



Recurso nº 277/2012

Resolución nº 286/2012

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 14 de diciembre de 2012.

VISTO el recurso interpuesto por D. C. M. R., D. J. A. M. S. y D. J. S. H., en representación todos ellos de la UTE CARLOS MANZANO ARQUITECTOS-JOSE ANTONIO MARTÍN SOTO-JUAN SOCAS HURTADO, contra el acuerdo de la Junta de Contratación del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación de 31 de octubre de 2012, por el que se acuerda el desistimiento del procedimiento restringido para la contratación del servicio de asistencia técnica para las obras de rehabilitación de un inmueble y de construcción de un anexo para albergar la Cancillería de la Embajada de España en Asunción (Paraguay), para proceder a la apertura de una nueva licitación, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. La Junta de Contratación del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación convocó, mediante anuncio publicado el 15 de junio de 2012 en la Plataforma de Contratación del Estado y en el Diario Oficial de la Unión Europea, y el 19 de junio de 2012 en el Boletín Oficial del Estado, licitación para la adjudicación por procedimiento restringido del contrato de asistencia técnica arriba referenciado, con un valor estimado de 485.716,74 euros, IVA excluido.

Segundo. El pliego de cláusulas administrativas particulares del expediente de contratación establece en el apartado C de la cláusula 3.2.2, como uno de los criterios de solvencia técnica, el de los "trabajos profesionales finalizados a 01.01.2005 del candidato y su colaborador local", con una ponderación de 0 a 50 puntos, sobre un total de 100 puntos. De igual modo, en el punto 27 del Anexo I, bajo la rúbrica "documentación acreditativa de la solvencia técnica o profesional (art. 78 del TRLCSP)", se hacía expresa mención a las "fichas de los principales servicios o trabajos finalizados a 01.01.2005 que

incluyan Presupuesto de ejecución material, fecha de recepción, uso, superficie construida, ubicación y destinatario, así como cualquier otra mención necesaria para su valoración en los términos de la cláusula 3.2.2.apdo.C".

Tercero. Sin embargo, por parte del órgano de contratación se indicó y notificó a los licitadores la necesidad de presentar "fichas de los principales servicios o trabajos **finalizados a partir del 01.01.2005**, que incluyan la información señalada en el apartado 27 del Anexo 1 del PCAP".

Cuarto. El 13 de septiembre de 2012, la Junta de Contratación, de acuerdo con el criterio expresado en el antecedente anterior, y a la vista del informe técnico elaborado por el órgano gestor sobre la valoración de la documentación acreditativa de la solvencia técnica y profesional de las empresas licitadoras, acordó, con asunción de las puntuaciones en él reflejadas, invitar a presentar proposiciones en el procedimiento a las cinco empresas con mayor puntuación y descartar a las demás.

Quinto. Contra el citado acuerdo se interpuso el 28 de septiembre de 2012 recurso especial en materia de contratación por la mercantil GEED ARQUITECTOS S.L. La UTE CARLOS MANZANO ARQUITECTOS-JOSÉ ANTONIO MARTIN SOTO-J. S.H. también interpuso recurso el 1 de octubre de 2012. Solicitaban la anulación del acuerdo recurrido, con retroacción de las actuaciones a fin de que pudiera ser valorada su solvencia con arreglo a lo previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares, es decir, que se considerasen los "trabajos profesionales finalizados a 01.01.2005 del candidato y su colaborador local".

Sexto. El 17 de octubre de 2012, este Tribunal dictó la resolución 225/2012 en los recursos interpuestos, anulando el acuerdo impugnado por entender que la valoración de la solvencia técnica y profesional de los licitadores no se ajustaba a lo previsto en el pliego de cláusulas administrativas aplicable, sino a la irregular modificación parcial que de su cláusula 3.2.2. c) se habría producido mediante el requerimiento de subsanación antes mencionado.

Séptimo. Dicha resolución, ordenó la retroacción de las actuaciones al momento de valoración de la solvencia técnica y profesional de los licitadores que, según su

fundamento jurídico noveno, "habrá de ajustarse al contenido del pliego de aplicación, todo ello sin prejuzgar la facultad que al órgano de contratación asiste para acometer, por cauces reglados, la modificación del citado pliego si así lo estima oportuno".

