



Recurso nº 1035/2020 C. Valenciana 264/2020

Resolución nº 1314/2020

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

En Madrid, a 10 de diciembre de 2020.

VISTO el recurso interpuesto por D. A.T.M., en nombre y representación de la empresa BECSA, S.A., contra la resolución de desistimiento del “*Contrato de servicios y obras de mantenimiento y renovación de vías públicas 2020*”, con expediente 425030W, ref. 5/20-C, convocado por el Ayuntamiento de Sagunto (Valencia), este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. La Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Sagunto convocó, mediante anuncio publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público el día 27 de abril de 2020, licitación para la contratación, por el procedimiento abierto y tramitación ordinaria, de un contrato mixto de “Servicios y obras de mantenimiento y renovación de vías públicas 2020”, cuyo valor estimado es de 2.710.743,80 euros.

Segundo. Previos los trámites procedimentales oportunos, el 20 de agosto de 2020 la Mesa de Contratación propuso adjudicar dicho contrato a la empresa BECSA, S.A., requiriéndole que presentara la documentación exigida en el art. 150.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP).

BECSA, S.A. aportó la documentación requerida y constituyó la garantía definitiva en el plazo concedido al efecto.

Tercero. El 31 de agosto de 2020, el representante de otra de las empresas licitadoras, PAVASAL EMPRESA CONSTRUCTORA, S.A., presentó escrito ante el Ayuntamiento de Sagunto alegando error en el Piego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) por no estar definido en él el concepto y forma de calcular la baja de referencia a partir de la



cual se realiza la distribución de puntuaciones entre los licitadores en el apartado correspondiente al criterio de la oferta económica.

Cuarto. En sesión de 25 de septiembre de 2020, la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Sagunto acordó desistir del procedimiento de contratación del contrato de continua referencia, *“por cuantose ha detectado una omisión no subsanable en la formulación del apartado G.1 del Anexo 1 en el que se define el modo de valoración de las ofertas (normas de preparación del contrato)”*.

Quinto. El 5 de octubre de 2020 D. A.T.M., en nombre y representación de la empresa BECSA, S.A., interpuso recurso especial en materia de contratación contra la resolución de desistimiento del “Contrato de servicios y obras de mantenimiento y renovación de vías públicas 2020”.

Sexto. El 8 de octubre de 2020 el órgano de contratación remitió al Tribunal el expediente de contratación, con el informe al que se refiere el artículo 56.2 de la LCSP.

Séptimo. El 14 de octubre de 2020 la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores, confiriéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones (artículo 56.3 de la LCSP), trámite que ha sido evacuado por PAVASAL EMPRESA CONSTRUCTORA, S.A., que con fecha de 19 de octubre de 2020 ha formulado alegaciones solicitando la desestimación del recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Este Tribunal es competente para conocer del presente recurso especial, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 46.2 de la LCSP y en el Convenio sobre atribución de competencia de recursos contractuales suscrito entre la Administración General del Estado y la Generalitat Valenciana el 22 de marzo de 2013, publicado en virtud de Resolución de la Subsecretaría del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas de 10 de abril de 2013, y prorrogado mediante acuerdo de 16 de abril de 2019 (Boletín Oficial del Estado de 22 de mayo de 2019).



Segundo. Se recurre la resolución de desistimiento (acto de trámite que determina la imposibilidad de continuar el procedimiento, recurrible conforme al artículo 44.2.b) de la LCSP) del procedimiento de licitación de un contrato mixto de servicios y obras que, en atención a su valor estimado, es susceptible de recurso especial en materia de contratación (artículo 44.1 a) de la LCSP).

