

Recurso 131/2014**Resolución 59/2015****ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA.**

Sevilla, 17 de febrero de 2015

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **SEHUTEL, S.L.** contra la resolución de 3 de marzo de 2014 de desistimiento del contrato denominado “Suministro de equipos de radiocomunicaciones y sus accesorios para el funcionamiento del dispositivo de lucha contra incendios forestales” (Expte. NET 236435), promovido por la Agencia de Medio Ambiente y Agua de Andalucía, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO. Mediante resolución de 21 de mayo de 2012, el órgano de contratación de la Agencia de Medio Ambiente y Agua de Andalucía autorizó el inicio de un expediente para la contratación del “Suministro de equipos de radiocomunicaciones y sus accesorios para el funcionamiento del dispositivo de lucha contra incendios forestales” (Expte. NET 236435) mediante el procedimiento negociado sin publicidad, al haberse declarado desierto dicho contrato tramitado inicialmente por el procedimiento abierto. Asimismo, el 24 de mayo de 2012, se dictó resolución acordando la aprobación del expediente de contratación y la apertura del procedimiento de adjudicación mediante procedimiento negociado sin publicidad.



Mediante resolución de 1 de junio de 2012 se acuerda la suspensión de dicho procedimiento en cumplimiento de la medida cautelar adoptada por este Tribunal ante la interposición de un recurso por la empresa DOMINIOM INSTALACIONES Y MONTAJES, S.A.U. contra la resolución por la que se excluía la oferta de dicha empresa y se declaraba desierto el citado contrato tramitado por el procedimiento abierto.

En virtud de resolución de 28 de diciembre de 2012 *se reactiva* el citado procedimiento de contratación por negociado sin publicidad, una vez dictada resolución de 7 de noviembre de 2012 en la que volvía a declararse desierto el contrato licitado por procedimiento abierto, una vez vista la oferta de la empresa DOMINIOM INSTALACIONES Y MONTAJES, S.A.U. tras la estimación del recurso interpuesto por dicha empresa ante este Tribunal, en virtud de resolución 69/2012, de 21 de junio.

Tras la tramitación del procedimiento negociado sin publicidad y una vez valoradas las ofertas, finalmente se dicta resolución de 11 de marzo de 2014 por la que se acuerda desistir del procedimiento de adjudicación.

El valor estimado del contrato asciende a la cantidad de 300.000 euros, según se especifica en el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) que rige la licitación.

SEGUNDO. El 31 de marzo de 2014, tuvo entrada en el Registro del órgano de contratación recurso especial en materia de contratación interpuestos por la entidad SEHUTEL, S.L. contra la resolución de desistimiento del contrato mencionado, dicho recurso fue remitido a este Tribunal el 3 de abril de 2014.

TERCERO. El 7 de abril de 2014, la Secretaría del Tribunal solicitó al órgano de contratación el expediente de contratación, informe sobre el recurso y un listado de los licitadores en el procedimiento de adjudicación.



El 8 de abril de 2014, tuvo entrada en el Registro de este Tribunal la documentación solicitada al órgano de contratación.

CUARTO.. El 24 de abril de 2014, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso a los licitadores a efectos de alegaciones por un plazo de cinco días hábiles, habiéndolas presentado en plazo la empresa APLICACIONES TECNOLOGICAS JUMA S.L.

QUINTO. En virtud de resolución de 26 de mayo de 2014 este Tribunal denegó la medida cautelar de suspensión de la resolución recurrida solicitada.

SEXTO. En la tramitación del presente recurso se han cumplido todos los plazos legales salvo el plazo para resolver previsto en el artículo 47.1 del TRLCSP, dada la acumulación de asuntos existente en este Tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 41.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP), aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía y en la Orden de 14 de diciembre de 2011, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, por la que se acuerda el inicio del funcionamiento del citado Tribunal.

