

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

En Madrid, a 27 de julio de 2023

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de la UTE conformada por las mercantiles Argola Arquitectos, S.L.P., y Técnica y Proyectos, S.A, contra la resolución de desistimiento de la licitación del “Servicio para la redacción del Plan Funcional, Plan de Espacios, Plan Especial de Reforma Interior (PERI), Anteproyecto Completo de la parcela del hospital, así como el Proyecto Básico y de Ejecución, Estudio de Seguridad y Salud, correspondientes a la primera fase de las obras contenidas en el Anteproyecto de Ordenación del Hospital General Universitario Gregorio Marañón” (Lote Único), expediente número A/SER-031922/2022, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncio publicado el 2 de diciembre de 2022, en el Portal de Contratación de la Comunidad de Madrid se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto, con pluralidad de criterios de adjudicación.

El valor estimado de contrato asciende a 3.960.082,64 euros y su plazo de

duración será de 360 días.

Segundo.- De acuerdo con los datos enviados por el órgano de contratación y la consulta efectuada al Portal, durante el plazo de presentación de ofertas, que finalizó el 16 de enero de 2023, se han presentado tres ofertas en compromiso de UTE, entre ellas, la de la UTE recurrente.

En la sesión de la Mesa de contratación celebrada el 8 de febrero de 2023, para la apertura del sobre 1, por parte de la Intervención delegada se emite voto particular en el siguiente sentido:

“No se ha procedido a la retención de crédito exigida en el artículo 116.3 de la LCSP por lo que esta representante de la Intervención no ha podido comprobar la existencia de crédito adecuada y suficiente, requisito previo a la aprobación del gasto del expediente, conforme a los dispositivos establecidos por la Ley 9/1990, de 8 de noviembre, reguladora de la Hacienda de la Comunidad de Madrid, en su artículo 54, así como poder verificar que haya crédito para atender el pago del objeto del contrato art. 198 LCSP.

Consta en el expediente la aprobación del gasto por la Dirección Gerencia, dado que el importe del contrato es de 4.465.000 euros, el Gerente no es Órgano Competente para celebrar dicho contrato, al no tener delegada esta competencia, incumpléndose la Resolución 342/21, de 13 de septiembre, de la Viceconsejería de Asistencia Sanitaria y Salud Pública y dirección General del Servicio Madrileño de Salud, por la que se delega el ejercicio de determinadas competencias en materia de contratación y de gestión económico presupuestaria”.

La licitación continúa con la celebración de actos de apertura de ofertas y de calificación y valoración de la correspondiente documentación, y por la Mesa de contratación en sesión celebrada el 22 de marzo de 2023, se propone la adjudicación del contrato en favor de la UTE recurrente.

Ante la ausencia de fiscalización previa, la Intervención General emite informe de fecha 17 de abril de 2023, instando a la convalidación del gasto por el Consejo de Gobierno.

El 26 de mayo de 2023, la Abogacía General de la Comunidad de Madrid emite un informe sobre las eventuales consecuencias indemnizatorias que se pudieran derivar de la revisión de oficio, indicando expresamente que *“orillará cualquier pronunciamiento atinente a la nulidad o validez del expediente de contratación, limitándonos a realizar un ejercicio dialéctico sobre la cuestión consultada, con la finalidad de coadyuvar al órgano consultante en el sostenimiento o modificación de su criterio; el cual resulta coincidente, en el momento de la consulta, y como ya se ha visto, con el propio de la Intervención General de la Comunidad de Madrid (...)”* y que *“Sin perjuicio de lo hasta ahora dicho, resulta aconsejable advertir al órgano consultante que si se apreciara la existencia de una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato antes de su formalización, como parece que es el caso presentado, lo ordinario sería acudir al desistimiento”*.

Mediante Resolución del Viceconsejero de Gestión Económica de fecha 21 de junio de 2023, se desiste del procedimiento de licitación del contrato por no haberse procedido a la retención de crédito del expediente y haberse aprobado el gasto por órgano incompetente.