La posibilidad de que los acuerdos de desistimiento sean objeto de recurso ha sido reconocida en numerosas ocasiones por este Tribunal (por todas, Resoluciones 64/2016, de 29 de enero, 1087/2015, de 27 de noviembre, 1029/2015, de 6 de noviembre, o 95/2015, de 30 de enero) en las que se sostiene que, aunque *“la impugnación de los acuerdos de renuncia al contrato o el desistimiento del procedimiento de contratación no están previstas expresamente entre los actos recurribles contemplados entre las competencias de este Tribunal prevista en el artículo 40 del TRLCSP, procede considerar ‘la renuncia o el desistimiento como actos administrativos que impiden la continuación del procedimiento de contratación, tal y como hicimos en las Resoluciones 318/2014, de 25 de abril; 263/2012, de 21 de noviembre; 2/2012, de 5 de enero,...’”*.

Tercero. Se ha de reconocer a la empresa recurrente la legitimación exigida en el artículo 48 de la LCSP, pues ha concurrido a la licitación y fue propuesta como adjudicataria del contrato afectado por la decisión administrativa de desistimiento.

Cuarto. El recurso se ha interpuesto en el plazo de 15 días hábiles previsto en el artículo 50.1.c) de la LCSP.

Quinto. Entrando en el fondo del asunto, el recurso se fundamenta en los siguientes motivos:

1º. A juicio de la empresa recurrente, no concurren en el presente caso los requisitos legalmente exigidos para acordar el desistimiento del procedimiento de contratación, porque el acuerdo impugnado no invoca la infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladas en el procedimiento de adjudicación en las que se funda el desistimiento, como exige el art. 152 de la LCSP.



Recuerda en este punto la recurrente que el desistimiento no es un acto discrecional sino reglado, basado en causas de legalidad.

2º. El defecto del PCAP que invocó la empresa PAVASAL y que justifica el desistimiento acordado no impidió al Ayuntamiento interpretar, con base en el informe técnico de 21 de julio de 2020, cómo se aplica la baja de referencia (BR) del criterio de adjudicación G.1.1, por lo que entiende que su pretendida indefinición ha sido esgrimida para dotar de aparente fundamento al desistimiento sólo al final del proceso de licitación.

El técnico municipal que, en su informe de 10 de agosto de 2020, valoró las ofertas y aplicó el controvertido criterio G.1.1, tampoco tuvo ninguna duda de cómo aplicar la baja de referencia (BR) contenida en dicho criterio.

Tampoco tuvo ninguna dificultad para aplicar dicho criterio la Mesa de contratación, órgano de asistencia especializada del órgano de contratación (art. 326.2 de la LCSP), que el día 20 de agosto de 2020 propuso la adjudicación con base en el referido informe técnico.

Reitera el recurrente que no se plantearon problemas interpretativos sobre el concepto de baja de referencia (BR) del criterio de adjudicación G.1.1 ni con ocasión de los actos de preparación del contrato, ni en los trámites preceptivos del informe jurídico y del informe de fiscalización.

Y tampoco manifestó duda alguna PAVASAL ni el resto de empresas licitadoras que concurrieron a la licitación, considerando la recurrente que no es irrelevante, a estos efectos, que PAVASAL sea la actual adjudicataria del servicio que ahora se licita, según resulta del informe técnico.

3º. La decisión de desistir del procedimiento de contratación no va precedida de ningún informe técnico que le sirva de fundamento.

Y entiende la empresa BECSA, S.A. que tampoco hay en el acuerdo recurrido ningún razonamiento que justifique el sacrificio del interés general que ocasiona el desistimiento de esta licitación que, aunque incluida temporalmente en el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, no fue afectada por la suspensión de plazos



prevista en dicho Real Decreto por decisión del órgano de contratación, que declaró expresamente la procedencia de continuar la tramitación de este concreto expediente de contratación.