SEGUNDO. Ostenta legitimación el recurrente para la interposición del recurso dada su condición de licitador de conformidad con lo establecido en el artículo 42 del

TRLCSP



TERCERO. Visto lo anterior, procede determinar si el recurso ha sido interpuesto contra alguno de los actos que, de conformidad con lo establecido en el artículo 40 del TRLCSP, es susceptible de recurso en esta vía.

En cuanto al concreto acto de que se recurre, el desistimiento de la licitación, la resolución recurrida es susceptible de recurso especial, de acuerdo con el apartado 2.c) artículo 40 TRLCSP, en tanto en cuanto el desistimiento constituye una forma de terminación del procedimiento de licitación, asimilable a la adjudicación.

La posibilidad de control vía recurso especial de los actos de desistimiento precontractual de los órganos de contratación ha sido garantizada expresamente por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, al afirmar sobre esta cuestión, la Sentencia de 18 de junio de 2002, asunto Hospital Ingenieure, apartado 48, 50 y 51 (Criterio confirmado por la Sentencia de 2 de junio de 2005, asunto Koppensteiner GMBH, o), lo siguiente:

«Pues bien, en la medida en que la decisión de la entidad adjudicadora de cancelar una licitación para un contrato público de servicios esta sujeta a las normas materiales pertinentes del Derecho comunitario, procede inferir que esta asimismo comprendida en el ámbito de aplicación de las normas establecidas en la Directiva 89/665 con el fin de garantizar el cumplimiento de las prescripciones del Derecho comunitario en materia de contratos públicos.

...

Además, el sistema general de la Directiva 89/665 impone una interpretación de dicho concepto en sentido amplio, por cuanto el artículo 2, apartado 5, de dicha Directiva autoriza a los Estados miembros a establecer que, cuando se reclame una indemnización de daños y perjuicios porque una decisión de la entidad adjudicadora se haya adoptado ilegalmente, la decisión impugnada debe ser previamente anulada.

En efecto, admitir que los Estados miembros no están obligados a instaurar procedimientos de recurso de anulación con respecto a los acuerdos por los que se



cancela una licitación equivaldría a autorizarles a privar, en ejercicio de la facultad prevista en la disposición mencionada en el apartado anterior, a los licitadores lesionados por tales acuerdos, adoptados con infracción de las normas del Derecho comunitario, de la posibilidad de promover acciones de indemnización de daños y perjuicios».

La finalidad de esta doctrina es garantizar «el efecto útil de la Directiva 89/665. Como se desprende de sus considerandos primero y segundo, la finalidad de esta Directiva es reforzar los actuales mecanismos, tanto en el plano nacional como en el plano comunitario, para garantizar la aplicación efectiva de las directivas comunitarias en materia de adjudicación de los contratos públicos, en particular, en la fase en la que las infracciones aún pueden corregirse y, precisamente para garantizar el respeto de dichas directivas, el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 89/665 obliga a los Estados miembros a establecer recursos lo más eficaces y rápidos posible (véase, en este sentido, la sentencia Alcatel Austria y otros, antes citada, apartados 33 y 34)» (Apartado 52 de la sentencia citada).

Este criterio ha sido recogido por este Tribunal en la Resolución 96/2012, de 16 de octubre de 2012 y por los demás órganos de recursos contractuales (por ejemplo, el Acuerdo 11/2014, de 20 de febrero de 2014, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, la Resolución del Tribunal de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid 17/2011; cuya interpretación se ha asumido también por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en la Resolución 263/2012, de 21 de noviembre y por el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, mediante Resolución 54/2013, de 25 de septiembre de 2013), distinguiendo entre desistimiento del procedimiento y renuncia a celebrar un contrato.

El recurso se interpone contra el desistimiento de la licitación de un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada, por lo que el acto impugnado es susceptible de recurso especial conforme a lo establecido en el artículo 40.1. a) y 40.2. c) del TRLCSP y ha sido dictado por un poder adjudicador.