Tercero.- El 12 de julio de 2023 tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de UTE conformada por las mercantiles Argola Arquitectos, S.L.P. y Técnica y Proyectos, S.A., en el que solicita la declaración de nulidad de la resolución de desistimiento de la licitación. Se solicita asimismo la suspensión de la tramitación del nuevo expediente de contratación incoado tras el desistimiento.

El 18 de julio de 2023, se recibe en este Tribunal el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 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), remitidos por el órgano de contratación, solicitando la desestimación del recurso. Se opone igualmente a la suspensión del nuevo procedimiento solicitada por la UTE recurrente alegando que no se efectuará propuesta de adjudicación del nuevo procedimiento hasta que este Tribunal se haya pronunciado sobre el presente recurso.

Cuarto.- No procede la adopción de medidas cautelares por entrar este Tribunal directamente a la resolución del recurso.

Quinto.- No se ha dado traslado del recurso a posibles interesados al no ser tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones que las aducidas por el recurrente, de conformidad con lo establecido en el artículo 82.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, aplicable en virtud de lo establecido en el artículo 56 de la LCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.4 de la LCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica que ha participado en la licitación y resultó propuesta adjudicataria del contrato de cuya licitación se ha desistido, por tanto, *“cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso”* (artículo 48 de la LCSP).

Asimismo, se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue adoptado el 21 de junio de 2023, y publicado en el Portal ese mismo día, desconociéndose la fecha de notificación pues esta no ha sido incluida en el expediente ni en el informe del órgano de contratación, recogiendo en el recurso únicamente la fecha de publicación en el Portal; e interponiéndose el recurso en este Tribunal, el 12 de julio de 2023, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpone contra el acuerdo de desistimiento del proceso de licitación arriba indicado, acordado al amparo del artículo 152 de la LCSP. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.c) de la LCSP, en tanto en cuanto la renuncia o el desistimiento constituyen una forma de terminación del procedimiento de licitación, asimilable a la adjudicación.

Se interpone además contra un acto adoptado en el marco de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros.

El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.c) de la LCSP.

Quinto.- En cuanto al fondo del recurso, la cuestión se circunscribe a dilucidar si el desistimiento es o no conforme a Derecho, pues como entiende la UTE recurrente, nos encontramos ante un defecto anulable susceptible de subsanación.

Señala la UTE en su recurso que la infracción del procedimiento alegada por la Resolución de desistimiento, corresponde a la imposibilidad de retener el crédito exigido por el citado artículo, en tanto que dicha retención y la aprobación del gasto se realizó por el Gerente, no siendo este un órgano competente para ello en virtud de la Resolución 342/2021, de 13 de septiembre, de la Viceconsejería de Asistencia Sanitaria y Salud Pública y Dirección General del Servicio Madrileño de Salud, por la

que se delega el ejercicio de determinadas competencias en materia de contratación y de gestión económico-presupuestaria, cuyo Resuelve Primero, en su apartado 2 dispone:

“2. Delegar en los Directores Gerentes de los Centros de Atención Hospitalaria adscritos al Servicio Madrileño de Salud, Centro de Transfusión y en el Director Gerente del SUMMA-112 la celebración de contratos, así como sus modificaciones, que correspondan a su centro de gestión, cuando su cuantía no exceda de 3.000.000 de euros, previa autorización del titular de la Viceconsejería de Asistencia Sanitaria y Salud Pública y de la Dirección General del Servicio Madrileño de Salud cuando exceda de 1.200.000 euros y la tramitación de los recursos que se interpongan contra los actos derivados de los mismos, de su adjudicación, efectos y extinción”.

En atención a lo anterior y en atención a la cuantía del contrato, que asciende a 4.465.000 euros, entiende la recurrente que fuera de toda duda la Dirección Gerencia del Hospital no resulta órgano competente para la aprobación del gasto del expediente, correspondiendo a la Viceconsejería.

