La renuncia a la celebración del contrato y el desistimiento del procedimiento de adjudicación por la Administración: jurisprudencia y doctrina

Juan Carlos Gris González
Secretario general de la Diputación Provincial de Zamora

1. **Introducción**
2. **Naturaleza jurídica de los actos administrativos de renuncia y desistimiento: ¿actos de trámite o actos que ponen fin al procedimiento de adjudicación?**
3. **Las causas legitimadoras**
   3.1. El concepto de "interés público" (renuncia)
   3.2. La infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o del procedimiento de adjudicación (desistimiento)
4. **La exigencia temporal**
5. **Las exigencias formales**
6. **La compensación a los candidatos o licitadores por los gastos en que hubiesen incurrido**

Resumen

El actual trabajo analiza, desde un punto de vista eminentemente práctico, las dos formas previstas en la legislación de contratos del sector público para cancelar una licitación: la renuncia y el desistimiento.

Artículo recibido el 21/01/2016; aceptado el 16/02/2016.

De este modo, en primer lugar, se estudia la naturaleza jurídica de estas figuras, concluyendo en torno a si estos actos son de trámite o finalizadores del procedimiento; seguidamente, se examinan las distintas causas legitimadoras de la renuncia y del desistimiento; en tercer lugar, se abordan los requisitos formales y temporales de estas potestades; y, finalmente, se exponen las consecuencias indemnizatorias que conlleva su uso.

Palabras clave: *renuncia; desistimiento; contrato; cancelación anticipada.*

The decision of not awarding a public contract in respect of which a prior call for competition was made and to recommence the procedure: case-law and doctrine

Abstract

This article analyses, from a practical perspective, the two available tools in public procurement law for cancelling a bidding: the decision of not awarding a public contract in respect of which a prior call for competition was made and to recommence the procedure. In this context, the article studies the nature of these tools aimed at clarifying whether they are intermediate or final administrative acts. Subsequently, the article explores the different causes that legitimize the two tools analysed. Finally, this work studies the formal and temporal requirements of these tools and describes the compensation mechanisms that they entail.

Keywords: not to award a contract in respect of which a prior call for competition was made; recommence the procedure; public contract; early cancellation.

1
Introducción

El artículo 155 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, regula la renuncia a la celebración del contrato y el desistimiento del procedimiento de adjudicación por la Administración. En similar sentido, tales figuras vienen contempladas por el artículo 150 del Anteproyecto de la Ley de Contratos del Sector Público, por medio del cual se va a trasponer al ámbito nacional la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de

febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE (de hecho las únicas diferencias que, en principio, se prevén sobre la actual regulación son, por una parte, que el límite temporal para efectuar la renuncia y el desistimiento se sitúa en la formalización del contrato en vez de en la adjudicación, y, por otro, que "En el supuesto de contratos basados en un acuerdo marco y en el de contratos específicos en el marco de un sistema dinámico de adquisición, el desistimiento y la renuncia de los mismos se realizará a propuesta del organismo destinatario de la prestación").

Tanto la renuncia como el desistimiento producen la terminación anticipada del procedimiento de licitación. Únicamente podrán acordarse por el órgano de contratación antes de la adjudicación (o de la formalización, si nos atenemos al Anteproyecto de la Ley de Contratos del Sector Público). Precisamente, este tope temporal diferencia a estas figuras recogidas en el artículo 155 del desistimiento como causa de resolución contractual, el cual se produce en sede de ejecución del contrato (esta segunda figura del desistimiento no será objeto del presente estudio).

También se asemejan la renuncia y el desistimiento en el hecho de que, en los dos casos, se genera la obligación del poder adjudicador de compensar a los candidatos o licitadores por los gastos en que hubiesen incurrido, en la forma prevista en el anuncio o en el pliego, o de acuerdo con los principios generales que rigen la responsabilidad de la Administración.

Y de igual forma es un punto en común que, cuando 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 notificará a los candidatos o licitadores, informando también a la Comisión Europea de esta decisión cuando el contrato haya sido anunciado en el "Diario Oficial de la Unión Europea".

No obstante estas coincidencias, ambas figuras se distinguen en la causa que las origina. De este modo, mientras que la renuncia obedece a razones de interés público, el desistimiento responde a la infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o del procedimiento de adjudicación, si bien, en ambos supuestos, deberá justificarse en el expediente la correspondiente causa.