CUARTO. Sin embargo, hay que tener en cuenta que el acto impugnado no es el de adjudicación sino el desistimiento del contrato, con lo que la remisión que hace el artículo 44.2 al artículo 151.4 ha de entenderse respecto del artículo 155.1 que establece que *“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 notificara 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.”*

No puede olvidarse que el sistema de cómputo de plazos arraigado en el ordenamiento jurídico español en coherencia con los principios de seguridad jurídica y defensa del administrado, es el de considerar *dies a quo* el de la fecha de notificación en forma del acto susceptible de recurso.

Al respecto debe tenerse en cuenta la exigencia del artículo 59 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, *“Las notificaciones se practicarán por cualquier medio que permita tener constancia de la recepción por el interesado o su representante, así como de la fecha, la identidad y el contenido del acto notificado”*.

En consecuencia, siendo la notificación requisito de eficacia del acto administrativo es evidente que las notificaciones efectuadas no pueden producir el efecto de dar inicio al transcurso del plazo para recurrir sino cuando conste su recepción, de tal forma que deberá considerarse como fecha de notificación la del día en que fue recibido por el recurrente.



La notificación es un «instrumento capital» del derecho de defensa (por todas, STC 176/2009). Su finalidad es lograr que el acto administrativo sea conocido por el interesado, para que, en definitiva, pueda aquietarse o reaccionar ante el mismo con todas las garantías de defensa. Así la STS de 30 de abril de 1998, afirma que «lo importante y trascendente de toda notificación es que llegue a conocimiento del

interesado la actuación de la Administración y ello en condiciones tales que le permita conocer el contenido de la diligencia a fin de que pueda utilizar los medios de defensa oportunos».

En el supuesto examinado, la resolución impugnada se notificó a la empresa recurrente el 12 de marzo de 2014, no obstante el recurrente solicitó vista del expediente el 25 de marzo de 2014 a efectos de poder interponer el recurso . La vista del expediente tuvo lugar el 28 de marzo y presentándose el recurso en el registro del órgano de contratación el 31 de marzo, el mismo se ha interpuesto dentro del plazo legal antes señalado.

QUINTO. La recurrente formula recurso frente a la Resolución de 11 de marzo de 2014, del Director Gerente de la Agencia de Medio Ambiente y Aguas de Andalucía por la que se desiste del expediente de contratación “Suministro de equipos de radiocomunicaciones y sus accesorios para el funcionamiento del dispositivo de lucha contra incendios forestales” (Expte. NET 236435) mediante el procedimiento negociado sin publicidad.

Se alega por la recurrente la inexistencia de las razones aludidas por el órgano de contratación que puedan motivar la decisión de la cancelación del procedimiento de contratación, poniendo de manifiesto la irregularidades que se han producido en la tramitación de dicho expediente y alegando desviación de poder puesta de manifiesta por la decisión arbitraria de no adjudicar el contrato a la recurrente cuya oferta había sido la mejor valorada.

Por tanto, la cuestión de fondo se centra en analizar si el acto de cancelación de la licitación por parte del órgano de contratación ha infringido la legislación en materia de contratos públicos y, particularmente los principios de transparencia e igualdad de trato, sancionados en el artículo 1 del TRLCSP como principios rectores de la contratación.



La Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC) contempla, con carácter general, entre otros, en sus artículos 42 y 87, el desistimiento como una de las formas de terminación del procedimiento administrativo, cuyo ejercicio y efectos se regulan en los artículos 90 y 91 LRJ-PAC.

Sin embargo, el desistimiento, como potestad discrecional de la Administración, está limitada, como todas las de tal clase, por la norma general imperativa por la cual aquélla debe cumplir los fines que le son propios, al servicio del bien común y del ordenamiento jurídico, y siempre basándose en los principios de racionalidad y proporcionalidad. Así lo ha puesto de manifiesto en su jurisprudencia el Tribunal Supremo en reiteradísimas ocasiones (Sentencias de 16 abril 1999, RJ 1999\4362 de 23 de junio de 2003, RJ 4413, o Sentencia de 21 septiembre 2006 RJ 2006\6437, entre otras muchas).

El artículo 155 del TRLCSP regula, junto a la renuncia, el desistimiento como una forma de terminación de un procedimiento de contratación pública sin selección de ningún licitador, al establecer que *“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”*.

