

INFORME 4/05, DE 28 D'ABRIL DE 2005

ADJUDICACIÓ DEL CONTRACTE EN UN CONCURS, UNA VEGADA TRANSCORREGUT EL TERMINI DE TRES MESOS DE L'ARTICLE 89 DE LA LLEI DE CONTRACTES DE LES ADMINISTRACIONS PÚBLIQUES (LCAP).

ANTECEDENTS

El viceinterventor general de la comunitat autònoma de les Illes Balears (CAIB), sol·licita l'elaboració d'un informe sobre l'assumpte de referència, que diu:

“Tal com disposa l'article 89 del RDL 2/2000, de 16 de juny, l'òrgan de contractació, previs els informes corresponents, adjudicarà el contracte en el termini màxim de tres mesos a comptar des de l'obertura de les proposicions, excepte que en els plec de clàusules administratives particulars s'estableixi un termini diferent.

En el punt 2 del mateix article es posa de manifest que si no es dicta l'acord d'adjudicació dintre del termini, els empresaris admesos a concurs tindran dret a retirar la seva proposta i a la devolució o cancel·lació de la garantia dipositada, si escau.

En conseqüència, si l'òrgan de contractació no adjudica en els terminis establerts, la legislació aplicable, estableix la possibilitat que els licitadors retirin les seves ofertes.

Ara bé, aquesta intervenció ha constatat que es donen casos que transcorre un període de temps molt significatiu (fins i tot superior a dotze mesos) entre la data de celebració de la sessió de la mesa de contractació que es produeix l'obertura de les ofertes i la data de celebració de la sessió de la taula que ha de formular la proposta d'adjudicació sense una justificació, i que en ocasions pretén proposar que es declari deserta la licitació

Malgrat que els licitadors no hagin retirat les seves ofertes, es planteja per part d'aquesta intervenció el dubte respecte de la validesa de l'actuació de la taula, ja que es posa de manifest una paralització no justificada de l'activitat administrativa, o com a mínim, es dona una inactivitat atribuïble a l'administració.

Amb l'objecte de conèixer la interpretació que al respecte li mereix, i en virtut del que s'estableix en els articles 2.1 del decret 20/1997, de 7 de febrer, de creació de la Junta Consultiva, i de l'article 145.1 del seu reglament d'organització i funcionament, se sol·licita informe sobre les qüestions que a continuació es plantegen:

- *És vàlida l'actuació de la mesa de contractació una vegada transcorregut el termini de tres mesos previst a l'article 89 del RDL 2/2000 ?*
- *S'ha de justificar la paralització del procediment de contractació ?*
 - *L'òrgan de contractació ha de dur a terme qualsevol actuació en aquests casos ?*
 - *Si s'aporta un informe del tècnic corresponent mitjançant el qual es proposa declarar desert el concurs ja que donat el temps transcorregut, es consideren obsolets els productes a adquirir, pot la mesa de contractació subscriure la proposta sense incórrer en responsabilitat ?* “

PRESSUPÒSITS D'ADMISSIBILITAT

1. Conformement al que es preveu en els articles 12.1 del Decret 20/1997, de 7 de febrer, de creació d'aquesta Junta Consultiva i 15.1 del seu Reglament d'organització i funcionament, aprovat per Acord del Consell de Govern de la CAIB, de 10 d'octubre de 1997, qui sol·licita l'informe, el viceinterventor general de la CAIB, està legitimat per fer-ho.

2. A la sol·licitud d'informe s'adjunta un informe jurídic, tal com disposa l'article 16.3 d'aquest Reglament.

3. La documentació aportada és suficient per emetre l'informe sol·licitat, ja que compleix els requisits previs d'admissió.

CONSIDERACIONS JURIDICAS

PRIMERA. Tot i que l'ofici del viceinterventor general al·ludeix a una sol·licitud d'informe (que es refereix a la qual ens ocupa) de data 4 de febrer de 2005, elevada a aquesta Junta Consultiva de Contractació, la data de sortida d'Intervenció és del 24 de març de 2005, que és la mateixa de l'ofici que conté aquesta al·lusió i ambdós documents varen tenir entrada en aquesta Junta el passat dia 30 de març de 2005.

SEGONA. La consulta es refereix a la circumstància que es produeix en la tramitació de diversos expedients de contractació, que l'adjudicació ho és mitjançant concurs i en els quals transcorre un període de temps molt significatiu, sense justificació, entre la data en què es duu a terme la sessió de la mesa que ha de formular la proposta d'adjudicació i aquesta .