El Tribunal manifestó que: "en efecto, la aludida incompatibilidad (de las cláusulas del pliego), con el artículo 78 TRLCSP, podría justificar la incoación de un procedimiento reglado de revisión, que, tratándose de un vicio de mera anulabilidad, habría de sustanciarse por los trámites prevenidos en el artículo 103 de la Ley 30/1992, atendida la remisión contenida en el artículo 34.1 TRLCSP. Eventualmente, podría justificar también el desistimiento del contrato, que el artículo 155.4 TRLCSP faculta en los casos en que exista "infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación", sin perjuicio de la ulterior iniciación de un nuevo procedimiento de licitación una vez corregida adecuadamente la dicción del pliego. Sin embargo, el proceder seguido por el órgano de contratación en el supuesto analizado no se ha acomodado a ninguno de los tales cauces y no puede, tampoco, encontrar justificación en la implícita atribución que el artículo 155.4 TRLCSP (sensu contrario) hace al órgano de contratación para que pueda acometer la subsanación de aquellas infracciones de las normas de preparación del contrato o de adjudicación del contrato que sean susceptibles de ello".

Octavo. El 31 de octubre de 2012, la Junta de Contratación acordó el desistimiento del procedimiento de licitación y decidió el inicio inmediato de un nuevo expediente de contratación por el mismo objeto y cuantía, con abono de 100 euros a los candidatos o licitadores por los gastos en que hubiesen incurrido. Se fundamenta el desistimiento en la existencia de una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato.

Noveno. El 21 de noviembre de 2012, las personas anteriormente citadas, en su calidad de licitadores en el procedimiento, interpusieron recurso especial en materia de contratación contra el mencionado acuerdo de la Junta de Contratación. En la misma fecha, anunciaron la interposición del recurso ante el órgano de contratación.

Décimo. Los recurrentes solicitaron a este Tribunal la suspensión de la decisión impugnada, que fue denegada por resolución de 28 de noviembre de 2012.

Undécimo. Con fecha 26 de noviembre de 2012, se notificó a los demás licitadores la existencia del recurso para que formularan alegaciones, trámite que no ha sido evacuado por ninguno de ellos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. Corresponde a este Tribunal la resolución de este recurso especial de conformidad con el artículo 41.1 del vigente Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP), al estar integrada la Junta de Contratación del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación en el ámbito de la Administración General del Estado.

Segundo. El recurso ha sido interpuesto por personas legitimadas al efecto, de acuerdo con el artículo 42 del citado Texto Refundido, por ser licitadores en el contrato reseñado.

Tercero. El recurso ha sido interpuesto contra un acto susceptible de impugnación atendido lo dispuesto en el artículo 40 del referido texto legal dado que se trata de un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada –su valor estimado es de 485.716 euros, IVA excluido- y la decisión de la Administración de desistir del procedimiento constituye un acto administrativo impugnable.

Cuarto. El recurso ha sido interpuesto en forma y dentro del plazo legalmente establecido, al no haber transcurrido entre la notificación de la resolución recurrida y dicha interposición más de los quince días hábiles a que se alude en el artículo 44.2 del mismo texto legal.

Quinto. El acuerdo de la Junta de Contratación se motiva en que el apartado C de la cláusula 3.2.2, en la medida en que establece como uno de los criterios de solvencia técnica, el de los "trabajos profesionales finalizados a 01.01.2005 del candidato y su colaborador local", resulta contrario a lo establecido en el artículo 78 a) del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, según el cual, "en los contratos de servicios, la solvencia técnica o profesional de los empresarios deberá apreciarse teniendo en cuenta sus conocimientos técnicos, eficacia, experiencia y fiabilidad, lo que podrá acreditarse, según el objeto del contrato, por uno o varios de los medios siguientes:

a) Una relación de los principales servicios o trabajos **realizados en los últimos tres años** que incluya importe, fechas y el destinatario, público o privado, de los mismos..."

Se afirma en el referido acuerdo que, "según el fundamento jurídico octavo de la resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de 17 de octubre de 2012, por la que se estiman los recursos acumulados interpuestos por GEED ARQUITECTOS S.L. y por la UTE CARLOS MANZANO ARQUITECTOS-J. A. M. S.-J. S.H., la mencionada incompatibilidad del Pliego con el artículo 78 TRLCSP podría justificar el desistimiento del contrato que el artículo 155.4 TRLCSP faculta en los casos de que exista infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación, "sin perjuicio de la ulterior iniciación de un nuevo procedimiento de licitación una vez corregida adecuadamente la dicción del pliego."