Por tanto, las entidades adjudicadoras no están obligadas a llevar a término el procedimiento de adjudicación si bien, toda cancelación de la licitación debe estar sujeta al cumplimiento de una serie de requisitos que constituyen límites al ejercicio de dicha potestad discrecional de la Administración.

A la vista de lo dispuesto en dicha disposición, como señaló el Tribunal Administrativo de de Contratos Públicos de Navarra en su Acuerdo 19/2013, de 31 de julio, “el desistimiento del procedimiento de contratación constituye una facultad de la Administración sujeta a una serie de requisitos que son lo siguientes:



- . Debe acordarse por el órgano de contratación.
- . Debe acordarse antes del inicio de la ejecución del contrato.
- . Debe justificarse en razones de interés público.
- . Debe motivarse la causa y notificarse a los interesados.”

Por tanto, una vez verificado que el órgano adopta la decisión de poner fin a un procedimiento de contratación sin proceder a la selección de licitador y en el momento procedimental en que se adopta, lo que se impone de modo principal es analizar si la misma está suficientemente motivada .

En este sentido, el Dictamen del Consejo de Estado de 22 de julio de 2010: *"El desistimiento de la Administración constituye un remedio excepcional ante una situación que, en la medida de lo posible, deberá evitarse que se produzca. Y en todo caso, la Administración sólo podrá desistir del contrato cuando razones de interés público así lo aconsejen. No se configura como una opción de libre utilización por la misma, sino como una solución a la que únicamente podrá acudir cuando la prosecución de las actuaciones o de la ejecución del contrato perjudique el interés público o sea incompatible con él. De ahí que la justificación de la decisión de la Administración de resolver el contrato haya de constar en el expediente administrativo y de ella deberá tener oportuno conocimiento el contratista a los efectos pertinentes, incluida la posibilidad de alegar contra la decisión de desistir y de impugnar la realidad misma de sus fundamentos en relación con las exigencias del interés público".*

A la vista de la Resolución de 3 de marzo de 2014 del Director Gerente de la Agencia de Medio Ambiente y Agua, por la que se desiste del expediente de contratación con anterioridad a la adjudicación del contrato, lo que se impone es determinar, en este caso, si dicha resolución está suficientemente motivada.

Como señala el Tribunal Supremo, entre otras, en Sentencia de 5 de mayo de 1994 (RJ 1994\3781): *"Lo discrecional no es lo mismo que lo caprichoso, y el margen de*



libertad que la discrecionalidad otorga a la Administración lo sigue teniendo aunque se le imponga la obligación de expresar los motivos de su actuación, deber lógico para que pueda distinguirse entre lo discrecional lícito y lo arbitrario injusto; en la discrecionalidad los motivos lícitos no son controlables, pero han de ser conocidos, justamente para que pueda examinarse si la decisión es fruto de la discrecionalidad razonable o del capricho o humor de los funcionarios; en último extremo, con discrecionalidad o sin ella, la Administración no puede perseguir con su actuación otra cosa que el mejor servicio a los intereses generales -artículo 103.1 de la Constitución Española, y, por lo tanto, debe dejar constancia de las razones que avalan esa finalidad y descartan cualquier otra ilícita". Y el mismo Tribunal Supremo explica en la Sentencia de 9 de julio de 2010 (RJ 2010\6133) lo siguiente: "Con carácter general, la motivación de los actos administrativos precisa, según reiterada doctrina del Tribunal Constitucional y jurisprudencia de este Tribunal Supremo, cuya reiteración excusa cita, de una explicación suficiente sobre las razones de la decisión adoptada --la asignación de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero-- asequible al destinatario de los mismos, poniendo de manifiesto los motivos, concretos y precisos aunque no exhaustivos, de la resolución administrativa adoptada. Este conocimiento constituye la premisa esencial para que el receptor del acto administrativo pueda impugnar el mismo ante los órganos jurisdiccionales, y estos, a su vez, puedan cumplir la función que constitucionalmente tienen encomendada de control de la actividad administrativa y del sometimiento de ésta a los fines que la justifican, ex artículo 106.1 CE". Es decir, la motivación exigible en las resoluciones administrativas es aquella que permite conocer, por los propios interesados y por los órganos administrativos o judiciales que hayan de realizar su control de legalidad, las razones que han conducido a su adopción.

