

**LA SECRETARIA TÉCNICA DEL CONSEJO DE GOBIERNO INSULAR DEL
CABILDO DE FUERTEVENTURA**

CERTIFICA: Que por el Sr./Sra. CF DECRETO VICEPRESIDENTE PATRONATO TURISMO se ha dictado el Decreto/Resolución que seguidamente se transcribe literalmente y que ha quedado registrada en el libro de resoluciones o decretos con el número de orden 196/2024:

I.- Visto el estudio económico de fecha 29 de noviembre de 2023 emitido por Dña. Tanausú Herrera Checa con N.I.F: 52845789T, adjudicataria del contrato menor de servicios de elaboración de estudios económicos para licitaciones, en virtud de Decreto del Presidente del Patronato de Turismo nº 243/2023.

II.- Visto el Informe de Necesidad de fecha de 15 de diciembre de 2023, emitido por la Gerente del Patronato de Turismo Dña. Flor Falcón González.

III.- Vista la Providencia de fecha 15 de diciembre de 2023 del Vicepresidente del Patronato de Turismo de Fuerteventura, ordenando la incoación del expediente de contratación de servicios de formación y asistencia técnica del sello de calidad SICTED.

IV.- Visto el documento de retención de crédito de fecha de 17 de enero de 2024, para el ejercicio 2024, por importe de 14.270,93 €, número de operación 22024000011, referencia 22024000009, partida presupuestaria 7020 4320B 22606, denominada “reuniones, conferencias y cursos”.

V.- Visto el Informe de Capacidad Financiera nº. 02/2024 de fecha de 19 de enero de 2024, emitido por el Servicio de Gestión Presupuestaria, con las correspondientes retenciones de crédito a futuro para los ejercicios 2025, 2026, 2027 y 2028.

VI.- Visto el Informe Justificativo de la no división en lotes, emitido por la Gerente del Patronato de Turismo en fecha de 4 de marzo de 2024.

VII.- Visto el Informe de Necesidad y Justificativo de fecha de 5 de marzo de 2024, emitido por la Gerente del Patronato de Turismo.

VIII. - Visto el Informe Jurídico de fecha de 12 de marzo de 2024, emitido por la Directora de los Servicios Jurídicos y Defensa en Juicio.

IX.- Visto el Informe de necesidad y justificativo, y Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares ambos de fecha de 6 de mayo de 2024, emitidos por la Gerente del Patronato de Turismo.

X- Visto el documento de retención de crédito complementario de fecha de 7 de mayo de 2024, para el ejercicio 2024, por importe de 1.132,35 €, número de operación 220240000528, referencia 22024000009, partida presupuestaria 21020 4320B 2260624, denominada “reuniones, conferencias y cursos”.

XI. – Visto el nuevo Informe de Capacidad Financiera nº. 02.1/2024 de fecha de 16 de mayo de 2024, emitido por el Servicio de Gestión Presupuestaria.

XII.- Visto el documento de retención de crédito a futuro de fecha de 27 de mayo de 2024, partida presupuestaria 21020 4320B 2260624, denominada “reuniones, conferencias y cursos”, con número de operación 220249000014, por importe total de 282.963,00 €, para las siguientes anualidades 2025, 2026, 2027 y 2028.

XIII.- Visto el Decreto nº 162/2024, de fecha de 11 de junio de 2024, de la Vicepresidenta del Patronato de Turismo de Fuerteventura, de aprobación de expediente de contratación de servicio de formación y asistencia técnica del sello de calidad SICTED, mediante procedimiento abierto, tramitación ordinaria, sujeto a regulación armonizada, aprobando entre otras cosas, el Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares de fecha de 18 de diciembre de 2023, y el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares de fecha de 6 de mayo de 2024, que deberán regir la contratación.

XIV.- Visto el anuncio de la licitación publicado en fecha de 12 de junio de 2024, en la Plataforma de Contratación del Sector Público y en el Diario Oficial de la Unión Europea.

XV.- Visto el Informe Técnico de fecha de 12 de julio de 2024, emitido por la Técnica del Patronato de Turismo de Fuerteventura María Gladys Santana González, que textualmente dice en sus consideraciones y conclusiones:

“(…) CONSIDERACIONES

I.- En materia de contratación es competente la Vicepresidenta del Patronato de Turismo de Fuerteventura, en virtud de Decreto de Delegación de Competencias nº. 36/2023, de fecha de 26 de febrero de 2024.