Señala también el acuerdo que "el artículo 155.4 TRLCSP establece la facultad del órgano de contratación de desistir del procedimiento con fundamento 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", precepto que se transcribe en la cláusula 9.5 del pliego de cláusulas administrativas particulares, añadiéndose que "se compensará a los candidatos o licitadores por los gastos en que hubiesen incurrido hasta un máximo de 500 euros". En cuanto a cuál sea la causa del desistimiento, el acuerdo expresa que " si conforme a lo establecido en la resolución del TACRC de 17 de octubre de 2012 se procede a efectuar una nueva valoración de la solvencia técnica y profesional de los licitadores ajustada a lo establecido en el Pliego, la mayoría de licitadores, en contra de los principios de concurrencia e igualdad, resultaría gravemente perjudicada pues, como se ha dicho, la documentación presentada por estos no se acomoda a los criterios de solvencia previstos en el Pliego, sino al irregular intento de subsanación de aquel acometido por medio de las comunicaciones de 6 y 14 de agosto de 2012. Resulta, pues, necesario desistir del procedimiento de licitación e iniciar uno nuevo en el que, con plena garantía de los citados principios, se pueda subsanar la irregularidad contenida en la cláusula 3.2.2.c del

pliego de cláusulas administrativas particulares, asegurando su compatibilidad con el artículo 78 TRLCSP”.

Sexto. Por su parte, los recurrentes fundamentan su recurso en los siguientes argumentos:

- El artículo 155.4 del TRLCSP no permite que cualquier infracción previa del procedimiento o de las normas de preparación del contrato pueden dar lugar al desistimiento del procedimiento, sino que “debe concurrir además la imposibilidad de tener en cuenta las ofertas presentadas en los términos del pliego, tal y como se desprende de la Resolución 2/2012, de 5 de enero de 2012 del Tribunal al que nos dirigimos, en un caso semejante al que ahora nos ocupa, y en este caso existe la posibilidad de valorar las ofertas presentadas tal y como ordenó ese Tribunal en Resolución de 17 octubre de 2012”.

- Señalan que el desistimiento no es una opción de libre utilización, sino un remedio para evitar perjuicios al interés público.

- Critican el acuerdo impugnado porque no justifica el carácter no subsanable de la hipotética infracción concurrente en los pliegos y “porque el órgano de contratación al tergiversar la realidad, trata de fundamentar el desistimiento en el error al que llevó a los licitadores (que no presentaron los trabajos finalizados a 01.01.2005 conforme al PCA) el "irregular intento de subsanación" notificado en agosto de 2012. Y ello, traería consigo, según el acuerdo de desistimiento, que, de ejecutarse la resolución de ese Tribunal, se produciría la vulneración de los principios de concurrencia e igualdad y el perjuicio para estos”. Afirmar que “ello no supone ninguna justificación conforme al art 155.4 del RDL 3/2011, sino que, muy al contrario, el órgano de contratación parece velar más por los licitadores que no presentaron sus ofertas conforme al pliego de cláusulas administrativas que por aquellos que sí lo hicieron; y este actuar no supone la salvaguarda del interés público sino del interés particular de aquellos licitadores que se verían perjudicados, según afirma el órgano de contratación, de ejecutarse la Resolución de ese Tribunal de 17 octubre de 2012 “.

- Entienden que la decisión impugnada incumple la resolución de este Tribunal de 17 octubre de 2012, que ordenaba la retroacción del expediente y la valoración conforme se establecía en los pliegos, y es arbitraria. Además no utiliza para revisar el pliego “los procedimientos especiales denominados de revisión de oficio, con intervención de órganos ajenos a la Administración autora del acto (Órganos Consultivos o Judiciales), que velan por asegurar que el quebranto de la seguridad jurídica que se produce se fundamente en razones de legalidad”.

- Finalmente, se considera insuficiente la indemnización recibida de 100 euros por los gastos ocasionados.

Como conclusión, solicitan:

“Primero: Declarar nulo o anulable el acuerdo de desistimiento de 31.10.2012 y la modificación de la cláusula 9.6 del pliego de cláusulas administrativas operada en el mismo.

Segundo: Instar la ejecución de la resolución de ese Tribunal de 17 de octubre de 2012 por el que se anuló el anterior acuerdo del órgano de contratación de 13 septiembre de 2012 y resolvió se continuase con la tramitación del expediente de referencia retrotrayendo las actuaciones al momento de la valoración de acuerdo con la cláusula 3.2.2.c)

Tercero: Subsidiariamente, y en caso de no ser atendidas las anteriores solicitudes, se solicita que sea anulada la valoración de los criterios de la cláusula 3.2.2 c) relativa a los trabajos finalizados y se proceda a la valoración de la solvencia técnica o profesional utilizando para ello el resto de medios contenidos en el pliego de cláusulas administrativas, dado que superan los medios de valoración del artículo 78 del TRLCSP”.