Això, a parer del consultant, suscita una sèrie de qüestions que, en l'escrit de petició d'informe, adopta la forma de consultes concretes, si bé sempre referides a casos generals i a cap contractació específica.

Per això, les respostes tendran el mateix caràcter, sempre referides a licitacions en concursos i al termini d'adjudicació establert en l'article 89 de la LCAP.

TERCERA. En el seu escrit el consultant parteix de la base que, en els casos de la demora assenyalada detectats per la Intervenció, els plecs de clàusules administratives particulars dels expedients de contractació corresponents, no han establert un termini màxim per adjudicar el contracte, (diferent de l'impost en l'article 89.1 de la LCAP) per a la qual cosa habilita aquest precepte.

En conseqüència, el termini màxim a què es refereix la consulta és de tres mesos comptadors des de l'obertura de les proposicions.

QUARTA. Ateses les situacions que poden produir-se pel transcurs d'aquest termini si l'òrgan de contractació no adjudica el contracte, el consultant planteja diverses qüestions relatives a la validesa o no de l'actuació de la mesa de contractació una vegada esgotat aquests termini (se suposa que això sense haver a l'òrgan de contractació la preceptiva proposta d'adjudicació o declarant desert el concurs), a la

necessitat o no de justificar, si escau, la paralització del procediment d'adjudicació, a l'obligatorietat o no que l'òrgan de contractació dugui a terme alguna actuació en aquests supòsits i a si, en un determinat cas, que explicita en la consulta, pot la mesa subscriure la proposta de declarar desert el concurs sense incórrer en responsabilitat.

CINQUENA. Per a respondre a aquestes qüestions cal examinar la legislació aplicable al cas, que és la continguda tant en la LCAP (articles 89.2, 74.3 en relació amb el 88.2 i 81.2 i 3) com en la Llei 3/2003, de 26 de març de règim jurídic de l'Administració de la comunitat autònoma de les Illes Balears(article 50), així com en la Llei 30/1992, de 26 de novembre, de règim jurídic de les administracions públiques i del procediment administratiu comú LRJAP (articles 42 i 44.)

En efecte: L'article 89.2 de la LCAP conté una única conseqüència jurídica derivada d'inexistència, dintre de termini, d'acord d'adjudicació del contracte.

Aquest precepte disposa que si no es dicta l'acord d'adjudicació dins el termini, "els empresaris admesos a concurs tendran dret a retirar la proposició i que se'ls retorni o cancel·li la garantia que hagin prestat".

És a dir, com no podria ser d'altra manera, la conseqüència d'aquella actuació administrativa anòmal, repercuteix en dos dels drets dels licitadors, atès que no poden oblidar-se que ens trobam davant un procediment de concurrència empresarial.

Amb això, es pot respondre al primer dels dubtes suscitats pel consultant:

L'actuació de la mesa de contractació una vegada transcorregut el termini de tres mesos previst en l'article 89 de la LCAP és vàlida. Cosa distinta és que, per aplicació de l'article 44 de la LPARJC, si el procediment d'adjudicació no es resol en el termini de tres mesos comptadors des de l'obertura del procediment (article 89 LCAP) els licitadors podran entendre denegades les seves ofertes per silenci administratiu (article 44 LPARJC) amb el dret, dels empresaris admesos a concurs, a retirar les seves proposicions i que se'ls retorni o cancel·li la garantia que hagin prestat.

SISENA. Seguint el discurs traçat, les qüestions que se susciten a continuació (i així es fa en la consulta) són les que puguin referir-se a possibles obligacions que afectin tant a la mesa com a l'òrgan de contractació, en concret es pregunta: S'ha de justificar la paralització del procediment de contractació?

Pel que f això, la LCAP no conté cap regulació més, excepte el que s'ha dit abans. Cal ajustar-nos, doncs, al previst en la disposició addicional setena, que diu que " els procediments en matèria de contractació administrativa s'han de regir pels preceptes continguts en aquesta Llei i en les seves normes de desenvolupament; els de LCAP són d'aplicació supletòria".

Si examinem, doncs, la LRJPAC, en els articles 42 i 44 estableix l'obligatorietat de resoldre en un procediment administratiu, la forma que han d'adoptar, els terminis per fer-ho i la notificació i la forma de la resolució.

