



Recurso nº 4/2021. Resolución de 19 de enero de 2022.

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DEL PARLAMENTO DE CANARIAS.

Visto el recurso especial en materia de contratación interpuesto por doña Yurena Ramos Quesada, en nombre y representación de CLECE, S.A. contra el Acuerdo de la Mesa del Parlamento de Canarias de 25 de noviembre de 2021, por el que se declaró el desistimiento del procedimiento de licitación del mantenimiento integral de los edificios del Parlamento de Canarias (expediente 2/2021/SV), este Tribunal ha adoptado la siguiente Resolución

ANTECEDENTES DE HECHO



Primero.- La Mesa del Parlamento, en reunión celebrada el 8 de abril de 2021, aprobó el presupuesto base de licitación, que incluye el Impuesto General Indirecto Canario (IGIC), por 711.550,00 € para dos años (valor estimado total del contrato 1.463.000 €), así como los Pliegos de Clausulas Administrativas Particulares y el Pliego de Prescripciones Técnicas que habrían de regir dicha contratación, aprobando el expediente de contratación, autorizando el gasto y disponiendo la apertura del procedimiento de adjudicación, mediante procedimiento abierto y tramitación ordinaria.



Segundo.- La licitación fue publicada en el Perfil del Contratante del Parlamento de Canarias, y en el Diario Oficial de la UE, alojados en la Plataforma de Contratación del Sector Público, los días 18 y 21 de abril de 2021, respectivamente.

Tercero.- La Mesa Permanente de Contratación del Parlamento de Canarias, en relación con la presente contratación celebró sus sesiones con fecha 1 de junio; 27 y 29 de julio; 9 y 29 de septiembre de 2021, respectivamente.



Cuarto.- La Mesa de Contratación, reunida el 29 de septiembre de 2021, acordó: *“En este momento procedimental, a tenor de lo establecido en el art 326.2.d) de la LCSP, correspondería que la Mesa efectuase propuesta de adjudicación del contrato al órgano de contratación a favor del licitador que haya presentado la mejor oferta, de conformidad con lo dispuesto en el art. 145 de la LCSP y con el pliego de cláusulas administrativas particulares que rigen la licitación. Sin embargo, esta propuesta de adjudicación no puede efectuarse porque el expediente adolece de un defecto de procedimiento que concierne a un requisito legal, consistente en la ausencia de la justificación de la no división del objeto del contrato en lotes, establecida en el art 99.3 de la LCSP. Toda vez que esta falta de motivación constituye una infracción no subsanable en el procedimiento de adjudicación, propone, por unanimidad, el desistimiento previsto en el art 152.4 de la citada LCSP”.*

Quinto.- Solicitado por la Mesa del Parlamento, con fecha 29 de octubre de 2021, informe jurídico respecto de la propuesta de desistimiento de la Mesa de contratación en el Expediente 2/2021/SV “Contratación del servicio de mantenimiento integral de los edificios del Parlamento de Canarias”, así como de las alegaciones presentadas por la empresa CLECE, S.A. al tener conocimiento por la publicación en el perfil del contratante del Parlamento de Canarias de dicha propuesta, se emite informe jurídico por el letrado-secretario general del Parlamento de



Canarias el 23 de noviembre de 2021, que forma parte del expediente administrativo que se remitió al Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales del Parlamento de Canarias, en el que concluye, por un lado que procede acoger íntegramente la propuesta de la Mesa de contratación; y en segundo lugar, que procede la inadmisión del recurso de fecha 1 de octubre presentado por la entidad mercantil CLECE, S.A. contra el acuerdo de la Mesa de Contratación de 29 de septiembre, al ser la propuesta de desistimiento elevada por la mesa de contratación un acto de mero trámite frente al cual no cabe interponer recurso alguno (...).

Sexto.- Con fecha 25 de noviembre de 2021, la Mesa del Parlamento declaró el desistimiento del procedimiento de licitación del contrato de referencia.

Séptimo.- Habiéndose interpuesto con fecha 28 de diciembre de 2021 por CLECE, S.A. recurso especial en materia de contratación contra dicho acuerdo, el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales del Parlamento de Canarias, con fecha 30 de diciembre de 2021, dio traslado del mismo al Servicio de Contratación y Seguridad, solicitando el expediente de referencia, acompañado del correspondiente informe, siguiendo la tramitación del procedimiento conforme el artículo 56 de la LCSP.

Octavo.- Por parte del Servicio de Contratación y Seguridad del Parlamento de Canarias, con fecha 4 de enero de 2022 se remite al Tribunal su informe, mientras que con fecha 10 de enero de 2022 se remite informe complementario.

Noveno.- El Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales del Parlamento de Canarias dio traslado del recurso interpuesto por la mercantil CLECE, SA, a las demás empresas concursantes. Con fecha 14 de enero de 2022 se presenta escrito de alegaciones por la empresa Sacyr Facilities, S.A., solicitando la desestimación del recurso especial interpuesto por Clece, S.A.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I.- ASPECTOS PROCEDIMENTALES

PRIMERO.- Este Tribunal es competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP) y 23.3 de las Normas de Gobierno Interior del Parlamento de Canarias (BOPC núm. 447, de 30/12/2014), complementadas por las Normas Reguladoras del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales del Parlamento de Canarias, aprobadas por acuerdo de la Mesa de la Cámara de 27 de abril de 2017 (publicadas en el BOPC núm. 155, de 17/5/2017).