Séptimo. Por su parte, en el informe del órgano de contratación se manifiesta que “existe un defecto en el procedimiento, no subsanable, que condiciona sustancialmente la valoración de la solvencia técnica y profesional de los licitadores o candidatos en el procedimiento restringido de referencia, y que aconseja y justifica, para su depuración, el ejercicio por el órgano de contratación de la facultad de desistimiento del procedimiento, y, paralelamente, la iniciación de un nuevo procedimiento en el que sea posible subsanar

la contradicción con el artículo 78 TRLCSP de la cláusula 3.2.2 c) del pliego de aplicación”.

Señala, como precedente, que este Tribunal *“ha tenido ya la ocasión de confirmar la facultad del órgano de contratación de desistir del procedimiento con el fin de depurar una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación”*. Así, la Resolución nº 157/2012, dictada en el Incidente de ejecución nº 1 -123/2012, señala lo siguiente:

“Es evidente que el órgano de contratación autor del acuerdo anulado por este Tribunal en la Resolución referida, ha sido cumplido al retrotraer las actuaciones al momento de la valoración de las ofertas, sin perjuicio de que el mencionado órgano, en uso de las competencias que tiene conferidas y a la vista de otros incumplimientos legales de que adolece el pliego en lo relativo a los criterios de adjudicación no valorables mediante la aplicación de fórmulas, considerara procedente la aplicación de lo dispuesto en el artículo 155.4 antes citado y acordar el desistimiento del procedimiento de adjudicación”.

Se añade que “la resolución recurrida opta por reconocer una indemnización de 100 euros a los candidatos o licitadores por los gastos en que hubiesen incurrido. Se fundamenta esta decisión en que el desistimiento acordado por el órgano de contratación se produce en una fase inicial del procedimiento restringido, antes de que los candidatos seleccionados hayan sido invitados por el órgano de contratación a presentar sus proposiciones. Ha estimado el órgano de contratación que los gastos indemnizables en esta fase inicial, derivados únicamente de la presentación de la documentación que acredite la personalidad, la capacidad y la solvencia de los candidatos o licitadores, no debieran ser superiores a 100 €, inferiores, pues, a los que podrían derivarse de la eventual adopción por el órgano de contratación de un acuerdo de desistimiento con posterioridad, una vez que los licitadores invitados por aquél hubiesen presentado sus proposiciones”.

Octavo. Expuestos los argumentos tanto de la Administración como de los recurrentes, debe determinarse si la actuación administrativa al acordar el desistimiento del procedimiento de licitación (que no ha llegado a la fase de adjudicación), es conforme a

Derecho. A estos efectos, debe partirse de la interpretación del artículo 155.4 TRLCSP que, como se ha expuesto, establece la facultad del órgano de contratación de desistir, antes de la adjudicación, del procedimiento de licitación, con fundamento 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, y con compensación 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. El desistimiento no impide la iniciación inmediata de un nuevo procedimiento de licitación. En la cláusula 9.5 del pliego de cláusulas administrativas particulares se concreta que *“se compensará a los candidatos o licitadores por los gastos en que hubiesen incurrido hasta un máximo de 500 euros”*.

La regulación de la Ley de Contratos del Sector Público de 2007, a diferencia de la normativa anterior, establece condiciones al órgano de contratación para acordar válidamente el desistimiento de un procedimiento de licitación antes de que el contrato haya sido adjudicado. Exige, para ello, la existencia de 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, no pudiéndose adoptar por razones de pura oportunidad.

La infracción de las normas de preparación y adjudicación del contrato puede apreciarse en los pliegos de contratación, entre otros actos que integran el procedimiento de licitación. En la medida en que la decisión de desistir de un contrato puede afectar, como es el caso, a los licitadores, la Ley exige el cumplimiento de los requisitos mencionados que deben ser interpretados de manera restrictiva. El desistimiento regulado en el TRLCSP es una alternativa de revisión de la actuación administrativa específica, en relación con los medios generales previstos en la Ley para la revisión de los actos administrativos como la declaración de lesividad prevista en el artículo 103 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Es por ello que, concurriendo dichas circunstancias, la Administración puede desistir del contrato sin necesidad de acudir a dichos medios de revisión de los actos administrativos, en beneficio de la eficacia de la

actuación administrativa, pues no tendría sentido continuar un procedimiento de licitación que infrinja la Ley, ni tampoco demorar en exceso la revisión de la actuación ilegal. Todo ello, claro está, siempre que no se comprometan derechos adquiridos, como sucedería si se hubiera producido la adjudicación del contrato.