Ahora bien, entiende la recurrente que nos encontramos ante una falta de competencia jerárquica, pues ambos organismos se incardinan en la Consejería Madrileña de Salud, que no puede subsumirse en la incompetencia manifiesta por razón de la materia o del territorio prevista como nulidad de pleno derecho por el artículo 47 de la LCSP, siendo una infracción del ordenamiento que se subsume en el supuesto de anulabilidad previsto por el artículo 48 de la LCSP. Cita al hilo de esta idea sentencia del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 1993, en la que se recoge que *“la incompetencia jerárquica queda excluida del concepto de incompetencia manifiesta y, por consecuencia, de la nulidad de pleno derecho a que se refiere el artículo 47.1.a) de la L.P.A. citado”*, o la más reciente número 170/2023 que señala *“La incompetencia surgida de haber resuelto una reclamación dirigida per saltum al superior es de naturaleza jerárquica -lo que razona en contra la recurrente no tiene fundamento en norma o doctrina alguna- y no determina vicio de nulidad absoluta o radical, porque el superior ha conocido finalmente del asunto. Otra cosa es que lo*

haya hecho tardíamente”; así como Resolución 495/2019 de este Tribunal en la que se establece la necesidad de tener en cuenta las consecuencias del desistimiento.

En consecuencia con lo anterior, defiende que en virtud del artículo 52.3 de la LPAC, siendo un vicio consistente en incompetencia no determinante de nulidad, la convalidación podrá realizarse por el órgano competente cuando sea superior jerárquico del que dictó el acto viciado.

Continua la recurrente señalando que los informes obrantes en el expediente, a los que ha tenido acceso tras la solicitud de acceso al mismo, tanto en el emitido en fecha 30 de marzo de 2023 por la Intervención Delegada, como el emitido en fecha 17 de abril de 2023 por la Intervención general, se pronunciaban en favor de la conveniencia de la convalidación.

Existiendo tal posibilidad, refiere que el órgano de contratación, habiendo conocido del vicio antes de la apertura de las ofertas por haberse puesto de manifiesto por parte del representante de la Intervención en el acto celebrado por la Mesa el día 8 de febrero de 2023, decidió continuar con la tramitación del procedimiento, para desistir de la licitación una vez ha existido propuesta de adjudicación, convocándose nuevo procedimiento de licitación con el mismo objeto y mismo valor estimado, lo cual supone un gasto más elevado para todas las partes intervinientes, incluida la Administración, además del perjuicio ocasionado a los licitadores con el levantamiento del secreto de las proposiciones.

Por su parte, el órgano de contratación entiende igualmente que, en virtud de la citada Resolución 342/2021, de 13 de septiembre, el órgano competente para el inicio y aprobación del expediente es la Viceconsejería, órgano que aprobó los pliegos. Apunta a que si no se hizo la aprobación del gasto se debió a la anulación del documento contable que estaba en la intervención para su fiscalización, paso previo para que el Viceconsejero apruebe el gasto, y que debido a la prórroga de los presupuestos de la Comunidad de Madrid y a que no se sabía en qué fecha

aproximada se podría posicionar el crédito presupuestario para poder elaborar el documento contable y poder fiscalizarlo previamente, el órgano promotor, en base al estado de necesidad de las instalaciones y el interés público, continuó con la tramitación del expediente teniendo en cuenta que el procedimiento a seguir en los supuestos de omisión de fiscalización previa se encuentra desarrollado parcialmente en la Circular 1/1998, de 26 de enero, de la Intervención General de la Comunidad de Madrid, por la que se dictan instrucciones sobre el ejercicio de la función fiscalizadora (Circular 1/1998, en adelante), cuya Instrucción 3ª sostiene que el informe que se emita por el Interventor, en estos casos, deberá pronunciarse sobre la d) posibilidad o conveniencia de revisión del acto, (para declarar la nulidad) a cuyo efecto se tendrá en cuenta que, por razones de economía procesal, sólo será pertinente instar tal revisión cuando sea presumible que el resultado final de la misma implique un menor gasto para la Hacienda Pública, supuesto que no se daría en este expediente.