SEGUNDO.- En cuanto a la legitimación de la recurrente, se trata de una entidad que, en atención a su objeto social, participó en la licitación cuya convocatoria ahora queda desistida y que podría participar en la nueva licitación que pudiera convocarse. Concurre, por ello, el requisito de legitimación exigido por el artículo 48 LCSP.



TERCERO.- En cuanto a su objeto, el mismo está comprendido en el ámbito del recurso espacial en materia de contratación, al tratarse de un contrato de suministro cuyo valor estimado es superior a los valores indicados en el art. 44.1.a) de la LCSP, esto es, los 100.000 €.

Asimismo, el art. 44.2.c) LCSP establece que podrán ser objeto del recurso especial “los acuerdos de adjudicación”, donde cabe encuadrar a los actos asimilables a la adjudicación, como lo es el desistimiento, teniendo en cuenta que no constituye un acto de trámite en los términos de lo dispuesto por el art. 44.2.b) LCSP.

CUARTO.- En lo que se refiere al cumplimiento del requisito temporal para la interposición del recurso, el artículo 50.1 de la LCSP establece que será de quince días hábiles, mientras que el apartado 2 del mismo precepto dispone en su letra d) que *“Cuando se interponga contra la adjudicación del contrato el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya notificado esta de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional decimoquinta a los candidatos o licitadores que hubieran sido admitidos en el procedimiento”*.

En base a lo antedicho y a la vista de los hechos comprobados, cabe concluir que el recurso se ha presentado dentro del plazo que establece el artículo 50.1.d) de la LCSP, de quince días hábiles contados a partir del día siguiente al 3 de diciembre de 2021, fecha en la que fue notificado a los licitadores a través de la Plataforma de Contratación del Sector Público el acuerdo de la Mesa del Parlamento, de fecha 25 de noviembre de 2021, por la que se acordó el desistimiento del procedimiento de licitación del servicio de mantenimiento integral de los edificios del Parlamento de Canarias, no agotándose el plazo hábil para deducir la impugnación hasta el día 28 de diciembre, término que no ha resultado rebasado.

QUINTO.- Igualmente, se ha cumplido con lo previsto en el artículo 51.1.a) de la LCSP, que exige que el escrito de interposición del recurso especial en materia de contratación ha de venir acompañado del documento que acredite la representación del compareciente, aportándose poder notarial bastante a favor de doña Yurena Ramos Quesada.

II.- CONSIDERACIONES DE FONDO

1.- Objeto del recurso.

Se impugna mediante el presente recurso el acuerdo de la Mesa del Parlamento de Canarias de 25 de noviembre de 2021, por el que se declaró el desistimiento del procedimiento de licitación del mantenimiento integral de los edificios del Parlamento de Canarias (expediente 2/2021/SV). A través del recurso se solicita la declaración de nulidad del citado acuerdo por ser contrario a las previsiones de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, y que se acuerde la continuación del procedimiento de licitación, retrotrayendo las actuaciones al momento anterior a la cuarta sesión de la Mesa de contratación, celebrada el 9 de septiembre de 2021, continuando el procedimiento de licitación desde esa fecha.

Asimismo, y como medida provisional, se solicita la suspensión de la ejecución de cualquier decisión por el órgano de contratación de la Cámara que implique el inicio de otro expediente de contratación en relación con la misma materia del que ha sido objeto del recurso hasta que



recaiga resolución del Tribunal en relación con el mismo, fundamentando dicha solicitud en los perjuicios irreparables que, en caso contrario, podrían ocasionarse tanto a la propia empresa recurrente como a los restantes licitadores.

2.- Argumentos de la empresa recurrente.

La empresa CLECE, S.A., fundamenta su recurso en los siguientes argumentos:

1º) Improcedencia de la declaración de desistimiento del procedimiento de licitación por parte del órgano de contratación, al considerar la recurrente la inexistencia de un defecto insubsanable derivado de una supuesta omisión de informe justificativo de las razones que avalarían la no división en lotes del contrato.

Enfatiza que el desistimiento regulado en la LCSP, en contra de lo que sostiene la Administración parlamentaria, no es un acto discrecional, sino una potestad reglada que debe aplicarse con carácter excepcional y que debe fundarse en causas de legalidad y no de oportunidad.

En este sentido, rebate el argumento fundamental sostenido por el órgano de contratación para acordar el desistimiento de la contratación de referencia, consistente en la falta de motivación de las razones por las cuales el contrato no fue dividido en lotes, tal y como exige el art. 99.3 de la LCSP. Para la recurrente la no división en lotes es una cuestión que ya se previó de forma justificada en el pliego de cláusulas administrativas y particulares que rigen la licitación, en concreto en su cláusula 1.2, de manera que la Administración parlamentaria, al preparar los pliegos –que no han sido objeto de impugnación por ninguno de los licitadores- ya habría considerado expresamente esta cuestión, de forma que no podría aquella alterar esta decisión, máxime en un momento tan avanzado del procedimiento de licitación cuando el mismo se encuentra en su último trámite, pendiente tan solo de la propuesta de adjudicación una vez habían sido valoradas las distintas ofertas presentadas por la mesa de contratación. A juicio de la recurrente, no concurre una infracción de carácter no subsanable de las normas de preparación del contrato o reguladoras del procedimiento de contratación que sirvan de sustento suficiente a la decisión de la Administración licitadora de desistir del procedimiento de contratación, según exige el art. 152 LCSP.