Para hacer dicho análisis hay que exponer cada uno los trámites e incidencias que se han producido en el expediente.

SEXTO. En virtud de la resolución de 28 de diciembre de 2012, se reactiva el citado procedimiento de contratación por negociado sin publicidad, una vez dictada la



resolución de 7 de noviembre de 2012 en la que volvía a declararse desierto el contrato licitado por procedimiento abierto y una vez vista la oferta de la empresa DOMINIOM INSTALACIONES Y MONTAJES, S.A.U. tras la estimación del recurso interpuesto por la misma en este Tribunal, en virtud de resolución 69/2012, de 21 de junio. En aquella resolución se establece como plazo de presentación de ofertas hasta el 25 de enero de 2013 y se cita a los licitadores a una sesión informativa el día 15 de enero de 2013.

Las empresas que presentaron oferta en plazo fueron APLICACIONES TECNOLOGICAS JUMA , S.L., DOMINION INSTALACIONES Y MONTAJES, S.A. y SEHUTEL, S.L.

Con fecha de 29 de enero de 2013 se emite un informe de admisión de las citadas ofertas por cumplir con los requisitos previos de admisión de ofertas recogidos en el sobre 1.

Tras la apertura del sobre 2 de las tres ofertas admitidas a la licitación, se emitió un informe de 13 de febrero de 2013 en el que se hace constar incidencias técnicas en las ofertas de las empresas APLICACIONES TECNOLOGICAS JUMA, S.L. y DOMINION INSTALACIONES Y MONTAJES, S.A. por no cumplir con el Pliego de prescripciones técnicas. Nos obstante en dicho informe consta, respecto a la oferta de la empresa SEHUTEL, S.L. que *“analizada con detenimiento la oferta presentada por esta empresa no observamos ninguna incidencia”*.

El 8 de marzo de 2013, se comunica a las empresas APLICACIONES TECNOLOGICAS JUMA , S.L. y DOMINION INSTALACIONES Y MONTAJES, S.A. dichas incidencias técnicas para que subsanen los defectos advertidas en su oferta técnica en el plazo de 10 días.

Una vez presentada la subsanación requerida a ambas empresas, se procede a la valoración de las ofertas de las tres empresas licitadoras, constando en el acta de la



mesa de contratación de 15 de mayo de 2013, tras la valoración de la oferta técnica y la económica, la siguiente puntuación:

- APLICACIONES TECNOLOGICAS JUMA , S.L..... 8,98 Puntos
- DOMINION INSTALACIONES Y MONTAJES, S.A.....9,29 puntos
- SEHUTEL, S.L.....10 puntos

El día 18 de junio de 2013 se envía un correo electrónico a las tres empresas por parte de D. José Manuel Mendoza Chaves indicando que *“por razones sobrevenidas ajenas a nuestra voluntad, y a la vista de las ofertas recibidas inicialmente, nos vemos obligados a modificar sendos aspectos puntuales de las condiciones de la licitación, en concreto los siguientes:*

1. *El plazo del contrato será de un año, sin previsión de prórroga*
2. *Se eliminan de la relación de los equipos a suministrar los siguientes equipos:*
 - *Repetidor VHF B/B completo. Equipo totalmente ajustado y programado con el canal y subtono requerido, tarjeta balanceada de 600 Ohmios o equivalente para radioenlaces y micro.*
 - *Radioenlace UHF completo (equipo, tarjeta balanceada de 600 Ohmios o equivalente para radioenlaces y micro) y programado con los canales y subtonos de los enlaces INFOCA.*

Es por ello, que la mejora de oferta presentada por ustedes se la remitimos sin abrir por correo certificado, solicitándoles mediante la presente que antes del próximo día 21 de junio de 2013 a las 10:00 horas presenten su mejor y última oferta en el expediente....”.