Se separan, de la misma manera, ambas figuras en que el desistimiento no impedirá la iniciación inmediata de un nuevo procedimiento de licitación y, sin embargo, en la renuncia no podrá promoverse una nueva licitación del objeto del contrato en tanto subsistan las razones alegadas para fundamentar la misma.

Y poco más, al margen de todo lo hasta ahora apuntado, podría extraerse de la –parca– regulación en derecho positivo de la renuncia y el desistimien-

to. Justamente por ello, nos vemos conminados a acudir –una vez más– a la jurisprudencia y la doctrina, que son quienes han contribuido –realmente– a perfilar ambas instituciones. Así pues, seguidamente, vamos a exponer los principales criterios jurisprudenciales y doctrinales que existen al respecto y que pueden servir de guía a la hora de ejercer estas potestades.

2
Naturaleza jurídica de los actos administrativos de renuncia y desistimiento: ¿actos de trámite o actos que ponen fin al procedimiento de adjudicación?

La jurisprudencia comunitaria asegura expresamente la posibilidad de control (vía recurso especial) de los actos de cancelación precontractual de los órganos de contratación. En virtud de la Directiva 1989/665/CEE, de 21 de diciembre, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras, el acuerdo por el que se revoca una licitación para un contrato público forma parte de las decisiones con respecto a las cuales los Estados miembros están obligados a prever procedimientos de recurso de anulación, con el fin de garantizar el cumplimiento de las normas del Derecho comunitario en materia de contratos públicos, así como las normas nacionales mediante las que se adaptan los ordenamientos jurídicos nacionales al referido Derecho. Y ello porque la completa consecución del objetivo que la reseñada Directiva pretende alcanzar se vería comprometida si las entidades adjudicadoras pudieran cancelar las licitaciones para los contratos públicos, sin estar sujetas a los procedimientos de control jurisdiccional destinados a asegurar, desde todos los puntos de vista, la efectividad del cumplimiento de las directivas que establecen normas materiales sobre contratos públicos y de los principios en los que se sustentan[1].

A la vista de lo argumentado, estos actos de derogación de las licitaciones no pueden insertarse dentro de la clasificación doctrinal del ordenamiento español de acto de trámite, pues junto a la resolución, son unas de las formas de poner fin al procedimiento. Así, aquellos actos que ponen fin al procedimiento de adjudicación, bien con la selección de un licitador o bien con la no selección de ninguno, como pueden ser el desistimiento, la

1. Sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Sala Segunda, de 18 de junio de 2002, C-92/2000, y de 2 de junio de 2005, C-15/04.

renuncia o la declaración de desierta de una licitación, a efectos del recurso especial en materia de contratación, deben considerarse incluidos dentro del supuesto del artículo 40.2.c) del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público ("acuerdos de adjudicación adoptados por los poderes adjudicadores")[2].

3
Las causas legitimadoras

3.1
El concepto de "interés público" (renuncia)

En primer lugar, hay que partir de la idea de que, sin perjuicio del cumplimiento de los principios de transparencia e igualdad de trato, un poder adjudicador no puede estar obligado a llevar a término un procedimiento de adjudicación iniciado y a adjudicar el contrato de que se trata, incluso cuando quede un único licitador en liza que no reúna las condiciones de exclusión de la licitación[3].

En esta misma línea, cabe aseverar que la paralización de la licitación –al igual que la convocatoria de un procedimiento de licitación– es manifestación del ejercicio de una potestad discrecional de la Administración, por lo que cabe siempre que concurra motivación suficiente[4]. A este respecto, procede recordar que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas no establece que la renuncia del poder adjudicador a adjudicar un contrato público se limite a casos excepcionales o se base necesariamente en motivos graves[5].

De esta forma, las Administraciones –salvo en los casos en que la ley les impone obligaciones concretas– tienen libertad para optar, en el amplio marco de sus competencias, sobre qué contratos van a llevar a cabo en un momento

2. Resoluciones del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid de 8 de junio de 2011, rec. 12/2011, y de 10 de abril de 2013, rec. 48/2013; Resolución del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía de 16 de octubre de 2012, rec. 109/2012; y Resolución del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León de 28 de mayo de 2015, rec. 38/2015.

3. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Quinta, de 11 de diciembre de 2014, C-440/2013.

4. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª, de 8 de octubre de 2009, rec. 76/2006.

5. Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Sala Cuarta, de 16 de septiembre de 1999, C-27/1998.

determinado, y pueden también modificar sus decisiones iniciales si el interés general lo aconseja, o existe una causa legal que se lo permita, con dos limitaciones: si se han dictado actos declarativos de derechos, para su revocación debe seguirse el procedimiento previsto en el artículo 102 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; si con ello se producen daños a una persona o un grupo de personas que excedan del concepto de carga social, quedan obligadas a indemnizarlos[6].

Es más, siguiendo al Tribunal Supremo[7], se entiende que no existen actos declarativos de derechos a favor de los licitadores hasta la adjudicación –definitiva– del contrato, habiendo hasta entonces meras expectativas, sin que, en consecuencia, el órgano de contratación quede vinculado por la propuesta efectuada por la Mesa de Contratación[8].

Precisamente, el artículo 160.2 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre –destinado al procedimiento abierto, pero susceptible de ser aplicado a otros procedimientos–, determina que la propuesta de adjudicación no crea derecho alguno en favor del licitador propuesto frente a la Administración[9]. No obstante, cuando el órgano de contratación no adjudique el contrato de acuerdo con la propuesta formulada deberá motivar su decisión[10]. En el supuesto de concurso de proyectos, el fallo del jurado no se identifica con la adjudicación en sí, con lo que, si la propuesta de adjudicación no genera ningún derecho a favor del licitador propuesto, en menor medida este fallo puede suponer el reconocimiento de ningún derecho adquirido a favor del concursante mejor clasificado[11].

A mero título de ejemplo de lo que puede advertirse como razón de interés público que habilita la renuncia del contrato, se puede citar el riesgo de tener que dejar sin efecto la adjudicación del contrato y hasta la ejecución del mismo si una impugnación formulada llegase a prosperar, con las consiguientes indemnizaciones[12].

6. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Valladolid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 5 de junio de 2009, rec. 1330/2005.
7. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.ª, de 2 de octubre de 2001, rec. 4429/1997.
8. *Op. cit.* n.º 4.
9. Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de 30 de noviembre de 2012, rec. 254/2012.
10. *Ibid*.
11. *Ibid*.
12. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Valladolid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª, de 28 de diciembre de 2004, rec. 1723/1999.

Por el contrario, el cambio de las políticas públicas como base para renunciar a la celebración del contrato por parte del órgano de contratación no se entiende como causa de interés público[13]. Y, en general, los cambios de circunstancias, o de criterios, tan solo imputables a la Administración, tampoco aparecen amparados por el concepto de "interés general"[14].

Inclusive, hay ocasiones –apartadas un tanto de la jurisprudencia comunitaria citada al comienzo de este apartado– en las que tampoco se aprecia procedente la renuncia: cuando sea posible adjudicar el contrato a la oferta económicamente más ventajosa. Esto es así porque se razona que el órgano de contratación está sujeto a la obligación de adjudicar el contrato a la oferta económicamente más ventajosa, tal y como aclara el artículo 160.2 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, y, como único competente para la adjudicación del contrato que es, no está vinculado –como ya se dijo en otro momento– por la propuesta de adjudicación realizada por la Mesa de Contratación, por lo que, consecuentemente, puede apartarse de la proposición de esta para dar adecuado cumplimiento a aquella obligación[15].

En relación con la posibilidad de renuncia por razones de interés público-económico, se recuerda que son principios básicos en la actuación de la Administración Pública tanto la eficiencia, o conseguir los objetivos al menor coste posible, como la proporcionalidad, en virtud de la cual la medida a adoptar ha de ser adecuada al fin que la justifica, necesaria para alcanzarlo, y equilibrada, derivándose para el interés general beneficios superiores a los inconvenientes que comporta[16].

Igualmente, en este sentido, se recomienda a los órganos de contratación del sector público que, en cumplimiento de los preceptos del Real Decreto Legislativo 3/2011, aseguren la idoneidad en todos los aspectos de los documentos preparatorios del expediente de contratación con el objeto y fin que se pretende conseguir con la celebración del contrato, extremando el cuidado en su preparación (los órganos de contratación deben prever con la antelación precisa los contratos a celebrar durante el ejercicio presupuestario, y realizar las actuaciones preparatorias precisas para cumplir los objetivos programados en los plazos establecidos, integrando en los expedientes

13. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª, de 24 de mayo de 2011, rec. 605/2010.

14. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª, de 9 de enero de 2008, rec. 2/2007.

15. Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de 30 de enero de 2015, recs. 1089 y 1102/2014.

16. Informe 3/2013, de 15 de octubre de 2013, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Madrid.

de contratación los estudios económicos o los cálculos que justifiquen el importe de los presupuestos de los contratos, basados, entre otros criterios, en la experiencia, en el importe de adjudicación en ejercicios anteriores, en estudios de mercado, etc.)[17].

3.2
La infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o del procedimiento de adjudicación (desistimiento)

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. Se trata de una potestad reglada, y debe estar basada en razones objetivas. A diferencia de la renuncia, en el desistimiento –como ya se indicó al inicio de este trabajo– no se produce una desaparición sobrevenida de la necesidad de contratar, sino tan solo la necesidad de reiniciar el procedimiento[18].

El desistimiento, en definitiva, es una forma de finalización unilateral del procedimiento, previa a la adjudicación, que solo cabe cuando se da el supuesto fundado en una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación, y es diferente –como ya se apuntó más arriba– del desistimiento como causa de resolución contractual[19]. Eso impone que el ejercicio de dicha potestad administrativa se conecte con la consecución de un interés público; es decir, a diferencia de lo que ocurre en la contratación privada en que hasta el momento de la celebración del contrato cualquiera de las partes puede desligarse de su intención de contratar, en el ámbito de la contratación pública no es una opción de libre utilización, sino una solución a la que únicamente podrá acudirse cuando la prosecución de las actuaciones o de la ejecución del contrato perjudique el interés público o sea incompatible con él[20], y, por consiguiente, únicamente procede cuando concurra alguna de las infracciones referidas anteriormente[21].

Lo determinante es, por tanto, que exista una infracción de las normas de preparación o de los procedimientos, y que esta, por su relevancia jurídica,

17. *Ibid*.
18. Resolución del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid de 29 de julio de 2015, rec. 106/2015.
19. *Ibid*.
20. Resolución del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid de 20 de noviembre de 2014, rec. 197/2014.
21. *Op. cit.* n.º 18.

sea insubsanable, 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 bastan, en consecuencia, meras irregularidades, ni vicios que tengan consideración de anulabilidad, para poder acordar el desistimiento[22].

En este sentido, no se puede entender amparada por este supuesto la elección de una fórmula, siempre que esta pueda aplicarse y que atribuya la mejor puntuación a la mejor oferta[23]. Ahora bien, cuando no se identifica la fórmula a emplear para la valoración de un criterio vinculado a cifras o porcentajes, en la medida en que de la cláusula se puedan desprender interpretaciones contradictorias, nos encontramos ante una cláusula ambigua u oscura, lo que justificaría el desistimiento para no perjudicar a los licitadores[24].

De la misma manera, el establecimiento de una fórmula que no otorga la máxima puntuación a la oferta económicamente más ventajosa, supone una infracción no subsanable de las reglas preparatorias del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación, que permite al órgano de contratación desistir del procedimiento[25]. En idéntica línea, la omisión de la fórmula aplicable se concibe como un vicio insubsanable (la fórmula aplicable debe figurar en los pliegos y resultar accesible a todos los eventuales licitadores)[26].

Asimismo, constituye una infracción insubsanable y relevante de las normas de preparación y adjudicación del contrato que justifican el desistimiento el error en la configuración de un requisito de solvencia[27], o la exigencia de un requisito de solvencia técnica no previsto en el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público[28]. Y paralela consideración merece el no haber tenido en cuenta la repercusión de los costes de personal procedentes de las subrogaciones impuestas por la debida aplicación del convenio colectivo, impidiendo así la configuración razonable de la oferta económica[29].

22. Acuerdo del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón de 20 de febrero de 2014, rec. 006/2014.
23. Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de 5 de enero de 2012, rec. 307/2011.
24. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª, de 19 de octubre de 2015, rec. 122/2014.
25. Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de 13 de marzo de 2015, rec. 014/2015.
26. Resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de 5 y 6 de marzo de 2013, recs. 106/2013 y 113/2012, respectivamente.
27. Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de 14 de diciembre de 2012, rec. 277/2012.
28. *Op. cit.* n.º 22.
29. Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de 3 de octubre de 2014.