Asimismo, recuerda la recurrente que en otros procedimientos de licitación desarrollados por el Parlamento de Canarias similares al ahora objeto del presente recurso se ha efectuado la misma justificación de la no división en lotes sin incidencia alguna.

En definitiva, para la recurrente el poder adjudicador habría adoptado su decisión de desistir del procedimiento de licitación de forma sorpresiva, justo antes del momento de su conclusión, lo que podría evidenciar un cambio de criterio en el seno del propio órgano de contratación, sin que a su juicio existiera motivación ni justificación alguna para sustentar dicho acuerdo.

2º) También argumenta la recurrente la indefensión que se le habría producido al haber introducido *ex novo*, en la declaración de desistimiento del procedimiento de licitación, dos nuevos motivos para justificar dicho acuerdo, siendo que en la propuesta inicial de desistimiento



que la Mesa de Contratación elevó a la Mesa de la Cámara, solo se sustentaba en un motivo único: la falta de informe justificativo de las razones de la no división por lotes del contrato ex art. 99.3 LCSP.

A juicio de la recurrente ello le produjo indefensión, ya que en el momento en que la misma hizo sus alegaciones ante el órgano de contratación, una vez conoció a través de la plataforma de contratación la propuesta de desistimiento, sustentó su argumentación oponiéndose a dicha decisión sobre la base de aquel único argumento justificativo, sin alusión a los dos motivos que posteriormente fueron añadidos en el acuerdo definitivo, ahora objeto del presente recurso, adoptado por la Administración contratante para justificar su decisión de desistir del procedimiento de licitación, a saber: a) la inadecuada definición en los pliegos de la licitación de las condiciones en las que habría de prestarse el servicio de limpieza; y b) la necesidad de división en lotes del contrato al estar integrado su objeto por prestaciones diversas carentes entre sí de la necesaria vinculación objetiva o material.

3.- Posición de la Administración contratante.

La Mesa de la Cámara sustentó su decisión de desistir del procedimiento de licitación sobre la base de la argumentación jurídica contenida en el extenso informe elevado a su consideración por el letrado-secretario general del Parlamento de Canarias, de 23 de noviembre de 2021, y en el que se propuso el desistimiento teniendo en cuenta dos argumentos fundamentales:

1º) El mismo que fue considerado por la Mesa de Contratación, esto es, la omisión del informe justificativo de las razones objetivas que avalasen la no división en lotes del contrato objeto de la licitación (art. 99.3 LCSP), considerando a estos efectos insuficiente, la previsión contenida en la cláusula 1.2 del PCAP.

2º) La concurrencia de un defecto insubsanable en las normas de preparación del contrato, consistente en una insuficiente definición en los pliegos de las prestaciones objeto del mismo, lo que aboca a la necesidad de adecuar dichos pliegos a los requisitos y características de los servicios que se licitan. En concreto, y por un lado, habrían quedado fuera de los pliegos servicios previsibles, regulares y periódicos que habrían de haber sido incluidos en la prestación de mantenimiento, como es el caso del vallado perimetral; y, por otro lado, no se observa una adecuada definición de las condiciones en las que habría de prestarse el servicio de limpieza, al quedar en manos del contratista decisiones tales como la especificación de los horarios para la prestación del servicio de limpieza por parte del personal adscrito al mismo, así como su régimen de sustitución por vacaciones y bajas por enfermedad, el número mínimo de presencia diaria de dicho personal, indefinición de uniformidad, solo prevista para el servicio de mantenimiento, carencia definitoria de dicho servicio, omisión de la facultad de inspección solo prevista para el servicio de mantenimiento, antes y durante la celebración de eventos tales como jornadas, exposiciones, etc.; asimismo se prevé disponer de un número de personal de limpieza “a determinar por el contratista” para atender a la preparación de las salas.

4- Sobre la naturaleza jurídica y los requisitos legales del desistimiento de un procedimiento de licitación pública.



El desistimiento, referido a la totalidad de los contratos administrativos, constituye una facultad en manos del órgano de contratación que debe producirse antes de la formalización del contrato (artículo 152.2 LCSP). Asimismo, señala el art. 152.4 LCSP lo siguiente: *“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”*.

Por lo tanto, el ejercicio legítimo de esta facultad de la Administración contratante está sujeto al cumplimiento de unos requisitos legalmente impuestos: en primer lugar, que el acuerdo se produzca con anterioridad a la formalización del contrato; en segundo lugar, que se acredite que se ha producido una infracción de carácter no subsanable de las normas de preparación del contrato o reguladoras del procedimiento de contratación; y por último, que se compense económicamente a los candidatos aptos para participar en la licitación o a los licitadores por los gastos en que hayan incurrido.