*II.- El motivo del presente informe es determinar la posibilidad de continuar con la tramitación del expediente o bien, el posible desistimiento por parte de la Administración, una vez examinado nuevamente los pliegos que rigen la contratación, y en concreto la **cláusula 9.2.2 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares** en relación a los criterios de solvencia técnica o profesional para las empresas de nueva creación, y dice:*

“(…) De conformidad con lo establecido en el artículo 90.4 de la LCSP para las empresas de nueva creación, entendiéndose por tal aquella que tenga una antigüedad inferior a cinco años, su solvencia técnica se acreditará por los medios establecidos en el citado artículo 90.1 apartados b) y c):

“b) Indicación del personal técnico o de las unidades técnicas, integradas o no en la empresa, participantes en el contrato, especialmente aquellos encargados del control de calidad. c) Descripción de las instalaciones técnicas, de las medidas empleadas por el empresario para garantizar la calidad y de los medios de estudio e investigación de la empresa.” (…)”

El **art. 90.4 LCSP**, que alude a la solvencia técnica o profesional en los contratos de servicios, dice que:

“4. En los contratos no sujetos a regulación armonizada, cuando el contratista sea una empresa de nueva creación, entendiéndose por tal aquella que tenga una antigüedad inferior a cinco años, su solvencia técnica se acreditará por uno o varios de los medios a que se refieren las letras b) a i) anteriores, sin que en ningún caso sea aplicable lo establecido en la letra a), relativo a la ejecución de un número determinado de servicios.”

Visto lo anterior, a sensu contrario, en los contratos sujetos a regulación armonizada, cuando una empresa sea de nueva creación, no opera tal precepto.

La Junta Consultiva de Contratación Pública del estado en su Informe número 44/23, dice:

“(…) No existiendo previsión expresa sobre este particular aplicable a las empresas de nueva creación en los contratos de suministros y de servicios sometidos a regulación armonizada se entiende que, atendiendo al principio de igualdad y no discriminación, no resulta posible establecer un régimen específico para acreditar la solvencia técnica de estas empresas diferenciando del resto. En definitiva, no existe en estos contratos la posibilidad de establecer un régimen de acreditación de la solvencia técnica diferenciado atendiendo a las características de las empresas que concurran a la licitación. Sólo en los casos previstos en la LCSP, y con el alcance que en esta se prevea, por excepción cabe establecer particularidades al respecto (…)”.

Y, concluye:

“En los contratos de suministros y de servicios sometidos a regulación armonizada no resulta posible establecer unas condiciones de solvencia técnica diferenciadas para las empresas de nueva creación y para el resto de las empresas (…)”

De todo ello resulta, que no es posible establecer un régimen específico para acreditar la solvencia técnica de las empresas de nueva creación diferenciado del resto de empresas, por lo que deberá desistirse del procedimiento al tratarse de una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación.

III.- El art. 152 LCSP, en relación a la decisión de no adjudicar o celebrar el contrato y desistimiento del procedimiento de adjudicación por la Administración, dice que:

“1. En el caso en que el órgano de contratación desista del procedimiento de adjudicación o decida no adjudicar o celebrar un contrato para el que se haya efectuado la correspondiente convocatoria, 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».

2. La decisión de no adjudicar o celebrar el contrato **o el desistimiento del procedimiento podrán acordarse por el órgano de contratación antes de la formalización.** En estos casos se compensará a los candidatos aptos para participar en la licitación o licitadores por los gastos en que hubiesen incurrido en la forma prevista en el anuncio o en el pliego o, en su defecto, de acuerdo con los criterios de valoración empleados para el cálculo de la responsabilidad patrimonial de la Administración, a través de los trámites del procedimiento administrativo común.

3. Solo podrá adoptarse 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.

4. 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. (…)”

Llegados a este punto, resulta de especial importancia señala que en el artículo 152 LCSP se regulan dos figuras: la decisión de no adjudicar o celebrar el contrato, y el desistimiento del procedimiento de adjudicación. En consecuencia, la diferencia sustancial de ambos tipos de desistimiento es que: en el primero debe tener lugar una vez el contrato ya se ha adjudicado y formalizado (antes o después del inicio

del servicio) y en el segundo es necesario que suceda antes de su formalización. En suma, cada uno está previsto para momentos procedimentales distintos.