Una vez recibida la documentación requerida a las empresas, se procede a la valoración de las distintas ofertas y en el acta de la mesa de contratación de 21 de junio de 2013 se recoge el informe de valoración de las mismas con el siguiente resultado:

- APLICACIONES TECNOLOGICAS JUMA , S.L..... 9,24 Puntos
- DOMINION INSTALACIONES Y MONTAJES, S.A.....8,53 puntos



- SEHUTEL, S.L.....9,33 puntos

A dicha acta se acompaña un informe sobre las incidencias detectadas en el expediente y que respecto a la oferta de la recurrente tan sólo consta la observación de “catálogo en inglés”.

No obstante, con anterioridad al informe final de valoración de ofertas de 21 de junio de 2013, se adquieren determinados equipos y repuestos por considerar “urgente y necesario la adquisición de los mismos para el funcionamiento y seguridad del dispositivo” a través de contratos menores.

Tras dicho informe de valoración de ofertas en la que la oferta mejor valorada seguía siendo la de la recurrente, consta en el expediente un correo electrónico de 4 de septiembre de 2013 de D^a María Nicasia Montoro (Subdirección General de Incendios Forestales) dirigido entre otros al jefe de contratación de la Agencia de Medio Ambiente y Agua, en el que se indica que “te envío un archivo con las “particularidades” o posibles cuestiones de documentación/administrativas que hemos detectado en las ofertas de los distintos proveedores a la hora de realizar la valoración técnica de los distintos equipos y accesorios ofertados. Eso junto con la valoración definitiva que os entregamos el pasado 27 de junio entiendo que es la información necesaria tanto para tomar una determinación sobre el futuro del propio expediente, como para valorar qué respuesta o reporte razonable se le de a los propios proveedores al respecto”.

Posteriormente se emite un informe del jefe de contratación de 13 de diciembre de 2013 proponiendo el desistimiento del procedimiento, lo que se lleva a cabo en virtud de resolución de 11 de marzo de 2014 en base a los siguientes motivos:

1. “El procedimiento se ha iniciado y tramitado sin el informe preceptivo de la Dirección General de Telecomunicaciones y Sociedad de la Información de la Consejería de Economía, Innovación , Ciencia y Empleo, de acuerdo con lo previsto en la Orden de 7 de marzo de 2011, conjunta de la Consejería de Hacienda y Administración Pública y de la Consejería Economía, Innovación , Ciencia y



Empleo, sobre coordinación en la elaboración y desarrollo de determinados aspectos de la política informática de la Junta de Andalucía.

2. Durante la tramitación del expediente se han modificado el alcance de las prestaciones del contratista establecidas en la licitación.

3. No existen ofertas válidas haciendo una interpretación estricta de las condiciones de la licitación, lo que hace suponer que las exigencias de los pliegos han sido excesivas, a la vista de que se trata de empresas de reconocida solvencia, que se les ha solicitado subsanaciones y de que se trata de un segundo expediente para el mismo objeto.”

La cuestión de fondo radica en determinar si concurren o no las circunstancias que habilita el artículo 155 TRLCSP para poder acordar un desistimiento del procedimiento: existencia de una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento.

Lo determinante es, por tanto, que exista una infracción de las normas de preparación o de los procedimientos y que éstas, por su relevancia jurídica, sean insubsanables, lo que supone, en la lógica de la dogmática de la invalidez, que exista un vicio de nulidad de pleno derecho, ya que solo son insubsanables los vicios de nulidad, en tanto vicios de orden público. No basta, en consecuencia, meras irregularidades, ni vicios que tengan consideración de anulabilidad para poder acordar el desistimiento.

Corresponde por ello analizar los motivos alegados por la Agencia de Medio Ambiente y Agua para proceder a calificar si existe o no motivo de nulidad que pueda habilitar el desistimiento, pues de lo contrario sería una decisión ilegal y debería continuarse con el procedimiento de origen hasta su adjudicación y perfección.