4º. Por lo expuesto, la empresa recurrente considera que el acuerdo de desistimiento desconoce los actos propios del Ayuntamiento, y priva de eficacia al PCAP a través de una revisión de oficio encubierta. Considera BECSA que el desistimiento acordado infringe la doctrina y la jurisprudencia que reiteradamente atribuyen a los pliegos el valor de ley del contrato; desconoce que los pliegos están revestidos de una presunción de legalidad; vulnera los principios de buena fe y de confianza legítima, y entraña una revisión de oficio del PCAP sin seguir el procedimiento establecido al efecto en el Título V de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Considera la recurrente, por todo ello, que el acuerdo de desistimiento adoptado por el Ayuntamiento de Sagunto es nulo de pleno derecho, por lo que solicita al Tribunal que acuerde su anulación y la continuación del procedimiento de contratación.

Sexto. El órgano de contratación se opone a la estimación del recurso por los siguientes motivos:

1º.- Considera que el acuerdo de desistimiento impugnado cumple todos los requisitos legalmente exigidos en el art. 152.4 de la LCSP, dado que:

- a) Se ha acordado por el órgano competente, la Junta de Gobierno Local, que es el órgano de contratación en este expediente.
- b) Desde el punto de vista temporal, se ha adoptado con sujeción a lo dispuesto en el art. 152.4 de la LCSP (esto es, antes de la formalización del contrato).
- c) Concurre una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato.
- d) Las razones del desistimiento están debidamente justificadas en el informe propuesta que da lugar a la resolución de desistimiento.



Desarrolla seguidamente el Ayuntamiento el cumplimiento del tercero de los requisitos expuestos, esto es, la concurrencia de una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato, que concurre, a su juicio, de modo evidente, por omisión en el PCAP de determinados parámetros necesarios para valorar las ofertas económicas (en particular, la falta de definición de los conceptos de baja media y de baja de referencia), que no fueron contemplados en el PCAP ni en el PPT, pero sí obraban en un informe emitido por la Ingeniera de Obras Públicas del Departamento de Mantenimiento que, por omisión, no se incorporó a los documentos contractuales que regían la licitación y que fueron publicados en el perfil del contratante. Por ello, entiende el órgano de contratación que la fórmula del PCAP es incompleta pues para el cálculo de las puntuaciones hay que acudir a criterios externos no recogidos en los pliegos.

Considera el Ayuntamiento, con cita de la resolución del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón de 20 de febrero de 2014, que dicha infracción es insubsanable.

2º. En cuanto a la ausencia de informes técnicos en los que se fundamente la decisión de desistimiento, el órgano de contratación señala que, conforme al art. 79 de la ya citada Ley 39/2015, no exigiendo la normativa aplicable informes preceptivos, se solicitarán aquellos que se juzguen necesarios para resolver. Indica que figura en el expediente un informe propuesta en el que se justifica y motiva adecuadamente la decisión adoptada, y que no es preceptiva la emisión de informes específicos respecto de la decisión de desistimiento.

3º. Considera que la invocación por la empresa recurrente de razones de interés público afectadas por el desistimiento confunde la decisión de no adjudicar el contrato, que conforme al art. 152.3 de la LCSP se ha de fundar en razones de interés público debidamente justificadas en el expediente, con el desistimiento del procedimiento, que conforme al artículo 152.4 de la LCSP deberá estar fundado en una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación. Y que, concurriendo una infracción insubsanable del ordenamiento jurídico, no es requisito exigible analizar las razones de interés público concurrentes (lo que resultaría superfluo, pues el bien jurídico protegido es precisamente



la consecución de un procedimiento de contratación en el que se garantice el cumplimiento de los principios de concurrencia, publicidad e igualdad de trato).

4º. Indica también el órgano de contratación que el desistimiento debe ser considerado un procedimiento o acuerdo que se adopta de oficio por la Administración, con independencia de que surja como consecuencia o a raíz de la presentación de alegaciones por un licitador, alegaciones cuya presentación amparan los artículos 76 de la Ley 39/2015 y 44.3 de la LCSP.