Por otro lado, resulta de especial importancia indicar que en el artículo 152 LCSP se regulan dos figuras: la decisión de no adjudicar o celebrar el contrato (antigua renuncia) y el desistimiento del procedimiento de adjudicación. En el primer caso, si la Administración decide no adjudicar o celebrar el contrato, deberán de existir razones de interés público debidamente justificadas en el expediente, y no será posible promover una nueva licitación con idéntico objeto contractual mientras subsistan las razones alegadas (art 152.3 LCSP). En cambio, y en relación a la segunda, si la Administración acuerda desistir del contrato, esta decisión deberá de fundarse, tal y como hemos indicado, en una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación, también debidamente justificadas en el expediente y se podrá iniciar de forma inmediata un nuevo procedimiento de licitación que recaiga sobre el mismo objeto (apartado 4 del art. 152 LCSP).

En relación con la figura del desistimiento, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (Resolución nº 1371/2019, de 25 de noviembre de 2019) ha señalado 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”*.

Más recientemente, en la Resolución TACRC 254/2019, 15 de marzo, se recoge la doctrina sobre el desistimiento y la renuncia diferenciando ambas instituciones. Así, *«el precepto 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 (RCL 2017, 1303y RCL 2018, 809) 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».

Por su parte, la Resolución TACRC núm. 642/2020, de 21 de mayo de 2020, añade que: “El carácter excepcional de este mecanismo determina que se trate de una potestad reglada basada en dos razones objetivas: 1) un defecto insubsanable de las normas de preparación; 2) la necesidad de salvaguardar el interés público en el procedimiento de contratación. En este último punto debemos tener en cuenta que, en el desistimiento, a diferencia de en la renuncia, no se produce una desaparición sobrevenida de la necesidad de contratar, sino tan sólo la necesidad de reiniciar el procedimiento; 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”.

De lo anteriormente expuesto, la LCSP exige que el desistimiento se haga:

- a. De manera motivada.
- b. En virtud de un defecto procedimental o una infracción del ordenamiento jurídico de carácter insubsanable. En cuanto al carácter insubsanable de la infracción, es preciso recordar que no toda irregularidad o vicio en el procedimiento tiene esta consideración, sino que es necesario que exista una infracción de las normas de preparación o del procedimiento y que éstas, por su relevancia jurídica, sean insubsanables.
- c. Antes de la adjudicación.



Por su parte, la STS núm. 825 de 2020, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, resolviendo el recurso de casación ante el Tribunal Supremo, señala (FJ5) que para determinar si existe una infracción no subsanable a los efectos del artículo 155.4 TRLCSP es necesario atender al contenido de los siguientes preceptos:

- el artículo 109 TRLCSP, que exige la tramitación del expediente de contratación motivando la necesidad del contrato en los términos previstos en el artículo 22, debiendo referirse a la totalidad del objeto del contrato;
- el artículo 22 TRLCSP, que dispone que la naturaleza y extensión de las necesidades a cubrir con la celebración del contrato así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas debe ser delimitado con precisión; y
- el artículo 86 TRLCSP que exige que el objeto sea determinado.

A la vista de lo anterior, concluye que es innegable que dentro de la previsión de “*infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato*” que contiene el artículo 155.4 LCSP tienen cabida los vicios o infracciones que afecten al objeto del contrato, a su idoneidad y determinación, así como que no había duda –en el caso resuelto- de que en el contrato de concesión de obra pública sobre el que versaba el pleito concurría *ab initio* un defecto en el objeto del contrato, habiéndolo declarado así tanto el TACP madrileño, en primera instancia, como posteriormente el TSJ de Madrid.

Se subraya igualmente en dicha STS que se trata de una potestad reglada, y debe estar basada en razones objetivas, y 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.

Por todo lo razonado, resulta evidente para este Tribunal que el desistimiento es una potestad reglada, porque su aplicación se circunscribe a los concretos supuestos que dispone norma legal aplicable (art 152.4 LCSP), que establece como únicos supuestos para poder ejercitar la acción: la infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación. No depende, pues, de una apreciación discrecional de la Administración contratante, sino de la constatación de circunstancias objetivas que la ley predetermina, y cuya concurrencia ha de plasmarse en el propio expediente.

Es cierto, además, que para el lícito ejercicio de la potestad de desistimiento no solo es necesario la verificación de los presupuestos que, de manera positiva, maneja la norma habilitadora, sino que su regularidad no puede ser puesta en tela de juicio por la presencia de vicios que pudieran comprometer el fin de interés público que ha de presidir cualquier actuación administrativa. Nos estamos refiriendo a aquellos supuestos extremos en los que la resolución del poder adjudicador declarando el desistimiento pudiera haber estado viciada por una desviación de poder, pues la persecución de una finalidad arbitraria afectaría a la causa misma de la actuación y podría invalidarla. Pero es sabido que la desviación de poder no puede, sin más, presumirse sino que reclama una justificación suficiente a instancia de parte, sin que baste



su mera alegación. Esta doctrina consagrada con carácter general por los tribunales administrativos también ha sido afirmada en el ámbito de la contratación administrativa y en particularmente en los casos de desistimiento de específicos procesos de adjudicación de licitaciones ya puestas en marcha.