En efecte, disposa l'article 42 de la LRJPAC que l'Administració està obligada a dictar resolució expressa en tots els procediments i a notificar-la, qualsevol que sigui la seva forma d'iniciació.

D'altra banda l'article 50 de la Llei 3/2003, de 26 de març estableix terminis màxims de resolució i notificació dels procediments administratius de competència de la comunitat autònoma, els quals s'han de tenir en compte si la norma especial del procediment en concret no els estableix expressament i que, en aquest cas, com que són establerts de forma concreta per als procediments d'adjudicació dels contractes administratius, caldrà ajustar-s'hi.

Arribats a aquest punt és obligat fer especial referència a la finalització dels procediments administratius de l'article 87 de la LRJPAC on veim que l'única forma de finalitzar un procediment de contractació és la resolució expressa, ja que no cal parlar de desestimació, renúncia i/o caducitat ja que aquests supòsits de finalització solament són procedents en els expedients iniciats a instància de part. Per altra banda el mateix article en relació amb el 42, del mateix cos legal, estableix l'obligatorietat de l'Administració de resoldre els procediments en tot cas.

Portam a col·lació, en aquest punt de l'informe, el punt 4 de l'article 44 de la LPARJC regulant el règim de les resolucions expresses a les quals està obligada l'Administració en tot procediment administratiu, i assenyalat que en els casos de desestimació per silenci administratiu, la resolució expressa que s'hagi de dictar s'ha d'adoptar sense cap vinculació al sentit del silenci.

Però, quines són les formes que pot adoptar la resolució d'un expedient de contractació?. La resposta és en la pròpia LCAP en el article 88, en el qual s'estableix que l'Administració té, alternativament, la facultat de resoldre l'expedient adjudicant el contracte a l'oferta més avantatjosa o declarar desert el concurs; encara que és una activitat discrecional de l'Administració, no té altra opció. Per tant la resolució d'un procediment d'adjudicació de contractes és obligatòria per a l'Administració i aquella sol pot contenir una declaració de voluntat adjudicant el contracte o declarant desert el concurs i, a més, diu el mateix article que la resolució, una o altra, ha de ser motivada amb referència als criteris d'adjudicació del concurs que figuri en els plecs.

Per consegüent, l'obligació de resoldre que té l'Administració en els procediments d'adjudicació de contractes es correspon amb el dret del licitador a obtenir una resolució motivada del procediment contractual, a més del dret que l'assisteix de retirar-se de la licitació establert en el punt 2 de l'article 89 de la LCAP.

Llavors, transcorreguts els terminis màxims establerts en les lleis sense que s'hagi dictat resolució d'adjudicació o declarant desert el concurs, s'ha de justificar i motivar-se en l'expedient?

La resposta gairebé s'ha donat en els punts anteriors. Però vegem-ho.

SETENA. Respecte de la consideració de si és necessària l'existència, si escau, d'un informe tècnic que proposi declarar desert el concurs, motivat pel temps transcorregut, que fa hagin de considerar-se obsolets els productes a adquirir i acollint-

se al qual la mesa de contractació subscriu una proposta en tal sentit, cap dir que l'art. 81.2 de la LCAP preveu aquests supòsits ja que disposa que la mesa de contractació pot sol·licitar, abans de formular la proposta tants informes tècnics consideri necessari i es relacionin amb l'objecte del contracte, amb la qual cosa es possibilita que la mesa elabori una proposta que tingui el sentit d'aquests informes i que estimi pertinent, tal com li faculta, a més, l'art. 88.1 de la LCAP.

No obstant això el mateix article, al punt 2., estableix que la resolució per la qual es declara desert el concurs ha de ser motivada amb referència als criteris d'adjudicació del concurs, o sia que l'informe tècnic que proposi declarar-lo desert ha de basar-se en els criteris d'adjudicació del concurs que figuren en el plec, i no en uns altres. En conseqüència, la discrecionalitat de l'òrgan de contractació queda substancialment reduïda per l'obligatorietat d'aplicar els criteris objectius d'adjudicació.