5º. Añade el órgano de contratación que, al amparo de lo dispuesto en el artículo 152 de la LCSP (con arreglo al cual *“el desistimiento no impedirá la iniciación inmediata de un procedimiento de licitación”*), dicho Ayuntamiento está adoptando los trámites necesarios para tramitar un nuevo procedimiento de contratación.

Séptimo. Por último, la empresa PAVASAL EMPRESA CONSTRUCTORA, S.A. se opone en su escrito de alegaciones a la estimación del recurso por los siguientes motivos:

1.- En la cláusula G del Anexo I Cuadro de Características de la licitación se incluyó, entre los criterios automáticos cuantitativos (previstos en la cláusula G.1.1), una fórmula polinómica para el reparto de los 65 puntos que preveía el pliego. Para la aplicación de esta fórmula se debía utilizar la Baja Media (BM) y la Baja de Referencia (BR) de las distintas ofertas presentadas, conceptos que, sin embargo, no se definen en el Pliego, que incurre en una indefinición.

Durante la licitación ni el Ayuntamiento, ni ningún de los siete licitadores que se presentaron al concurso (entre ellos PAVASAL) se percató de la ausencia de definición de estos conceptos (BM y BR).

Fue tras la presentación de las ofertas, cuando el Ayuntamiento aplica para evaluarlas las previsiones de un informe interno que había definido los conceptos de BM y BR, y que no se había puesto a disposición de los licitadores. Esa situación fue puesta de manifiesto por PAVASAL al Ayuntamiento, que apreció una infracción no subsanable que dio lugar al acuerdo de desistimiento.



2º. La decisión del Ayuntamiento de Sagunto de desistir de la licitación resulta, a juicio de PAVASAL, completamente acorde a Derecho, y se ha adoptado de forma justificada y motivada, con base en los preceptos de la normativa de contratos. La normativa exige que los criterios de adjudicación se fijen y publiquen con anterioridad a la licitación, con el fin de que los licitadores puedan conocer la forma en la que se va a proceder a la adjudicación, en garantía de los principios de publicidad y transparencia exigibles en toda licitación. Como ese conocimiento previo por los licitadores de dos elementos del criterio de adjudicación G.1.1 ya resultaba imposible, procedía necesariamente acordar el desistimiento del procedimiento, por concurrencia de una infracción no subsanable en las normas de preparación del contrato.

Cita doctrina de este Tribunal que considera ajustado a Derecho el desistimiento acordado por el órgano de contratación ante la falta de concreción en el Pliego de las fórmulas matemáticas que debían servir para la adjudicación de las ofertas.

PAVASAL solicita, por todo ello, la desestimación del recurso, pues el desistimiento del procedimiento era la única medida legal que, a su juicio, podía adoptar la Administración a la vista de la deficiencia del Pliego y del estado de la licitación, y para poder licitar el servicio con todas las garantías en un nuevo procedimiento en el que se definan y publiquen los conceptos de BM y BR, omitidos en este procedimiento.

Octavo. De acuerdo con cuanto antecede, procede examinar si el acuerdo de desistimiento del procedimiento de contratación adoptado por el Ayuntamiento de Sagunto es o no ajustado a Derecho.

El artículo 152 de la LCSP, bajo la rúbrica “*Decisión de no adjudicar o celebrar el contrato y desistimiento del procedimiento de adjudicación por la Administración*”, dispone lo siguiente:

“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 precepto transcrito regula, por tanto, dos supuestos distintos: la decisión de no adjudicar un contrato y el desistimiento del procedimiento. La decisión de no adjudicar el contrato ha de basarse en razones de interés público debidamente justificadas en el expediente; el desistimiento del procedimiento, por el contrario, ha de fundarse en una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación, exigiendo el precepto que se justifique dicha causa en el expediente. Como se indicó en nuestra Resolución 97/2019, de 8 de febrero, “la renuncia obedece a una decisión de oportunidad, fundada en razones de interés público

debidamente justificadas, e impide promover una nueva licitación de su objeto en tanto subsistan aquellas razones. Por el contrario, el desistimiento del procedimiento de licitación se funda en razones de legalidad, la existencia de una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación debidamente justificada, y no impide la iniciación inmediata de un procedimiento de licitación”.