De igual forma, cuando el objeto del contrato viene definido de diversa manera en el pliego de cláusulas administrativas particulares y en el pliego de prescripciones técnicas del contrato, implica una indeterminación de aquel y, consecuentemente, una infracción no subsanable de las normas de preparación[30].

Sin embargo, se puede calificar como infracción subsanable de las normas del procedimiento, y por tanto no incluida dentro de las causas de desistimiento, el cambio en los pliegos de cláusulas administrativas particulares del contrato exigiendo clasificación de los licitadores cuando inicialmente no se preveía[31]. Como tampoco puede apreciarse una infracción no subsanable cuando concurra un equívoco de las ofertas generado por la redacción de los pliegos, máxime si su subsanación fuera viable con una simple operación aritmética[32].

Queda patente entonces, atendiendo a lo explicado, que la praxis es muy heterogénea y con soluciones, en muchos casos, un tanto dispares, cuando no frontalmente contradictorias, lo cual nos obliga, en última instancia, a un análisis personalizado de cada caso.

4
La exigencia temporal

Como ya se indicó al inicio, el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público establece como límite temporal infranqueable para la eventual adopción de un acuerdo de renuncia o desistimiento el de la propia adjudicación del contrato. Límite que, como ya se apuntó anteriormente, está previsto que cambie si nos atenemos a lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 150 del Anteproyecto de la Ley de Contratos del Sector Público, pasando el mismo al momento de la formalización del contrato.

En todo caso, sea uno u otro el límite desde la óptica del tiempo, tal requisito tiene la consideración de fundamental[33]. Y ello tendrá trascendencia a los efectos del artículo 62 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones

30. Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de 21 de noviembre de 2012, rec. 255/2012.
31. Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de 23 de enero de 2013, rec. 001/2013.
32. Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de 28 de marzo de 2014, rec. 160/2014.
33. Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de 3 de octubre de 2014.

Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, esto es, en relación con la posible nulidad de pleno derecho de un acto administrativo de renuncia o desistimiento dictado una vez haya sido rebasado el susodicho límite.

Es el hecho de la propia adjudicación, que no su eventual firmeza (por transcurso del plazo legalmente establecido para la interposición del correspondiente recurso o desestimación del –en su caso– interpuesto) ni el transcurso del plazo referido en el artículo 156.3 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, el que viene legalmente establecido como límite a tales efectos[34].

Al hilo de esta línea de opinión se sitúa la interpretación de que la demora en resolver sobre la cancelación de la licitación no determina su imposibilidad, siempre que no se haya adjudicado, aun cuando se hayan sobrepasado los plazos legales para adjudicar (aunque tiene como consecuencia la responsabilidad por el defectuoso funcionamiento de la Administración, por lo que existirá la obligación de compensación a los licitadores de acuerdo con las reglas generales que rigen la responsabilidad de la Administración)[35].

No obstante lo expuesto, justo es reconocer que han existido supuestos donde se ha hecho una interpretación un tanto laxa de este máximo temporal, de tal suerte que se considera que los efectos que se han de derivar de la imposibilidad definitiva de que el contrato, una vez adjudicado, se formalice y se perfeccione, han de ser determinados aplicando por analogía al mismo el artículo 155 del Real Decreto Legislativo 3/2011 (evidentemente con las parejas consecuencias que se prevén para estos supuestos en que no se concluyen los procedimientos de contratación por causa imputable a la Administración, es decir, compensando al interesado mediante el abono de los gastos que su participación en el procedimiento le hubiese ocasionado, en el modo dispuesto en el anuncio o en los pliegos, o de acuerdo con los principios generales que rigen la responsabilidad de la Administración). Indudablemente, esta deducción solo es factible ante imposibilidades de formalización y perfección que cuenten con una suficiente motivación, como, por ejemplo, cuando tal imposibilidad deriva de una insuficiencia de crédito sobrevenida con posterioridad a la adjudicación[36].

34. *Op. cit.* n.º 29.
35. Informe 2/2011, de 14 de junio de 2011, de la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Valencia.
36. Informe 1/2013, de 31 de enero de 2013, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Canarias.

5
Las exigencias formales

El artículo 155.1 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, dispone que: "En el caso de 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 notificará a los candidatos o licitadores, informando también a la Comisión Europea de esta decisión cuando el contrato haya sido anunciado en el 'Diario Oficial de la Unión Europea'".