Como se anticipó en la citada resolución 225/2012 de este Tribunal, en este caso existe una indudable contradicción entre la cláusula 3.2.2 c) del pliego de condiciones administrativas particulares, el punto 27 del Anexo I, de una parte, y el artículo 78 del TRLCSP, citado en el propio pliego, en la medida en que dicho precepto legal exige que la solvencia se acredite respecto de los 3 últimos ejercicios, lo cual tiene pleno sentido para asegurar la realidad y la actualidad de la solvencia. Es evidente que exigir, para acreditar la solvencia, la realización de trabajos finalizados hace 7 años, como hace el pliego, no es conforme con dicho criterio.

Por ello, este Tribunal entiende que concurre la causa establecida por la Ley, ya que la contradicción entre el pliego y el artículo 78 TRLCSP constituye una infracción relevante de las normas de preparación y adjudicación del contrato que justifican el desistimiento, y que esta infracción tiene carácter de insubsanable, como prueba que el intento por parte de la Administración de cambiar el sentido de la cláusula fue considerado nulo por este Tribunal en la reiterada resolución 225/2012. Esta circunstancia diferencia este caso del tratado en la resolución 2/2012 de este Tribunal, citada por el recurrente, en que el contrato era perfectamente viable con la cláusula de valoración establecida en el pliego.

Este criterio es coherente con la reiterada resolución 225/2012, y no supone, frente a lo que alega el recurrente, su inejecución o desconocimiento. En la resolución 225/2012, dictada en este procedimiento, lo que se sometía a revisión era una decisión del órgano de contratación que incumplía claramente el pliego, sin haber dispuesto los mecanismos para su correcta revisión, razón por la cual fue anulada. En este caso, lo que ha hecho la Administración ha sido desistir del procedimiento al comprobar que el pliego no era conforme a Derecho, siguiendo el camino establecido por la Ley. La propia resolución, como se ha comprobado, proponía esta vía para acomodar el pliego a la Ley. Por ello, no puede considerarse que la actuación de la Administración haya sido arbitraria ni contraria al interés público.

Por otra parte, el órgano de contratación ha justificado, como exige la Ley, su decisión, si bien es cierto que de manera un tanto confusa. En efecto, alega por una parte, como se ha expuesto anteriormente, la razón a juicio de este Tribunal válida, esto es, la vulneración del artículo 78 TRLCSP; añade después una consideración poco comprensible en torno al fomento de la libre concurrencia en función del número de empresas que cumplirían con los criterios declarados nulos por este Tribunal, es decir, por haber presentado trabajos iniciados con posterioridad al año 2005. Esta afirmación del órgano de contratación solo puede comprenderse en el sentido de que la configuración del pliego vulnera el artículo 78 TRLCSP en la medida en que no acredita de manera realista y actualizada la solvencia de los licitadores, lo que es fundamental para asegurar su eficaz cumplimiento. En estos términos, el Tribunal entiende que la resolución del órgano de contratación está suficiente, aunque sea mínimamente, motivada, conforme exige el artículo 155 del TRLCSP.

Finalmente, por lo que se refiere a la indemnización de 100 euros a cada licitador por los gastos incurridos, este Tribunal comparte el criterio de la Administración que tiene su base en el propio pliego de condiciones –cláusula 9.5- donde se prevé una indemnización de hasta 500 euros, teniendo en cuenta la fase muy inicial del procedimiento restringido en la que se acuerda el desistimiento, en la que no se han llegado todavía a presentar ofertas, sin que, por otra parte, los recurrentes hayan acreditado haber incurrido en mayores gastos.

Por todo lo anterior,

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. C. M. R., D. J. A. M. S. y D. J. S. H., en representación todos ellos de la UTE CARLOS MANZANO ARQUITECTOS-JOSE ANTONIO MARTÍN SOTO-JUAN SOCAS HURTADO, contra el acuerdo de la Junta de Contratación del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación de 31 de octubre de 2012, por el que se acuerda el desistimiento del procedimiento restringido para la contratación del servicio de asistencia técnica para las obras de rehabilitación de un

inmueble y de construcción de un anexo para albergar la Cancillería de la Embajada de España en Asunción (Paraguay), para proceder a la apertura de una nueva licitación

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 del 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, letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.