Así, la argumentación del acuerdo del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón núm. 11/2014, de 20 de febrero de 2014, en cuyo fundamento sexto señala lo siguiente: *“Por último, aunque ya con carácter incidental, procede analizar si existe o no un vicio de desviación de poder, alegado por AVERICUM. 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 del SALUD - que, en todo caso, debe probar quien la alega-, sino más bien una indebida valoración de la situación, derivada de una incorrecta tipificación inicial, declarada por nuestro Acuerdo 52/2013, que ha obligado a reconsiderar la adecuación jurídica de determinadas prácticas anteriores. La singularidad de la actuación, per se, no supone desviación de poder. Por lo demás, no se aprecia la desviación teleológica en la actividad administrativa desarrollada, sino más bien lo contrario, ya que para la decisión se solicitó un informe jurídico a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón -Informe 2/2014- por estimar que se trataba de una cuestión jurídicamente controvertida”.

5.- Sobre la existencia de un defecto procedimental o una infracción del ordenamiento jurídico de carácter insubsanable como presupuesto necesario para la legitimidad del acuerdo del desistimiento.

Según dispone el art. 152.4 LCSP, 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.

Se alega por la Mesa del Parlamento como fundamento de su decisión de desistimiento, por un lado, que no consta el preceptivo informe justificativo de las razones de la no división en lotes del objeto del contrato establecido por el art. 99.3 de la LCSP.

Asimismo, estimó la Mesa la concurrencia de un defecto insubsanable en las normas de preparación del contrato, consistente en una insuficiente definición en los pliegos de las prestaciones objeto del mismo, lo que aboca a la necesidad de adecuar dichos pliegos a los requisitos y características de los servicios que se licitan.



En concreto, y por un lado, habrían quedado fuera del pliego servicios previsibles, regulares y periódicos que habrían de haber sido incluidos en la prestación de mantenimiento, como es el caso del vallado perimetral; y, por otro lado, no se observa una adecuada definición de las condiciones en las que habría de prestarse el servicio de limpieza, al quedar en manos del contratista decisiones tales como la especificación de los horarios para la prestación del servicio de limpieza por parte del personal adscrito al mismo, así como su régimen de sustitución por vacaciones y bajas por enfermedad, el número mínimo de presencia diaria de dicho personal, indefinición de uniformidad, solo prevista para el servicio de mantenimiento, carencia definitoria de dicho servicio, omisión de la facultad de inspección solo prevista para el servicio de mantenimiento, antes y durante la celebración de eventos tales como jornadas, exposiciones, etc.; asimismo se prevé disponer de un número de personal de limpieza “a determinar por el contratista” para atender a la preparación de las salas.

En cuanto a la inexistencia de motivación suficiente de la no división en lotes como primera causa del desistimiento, debemos comenzar por señalar que la LCSP, dispone en su artículo 99.3 lo siguiente: *“Siempre que la naturaleza o el objeto del contrato lo permitan, deberá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes, pudiéndose reservar lotes de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional cuarta.*

No obstante lo anterior, el órgano de contratación podrá no dividir en lotes el objeto del contrato cuando existan motivos válidos, que deberán justificarse debidamente en el expediente, salvo en los casos de contratos de concesión de obras”.

Ello supone que el artículo 99.3 de la LCSP exige expresamente, para que el órgano de contratación pueda licitar válidamente, sin dividir en lotes el objeto del contrato, la constatación formal y exteriorizada de motivos válidos que avalen la decisión, los cuales han de justificarse debidamente en el expediente.

En este sentido, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en su Resolución 981/2018, de 26 de octubre, en relación con el artículo 99 de la LCSP, señaló que *“El poder adjudicador debe estar obligado a estudiar la conveniencia de dividir los contratos en lotes, sin dejar de gozar de la libertad de decidir de forma autónoma y basándose en las razones que estime oportunas, sin estar sujeto a supervisión administrativa o judicial. Cuando el poder adjudicador decida que no sería conveniente dividir el contrato en lotes, el informe específico o los pliegos de la contratación deben incluir una indicación de las principales razones que expliquen la elección hecha por el poder adjudicador. Estas razones podrían ser, por ejemplo, el hecho de que el poder adjudicador considere que dicha división podría conllevar el riesgo de restringir la competencia, o hacer la ejecución del contrato excesivamente difícil u onerosa desde el punto de vista técnico, o que la necesidad de coordinar a los diferentes contratistas para los diversos lotes podría conllevar gravemente el riesgo de socavar la ejecución adecuada del contrato”.*

Igualmente, el Acuerdo del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, de 25 de abril de 2018, señala que: *“Respecto de la discrecionalidad del órgano de contratación, la doctrina es unánime en considerar que corresponde al órgano de contratación la decisión motivada sobre la configuración del objeto del contrato, si bien, acompañada de*



una justificación racional para los lotes escogidos. La Directiva 2014/24/UE alude al principio de discrecionalidad en el Considerando 78, cuando afirma que "el poder adjudicador debe estar obligado a estudiar la conveniencia de dividir los contratos en lotes, sin dejar de gozar de la libertad de decidir de forma autónoma y basándose en las razones que estime oportunas, sin estar sujeto a supervisión administrativa o judicial. Sin embargo, existe una posibilidad de revisión por parte de los Tribunales por falta de motivación o insuficiencia de la misma, arbitrariedad o discriminación, error material, o por restringir la competencia".