La discrecionalitat de l'Administració en l'adjudicació del concurs no ha de suposar en cap moment una actuació arbitrària o un abús de poder, al contrari, els principis de la contractació pública i la llei que els desenvolupa fan que l'activitat de l'Administració sigui objectiva i transparent en tot el procediment d'adjudicació. Per tant, destriar sobre si el motiu de l'esdeveniment obsolet dels objectes d'un contracte pel transcurs de massa temps a resoldre un expedient de contractació és motiu suficient per declarar desert un concurs, caldrà ajustar-se a les causes que han motivat aquest excés en el termini de resoldre i si l'adjudicació en aquestes condicions, (objecte del contracte obsolet) suposaria un perjudici a l'interès públic atès que efectua una despesa no justificada i innecessari pel fet formal d'haver de resoldre el procediment de licitació per causa de dilatació en l'adjudicació del contracte del que es tracta.

El que s'ha dit no és obstacle perquè l'òrgan de contractació pugui exercitar la facultat de declarar desert el concurs si existeixen motius o causes fàctiques (com succeeix a parer nostre en el cas que ens ocupa), però també jurídiques, lògiques, raonables i expressades en referència a la finalitat contractual perseguida i en defensa de l'interès públic prevalent (que són dos elements regulats de la potestat discrecional i dues premisses fonamentals, fins i tot més prioritàries que l'obligatorietat de l'Administració d'haver de "*motivar-ne en tot cas la resolució amb referència als criteris d'adjudicació del contracte que figurin en el plec*", com exigeix el mateix art. 88.2 de la LCAP.)

La doctrina i les sentències del Tribunal Suprem propugnen en aquesta matèria una interpretació sistemàtica i finalista dels preceptes reguladors de les facultats de l'Administració per adjudicar el contracte a la proposició més avantatjosa o per a declarar desert el concurs.

VUITENA. En virtut de la normativa citada fins a aquí, en el supòsit de transcurs dels terminis màxims indicats, sense perjudici del resultat negatiu del silenci administratiu, cal que l'òrgan de contractació insti a la mesa a elaborar i a elevar-hi la proposta pertinent i que, seguidament, dicti aquest una resolució i la notifiqui als licitadors del concurs, en els termes d'adjudicació del concurs o de declarar-lo desert.

NOVENA. Finalment, com a conseqüència de la repercussió de la no adjudicació del contracte en els terminis legalment establerts, se suscita la qüestió de l'existència i

abast de la responsabilitat de l'Administració en la seva actuació, que en aplicar l'enginyeria del silenci administratiu ens hi remetem atès que es part general del Dret Administratiu.

Per altra banda, la disposició addicional cinquena, 2. de la LCAP, preveu que la infracció o aplicació indeguda dels seus preceptes per part del personal al servei de les administracions públiques pot suposar la incursió en casos de responsabilitat disciplinària i aquesta es regirà conforme a la normativa específica en la matèria.

CONCLUSIÓ

1 . No obstant la excepcionalitat que ha de suposar el fet que l'Administració actuï en aquest sentit, la proposta de la mesa de contractació una vegada transcorregut el termini de tres mesos previst en l'article 89 de la LCAP és vàlida. Cosa distinta és que, per aplicació de l'article 44 de la LPARJC, si el procediment d'adjudicació no es resol en el termini de tres mesos comptadors des de l'obertura del procediment (article 89 LCAP) els licitadors podran entendre denegades les seves ofertes per silenci administratiu (article 44 LPARJC) amb el dret d'aquells a retirar les seves proposicions i que se'ls retorni o cancel·li la garantia que hagin prestat.

2 . Fins i tot en el cas d'haver transcorregut el termini de tres mesos per adjudicar el contracte segons l'article 89.1 de la LCAP, i sense perjudici de l'efecte negatiu del silenci administratiu en aquest cas, l'òrgan de contractació ha de dictar resolució expressa adjudicant el contracte a la proposició més avantatjosa o, alternativament, declarar desert el concurs.

3 . Si l'Administració opta per dictar la resolució declarant desert el concurs ha de motivar-la amb referència als criteris d'adjudicació que figurin en el plec i/o, excepcionalment, a les raons del perjudici a l'interès públic que suposaria l'adjudicació del contracte en un procediment de contractació dilatat en el temps.

4.- Si com a conseqüència de la no adjudicació del contracte en els terminis legalment establerts es produeixen danys a les parts i si pot existir responsabilitat de l'Administració en la seva actuació i el seu abast, ens remetem al contingut del títol X del la LPARJC i al títol V, capítol VIII de la Llei 3/2003, de 26 de març, de règim jurídic de l'Administració de la comunitat autònoma Illes Balears, quant a la responsabilitat patrimonial de l'Administració pública.