Así las cosas, la propia configuración legal del desistimiento excluye la necesidad, aducida por la recurrente, de que se invoquen y justifiquen razones de interés público para adoptarlo, pues tal exigencia se refiere a un supuesto distinto regulado en el mismo artículo 152 de la LCSP, cual es la renuncia a la adjudicación.

Concurriendo en el desistimiento que se considera el requisito de competencia (pues el acuerdo se ha adoptado por el órgano competente, la Junta de Gobierno Local), y el requisito temporal (pues el acuerdo de desistimiento se ha adoptado antes de la formalización del contrato, incluso antes de su adjudicación), resta examinar si concurre el presupuesto objetivo al que se supedita su aplicación (la concurrencia de una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación), y el requisito formal de que se motive en el expediente la concurrencia de dicha causa.

Noveno. El apartado G del Cuadro de Características que figura como Anexo I del PCAP establece lo siguiente:

“G.1.1 CRITERIOS AUTOMÁTICOS CUANTITATIVOS: PORCENTAJE DE DESCUENTO PROPUESTO como OFERTA ECONÓMICA (máximo 65 puntos):

Criterio: Porcentaje de descuento a aplicar a la totalidad de precios unitarios de la base de precios del PPT del “Mantenimiento y Renovación de Vías Públicas 2020”.

Valoración: La metodología de valoración de la oferta económica que se propone es la siguiente:

Se considerarán 'ofertas contemplables' sólo las ofertas cuya valoración de los criterios cualitativos sea superior o igual al 50 % de la valoración máxima que se pueda obtener en esos criterios cualitativos.

Una vez tramitado y finalizado el procedimiento para excluir las ofertas anormalmente bajas del art 149 de la LCSP, se valorarán las ofertas contemplables que no hayan sido excluidas por ser anormalmente bajas de la siguiente forma:

- *Se asignarán 0 puntos a una baja del 0%.*
- *Se asignará la puntuación máxima (Pmax=60 puntos) a la oferta más económica (Bmax) de entre la contempladas que no haya sido excluida por presentar una oferta anormalmente baja.*
- *Se asignará la puntuación de 0,9*Pmax a:*
 - *si $n < 5$, a BM*
 - *si $n \geq 5$, a BR*
- *Las ofertas económicas contemplables no excluidas por ser anormalmente bajas se valorarán de la siguiente forma:*
 - *si $n < 5$,*

BO

*Si $BO < BM$, $PE = \frac{BO}{BM} * 0,9 * Pmax$*

BM

*$Pmax - 0,9 * Pmax$*

*Si $BO \geq BM$, $PE = \frac{BO - BM}{Pmax - 0,9 * Pmax} * (BO - BM) + 0,9 Pmax$*



$$B_{\max} - BM$$

- si $n \geq 5$,

$$BO$$

$$\text{Si } BO < BR, PE = \frac{BO - BM}{B_{\max} - BM} * 0,9 * P_{\max}$$

$$BR$$

$$P_{\max} - 0,9 * P_{\max}$$

$$\text{Si } BO \geq BR, PE = \frac{BO - BR}{B_{\max} - BR} * (BO - BR) + 0,9 P_{\max}$$

$$B_{\max} - BR$$

siendo $PE =$ Puntuación económica de la oferta que se valora”.

Pues bien, en el acuerdo de desistimiento impugnado (documento nº 17 del expediente de contratación remitido) se indica lo siguiente:

“La Baja Media (BM) y la Baja de Referencia (BR) no son concepto o valores idénticos, pues lo que hace la fórmula es corregir la ubicación del punto en el que la línea se quiebra, en los casos en que haya un número de licitadores igual o superior a 5. En estos puestos operará el concepto de Baja de Referencia y no el de Baja Media.

