



Recurso nº 741/2019 Principado de Asturias 46/2019

Resolución nº 971/2019

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

En Madrid, a 26 de agosto de 2019.

VISTO el recurso interpuesto por D.M.M.R.F. en representación de CLN INCORPORA, SL contra la resolución de 10 de junio de 2019 de “*desistimiento*” de la licitación convocada por la Consejera de Servicios y Derechos Sociales para contratar el “*servicio de portería, control de accesos e información al público en los Centros de día para personas mayores dependientes y Centros sociales de Lada, Vegadeo, Lugones y Grado y en la Hospedería del mar de Avilés*”, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Por resolución de 22 de marzo de 2019 de la Consejera de Servicios y Derechos Sociales se acordó el inicio del procedimiento de licitación del contrato del servicio de portería, control de accesos e información al público en los Centros de día para personas mayores dependientes y Centros sociales de Lada, Vegadeo, Lugones y Grado y en la Hospedería del mar de Avilés.

Segundo. El 16 de abril de 2019 aprobó el PCAP en cuya cláusula se dijo:

“10.3.- Para la determinación de la mejor oferta se atenderá a los siguientes criterios de valoración automáticos o calculados mediante fórmulas establecidas:

A) Número de horas de libre disposición 20 puntos

Las empresas licitadoras deberán de especificar el número de horas anuales de libre disposición que, con carácter retribuido, se comprometen a conceder a los/as trabajadores/as



adscritos/as a la prestación del servicio, para que puedan atender un deber inexcusable de carácter público o personal o acudir a consultas médicas, tanto propio como de sus hijos y/o hijas o acogidos y/o acogidas menores o parientes con discapacidad hasta el segundo grado de afinidad o consanguinidad. La empresa deberá de cubrir dichas ausencias con otro/a trabajador/a.

Se valorará con 20 puntos a la empresa que ofrezca un mayor número de horas, al resto de las empresas se les adjudicará una puntuación intermedia a través de una regla de tres, otorgando 0 puntos a la empresa que no ofrezca esta mejora”.

Tercero. Por resolución de 9 de mayo de 2019 de la Secretaria General Técnica de la Consejería de Servicios y Derechos Sociales se anunció la licitación del contrato del servicio de portería, control de accesos e información al público en los Centros de día para personas mayores dependientes y Centros sociales de Lada, Vegadeo, Lugones y Grado y en la Hospedería del mar de Avilés.

El 13 de mayo de 2019 se publicó la licitación en el Diario Oficial de la Unión Europea.

Cuarto. Reunida la mesa de contratación el 29 de mayo de 2019: “los miembros de la mesa deciden por unanimidad desistir de la presente contratación por razones de igualdad de trato y no discriminación que han de comprometerse las empresas a conceder a los/as trabajadores/as adscritos al servicio (sic) no está bien definido en el pliego de cláusulas administrativas particulares, lo que ha supuesto que las empresas formularsen ofertas heterogéneas no siendo posible su valoración”.

A la vista de lo anterior la consejera de Servicios y Derechos Sociales dictó resolución de 10 de junio de 2019 desistiendo de la contratación.

Quinto. Contra la resolución indicada en el ordinal anterior se interpuso el presente recurso mediante escrito recibido en el registro electrónico de este Tribunal el 14 de junio de 2019.

Sexto. Del recurso se dio traslado al Gobierno del Principado de Asturias por quien se presentó informe interesando la desestimación del recurso.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. La competencia para resolver el presente recurso corresponde a este Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de conformidad con lo establecido en el apartado 2 del artículo 46 LCSP y en el Convenio de colaboración suscrito por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias el 4 de octubre de 2013 (BOE 28 de octubre de 2013).

Segundo. El presente contrato es susceptible de este recuso especial conforme al artículo 44.1.a) LCSP al tratarse de un contrato de servicios de un valor superior a 100.000,00 euros (concretamente 1.199.599,00 €) licitado por un poder adjudicador como es la Consejería de Servicios y Derechos Sociales del Principado de Asturias.