No especifica, sin embargo, este precepto el medio a través del cual debe hacerse la notificación, lo cual nos lleva en primer lugar a la conclusión de que debe hacerse a través de los medios establecidos en el artículo 59 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Por tanto, a tenor del apartado 1 de ese artículo: "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"[37].

En particular, si se trata de procedimientos iniciados a instancia del interesado, la notificación se practicará por regla general en el lugar designado por él, y, en su defecto, en cualquier lugar apto para ello. Igualmente, será posible la notificación por medios electrónicos cuando el interesado haya señalado dicho medio como preferente o consentido expresamente su utilización, identificando además la dirección electrónica correspondiente[38].

El texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público en ningún momento considera al perfil de contratante como un medio alternativo de efectuar las notificaciones. Por eso precisamente, no cabe interpretar el último inciso del artículo 42 de esa norma como una atribución a la publicación en el perfil de contratante de los mismos efectos atribuidos a la notificación. Así, cuando dicho artículo establece que: "La difusión a través del perfil de contratante de la información relativa a los procedimientos de adjudicación de contratos surtirá los efectos previstos en el Título I del Libro III", debe entenderse que el legislador se limita a remitirse a los supuestos en que los mencionados Libro y Título se refieren al perfil de contratante para atribuirle a la publicación en él los efectos previstos expresamente en ellos[39].

37. Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de 1 de diciembre de 2010, rec. 019/2010.
38. *Ibid*.
39. *Ibid*.

Cuestión distinta es la referente a si bastaría una mera referencia en la notificación al hecho de que el acuerdo se encuentra publicado en el perfil de contratante para considerarla hecha de conformidad con los requerimientos legales, es decir, para considerar que la notificación contenía el texto íntegro de la resolución. Tal circunstancia sería admisible como forma de dar cumplimiento al requisito indicado, si el interesado hubiera aceptado la práctica de las notificaciones por los medios telemáticos mencionados en el apartado 3 del artículo 59 de la Ley 30/1992, pero no en caso contrario[40].

Y en lo que versa acerca del perfil de contratante, debe además remarcarse que, si bien los artículos 142, 151, 154, 177, 181 y 200 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, solamente exigen la publicación de los anuncios de licitación y de los actos de adjudicación y formalización de los contratos, existen sin embargo otras decisiones en el procedimiento para las que, aun no acaeciendo exigencia legal, debe considerarse la oportunidad de su publicación en el antedicho perfil, por su relevancia e interés de cara a los potenciales licitadores, o a cualquier interesado en la gestión. De este modo, resulta conveniente publicar en el perfil los actos de desistimiento y renuncia, que dan por finalizado el procedimiento sin llegar a la adjudicación, de forma que se conozca la suerte que han corrido esas licitaciones, que de otra manera quedan en indefinición[41].

En otro orden de consideraciones, los hipotéticos defectos formales que tuviera la notificación de la resolución quedan subsanados por la formulación de recursos por parte del interesado. Mismamente, se puede concluir que los vicios de forma o procedimiento no son invalidantes de por sí, sino en cuanto concurran los supuestos de que el acto carezca de los requisitos indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados, conforme dispone el artículo 63 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. De ahí que puedan purgarse a lo largo del procedimiento e incluso en vía contencioso-administrativa, trámite en el cual pueden obviarse, por razones de economía procesal, enjuiciando el fondo del asunto, tanto cuando los mismos hubiesen sido no influyentes en la decisión –de suerte que esta hubiere sido la misma– como cuando, aun sí influyentes, la decisión hubiese sido correcta o incorrecta, manteniéndola en un supuesto y anulándola en el otro, y solo apreciarse en el caso de que carezca el órgano

40. *Ibid*.
41. Recomendación 1/2014, de 1 de octubre de 2014, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

jurisdiccional de los elementos de juicio necesarios para la valoración de la decisión administrativa[42].

Por otra parte, hay que tener en cuenta que, si bien es cierto que el artículo 155 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, no impone de modo expreso que la renuncia y el desistimiento se comuniquen de forma motivada, no lo es menos que, estableciéndose la exigencia de que se justifiquen en el expediente las razones del mismo, resulta consecuencia lógica de ello el que tales razones queden explícitas y se pongan en conocimiento de los licitadores, por lo que es necesario que la notificación en cuestión sea motivada, al ser la motivación una exigencia de los principios de transparencia e igualdad de trato entre los licitadores (artículo 1 del Real Decreto Legislativo 3/2011)[43].