Dependiendo de cómo se definan esos conceptos de Baja Media y Baja de Referencia el punto de inflexión de la línea de puntuaciones se desplazará más a la derecha del gráfico, alterando ostensiblemente las valoraciones de las empresas licitadoras intervinientes lo que puede, evidentemente, tener consecuencias directas en el resultado de la licitación.

En el caso de la Baja Media (con los matices que puedan resultar de aplicación) esta puede ser considerada como una magnitud más unívoca (suma de las bajas dividida por el número de ofertas). La Baja de Referencia (a la que tiene que acudir en el presente caso al haberse



ser contemplables las ofertas de 5 licitadores), sin embargo, no tiene una definición estandarizada o universal ya que es un concepto creado ad hoc para modular el reparto de puntos en los casos en que la presencia de muchos licitadores pueda acabar suponiendo resultados aberrantes o no deseables.

Tal y como alega la empresa licitadora PAVASAL y tal y como se puede observar del fragmento del Pliego transcrito, los conceptos de Baja media y Baja de Referencia no fueron contemplados ni en el Pliego de Cláusulas Administrativas ni en el de Prescripciones Técnicas. Sí obraban en un informe emitido por la Ingeniera de Obras Públicas del Departamento de Mantenimiento que por omisión no se incorporó a los documentos contractuales que regían la licitación y que fueron publicados en el perfil del contratante. En consecuencia, la fórmula se considera incompleta al punto de resulta inviable realizar el cálculo de las puntuaciones correspondientes a las ofertas económicas sin acudir a criterios externos no contemplados en los pliegos.

Dada la fase de la licitación en la que nos encontramos, esta omisión se consideraba insubsanable”.

Resulta, por tanto, que la fórmula aplicable para calcular las puntuaciones asignables a las ofertas económicas contiene dos elementos (“BR” y “BM”) que no están definidos en el PCAP ni en la documentación que se publicó para conocimiento general de los licitadores, sino en informes internos que no fueron publicados en el perfil del contratante. Y que, aunque el concepto de Baja Media pueda ser más universal, el de Baja de Referencia es un concepto específico de esta licitación, configurado *ad hoc* como elemento de la fórmula establecida para valorar las ofertas económicas.

Figura en el expediente de contratación un informe emitido el 29 de enero de 2020 por D^a Mónica Castro Pérez (documento 033.3) en cuyo encabezamiento (“Asunto”), se indica que *“Con relación a la licitación del contrato de referencia y con objeto de que por parte del departamento de contratación se elabore el correspondiente PCAP, se propone a continuación una redacción de diversos apartados de dicho pliego para que, en su caso, puedan ser revisados y modificados por los servicios jurídicos municipales, e incorporados al citado pliego”.* Dicho informe (elaborado con carácter previo al comienzo de la licitación



y con el fin de dotar de posible contenido al PCAP) incluye un apartado 6.2. B (página 8 y siguientes) que tiene por objeto la descripción del *“Cálculo del porcentaje de descuento de la oferta contemplable (BO), porcentaje de descuento medio (BM) y el porcentaje de descuento de referencia (BR)”*, incluyendo una definición expresa de los dos aludidos conceptos (BR y BM) que, sin embargo, no se incluyó en el PCAP.

Figura también en el expediente de contratación (documento 09.4) un informe de *“Aclaraciones apartado G.1”*, en el que, *“en contestación a las consultas realizadas por el Departamento de Mantenimiento, según los datos obrantes en el expediente, los valores BO, BM y BR del apartado G.1 del PCAP”*, son los que se explican seguidamente en dicho documento.