Alega que con fecha 22 de marzo de 2023, la Mesa de contratación propone la adjudicación del contrato, elaborándose el documento contable y remitiéndose para convalidación, al haberse omitido la fiscalización previa, habiéndose pronunciado en el sentido de convalidar el gasto tanto la Intervención Delegada de la Consejería de Sanidad, en su informe de 30 de marzo de 2023, como la Intervención General de la Comunidad de Madrid en su informe al Consejo de Gobierno, de 17 de abril de 2023. Sin embargo, a pesar de que los órganos competentes para instar la revisión de oficio consideraron que no estamos ante un supuesto de nulidad, sino ante un acto viciado susceptible de subsanación mediante la convalidación por el órgano correspondiente, los Servicios Jurídicos se pronunciaron en favor de la nulidad del expediente, mediante informe de 26 de mayo de 2023, razón por la cual el órgano se acoge al mismo y solicita al órgano de contratación el desistimiento.

Vistas las alegaciones de las partes, procede señalar que nos encontramos ante un desistimiento del artículo 152 de la LCSP, con iniciación inmediata de un nuevo procedimiento de licitación.

De acuerdo con lo establecido en el referido precepto, son varios los requisitos para acordar un desistimiento:

- Temporal, pues debe producirse antes de la adjudicación.
- De contenido, pues debe fundarse en una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato, o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación.
- De motivación, siendo necesario que se justifique en el expediente de la concurrencia de la causa.

En el caso que nos ocupa se cumplen el requisito temporal, pues el expediente se encontraba en fase de requerimiento al licitador propuesto como adjudicatario de la documentación prevista en el artículo 150.2 de la LCSP; y el de motivación, pues la causa se encuentra expresada en la resolución de fecha 21 de junio de 2023 en el siguiente sentido: *“Por cuestiones de índole técnico no se pudo proceder a la retención del crédito exigida en el art. 116.3 de la LCSP, y la aprobación del gasto se realizó por el Gerente, no siendo Órgano competente, al no tener delegada esta competencia”*.

Cumplidos los requisitos anteriores, el desistimiento 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.

Como ya señalábamos en nuestra Resolución 256/2023, de 22 de junio, el desistimiento, a diferencia de la renuncia, no es un acto discrecional determinado por el cambio de voluntad de la entidad contratante, sino un acto reglado fundado en causas de legalidad. Por ello es requisito indispensable la concurrencia de una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación, en virtud de lo dispuesto en el apartado 4º del artículo 152 de la LCSP. La existencia de la infracción no subsanable debe justificarse en el expediente y no impide la iniciación inmediata de un nuevo

procedimiento de licitación con el mismo objeto.

En el caso que analiza la presente resolución, la infracción viene constituida, según la UTE recurrente, por la aprobación del gasto por órgano jerárquicamente incompetente, y según los informes obrantes en el expediente, por la omisión del trámite de fiscalización previa y la aprobación del gasto por órgano incompetente.

No siendo una cuestión controvertida entre las partes la incompetencia del órgano que ha aprobado el expediente y el gasto, la Dirección Gerencia del Hospital, pues tanto recurrente como órgano de contratación entienden que hubiera correspondido a la Viceconsejería, no va a analizar este Tribunal la Resolución de delegación de competencias, sino la posible convalidación de tal incompetencia por el órgano competente.

Obra en el expediente remitido por el órgano de contratación, Resolución de la Dirección Gerencia de fecha 29 de febrero de 2022, de aprobación de los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas, de aprobación del gasto por importe de 4.465.000 euros y de aprobación del expediente de contratación por procedimiento abierto. Consta documento contable de autorización del gasto firmado por el centro gestor, pero sin contabilizar.

Consta asimismo Resolución del Viceconsejero de Gestión Económica de fecha 5 de enero de 2023, de aprobación de los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas.

De lo anterior se desprende que los pliegos sí han sido objeto de aprobación por el órgano de contratación que ostenta la competencia, no así el gasto, que además de haber sido aprobado por órgano incompetente, su aprobación se efectuó sin la retención de crédito necesaria, vulnerándose lo dispuesto en el artículo 116.3 de la LCSP, que dispone que al expediente deberá incorporarse, además del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) y el Pliego de Prescripciones Técnicas

(PPT), el certificado de existencia de crédito, y la fiscalización previa de la intervención, en su caso, en los términos previstos en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria.

Tampoco ha sido incorporado al expediente informe de fiscalización previa, como señaló el representante de la Intervención en la sesión de la Mesa de fecha 8 de febrero de 2023, a través de su voto particular.

