

El desistimiento del procedimiento de adjudicación

Grupo de Contratos del Sector Público

Gómez-Acebo & Pombo Abogados

La legislación vigente contempla el desistimiento del procedimiento de adjudicación contractual para aquellos supuestos en los que concurre 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. Una reciente Sentencia del Tribunal Supremo ha venido a delimitar esta figura advirtiendo que no se configura como una prerrogativa administrativa, sino como una potestad reglada que permite a la Administración claudicar de un procedimiento en curso.

El Tribunal Supremo, en la reciente Sentencia 825/2020, de 10 de marzo¹, dictada en un recurso de casación, aborda un análisis detallado de la **naturaleza jurídica** del desistimiento del procedimiento de adjudicación contractual y de los requisitos que deben concurrir para que pueda tener lugar.

El pronunciamiento jurisdiccional tuvo lugar al hilo de un procedimiento de licitación para la adjudicación de un contrato de “*redacción de proyecto de ejecución, construcción y explotación*” de unas obras, en el marco del cual, el órgano de contratación decidió desistir por considerar que

¹ Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, del Tribunal Supremo número 825/2020. <http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/f231869586eae78/20200514>.

el contrato se encontraba incurso en un **vicio o infracción no subsanable** ex artículo 155.4² del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP), por infracción de las normas generales sobre preparación de los contratos recogidas en los artículos 109, 22 y 86.1, y ello porque en la situación existente al tiempo del inicio de la tramitación del expediente de contratación y, más tarde, cuando se aprueba el citado expediente y cuando se eleva propuesta de adjudicación del contrato, el **objeto de dicho contrato no estaba determinado** con precisión por causa de los distintos procedimientos de contratación parcialmente coincidentes por su objeto con aquél³.

Resulta clave en este asunto la configuración legal que de esta figura se contiene en el artículo 155.4 del TRLCSP⁴ – aplicable al procedimiento por razones temporales – que **impone el concurso de varios presupuestos para el desistimiento del procedimiento de adjudicación:**

- (i) un **presupuesto temporal**, que se acuerde antes de la adjudicación del contrato, y por tanto también antes de su perfección por medio de la formalización;
- (ii) un **presupuesto material**, pues debe estar fundado en una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato, con cita y transcripción de los artículos 86, 109 y 22 del TRLCSP; y,
- (iii) un **presupuesto formal**, que uno y otro se justifiquen debidamente en el expediente que corresponda, siendo la consecuencia para el licitador (que no contratista) que se le **indemnicen los gastos en los que hubiera incurrido por concurrir a la licitación**⁵.

El desistimiento del procedimiento de licitación por el órgano de contratación se acordó porque:

- existía un contrato anterior con otra contratista, cuyo objeto coincidía parcialmente con aquel de cuyo procedimiento de adjudicación se desistió.

² 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.

³ Consideró la Administración contratante que el objeto de otro contrato anterior, relativo a la redacción del proyecto de ejecución y del estudio de seguridad y salud, la ejecución y la dirección facultativa de las obras del nuevo edificio XXX para un Campus, que le fue adjudicado a la mercantil CC el 28 de mayo de 2007 (vigente y pendiente de su cumplimiento -aprobación del proyecto de ejecución- por parte de la Administración contratante), coincidía en buena parte con el objeto del concernido, habida cuenta de que ambos contemplan la necesidad de redactar un proyecto de ejecución y de construir una serie de dependencias que se duplican y se solapan, y cuya configuración y concepción resulta incompatible.

⁴ En términos similares se pronuncia el artículo 152.4 de la actualmente vigente Ley 9/2017, de 18 de noviembre.

⁵ A diferencia de los supuestos más onerosos para la Administración en los que esta desiste de un contrato ya celebrado y en curso de ejecución, en los que se indemnizan perjuicios que van más allá de los gastos incurridos hasta el momento.

G A _ P

- La coincidencia de objetos contractuales evidenciaba una incompatibilidad parcial de ambos contratos.
- Ley de Contratos del Sector Público impone que el objeto de todo contrato del sector público esté determinado con precisión en fase de preparación.

Impugnado el acuerdo de desistimiento, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid (en adelante TACPM) procedió a su anulación por considerar que **no concurría una causa impeditiva para la adjudicación del contrato controvertido, y ello porque:**

- No concurría vicio alguno en la preparación del contrato, pues el previo que se dice incompatible con el nuevo, debe considerarse resuelto por desistimiento tácito como consecuencia de la nueva licitación.
- El acuerdo infringe el artículo 155.4 del TRLCSP por considerar como vicio insubsanable el provocado por la propia Administración al efectuar la segunda licitación sin resolver el contrato anterior determinante de la incompatibilidad y del vicio en el objeto del segundo contrato.
- El desistimiento comporta una infracción de los principios de seguridad jurídica, confianza legítima y prohibición de obtener provecho de los propios vicios, así como utilización indebida de fraude de ley y abuso de derecho.

La Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Madrid⁶ estimó el recurso interpuesto por la representación de la Administración contra la resolución del TACPM por considerar que la vigencia del previo contrato constituye una identidad parcial en el objeto de la concesión, lo que impidió que el objeto del contrato controvertido queda debidamente delimitado en fase de preparación de dicha concesión, y ello constituye una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato del artículo 155.4 del TRLCSP, que **acarrea indefectiblemente la procedencia del desistimiento acordado** por la Administración. Aunque reconoce que esa identidad parcial no conlleva como único efecto la necesidad de desistimiento, pudiendo haberse resuelto el contrato anterior antes de la adjudicación, advierte que no es posible considerar que la infracción cometida sea subsanable por el mero hecho de que la Administración manifieste su intención o propósito de atender las obligaciones económicas derivadas de resolver el contrato anterior, porque al margen de que eso no es más que una declaración de intenciones, **la subsanación de la infracción de las normas de preparación del contrato a la que se refiere el artículo 155.4, no puede quedar al albur o a la mejor o peor voluntad de alguien ajeno a la Administración** contratante como es la contratista, que puede aceptar o no la propuesta de resolución que la haga la Administración⁷.

⁶ Recurso contencioso administrativo 316/2016.

G A _ P

Formulado recurso de casación ante el Tribunal Supremo, la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, dictó la STS 825/2020 en la que 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.

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 tienen cabida los vicios o infracciones que afecten al objeto del contrato, a su idoneidad y determinación, así como que no hay duda de que en el contrato de concesión de obra pública sobre el que versa este pleito concurre *ab initio* un defecto en el objeto del contrato, habiéndolo declarado así tanto el TACP de la STSJM.

Ahora bien:

1. El artículo 155.4 del TRLCSP de 2011 no regula o impone de manera directa la necesidad de resolución previa de los contratos anteriores incompatibles con el que se pretende licitar, sino que lo que hace es algo diferente, **conceder a la Administración la posibilidad de desistir de la adjudicación** de contratos que tengan vicios no subsanables que afecten a su preparación;
2. La incompatibilidad de objeto del contrato que se pretende licitar con otro anterior puede suponer la **conurrencia de una infracción o vicio insubsanable** de las normas de preparación del nuevo contrato que permite acodar el desistimiento del procedimiento de adjudicación.
3. El desistimiento **no es una prerrogativa** de la Administración, pues el artículo 210 del Real Decreto Legislativo 3/2011 solo recoge las de interpretación, modificación y resolución de los contratos.

⁷ La sentencia contiene luego las razones para rechazar afirmaciones referidas a los principios de confianza legítima y de proporcionalidad, fundamento de derecho sexto-y que estaban referidas (i) a que la necesidad de concurrencia de infracción no subsanable impuesta por el artículo 155.4 del TRLCSP debe entenderse referido a que la infracción suponga una nulidad de pleno derecho del artículo 62 de la Ley 30/1992; (ii) a que el desistimiento incurre en fraude de ley y abuso de poder; (iii) y a la invocación de los principios de confianza legítima y seguridad jurídica.

G A _ P

4. Se trata de una **potestad reglada**, y debe estar basada en razones objetivas. 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.
5. El desistimiento no impedirá la iniciación inmediata de un procedimiento de licitación⁸.
6. En aquellos casos en los que se proceda al desistimiento éste conlleva la asunción de las obligaciones legales impuestas y por tanto la **indemnización** de los gastos en los que haya incurrido el licitador afectado por el desistimiento.

⁸ A diferencia de lo que ocurre cuando se adpta 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 (artículo 152.3 LCSP 2017).

El Grupo de Contratos Públicos de Gómez-Acebo Pombo Abogados S. L. P. está integrado por Carlos Vázquez Cobos, José Luis Palma Fernández, Juan Santamaría Pastor, Pilar Cuesta de Loño, Irene Fernández Puyol y Miguel Ángel García Otero.

Para cualquier información adicional dirigirse a: José Luis Palma (jlpalma@ga-p.com) o al Área de Derecho Público, Grupo de Contratos Públicos, Gómez-Acebo & Pombo Abogados S. L. P., Paseo de la Castellana 216, Madrid – 28046 (tel.: 915 829 204)

©Gómez-Acebo & Pombo Abogados, S. L. P. Los derechos de propiedad intelectual sobre el presente documento pertenecen a Gómez-Acebo & Pombo Abogados, S. L. P. No puede ser objeto de reproducción, distribución, comunicación pública incluida la puesta a disposición a través de internet, o transformación, en todo o en parte, sin la previa autorización escrita de Gómez-Acebo & Pombo Abogados, S. L. P.