Teniendo en cuenta que, examinado el expediente, existiendo Decreto de aprobación de expediente de contratación y estando publicado en el DOUE, es evidente que no se ha producido la adjudicación del contrato, encontrándonos, por lo tanto, en la figura del desistimiento del procedimiento de adjudicación.

El desistimiento de la Administración no es un acto discrecional, determinado por el cambio de voluntad de la Administración contratante, sino un acto reglado fundado en causas de legalidad.

Por ello, **el apartado 4 del citado art. 152 LCSP exige:**

- 1.- La concurrencia de una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato;
- 2.- O la concurrencia de una infracción no subsanable de las normas reguladoras del procedimiento de adjudicación, que haga imposible continuar con la licitación hasta su adjudicación.

El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 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 concurren 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 aplicación de los artículos 90.4 y 152.4 LCSP, advertidos el error no subsanable de las normas de preparación del contrato de la cláusula 9.2.2 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, esta Administración deberá desistir de continuar el procedimiento de adjudicación, sin perjuicio de poder iniciarlo nuevamente en cualquier momento.

Visto lo anterior,

Se **CONCLUYE:** proponer al órgano de contratación desistir de continuar con el procedimiento de contratación 2023/30840, denominado “Servicio de Formación y Asistencia Técnica del Sello de Calidad Sicted 2024”, por infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato, tal y como se prevé en el art. 152.4 LCSP.”

XVI.- Vista la Providencia de la Vicepresidenta del Patronato de Turismo de Fuerteventura, de fecha de 12 de julio de 2024, mandando redactar la oportuna propuesta de resolución para el desistimiento de continuar con el procedimiento.

NORMATIVA DE APLICACIÓN

Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (en adelante LBRL).

Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del Sector Público (en adelante LCSP).

Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. (en adelante RD 1098/2001).

Ley 39/2015, de 1 de octubre, de procedimiento administrativo común y de las administraciones públicas. (en adelante ley 39/2015).

Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante ley 40/2015).

Estatutos del Patronato de Turismo de Fuerteventura (BOP nº 54 de 03/05/2024).

Bases de ejecución de presupuesto del Cabildo de Fuerteventura 2024.

Demás normativa de aplicación.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

I.- Es competente en materia de contratación la Vicepresidenta del Patronato de Turismo de Fuerteventura, en virtud del Decreto de Delegación de Competencias número 36/2023, de fecha de 26 de febrero de 2024.

II.- Es de aplicación el artículo 152.2 LCSP, que señala que el desistimiento podrá acordarse por el órgano de contratación antes de la formalización del contrato.

III.- El artículo 152.4 LCSP, dice que:

“(...) 4. 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.”

IV.- Para que el desistimiento del Contrato pueda ser acordado, han de concurrir dos requisitos de índole formal y material; concretamente: el desistimiento ha de tener lugar antes de que el contrato sea formalizado entre las partes y de que, por ende, se produzca su perfección; y aquél debe encontrarse fundamentado en una infracción no subsanable de las normas aplicables en sede de preparación y/o adjudicación del contrato, debiendo justificarse la existencia conjunta y simultánea de ambos requisitos.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa, Informe 10/17, de 13 de julio de 2017, señala:

“(...) salvo en el caso de error material, de hecho o aritmético, el órgano de contratación no puede modificar unilateralmente las cláusulas de los pliegos aprobados. Si la cláusula en cuestión fuera nula de pleno derecho o anulable habría de seguirse el procedimiento establecido al efecto. (...) la nulidad del pliego es una infracción no subsanable y exige, como acontece en caso de desistimiento, la iniciación de un nuevo procedimiento de licitación con una nueva redacción del pliego de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas (...)”.

V.- En el presente caso, desde un punto de vista formal el contrato aún no ha sido formalizado, por lo que el acuerdo de desistimiento da cumplimiento a esa vertiente procedimental que exige el artículo 152.2 de la LCSP.