Esta vulneración de las normas de preparación del contrato fue por tanto advertida por el representante de la Intervención en el seno de la tramitación del expediente, decidiéndose continuar con la licitación a pesar de tal advertencia.

Como señalamos en nuestra Resolución nº 299/2017, de 18 de octubre: *“Cabe también recordar que el desistimiento como apreciación de una vulneración insubsanable de las normas del procedimiento o de los actos preparatorios, supone una decisión extrema de finalizar el procedimiento sin llegar al trámite que ordinariamente pone fin al mismo que es la adjudicación, por ello debe hacerse una interpretación restrictiva de la concurrencia de los supuestos habilitantes. La gravedad de la infracción debe ser proporcional a la consecuencia que comporta la declaración de desistimiento, siendo preciso tomar en consideración todas las circunstancias concurrentes a fin de ponderar la importancia de los vicios o defectos cometidos determinantes de la insubsanabilidad. La finalización del procedimiento mediante desistimiento cuando se descubre una causa que impide continuar con el mismo, supone rehacer de nuevo los documentos en que se cometió la infracción o un nuevo procedimiento, adecuando los trámites omitidos o nulos. Si el momento temporal de apreciación de la nulidad es el inicial, cuando todavía no se han conocido las ofertas de los licitadores sería admisible una interpretación más “amplia” de lo que ha de entenderse incluido dentro del concepto “infracción insubsanable”, sin embargo cuando el procedimiento ha avanzado llegando incluso a la clasificación de las ofertas, habiendo sido advertidas las presuntas infracciones en un momento inicial del procedimiento, en el que debió valorarse la decisión de desistimiento procediendo a*

suspender el mismo sin la apertura de ofertas, la interpretación de la existencia de la infracción ha de ser más restrictiva. Advertir de la existencia de ilegalidades y continuar el procedimiento, es contradictorio con la posterior decisión de apreciar como motivo para finalizar el procedimiento lo antes no valorado como suficiente, para tomar tal decisión”.

Consta en el expediente Informe de la Intervención General de fecha 17 de abril de 2023, en relación a la Propuesta de Acuerdo del Consejo de Gobierno, por el que se convalida el gasto del contrato en cuestión, por importe de 4.018.599,99 euros (expediente contable AD/2023/XXXXXXXXXX), en el que se informa que pese al defecto de omisión en el expediente del trámite de fiscalización previa y del expediente contable de gasto, *“A la vista de la citada documentación justificativa que integra el expediente, de acuerdo con la Instrucción 3ª de la Circular 1/1998, de 26 de enero, de la intervención General de la Comunidad de Madrid, se consideran acreditados los requisitos necesarios para su convalidación por Consejo de Gobierno, sin que proceda otra tramitación”.*

En consecuencia, entiende este Tribunal que, aun concurriendo causa de nulidad de pleno derecho conforme a lo establecido en el artículo 39.2 de la LCSP, pues se aprobó el expediente carente de crédito para hacer frente a las obligaciones derivadas del contrato, se trataría en este momento de una infracción subsanable, pues siendo posible la convalidación del gasto, es posible su subsanación, no cumpliéndose, en el momento procedimental en que se resuelve el desistimiento por el órgano de contratación, los requisitos previstos para el desistimiento en el artículo 152 de la LCSP.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.4 de la LCSP y el artículo 3.5 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de la UTE conformada por las mercantiles Argola Arquitectos, S.L.P. y Técnica y Proyectos, S.A, contra la resolución de desistimiento de la licitación del “Servicio para la redacción del Plan Funcional, Plan de Espacios, Plan Especial de Reforma Interior (PERI), Anteproyecto Completo de la parcela del hospital, así como el Proyecto Básico y de Ejecución, Estudio de Seguridad y Salud, correspondientes a la primera fase de las obras contenidas en el Anteproyecto de Ordenación del Hospital General Universitario Gregorio Marañón” (Lote Único), expediente número A/SER-031922/2022, anulando la resolución de desistimiento del procedimiento.

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 multa 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 Madrid, 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.