En definitiva, parece claro que de la dicción del art. 99.3 LCSP se deriva la obligatoriedad para el órgano de contratación de proceder a la división en lotes de prestaciones de naturaleza heterogénea, salvo suficiente justificación no arbitraria en sentido contrario; ello con el objetivo de garantizar la libre concurrencia así como de evitar una concentración artificial de la competencia. En este sentido, el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, en su Resolución 189/2018, de 19 de junio, indica, en relación con el artículo 99 LCSP, que "...si bien la regla general en nuestra normativa contractual había sido la unidad del objeto debiendo justificarse en el expediente el fraccionamiento en lotes (artículo 86 del TRLCSP), el sistema se invierte en la nueva LCSP por aplicación de la Directiva antes mencionada, como medida para favorecer la concurrencia de las PYMES en la contratación pública, de modo que el órgano de contratación deberá dividir el objeto salvo que justifique válidamente en el expediente los motivos que determinen la no división (...)". En la misma línea, el mismo Tribunal consolida su doctrina al señalar en su Resolución 190/2019, de 13 de junio, que la obligación de dividir en lotes tiene una finalidad específica, que es promover la concurrencia de las PYMES en los contratos del sector público.

Por otro lado, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, en su Informe 48/2018, señaló que, siendo la regla general la división en lotes "(...) sin embargo, es posible mediante una justificación sólida de las condiciones que impidan la división proceder a licitar un contrato sin dividirlo en lotes; tal justificación deberá estar suficientemente motivada y fundada en las circunstancias concurrentes. Extrapolando esta doctrina al caso que nos ocupa, este Tribunal ha constatado que del expediente de contratación impugnado no resulta justificación de la no división en lotes por parte del órgano de contratación. Por tanto, dado que incluso en la hipótesis de ser justificable la no división del contrato en lotes, dicha decisión habría debido quedar necesariamente justificada en este expediente, una vez constatada la omisión de dicha justificación procede la estimación de este motivo".

En relación con la primera de las cuestiones que fundamentaron el desistimiento, cabe señalarse para empezar, que no siempre será necesario que en el expediente conste un informe *ad hoc* justificativo de la decisión de no dividir en lotes. Pero sí que estén debidamente explicitadas las razones que, a juicio de la Administración contratante, justifican a la vista del objeto del contrato y de las correspondientes prestaciones a realizar por la adjudicataria, la conveniencia de no dividir en lotes el contrato.

Ciertamente, en algunos casos, como ha ocurrido en anteriores ocasiones en otras licitaciones llevadas a cabo por el Parlamento de Canarias y tal y como lo pone de manifiesto la empresa recurrente, se ha considerado suficiente expresarlo en el PCAP a través de una cláusula-tipo: "No procede la división en lotes del objeto del contrato, ya que la naturaleza de dicho objeto



hace necesaria, para su correcta ejecución, la coordinación de las diferentes prestaciones que lo integran, que podría verse imposibilitada por su división en lotes y ejecución por una pluralidad de contratistas diferentes”.

En el presente caso, por el contrario, aun constando expresada en el PCAP (cláusula 1.2) que *“No procede la división en lotes del objeto del contrato, ya que la naturaleza de dicho objeto hace necesaria, para su correcta ejecución, la coordinación de las diferentes prestaciones que lo integran, que podría verse imposibilitada por su división en lotes y ejecución por una pluralidad de contratistas diferentes”*), en el informe del LSG presentado ante la Mesa se argumentó que hubiera sido necesario concretar más esa previsión del pliego.

Ello teniendo en cuenta dos argumentos esenciales que constan recogidos en el citado informe del letrado-secretario general y que este Tribunal hace suyos:

- Por una parte, dado que, a priori, *“En la licitación analizada, no parece existir la necesaria vinculación entre los servicios de mantenimiento y limpieza pues, siguiendo las previsiones del pliego de prescripciones técnicas, comprenden distintas funciones y son desempeñadas además por diferentes trabajadores, a los que se les exigen distintas capacitaciones y experiencias profesionales, que emplean maquinaria y materiales independientes en uno y otro servicio, sin que se trate de prestaciones necesariamente complementarias, ni que conformen una unidad funcional. Es más, el propio pliego de prescripciones técnicas separa y detalla -solo en el caso de mantenimiento- , de forma independiente, las tareas y funciones a acometer por los trabajadores contratados para el servicio de mantenimiento de la sede parlamentaria, de las que corresponden al personal de limpieza -insuficientemente definidas-, todo lo cual parece producir una vulneración del artículo 25.2 LCSP, que conculca el principio de libre concurrencia”.*

De esta forma, tal y como se argumenta en dicho informe, *“Tampoco parece fácilmente subsumible tal justificación en alguno de los dos supuestos válidos, o legalmente tasados, pues no parece que el dividir el contrato de limpieza y mantenimiento en dos lotes conlleve un riesgo de restricción de la competencia, antes al contrario; ni parece tampoco que la realización independiente de las diversas prestaciones del objeto contractual dificulten la correcta ejecución del objeto, al ser dos prestaciones de servicios, las de mantenimiento y limpieza, que, como se ha dicho, son llevadas a cabo por personal diferente, con materiales diferentes, y sin necesaria vinculación en su ejecución. Pero, en todo caso, no aparece ninguna justificación al respecto en el expediente, más allá de la genérica cláusula 1.2 contenida en el pliego y que esta vez sí corresponde al pliego tipo de la Comunidad Autónoma de Canarias, que señala de forma insuficiente que ‘No procede la división en lotes del objeto del contrato, ya que la naturaleza de dicho objeto hace necesaria, para su correcta ejecución, la coordinación de las diferentes prestaciones que lo integran, que podría verse imposibilitada por su división en lotes y ejecución por una pluralidad de contratistas’: sin que tan si quiera haya una referencia expresa al contrato mixto en cuestión, pues bien esta cláusula genérica podría valer tanto para el contrato de limpieza y mantenimiento del edificio del Parlamento de Canarias, como para un contrato de servicio de comedor y transporte escolar, por poner un ejemplo”.*