El acto recurrido es el acuerdo de desistimiento, acto susceptible de recurso por mor del artículo 44.2.b) LCSP al tratarse de un ato de trámite que determina la imposibilidad de continuar el procedimiento de licitación.

Tercero. Se ha de reconocer a la empresa recurrente la legitimación exigida en el artículo 48 del LCSP al tratarse de una licitadora del procedimiento al que se puso fin por la resolución objeto de recurso.

Cuarto. La resolución recurrida fue notificada oficialmente el 19 de junio de 2019, con posterioridad a la interposición del presente recurso que había sido recibida por este Tribunal el 14 de junio de 2019. Resulta, pues, incontestable que el recurso se ha interpuesto en tiempo.

Quinto. Como único motivo del recurso protesta CLN INCORPORA, SL que el órgano de contratación desistiera del procedimiento de adjudicación ante la dificultad de aplicar el PCAP.

Alegación frente al cual el órgano de contratación, en su informe, sostiene que dada la oscuridad del pliego razones de igualdad de trato y no discriminación obligaban a desistir del contrato, por no ser posible la valoración de las ofertas dada su heterogeneidad.



Sexto. Con carácter previo al análisis de la cuestión es preciso reiterar el marco normativo y jurisprudencial que ampara la decisión del órgano de contratación de desistir de un procedimiento de adjudicación.

Establece el artículo 152 de la LCSP que «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».*

En la hermenéutica de dicho precepto debe tenerse en cuenta el criterio sentado por la Sentencia Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 11 de diciembre de 2014 (asunto C-440/13), conforme a la cual «De ese modo, el Derecho de la Unión no se opone a que los Estados miembros establezcan, en su normativa, la posibilidad de adoptar una decisión de revocar una licitación. Los motivos de dicha decisión de revocación pueden basarse así en razones, relacionadas en particular con la apreciación de la oportunidad, desde el punto de vista del interés público, de llevar a término un procedimiento de licitación, habida cuenta, entre otras cosas, de la posible modificación del contexto económico o de las circunstancias de hecho, o incluso de las necesidades de la entidad adjudicadora de que se trata. Una decisión de ese tipo puede también motivarse por el nivel insuficiente de competencia, debido al hecho de que, al finalizar el procedimiento de adjudicación del contrato en cuestión, únicamente quedara un licitador idóneo para ejecutar dicho contrato.».



Finalmente, por este Tribunal se ha sostenido en resoluciones como la 254/2019, 15 de marzo, «el precepto [artículo 152 LCSP] recoge dos instituciones distintas, la renuncia y el desistimiento, como hemos manifestado en reiteradas ocasiones por este Tribunal. La renuncia, a diferencia del desistimiento, supone un cambio en la voluntad de la Administración de contratar la prestación, por razones de interés público y, por ello, es un acto de contenido discrecional. Ha de ser acordado –al igual que el desistimiento– antes de la adjudicación del contrato, para evitar lesionar derechos y no meras expectativas, y precisamente por su carácter discrecional el artículo 152.3 de la LCSP introduce como cautela, para evitar fraudes en el procedimiento de adjudicación, la prohibición al órgano de contratación de promover una nueva licitación del objeto del contrato en tanto subsistan las razones alegadas para fundamentar la renuncia. Por el contrario, el desistimiento tiene un contenido por completo diferente, a diferencia de la renuncia no es un acto discrecional determinado por el cambio de voluntad de la Administración contratante, sino un acto reglado fundado en causas de legalidad y no de oportunidad. Por ello exige, como señala el apartado 4 del artículo 152 de la LCSP, la concurrencia de una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación, que haga imposible continuar con la licitación hasta su adjudicación; y por ello el desistimiento, a diferencia de la renuncia, no impide la iniciación inmediata de un nuevo procedimiento de licitación con el mismo objeto. En relación con el desistimiento este Tribunal ha señalado (Resolución 323/2016, de 29 de abril) que: “se configura como un mecanismo que la Ley ofrece a la Administración para evitar la celebración de aquellos contratos en cuya preparación o procedimiento para la adjudicación se haya incurrido en defecto no subsanable, evitándose así que llegue a generar derechos y obligaciones para las partes. Este procedimiento, lógicamente, podrá ser utilizado por la Administración en todos aquellos casos en que concurran los requisitos que se exigen legalmente. Para que pueda acordarse válidamente, es necesario que esté basado, como se desprende del precepto transcrito, en defecto no subsanable, que se justifique la concurrencia de la causa en que se basa y que se produzca antes de la adjudicación del contrato”. En idénticos términos se pronuncia la Resolución de este Tribunal 697/2018 dictada en el recurso 622/2018». En resumen, el desistimiento debe fundarse en una causa de legalidad y, concretamente, en un defecto no subsanable que impida la normal terminación del procedimiento de adjudicación.