Resulta acreditado, por tanto, que, tal y como se indica en el acuerdo de desistimiento, determinados conceptos de la fórmula prevista en el PCAP para atribuir la puntuación económica a las ofertas de los licitadores no estaban definidos ni en el PCAP ni en el PPT, sino en informes internos que no fueron publicados y de los que sólo tenía conocimiento el órgano de contratación y sus servicios, en detrimento de los principios de objetividad, publicidad y transparencia en los que se asienta la contratación pública. Ello constituye una infracción insubsanable de las normas de preparación del contrato que justifica, conforme al art. 152.4 de la LCSP, el desistimiento acordado.

Como este Tribunal indicó en su Resolución 91/2013, de 5 de marzo, *“...el artículo 150.2º expone que se dará preponderancia a los criterios de adjudicación que hagan referencia a características del objeto del contrato que puedan valorarse mediante cifras o porcentajes obtenidos a través de la mera aplicación de las fórmulas establecidas en los pliegos, y que estos criterios han de figurar en el pliego, y este criterio se reitera en el artículo 67.2º i) del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. De acuerdo con estos preceptos y la doctrina de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa será preciso establecer en el pliego una fórmula matemática concreta, o explicación escrita para su forma de determinación, siendo admisibles aquellas que sean acordes al criterio de adjudicación establecido en el pliego.”*

La fórmula matemática debe figurar en el pliego y resultar accesible a todos los eventuales licitadores y no sólo aquellos que participaron en la licitación, como se ha efectuado en este supuesto, comunicándolo con carácter previo a la apertura de la oferta económica. Por ello, la infracción que se ha tomado como base para la resolución de desistimiento se considera una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato”.

Por lo demás, la causa que da lugar al desistimiento está adecuada y suficientemente motivada en el acuerdo impugnado, por lo que se cumple también la exigencia de motivación del citado artículo 152.4. No es preciso, a tal efecto, la invocación de un precepto concreto de la Ley cuando, como es el caso, la falta de concreción en los pliegos de alguno de los elementos de las fórmulas empleadas como criterios de valoración ocasiona una vulneración clara y patente de los principios aplicables a la contratación pública (y ello sin perjuicio de que dicha actuación administrativa implique una contravención del mandato contenido en el artículo 145.5 de la LCSP, que exige que los criterios de valoración (y, consecuentemente, los elementos que los integran), consten en los pliegos y anuncios y garanticen los principios de igualdad, no discriminación y transparencia).

Tampoco resultan legalmente exigibles informes técnicos concretos que avalen una decisión de desistimiento que para el órgano de contratación es clara, a la vista de las circunstancias concurrentes, y ello sin perjuicio de que el acuerdo de desistimiento se ampare, en este caso, en un informe propuesta.

Décimo. Tampoco resultan atendibles los argumentos de la empresa recurrente respecto a la falta de trascendencia práctica de la infracción insubsanable que fundamenta el desistimiento, por el hecho de que hayan podido aplicar la fórmula en cuestión tanto el técnico que emitió el informe de valoración, como la Mesa que lo asumió y el órgano de contratación que asumió, a su vez, la propuesta de la Mesa. Sin perjuicio de que, como se indica en el acuerdo de desistimiento y como se desprende del expediente de contratación, existan informes internos que desarrollan los conceptos “BR” y “BM” de la fórmula del apartado G.1.1 del Anexo I del PCAP, y que hayan permitido resolver internamente las dudas que planteaba la omisión del PCAP, lo relevante es que dichos conceptos no se recogieron en los pliegos ni, por tanto, pudieron ser conocidos por los licitadores al tiempo

de formular sus ofertas, lo que vicia el procedimiento de licitación sin posibilidad de subsanación.

