de los sobres que contenían las ofertas económicas ni la autenticidad de éstas. Y ello no solo por la efectiva concurrencia al acto de apertura, no obstante la ausencia de representante válido de la Abogacía del Estado, de todos los restantes integrantes de la Mesa de Contratación (entre ellos el representante de la Intervención), sino muy particularmente por el hecho de que, en este caso, el acto fue público y, por ende, los licitadores pudieron conocer el contenido de aquéllas y comprobar la integridad de los sobres.

En este contexto, por mucho que la ausencia del representante de la Abogacía del Estado impida, en el plano formal, tener por válidamente constituida la Mesa en su sesión de 18 de mayo de 2017, considera este Tribunal que no por ello cabe reputar viciada de nulidad de pleno derecho, como tal insubsanable, la apertura de ofertas económicas en dicha ocasión realizada.



En efecto, no cabe considerar, no obstante dicho defecto de constitución y pese a la dicción del artículo 47.1.e) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, que el tantas veces referido acto de apertura esté viciado de nulidad de pleno derecho por infracción de las reglas esenciales para la formación de voluntad de los órganos colegiados, en tanto dicha apertura no constituye ni se traduce en un acto decisorio para cuya adopción, por expresar la voluntad del órgano, sea esencial su correcta constitución.

Y, partiendo de este hecho, tratándose de un acto de mera constancia cuya finalidad esencial es advenir la plena integridad de los sobres y dar a conocer a los licitadores su contenido de forma simultánea, para así evidenciar la inexistencia de toda manipulación y, con ello, el pleno respeto del principio de igualdad, no se llega a comprender en qué medida, habiendo tenido el acto carácter público y dejando constancia el Secretario de la Mesa de su resultado, la consecución de tales fines puede verse comprometida por la ausencia del representante de la Abogacía del Estado.

Serían en este punto plenamente trasladables las consideraciones antes transcritas con las que este Tribunal excluyó la nulidad y consiguiente retroacción de actuaciones en la resolución 385/2013: y es que si no cabe apreciar dicha nulidad cuando se ha omitido el requisito de publicidad, pero se han observado las restantes garantías del acto, no cabe sino entender que tampoco procede aquella cuando, habiendo tenido el acto carácter público y habiéndose observado todas las restantes garantías, la Mesa, sin embargo, estuviera incorrectamente constituida por no contar con representante válido de la Abogacía del Estado.

Tal y como se expresó en la resolución 385/2013, sería de todo punto contrario a los principios de proporcionalidad, eficiencia administrativa y economía procesal dejar sin efecto la presente licitación, para así proceder (como se señala en el informe de la Abogacía del Estado que da sustento al acuerdo de desistimiento) a la tramitación de una nueva licitación, cuando no existe ninguna duda sobre la integridad y autenticidad de las ofertas económicas presentadas por los licitadores y no ha mediado ni se invoca ninguna otra irregularidad procedimental que la incorrecta constitución de la Mesa en el momento de su apertura. No se aprecia, en efecto, en qué medida dicho proceder podría concurrir a la mejor satisfacción de los principios consagrados en el artículo 1 del TRLCSP.

En definitiva, en el presente caso, si bien la Mesa en la sesión indicada, no se constituyó debidamente, concurren las siguientes circunstancias que excluyan que se haya quebrantado de forma insubsanable una de las reglas esenciales de formación de la voluntad de los órganos colegiados, en este caso, la exigencia de que en su constitución en la sesión de la fecha referida estuviese presente el Abogado del Estado, circunstancias que son las siguientes:

1. El Abogado del Estado sí estuvo presente, en concreto, el sustituto, si bien con la circunstancia concurrente de que su habilitación había caducado.
2. La sesión referida de la Mesa de Contratación tenía por objeto, no la adopción de un acto administrativo, ni por ello de una declaración de voluntad de aquél órgano auxiliar, sino la realización de una actuación de constatación de una actividad material de apertura de las ofertas de los licitadores y constancia de su contenido, interesados que estaban presentes por ser público el acto.
3. La apertura de los sobres puede convalidarse ya que la causa de la misma se conoce, consta la indudable autenticidad de las ofertas, y la conocen los licitadores interesados, que estuvieron presentes, así como que se debe a un mero defecto formal de la constitución de dicho órgano.

De todo ello resulta que el vicio de dicha constitución no es causa de nulidad del acto, sino de anulabilidad, y por ello, es subsanable mediante su convalidación, lo que se puede efectuar en la primera sesión en que se constituya la Mesa de forma que asuma, confirme y convalide lo actuado en la sesión referida de apertura de ofertas. En consecuencia, siendo el vicio subsanable, no procedía el desistimiento del procedimiento de adjudicación del contrato

Noveno. Por todo lo expuesto, debe convenirse en la procedencia de estimar el presente recurso, anulando la resolución recurrida, dejando sin efecto el desistimiento allí acordado y ordenando que se proceda a la convalidación indicada y se prosiga con el procedimiento de adjudicación.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha, **ACUERDA**:

Primero. Estimar el recurso interpuesto por D. P. G. L., en representación de CREACIONES Y CONFECCIONES S.A., contra la resolución de la Consejera Gerente del Consejo de Administración del Patrimonio Nacional, de 24 de mayo de 2017, por la que se desiste del procedimiento de adjudicación del *“suministro de uniformidad para el colectivo de guardas rurales de campo que prestan sus servicios en la delegación del Real Sitio del Patrimonio Nacional en El Pardo”*, anulando dicha resolución, dejando sin efecto el desistimiento allí acordado y ordenando que se prosiga con el citado procedimiento hasta su término en los términos indicados en el Fundamento Noveno.

Segundo. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 TRLCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11.1, letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.