A la vista de ello, nos encontraríamos ante un incumplimiento de las exigencias legales impuestas al órgano de contratación por el art. 99.3 LCSP, dado que la redacción de la cláusula 1.2 del PCAP no satisface debidamente las exigencias contempladas por el citado precepto legal para tomar la decisión de no dividir en lotes el objeto del contrato (“...*siempre que hayan motivos válidos, que deberán justificarse debidamente en el expediente*”). Objetivamente, tal y como advirtió primeramente la Mesa de Contratación y fue asumido posteriormente por la Mesa de la Cámara, en su condición de órgano de contratación, ello no parece estar suficientemente explicado, circunstancia que, desde el punto de vista de las normas que rigen la preparación del contrato, implica *per se* que estemos en presencia de un defecto insubsanable que por sí mismo puede justificar la decisión de dicho órgano de desistir de la licitación.

A partir de lo señalado, considera este Tribunal que la Administración contratante debió (idealmente, en la propia redacción de los pliegos de la contratación, en la fase inicial del procedimiento de licitación; pero alternativamente en una fase posterior a través de un informe específico) concretar de forma argumentada los motivos o razones por los que, a su juicio, en atención a las prestaciones que constituyen el objeto del contrato sujeto a licitación, resultaba necesaria la coordinación de las distintas prestaciones, así como explicar debidamente de qué forma y con qué alcance la división en lotes del contrato y su ejecución por parte de diversos contratistas “podría verse imposibilitada”.

Por su parte, parece sostener la entidad recurrente que la circunstancia de que la comprobación del defecto que ha servido de sustrato al desistimiento se haya producido una vez conocidas las proposiciones formuladas por los licitadores impediría a la Administración desistir de la convocatoria ya en marcha. Pero es lo cierto que, en cuanto al elemento temporal, para la validez del ejercicio de la potestad de desistimiento el único requisito necesario es que el acuerdo se produzca con anterioridad a la formalización del contrato. En este sentido, y como ya se ha dicho, no puede este Tribunal negar que lo ideal hubiera sido que la advertencia sobre la omisión de concreción de la argumentación en relación con la no división en lotes del contrato de la cláusula 1.2 del PCAP se hubiera producido en una fase anterior del procedimiento de licitación, y no en un momento tan próximo a la adjudicación a la mejor oferta, una vez conocidas y valoradas las ofertas económicas de las distintas empresas.

Pero dicho lo cual, debe subrayarse que una cosa es que hubiera podido resultar deseable que la detección de un defecto que puede comprometer el resultado del procedimiento se hiciera en la fase más temprana posible del mismo, para así no frustrar las expectativas de los operadores económicos y atender los principios de la rapidez, agilidad y eficacia que han de regir la actuación administrativa; y otra cosa bien distinta es que la eventual demora produzca, como sostiene la recurrente un desapoderamiento de las posibilidades de reacción de la Administración contratante. En todo caso, si aquella entendiera que ese retraso, por sí mismo, le ha irrogado una lesión en su patrimonio siempre podrá reclamar ante el órgano de contratación los gastos adicionales conectados con su participación en la licitación que resulten debidamente acreditados.

Pero esta circunstancia no empece la facultad de desistimiento que el legislador atribuye al órgano de contratación, al que, desde una perspectiva temporal en cuanto a su ejercicio, sólo



impone como condición (art. 152.2 LCSP) que la decisión se produzca antes de la formalización del contrato, lo cual se ha verificado en el presente caso.

Por último, y en cuanto a la alegación de la recurrente relativa a la insuficiente definición en los pliegos de algunas de las prestaciones objeto del mismo como causa complementaria para justificar el desistimiento del contrato, entiende este Tribunal que no procede pronunciarse al respecto de la misma, en atención que basta con la constatación de la insuficiente motivación de la no división en lotes para entender producida la concurrencia de un defecto insubsanable en las normas de preparación del contrato, suficiente por sí mismo para entender legítima la decisión de desistir del procedimiento de licitación por parte de la Administración contratante.

6.- Sobre la posible indefensión causada a la recurrente como consecuencia de la introducción de nuevos motivos en el acuerdo de desistimiento adoptado por el órgano de contratación.

Por último, argumenta la recurrente la indefensión que se le habría producido al haber introducido *ex novo* en la declaración de desistimiento del procedimiento de licitación dos nuevos motivos para justificar dicho acuerdo, siendo que la propuesta inicial de desistimiento que la mesa de contratación elevó a la Mesa de la Cámara, solo se sustentaba en un motivo único: la falta de informe justificativo de las razones de la no división por lotes del contrato ex art. 99.3 LCSP.