El primer motivo en que se fundamenta la resolución de desistimiento es que se ha iniciado y tramitado el procedimiento sin el informe preceptivo de la Dirección General de Telecomunicaciones y Sociedad de la Información de la Consejería de Economía, Innovación , Ciencia y Empleo.



Al respecto, hay que indicar que en el propio informe que emitió el Servicio de Contratación se indica que, con fecha de 5 de octubre de 2012, la Dirección General de Telecomunicaciones y Sociedad de la Información de la Consejería de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo indicó a la Agencia de Medio Ambiente la necesidad de haberse solicitado dicho informe y a esto se contestó por la Agencia el 6 de noviembre de 2012 con un escrito en el que se justificaba la no solicitud de informe y añade dicho informe que *“desde ese momento, se mantiene permanentemente informada a la Dirección General de cada trámite del expediente negociado sin publicidad, llegándose a modificar en el trámite de negociación con los licitadores el alcance de las prescripciones técnicas, eliminándose del listado de equipos a suministrar determinados elementos sobre los que la Consejería había manifestado su disconformidad por las prescripciones y criterios de valoración establecidos, al establecer que podía reducir la competencia sin una clara justificación”*.

Por tanto, si el propio órgano de contratación entendió subsanada la falta de petición de informe a la Dirección General de Telecomunicaciones y Sociedad de la Información durante la tramitación del expediente y una vez informada dicha Dirección General de los trámites que se estaban haciendo en relación al expediente de contratación, no hubo ningún requerimiento por tal Dirección General, dicho defecto no puede ser ahora el fundamento del desistimiento una vez concluido el procedimiento de contratación, respecto al que la falta de dicho informe no fue impedimento alguno.

El segundo motivo en que se basa el desistimiento es que durante la tramitación del expediente se han modificado el alcance de las prestaciones del contratista establecidas en la licitación. Al respecto, hay que indicar que no consta ninguna modificación formal al pliego de cláusulas administrativas particulares ni al de prescripciones técnicas sin seguir el procedimiento establecido para ello, como es la publicidad de la modificación, sino sólo un correo electrónico del día 18 de junio de 2013 a las tres empresas por parte de D. José Manuel Mendoza Chaves indicando que *“por razones sobrevenidas ajenas a nuestra voluntad, y a la vista de las ofertas*



recibidas inicialmente, nos vemos obligados a modificar sendos aspectos puntuales de las condiciones de la licitación” referentes al plazo de ejecución del contrato y a la eliminación de algunos equipos y se les solicita que mejoren sus ofertas.

Tras dicho correo se valoran las ofertas mejoradas con lo solicitado en dicho correo. Por tanto, la modificación que se les solicita a las empresas en el curso de la negociación llevada a cabo, no impide continuar el procedimiento ni hacer la valoración final de las ofertas.

Por último, la resolución de desistimiento se funda en que no existen ofertas válidas haciendo una interpretación estricta de las condiciones de la licitación, lo que hace suponer que las exigencias de los pliegos han sido excesivas, a la vista de que se trata de empresas de reconocida solvencia, que se les ha solicitado subsanaciones y de que se trata de un segundo expediente para el mismo objeto.

Al respecto, hay que señalar la contradicción con dicho fundamento y el hecho de que se valoren las ofertas de las empresas y así en el informe que consta en el acta de la mesa de contratación de 21 de junio de 2013 , no se indica que ninguna de las ofertas fueran válidas, sino que se valoran y sin que conste ningún informe en el que se indique que dichas ofertas no cumplen con las exigencias del PCAP o del PPT, puesto que de ser así deberían haber sido excluidas y ninguna lo fue, por lo que tampoco puede ser admitido este motivo como justificativo del desistimiento.