Esta garantía se encuentra inescindiblemente unida al derecho de los licitadores a entablar recurso frente a los actos de tal naturaleza, toda vez que, de no estimarse precisa esta motivación, se vaciaría de contenido la posibilidad de interponer recurso especial en materia de contratación frente a los actos susceptibles del mismo, pues el interesado se vería obligado a recurrir desconociendo las razones de la decisión, con la indudable indefensión que ello generaría[44].

Ahora bien, de acuerdo con la marcada y sostenida doctrina del Tribunal Constitucional[45], el deber de las motivaciones no autoriza a exigir un razonamiento exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de las cuestiones a decidir, sino que deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales que fundamentaron la decisión, es decir, la *ratio decidendi* que ha determinado aquella[46].

La doctrina jurisprudencial tiene declarado, por una parte, que la motivación de un acto o resolución administrativa, conforme, entre otros, a lo dispuesto en los artículos 53 y 54 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, exige que en los mismos se concrete la actuación o abono que se pide o exige del particular, y la razón o causa por la que se pide o exige, a fin de que el afec-

42. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª, de 16 de febrero de 2012, rec. 591/2010.
43. Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Sala Sexta, de 18 de junio de 2002, C-92/00, y Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de 7 de marzo de 2014, rec. 076/2014.
44. *Ibid*.
45. Por todas, sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Primera, núm. 116/1998, de 2 de junio.
46. *Op. cit.* n.º 42.

tado pueda conocer con claridad y precisión lo que se pide, la causa, razón o motivo que lo origina, y articular en base a ello adecuadamente su defensa[47]; y por otra parte, conforme a reiterada doctrina del Tribunal Constitucional[48] y de la propia Sala Tercera del Tribunal Supremo[49], la motivación de una resolución puede hacerse bien directamente, bien por referencias a informes o dictámenes obrantes en las actuaciones[50].

En consecuencia, no cabe confundir la brevedad y concisión de términos de los actos administrativos resolutorios con la falta de motivación, ni es necesario exponer los motivos de la decisión cuando están presupuestos en la misma, bastando para estimar cumplido ese requisito con que, aun sumariamente, se indique de forma inequívoca el fundamento de la resolución. En verdad, la motivación del acto administrativo no depende del grado de suficiencia considerado necesario por los particulares interesados, sino que basta con que se pueda conocer con la mayor certeza posible la verdadera voluntad del órgano actuante para que se entienda suficientemente motivado. En suma, la motivación escueta o sucinta de todo acto administrativo, si es suficientemente indicativa, no equivale a ausencia de motivación ni acarrea su nulidad, pues la sucinta referencia motivadora no requiere una exhaustiva y completa referencia fáctica y jurídica del proceso conformador de la voluntad administrativa[51].

En todo caso, se considera que la decisión de dejar sin efecto una licitación está suficientemente motivada cuando se basa en los informes obrantes en el expediente[52].

Finalmente, hay que subrayar –nuevamente– que, de salir adelante el Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público en los términos actuales, a los requisitos formales expuestos en este apartado habría que añadir la necesidad de que, en el ámbito de los contratos fundados en un acuerdo marco y en el de contratos específicos en el marco de un sistema dinámico de adquisición, el desistimiento y la renuncia se realizasen a propuesta del organismo receptor de la prestación. Trámite este que, dicho sea de paso y al menos en apariencia, no parece que presente demasiados bretes interpretativos.

47. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, de 21 de enero de 2003, rec. 6012/1998.
48. Por todas, sentencia del Tribunal Constitucional, núm. 46/1996, de 25 de marzo.
49. Por todas, sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, de 4 de noviembre de 2002, rec. 3912/1998.
50. *Op. cit.* n.º 47.
51. *Ibid*.
52. *Op. cit.* n.º 4.

6
La compensación a los candidatos o licitadores por los gastos en que hubiesen incurrido

La renuncia a la celebración del contrato y el desistimiento del procedimiento, traen consigo la obligación del poder adjudicador de compensar a los candidatos o licitadores por los gastos en que hubiesen incurrido, en la forma prevista en el anuncio o en el pliego, o de acuerdo con los principios generales que rigen la responsabilidad. Ocurre que, en muchos casos, no hay previsión expresa en los pliegos en este sentido, lo cual genera ciertas dudas interpretativas, en particular respecto a qué requisitos deben concurrir para que exista la obligación aludida, así como a qué gastos son susceptibles de indemnización.