Resulta también irrelevante que ninguno de los licitadores advirtiera la omisión del PCAP al tiempo de presentar sus ofertas, y que fuera uno de los licitadores (la empresa PAVASAL) quien advirtiera de ello a la Administración contratante cuando se había efectuado la propuesta de adjudicación a favor de la empresa recurrente, porque lo relevante, se insiste, es que dicha infracción insubsanable pone de manifiesto una vulneración de los principios de publicidad, transparencia y objetividad que vicia la licitación. Y una vez advertida esa infracción insubsanable de las normas de preparación del contrato, y ello antes de la formalización del contrato, el órgano de contratación no tenía más opción legal que la de desistir del procedimiento de licitación. En suma, el hecho de que la infracción insubsanable no fuera advertida antes no evita que, una vez advertida, y ello antes de la formalización del contrato, proceda acordar el desistimiento del procedimiento de contratación, sin perjuicio de la posibilidad que asiste al órgano de contratación de iniciar un nuevo procedimiento sobre el mismo objeto.

Como este Tribunal indicó en su Resolución 27/2017, de 13 de enero, *“La anterior conclusión no queda desvirtuada por la circunstancia de que la empresa recurrente no haya padecido, al presentar su oferta, el error al que inducen los pliegos, porque lo relevante, a efectos de garantizar la plena efectividad de los principios en los que se asienta la contratación pública, es que los pliegos estén redactados con claridad suficiente para que todos los licitadores, en igualdad de condiciones, puedan disponer de los elementos de juicio necesarios para formular correctamente sus ofertas, lo que en modo alguno acontece en el supuesto examinado”*.

Undécimo. Tampoco cabe admitir que la aplicación del desistimiento del procedimiento implique una revisión encubierta de los pliegos al margen de los procedimientos previstos al efecto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, pues se trata de dos vías legales distintas y expresamente admitidas en la LCSP: el artículo 41 regula la revisión de oficio circunscrita, conforme al artículo 106.1 de la Ley 39/2015 (a la que remite el artículo 41 de la LCSP), a los actos que pongan fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo; y artículo 152.4



regula el desistimiento del procedimiento de licitación, para el concreto supuesto de que concurran infracciones no subsanables de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación, y siempre que se acuerde antes de la formalización del contrato, esto es, antes de su perfección (artículo 36.1 de la LCSP).

En nuestra Resolución 97/2019, de 8 de febrero, afirmamos, a este respecto, que *“el desistimiento actúa como un medio de sanación –ejercitado de oficio y de ultima ratio–, cuando no pueden ser usados en el procedimiento los ordinarios de convalidación, conservación o conversión de actos o tramites viciados, con el límite siempre de que no se haya formalizado el contrato, pues en tal caso ha de acudir necesariamente a la revisión de oficio del contrato sin que quepa ya desistir de él”*.

Se insiste en que, detectada una infracción insubsanable en las normas de preparación del contrato o en las que regulan el procedimiento de adjudicación, antes de la formalización del contrato, la Administración no tenía otra opción que desistir del procedimiento iniciado, siendo irrelevante que haya tenido conocimiento de la irregularidad de oficio o a instancia de algún licitador, sin que quepa eludir ese efecto apelando al carácter de *lex contractus* de un pliego viciado y cuyos efectos no cabe mantener.

La facultad de acordar el desistimiento no es, como afirma la recurrente, discrecional para la Administración. Ello implica que, para acordarlo, ha de concurrir necesariamente el presupuesto objetivo previsto en el artículo 152.4 de la LCSP (infracción insubsanable), pero también que, acreditada su concurrencia, la Administración no debe continuar el procedimiento de licitación y ha de desistir del mismo.

Los eventuales inconvenientes que el desistimiento pueda ocasionar a los licitadores están expresamente contemplados en el artículo 152.2 de la LCSP, a cuyo tenor *“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”*.

Por todo lo expuesto,



VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D. A.T.M., en nombre y representación de la empresa BECSA, S.A., contra la resolución de desistimiento del “*Contrato de servicios y obras de mantenimiento y renovación de vías públicas 2020*”, con expediente 425030W, ref. 5/20-C, convocado por el Ayuntamiento de Sagunto (Valencia).

Segundo. Declarar que no se apreciar mala fe ni temeridad en la interposición del presente recurso, por lo que no procede imponer la multa prevista en el artículo 58.2 de la LCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente al de la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1.k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.