Desde un punto de vista material, y examinado el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, en especial la **cláusula 9.2.2 del PCAP**, relativa la solvencia técnica para las Empresas licitadoras de nueva creación, se recoge los requisitos en los que éstas acreditarán su solvencia técnica, y dice:

“(...) De conformidad con lo establecido en el artículo 90.4 de la LCSP para las empresas de nueva creación, entendiéndose por tal aquella que tenga una antigüedad inferior a cinco años, su solvencia técnica se acreditará por los medios establecidos en el citado artículo 90.1 apartados b) y c):

“b) Indicación del personal técnico o de las unidades técnicas, integradas o no en la empresa, participantes en el contrato, especialmente aquellos encargados del control de calidad. c) Descripción de las instalaciones técnicas, de las medidas empleadas por el empresario para garantizar la calidad y de los medios de estudio e investigación de la empresa.”

La citada cláusula contradice claramente lo indicado en el art. **90.4 LCSP**, relativo a la solvencia técnica o profesional en los contratos de servicios, y dice:

“En los contratos no sujetos a regulación armonizada, cuando el contratista sea una empresa de nueva creación, entendiéndose por tal aquella que tenga una antigüedad inferior a cinco años, su solvencia técnica se acreditará por uno o varios de los medios a que se refieren las letras b) a i) anteriores, sin que en ningún caso sea aplicable lo establecido en la letra a), relativo a la ejecución de un número determinado de servicios.”

Por lo que a sensu contrario, no será de aplicación a los contratos de regulación armonizada, al no resulta posible establecer un régimen específico para acreditar la solvencia técnica de las empresas de nueva creación diferenciado del resto de empresas, una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación.

Sobre el desistimiento y su justificación se ha pronunciado en diversas ocasiones el **Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales**, pudiendo citar la **resolución nº 254/2019, de 15 de marzo**, según la cual: *“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 concurren 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”.*

VI.- El artículo 152 LCSP no impone expresamente que el acuerdo de desistimiento sea comunicado de forma motivada a los interesados, sí que establece la exigencia que se justifiquen en el expediente las razones que motivaron dicho desistimiento. Así pues, la consecuencia lógica es que estas razones queden explícitas y se pongan en conocimiento de los licitadores, en este sentido, cabe citar el Informe 6/2016, de 29 de septiembre de 2016, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Galicia, sobre desistimiento de los procedimientos de contratación.

VII.- En aplicación del art. 152.4 LCSP, el desistimiento de la Administración no impedirá la iniciación inmediata de un nuevo procedimiento de licitación.

RESUELVO:

PRIMERO. - DESISTIR del procedimiento de adjudicación del SERVICIO DE FORMACIÓN Y ASISTENCIA TÉCNICA DEL SELLO DE CALIDAD SICTED 2024, expediente electrónico número 2023/30840, por infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato previsto en el art. 152.4 de la LCSP.

SEGUNDO. - Proceder a la publicación del presente Decreto en la Plataforma de Contratación del Sector Público y en y en el Diario Oficial de la Unión Europea.

TERCERO. - Dar cuenta de este desistimiento al Consejo Rector del Patronato de Turismo en la primera sesión que se celebre.

El presente acto administrativo pone fin a la vía administrativa, y en consecuencia podrá ser recurrido potestativamente en reposición ante el mismo órgano que lo ha dictado o ser impugnado directamente ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, ante los Juzgados de lo contencioso-administrativo de Las Palmas de Gran Canaria, según disponen los artículos 123 de la ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas, y 46 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa. En su caso, no se podrá interponer recurso contencioso-administrativo hasta que sea resuelto expresamente o se haya producido la desestimación presunta del recurso de reposición interpuesto. El plazo para la interposición del recurso de reposición será de un mes. Transcurrido dicho plazo, únicamente podrá interponerse recurso contencioso-administrativo, sin perjuicio, en su caso, de la procedencia del recurso extraordinario de revisión. El plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo será de dos meses contados desde el día siguiente al de la notificación de este acto.

Y para que así conste y surta los efectos que procedan, se expide la presente, en Puerto del Rosario, en la fecha de la firma digital, firmado digitalmente, mediante sistema de actuación administrativa automatizada del Sello de Órgano de la Secretaria Técnica del Consejo de Gobierno Insular, según resolución de fecha de 12 de agosto de 2022, publicada en el Boletín Oficial de la Provincia de Las Palmas, Número 100, de 19 de agosto de 2022.