A juicio de la recurrente ello le produjo indefensión, ya que en el momento en que la misma hizo sus alegaciones ante el órgano de contratación, una vez conoció a través de la plataforma de contratación de la propuesta de desistimiento, sustentó su argumentación oponiéndose a dicha decisión sobre la base de aquel único argumento justificativo, sin alusión a los dos motivos que posteriormente fueron añadidos en el acuerdo definitivo, ahora objeto del presente recurso, adoptado por la Administración contratante para justificar su decisión de desistir del procedimiento de licitación, a saber: a) la inadecuada definición en los pliegos de la licitación de las condiciones en las que habría de prestarse el servicio de limpieza; y b) la necesidad de división en lotes del contrato al estar integrado su objeto por prestaciones diversas carentes entre sí de la necesaria vinculación objetiva o material.

Pero este argumento debe ser igualmente desestimado, puesto que lo que la recurrente conoció a través de la Plataforma de Contratación fue el contenido del acta de la Mesa de Contratación elevando a la Mesa de la Cámara su propuesta de desistimiento basada en la falta de informe justificativo de las razones de la no división por lotes del contrato ex art. 99.3 LCSP. En este sentido, tal y como consta en el informe ante la Mesa del Letrado-Secretario General: *“(...) al ser la propuesta de desistimiento elevada por la mesa de contratación un acto de mero trámite frente al cual no cabe interponer recurso alguno, de acuerdo con el artículo 44.2.b) de la LCSP, como tampoco lo sería la propuesta de adjudicación, conforme a lo previsto en el art. 157.6 LCSP y en el propio pliego de cláusulas administrativas y particulares, en su cláusula 17.1 y concordantes; siendo un acto que por sí mismo no decide directa o indirectamente sobre la adjudicación, ni determina la imposibilidad de continuar el procedimiento, ni produce indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos, pues el órgano de contratación podría separarse, motivadamente, de esa propuesta y resolver en otro sentido, sin*



que pueda tampoco obligar a la mesa de contratación a modificar su propuesta, pues este último es un órgano colegiado que actúa como órgano auxiliar del órgano de contratación pero con independencia funcional, en virtud de lo dispuesto en el artículo 326 LCSP. En definitiva, la mesa de contratación se ha limitado, por unanimidad de sus miembros, a proponer al órgano de contratación que se proceda conforme a lo previsto en el artículo 152.4 de la LCSP, es decir, que se desista del presente contrato”.

En este sentido, conforme el artículo 44.2.c) LCSP podrán ser objeto del recurso especial "Los acuerdos de adjudicación". Es decir, no se puede esgrimir que se ha causado indefensión, toda vez que es en este momento y no antes –es decir, producido el desistimiento, que puede asimilarse, a estos efectos, al acuerdo de adjudicación de un contrato- cuando cabe presentar los recursos pertinentes contra dicho acuerdo, dictado por el órgano de contratación, y que contiene toda la información necesaria para que los interesados puedan interponer el recurso contra la decisión adoptada, siendo que la empresa CLECE, S.A. tuvo conocimiento de la decisión de la Mesa del Parlamento de desistir a través de la notificación practicada el 3 de diciembre de 2021, e interpuso su recurso especial en materia de contratación dentro del plazo legalmente establecido.

A este respecto, debe recordarse que la propuesta de desistimiento realizada por la Mesa de Contratación no puede calificarse como un acto de trámite cualificado en los términos de lo que exige el art. 44 LCSP, toda vez que la Mesa del Parlamento, como órgano de contratación y por tanto órgano de adjudicación podría, razonada y motivadamente, haberse apartado de dicha propuesta. En este sentido, dicho acto de propuesta, no puso, en ningún caso, fin al procedimiento, ni podía decidir directa o indirectamente sobre el fondo, ni creaba derechos para los licitadores, ni tampoco producía perjuicios irreparables a derechos o interés legítimos, ni, finalmente, era susceptible de causar indefensión alguna, puesto que siempre cabía recurso contra el acuerdo definitivo del órgano de contratación sobre el desistimiento del procedimiento de licitación, como ahora ha ocurrido.

En definitiva, es con ocasión del presente recurso cuando la empresa puede rebatir todos y cada uno de los argumentos sostenidos por el órgano de contratación, que podrán ser los mismos que sirvieron de base a la propuesta de la mesa de contratación en orden al desistimiento u otros que libremente pudiera considerar la Mesa de la Cámara de forma autónoma para fundamentar su decisión definitiva de desistimiento, por lo cual no puede apreciarse indefensión alguna.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación

RESUELVE

PRIMERO.- Desestimar el recurso interpuesto por doña Yurena Ramos Quesada, en nombre y representación de CLECE S.A. contra el Acuerdo de la Mesa del Parlamento de Canarias de 25 de noviembre de 2021, por el que se declaró el desistimiento del procedimiento de licitación del mantenimiento integral de los edificios del Parlamento de Canarias (expediente 2/2021/SV).



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 58 de la LCSP.

TERCERO.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Canarias, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 59 de la LCSP.



VºBº

EL PRESIDENTE DEL TRIBUNAL

José Miguel Ruano León

EL SECRETARIO DEL TRIBUNAL

Manuel Aznar Vallejo