Frente a los motivos expuestos en la resolución de desistimiento hay que indicar que las actuaciones del órgano de contratación lo que evidencian es que después de la valoración de las ofertas, como consta en el informe de 15 de mayo de 2013, en el que la oferta de la recurrente obtuvo 10 puntos, el órgano de contratación insta a las empresas a modificar sus ofertas, pero al mismo tiempo adquirió los equipos que constituían el objeto de la licitación a través de contratos menores y es posteriormente cuando desiste del procedimiento de contratación en base a los fundamentos expuestos, que evidencian que no existe una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de



adjudicación y no está justificada la concurrencia de la causa en el expediente, sino que el procedimiento concluyó con la valoración de las ofertas de las empresas y el órgano de contratación opta por adquirir los equipos a través de contratos menores y no mediante la adjudicación a la empresa recurrente cuya oferta fue la mejor valorada.

Llama la atención por otra parte, que el informe de valoración de las ofertas fuera de 21 de junio de 2013, el informe justificando el desistimiento del procedimiento fuera de 13 de diciembre de 2013 y la resolución de desistimiento no se produzca hasta el 11 de marzo de 2014, por lo que el desistimiento no se acordó con la finalidad de iniciar inmediatamente un nuevo procedimiento una vez subsanadas las irregularidades advertidas, como exige el artículo 155.4 del TRLCSP, sino que la resolución de desistimiento se dicta para cerrar un procedimiento que ya había concluido de facto con la adquisición de los equipos a través de contratos menores una vez concluido el procedimiento negociado sin publicidad y pendiente sólo de adjudicar el contrato a la oferta más ventajosa.

SEPTIMO. Por último, aunque ya con carácter incidental, procede analizar si existe o no un vicio de desviación de poder, alegado por SEHUTEL, S.L.

La jurisprudencia ha examinado en numerosas ocasiones los requisitos para el reconocimiento de la existencia de la desviación de poder. A este respecto basta con señalar que, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, existe desviación de poder cuando una Institución ejerce sus competencias con el fin exclusivo, o al menos, determinante de alcanzar fines distintos de los alegados o de eludir un procedimiento específicamente establecido por el Tratado para hacer frente a las circunstancias del caso (véase en particular la Sentencia de 12 de noviembre de 1996, Reino Unido/Consejo, apartado 69; o la más reciente Sentencia de 16 abril 2013, Reino de España).

Ninguno de estos elementos se observan en la decisión recurrida, por lo que no puede concluirse que exista desviación de poder de la Agencia de Medio Ambiente y Agua—



que, en todo caso, debe probar quien la alega—, sino más bien se ha intentado dar fin a un procedimiento que había concluido y estaba pendiente sólo de proceder a la adjudicación del contrato a la oferta mejor valorada, pero el órgano de contratación optó por hacer contratos menores y por ello se acude al artificio del desistimiento del procedimiento, sin que concurran las razones que lo justificarían. Ello resulta del propio tenor del informe que hace el Servicio de Contratación al órgano de contratación para que acuerde el desistimiento, al indicar *“con independencia de que cada uno de estos tres aspectos por separado podría tener justificación o reparación, si lo analizamos en su conjunto, y a la vista del relato fáctico hecho anteriormente, parece que lo más apropiado, en cumplimiento de los principios de igualdad de los licitadores, transparencia y concurrencia, sea el desistimiento y el inicio de un nuevo procedimiento en el que desde el principio, se eliminen o mitiguen aspectos que hayan influido en que se haya dado la situación actual”*.

Por todo ello, vistos los preceptos legales de aplicación, **este Tribunal**

ACUERDA

PRIMERO. Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad SEHUTEL, S.L. contra la resolución de 3 de marzo de 2014 de desistimiento del contrato denominado “Suministro de equipos de radiocomunicaciones y sus accesorios para el funcionamiento del dispositivo de lucha contra incendios forestales” (Expte. NET 236435), promovido por la Agencia de Medio Ambiente y Agua de Andalucía, anulando dicha resolución y acordando la retroacción del procedimiento a la fase de valoración de ofertas realizada por la Mesa de Contratación.

SEGUNDO. Notificar la presente resolución a todos los interesados en el procedimiento.



Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma sólo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su 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.