En torno a la primera de las cuestiones, cabe convenir que para que nazca el derecho del licitador a ser indemnizado por el poder adjudicador deben concurrir los términos necesarios para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración, a tenor de los artículos 106.2 de la Constitución y 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre[53].

En lo concerniente a la segunda de las cuestiones, habría que subrayar que las posturas doctrinales al respecto han sido variadas e incluso contradictorias. Así, en unos casos se entiende que: "La compensación por los gastos reclamados exige realizar una consideración previa consistente en que los trabajos de preparación necesarios para poder acudir a un concurso público que tiene por objeto el desarrollo de una determinada campaña publicitaria sin duda tienen una singularidad propia que impiden que tales trabajos puedan utilizarse en otras campañas diferentes. Ahora bien, ello no significa que tales gastos deban ser compensados cuando la Administración por causas justificadas renuncia a la continuación del concurso pues este supuesto es asimilable a aquellos en los que la empresa no resulta ser adjudicataria de un concurso o se declara desierto el concurso en los que, al igual que el que nos ocupa, también los licitadores que concurran tienen que realizar un trabajo y un desembolsó para preparar la mejor oferta y el proyecto más interesante para ser adjudicatarios del concurso"[54]. Y ello porque se interpreta que "se trata de actuaciones que deben considerarse implícitas a su libre decisión de participar en un concurso, un riesgo inherente a la presentación de un proyecto a un concurso en el que se ha de contar con la

53. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª, de 16 de noviembre de 2011, rec. 1615/2008.

54. Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª, de 13 de junio de 2011, rec. 381/2010.

posibilidad que no resultar adjudicatario del mismo, por lo que se considera que tales gastos no han de ser indemnizados cuando […] el concurso se suspende por la concurrencia de una causa justificada, cuya existencia no ha sido cuestionada"[55].

Por el contrario, en otros supuestos se juzga que son resarcibles todos los daños ocasionados por la preparación técnica y administrativa de la oferta (incluidos los relativos a la presentación del aval)[56]. Es más, en esta misma línea se admite no solo que sean indemnizables los gastos de la alternativa técnica y proposición jurídico-económica, sino que inclusive se acepta que tales gastos devenguen intereses también dignos de resarcimiento[57]. E incluso hay quien da un paso más y conviene que, si se anula la decisión de desistir o renunciar al contrato, el resarcimiento se dispensará con mayor amplitud, abarcando el beneficio industrial que se dejó de obtener[58].

Por otra parte, el hecho de que una Administración acuerde la renuncia a un contrato, en principio, no conlleva el derecho de resarcimiento de daño alguno a favor de otra Administración que, por vía de convenio, cofinancie el susodicho contrato[59].

Posiblemente circunscribir la indemnización a determinados daños no sea la conclusión más acorde con el texto de la norma, ni con la conformación de la institución de la responsabilidad administrativa. Cuando se comienza un proceso de licitación, se genera la confianza razonable en los interesados de lograr el contrato, la cual se escamotea cuando se cancela el procedimiento por los motivos previstos legalmente. Puesto que la cancelación, aun amparada por la ley, implica la inutilidad de los gastos realizados por los licitadores, concurren todos los requisitos de responsabilidad por confianza[60].

De cualquier forma, a la vista de las vacilaciones exegéticas alumbradas, es pertinente remarcar la conveniencia de que los pliegos que rijan el correspondiente contrato anticipen las consecuencias indemnizatorias de una eventual renuncia y desistimiento, tal y como prevé el artículo 155.2 del Real Decreto Legislativo 3/2011.

55. *Ibid*.
56. *Op. cit.* n.º 42.
57. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª, de 24 de septiembre de 2008, rec. 978/2006.
58. *Op. cit.* n.º 13.
59. *Op. cit.* n.º 6.
60. Gallego Córcoles, I., "Renuncia a la celebración del contrato y desistimiento del procedimiento de adjudicación", *Contratación Administrativa Práctica*, n.º 121, Sección Informe de Jurisprudencia, La Ley.