Partiendo de dicha base debemos examinar el presente caso en el que el órgano de contratación funda su desistimiento en la dificultad de interpretar adecuadamente la cláusula 10.3 del PCAP conforme a la cual:

“10.3 Para la determinación de la mejor oferta se atenderá a los siguientes criterios de valoración automáticos o calculados mediante fórmulas establecidas:

A) Número de horas de libre disposición.....20 puntos.

Las empresas licitadoras deberán especificar el número de horas anuales de libre disposición que, con carácter retribuido, se comprometen a conceder a los/as trabajadores/as adscritos/as a la prestación del servicio, para que puedan atender un deber inexcusable de carácter público o personal o acudir a consultas médicas, tanto propio como de sus hijos y/o hijas acogidos y/o acogidas menores o parientes con discapacidad hasta el segundo grado de afinidad o consanguinidad”.

La citada cláusula no aclara si la oferta de horas de libre disposición se han de ofertar para el conjunto de los trabajadores adscritos o para cada uno de ellos. Partiendo de ello y a la vista de que algunos licitadores habían ofertado un número de horas por trabajador pero otros un número global para el conjunto de empleados se planteó una concreta duda hermenéutica que la mesa de contratación en su sesión de 10 de junio de 2019 consideró de imposible solución:

“Finalizada la deliberación, los miembros de la Mesa deciden por unanimidad proponer al órgano de contratación el desistimiento de la presente contratación por razones de igualdad de trato y no discriminación entre las empresas al resultar evidente que el criterio de valoración referido al número de horas de libre disposición que han de comprometerse las empresas a conceder a los/as trabajadores/as adscritos al servicios [sic] no está bien definido en el PCAP, lo que ha supuesto que las empresas formularan ofertas heterogéneas no siendo posible su valoración”.

Partiendo de ello considera este Tribunal que ciertamente la redacción de la cláusula 10.3 del PCAP es, en varios aspectos, mejorable y aunque la buena lógica nos debiera llevar a entender que las horas de libre disposición son un derecho individual de los empleados y, por



ende, que se deben reconocer individualmente y no en modo alzado o en globo lo cierto es que ningún elemento permitir concluir que fuera tal la interpretación del redactor de los pliegos. Ante ello, y no siendo una mera hipótesis sino una realidad, que la ambigüedad del texto indujo a confusión a los licitadores entendemos fundada la decisión de desistir. Ello puesto que el criterio de los pliegos no es suficientemente objetivo, está imperfectamente delimitado y no permite una aplicación que garantice un trato objetivo y no discriminatorio de las ofertas de los licitadores. Y con ello se perjudica al interés público tanto respecto del órgano de contratación como de los licitadores, que pueden verse perjudicados unos u otros por la aplicación de un criterio que admite interpretaciones diversas.

En resumen, entendiendo fundamentado el desistimiento consideramos procedente desestimar el presente recurso.

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.M.M.R.F. en representación de CLN INCORPORA, SL contra la resolución de 10 de junio de 2019 de “*desistimiento*” de la licitación convocada por la Consejera de Servicios y Derechos Sociales para contratar el “*servicio de portería, control de accesos e información al público en los Centros de día para personas mayores dependientes y Centros sociales de Lada, Vegadeo, Lugones y Grado y en la Hospedería del mar de Avilés*”, resolución que confirmamos íntegramente.

Segundo. 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 58 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 Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, 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 10.1 letra



k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa