

INFORME 4/05, DE 28 DE ABRIL DE 2005

ADJUDICACIÓN DEL CONTRATO EN UN CONCURSO, UNA VEZ TRANSCURRIDO EL PLAZO DE TRES MESES DEL ARTICULO 89 DE LA LEY DE CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS (LCAP).

ANTECEDENTES

Por el Viceinterventor General de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears (CAIB), se solicita la elaboración de un informe sobre el asunto de referencia, en escrito del siguiente tenor:

“Tal y como dispone el artículo 89 del RDL 2/2000, de 16 de junio, el órgano de contratación, previos los informes correspondientes, adjudicará el contrato en el plazo máximo de tres meses a contar desde la apertura de las proposiciones, excepto que en los pliegos de cláusulas administrativas particulares se establezca un plazo diferente.

En el punto 2 del mismo artículo se pone de manifiesto que si no se dicta el acuerdo de adjudicación dentro del plazo, los empresarios admitidos a concurso tendrán derecho a retirar su propuesta y a la devolución o cancelación de la garantía depositada, en su caso.

En consecuencia, si el órgano de contratación no adjudica en los plazos establecidos, la legislación aplicable, establece la posibilidad de que los licitadores retiren sus ofertas.

Ahora bien, esta intervención ha constatado que se dan casos en que transcurre un periodo de tiempo muy significativo (incluso superior a doce meses) entre la fecha de celebración de la sesión de la mesa de contratación en que se produce la apertura de las ofertas y la fecha de celebración de la sesión de la mesa que tiene que formular la propuesta de adjudicación, sin una justificación, y que en ocasiones pretende proponer que se declare deserta la puja.

Pese a que los licitadores no hayan retirado sus ofertas, se plantea por parte de esta intervención la duda respecto de la validez de la actuación de la mesa, puesto que se pone de manifiesto una paralización no justificada de la actividad administrativa, o como mínimo, se da una inactividad atribuible a la administración.

Con el objeto de conocer la interpretación que al respeto le merece, y en virtud de lo que se establece en los artículos 2.1 del decreto 20/1997, de 7 de febrero, de creación de la Junta Consultiva, y del artículo 145.1 de su reglamento de organización y funcionamiento, se solicita informe sobre las cuestiones que a continuación se plantean:

- *Es válida la actuación de la mesa de contratación una vez transcurrido el plazo de tres meses previsto al artículo 89 del RDL 2/2000 ?*
- *Se tiene que justificar la paralización del procedimiento de contratación ?*

- *El órgano de contratación tiene que llevar a término cualquier actuación en estos casos ?*
- *Si se aporta un informe del técnico correspondiente mediante el que se propone declarar desierto el concurso puesto que dado el tiempo transcurrido, se consideran obsoletos los productos a adquirir, puede la mesa de contratación suscribir la propuesta sin incurrir en responsabilidad ? “*

PRESUPUESTOS DE ADMISIBILIDAD

1. Conforme a lo previsto en los artículos 12.1 del Decreto 20/1997, de 7 de febrero, de creación de esta Junta Consultiva y 15.1 de su Reglamento de Organización y Funcionamiento, aprobado por Acuerdo del Consejo de Gobierno de la CAIB, de 10 de octubre de 1997, quien efectúa la solicitud de informe, el Viceinterventor General de la CAIB, está legitimado para ello.
2. A la solicitud de informe se une un informe jurídico, tal como dispone el artículo 16.3 del precitado Reglamento.
3. La documentación aportada es suficiente para emitir el informe solicitado, pues cumple los requisitos previos de admisión.

CONSIDERACIONES JURIDICAS

PRIMERA. Si bien el oficio del Viceinterventor General alude a una solicitud de informe (refiriéndose a la que nos ocupa) de fecha 4 de febrero de 2005, elevada a esta Junta Consultiva de Contratación, sin embargo la fecha de salida de Intervención es del 24 de marzo de 2005, que es la misma del oficio que contiene tal alusión y ambos documentos tuvieron entrada en esta Junta el pasado día 30 de marzo de 2005.

SEGUNDA. La consulta se refiere a la circunstancia que se produce en la tramitación de diversos expedientes de contratación, en que la adjudicación lo es mediante concurso y en los que transcurre un período de tiempo muy significativo, sin justificación, entre la fecha de celebración de la sesión de la mesa que debe formular la propuesta de adjudicación y ésta .

Ello, a juicio del consultante, suscita una serie de cuestiones que, en el escrito de petición de informe, adopta la forma de consultas concretas, si bien siempre referidas a casos generales y a ninguna contratación específica.

Por ello, las respuestas tendrán el mismo carácter, siempre referidas a licitaciones en concursos y al plazo de adjudicación establecido en el artículo 89 de la LCAP.

TERCERA. El consultante parte de la base en su escrito, de que, en los casos de la demora señalada detectados por la Intervención, los pliegos de cláusulas administrativas particulares de los expedientes de contratación de su razón, no han establecido un plazo máximo para adjudicar el contrato, (diferente del impuesto en el artículo 89.1 de la LCAP) para lo que habilita este precepto.

En consecuencia, el plazo máximo a que se refiere la consulta es el de tres meses a contar de la apertura de las proposiciones.

CUARTA. A la vista de las situaciones que pueden producirse por el transcurso de dicho plazo si el órgano de contratación no adjudica el contrato, el consultante plantea diversas cuestiones relativas a la validez o no de la actuación de la mesa de contratación una vez agotado el mencionado plazo (se supone que ello sin haber elevado la misma al órgano de contratación la preceptiva propuesta de adjudicación o declarando desierto el concurso), a la necesidad o no de justificar, en su caso, la paralización del procedimiento de adjudicación, a la obligatoriedad o no de que el órgano de contratación lleve a cabo alguna actuación en tales supuestos y a si, en un determinado caso, que explicita en la consulta, puede la mesa suscribir la propuesta de declarar desierto el concurso sin incurrir en responsabilidad.

QUINTA. Para responder a tales cuestiones deberá examinarse la legislación aplicable al caso, que es la contenida tanto en la LCAP (artículos 89.2, 74.3 en relación con el 88.2 y 81.2 y 3) como en la Ley 3/2003, de 26 de marzo de régimen jurídico de la Administración de la Comunidad Autónoma Illes Balears(artículo 50), así como en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común LRJAP (artículos 42 y 44.)

En efecto: El artículo 89.2 de la LCAP contiene una única consecuencia jurídica derivada de inexistencia, dentro de plazo, de acuerdo de adjudicación del contrato.

Dispone este precepto efectivamente, que de no dictarse el acuerdo de adjudicación dentro de plazo, *los empresarios admitidos a concurso tendrán derecho a retirar su proposición y a que se les devuelva o cancele la garantía que hubiesen prestado* .

Es decir, como no podría ser de otra forma, la consecuencia de aquélla actuación administrativa anómala, repercute en dos de los derechos de los licitadores, pues no pueden olvidarse que nos hallamos ante un procedimiento de concurrencia empresarial.

Con ello, puede responderse a la primera de las dudas suscitadas por el consultante:

La actuación de la mesa de contratación una vez transcurrido el plazo de tres meses previsto en el artículo 89 de la LCAP es válida. Cosa distinta es que, por aplicación del artículo 44 de la LPARJC, si el procedimiento de adjudicación no se resuelve en el plazo de tres meses a contar de la apertura del procedimiento (artículo 89 LCAP) los licitadores podrán entender denegadas sus ofertas por silencio administrativo (artículo 44 LPARJC) con el derecho, de los empresarios admitidos a concurso, a retirar sus proposiciones y a que se les devuelva o cancele la garantía que hubieren prestado.

SEXTA. Siguiendo el discurso trazado, las cuestiones que se suscitan a continuación (y así se hace en la consulta) son las que puedan referirse a posibles obligaciones que afecten tanto a la mesa como al órgano de contratación, en concreto se pregunta: ¿Se tiene que justificar la paralización del procedimiento de contratación?

Ninguna regulación más se contiene al respecto en la LCAP, salvo lo dicho con anterioridad, habrá que estar, pues, a lo previsto en su Disposición adicional séptima, que dice que “ *los procedimientos en materia de contratación administrativa se regirán por los preceptos contenidos en esta Ley y en sus normas de desarrollo, siendo de aplicación supletoria*” los de la LRJAP.

Examinando, pues, la LRJPAC, en sus artículos 42 y 44 establece la obligatoriedad de resolver en un procedimiento administrativo, la forma que debe adoptar, los plazos para ello y la notificación de la resolución y su forma.

En efecto, dispone el artículo 42 de la LRJPAC que la Administración está obligada a dictar resolución expresa en todos los procedimientos y a notificarla cualquiera que sea su forma de iniciación.

Por su parte el artículo 50 de la Ley 3/2003, de 26 de marzo establece plazos máximos de resolución y notificación de los procedimientos administrativos de competencia de la Comunidad Autónoma , los cuales deberán ser tenidos en cuenta si la norma especial del procedimiento en concreto no los establece expresamente y que, en este caso, al estar éstos establecidos de forma concreta para los procedimientos de adjudicación de los contratos administrativos, habrá que estar a ellos.

Llegados a este punto es obligado hacer especial referencia a la finalización de los procedimientos administrativos del artículo 87 de la LRJPAC en donde vemos que la única forma de finalizar un procedimiento de contratación es la resolución expresa, ya que no cabe hablar de desistimiento, renuncia y/o caducidad ya que estos supuesto de finalización solo caben en los expedientes iniciados a instancia de parte. Por otra parte el mismo artículo en relación con el 42, del mismo cuerpo legal, establece la obligatoriedad de la administración de resolver los procedimientos en todo caso.

Entra a colación, en este punto del informe, el punto 4 del artículo 44 de la LPARJC regulando el régimen de las resoluciones expresas a las que está obligada la Administración en todo procedimiento administrativo, señalando que en los casos de desistimiento por silencio administrativo, la resolución expresa que deba dictarse se adoptará sin vinculación alguna al sentido del silencio.

Pero, ¿cuáles son las formas que puede adoptar la resolución de un expediente de contratación?. La respuesta está en la propia LCAP en su artículo 88, en el que se establece que la Administración tiene, alternativamente, la facultad de resolver el expediente adjudicando el contrato a la oferta más ventajosa o declarar desierto el concurso; aunque es una actividad discrecional de la Administración, no se le deja otra opción. Por tanto la resolución de un procedimiento de adjudicación de contratos es obligatoria para la Administración y aquella solo puede contener una declaración de voluntad adjudicando el contrato o declarando desierto el concurso y, además, dice el mismo artículo que la resolución, una u otra, deberá ser motivada con referencia a los criterios de adjudicación del concurso que figure en los pliegos.

Por consiguiente, la obligación de resolver que tiene la Administración en los procedimientos de adjudicación de contratos se corresponde con el derecho del licitador a obtener una resolución motivada del procedimiento contractual, a más del derecho que le asiste de retirarse de la licitación establecido en el punto 2 del artículo 89 de la LCAP.

Entonces, transcurridos los plazos máximos establecidos en las leyes sin que se hubiera dictado resolución de adjudicación o declarando desierto el concurso, ¿deberá justificarse y motivarse en el expediente?

La respuesta casi se ha dado en los puntos anteriores. Pero veamos,

SÉPTIMA. Respecto de la consideración de si es necesaria la existencia, en su caso, de un informe técnico que proponga declarar desierto el concurso, motivado por el tiempo transcurrido, que hace deban considerarse obsoletos los productos a adquirir y acogiéndose al cual la mesa de contratación suscribe una propuesta en tal sentido, cabe decir que el art. 81.2 de la LCAP prevé tales supuestos al disponer que la mesa de contratación podrá solicitar, antes de formular su propuesta cuantos informes técnicos considere precisos y se relacionen con el objeto del contrato, con lo cual se posibilita que la mesa elabore una propuesta que tenga el sentido de dichos informes y que estime pertinente, tal como le faculta, además, el art. 88.1 de la LCAP.

Sin embargo el mismo artículo, en su punto 2., establece que la resolución declarando desierto concurso deberá ser motivada con referencia a los criterios de adjudicación del concurso, o sea, que el informe técnico que lo proponga declarar desierto deberá basarse en los criterios de adjudicación del concurso que figuran en el pliego, y no en otros. En consecuencia, la discrecionalidad del órgano de contratación queda sustancialmente reducida por la obligatoriedad de aplicar los criterios objetivos de adjudicación.

La discrecionalidad de la Administración en la adjudicación del concurso no ha de suponer en ningún momento una actuación arbitraria o un abuso de poder, al contrario, los principios de la contratación pública y la ley que los desarrolla hacen que la actividad de la Administración deba ser objetiva y transparente en todo el procedimiento de adjudicación. Por tanto, discernir sobre si el motivo del devenir obsoletos los objetos de un contrato por el transcurso de demasiado tiempo en resolver un expediente de contratación es motivo suficiente para declarar desierto un concurso, habrá que estar a las causas que han motivado este exceso en el plazo de resolver y si la adjudicación en estas condiciones, (objeto del contrato obsoleto) supondría un perjuicio al interés público al efectuar un gasto no justificado e innecesario por el hecho formal de tener que resolver el procedimiento de licitación por causa de dilatación en la adjudicación del contrato del que trae cuenta.

Lo dicho no es óbice para que el órgano de contratación pueda ejercitar su facultad de declarar desierto el concurso si existen motivos o causas fácticas (como sucede a nuestro entender en el caso que nos ocupa), pero también jurídicas, lógicas, razonables y expresas en referencia a la finalidad contractual perseguida y en defensa del interés público prevalente (que son dos elementos reglados de la potestad discrecional y dos premisas fundamentales, incluso más prioritarias que la obligatoriedad de la Administración de tener que *“motivar en todo caso su resolución con referencia a los criterios de adjudicación del contrato que figuren en el pliego”*, como exige el propio art. 88.2 de la LCAP.)

La doctrina y las sentencias del Tribunal Supremo propugnan en esta materia una interpretación sistemática y finalista de los preceptos reguladores de las facultades de la Administración para adjudicar el contrato a la proposición más ventajosa o para declarar desierto el concurso.

OCTAVA. En virtud de la normativa citada hasta aquí, en el supuesto de transcurso de los plazos máximos indicados, sin perjuicio del resultado negativo del silencio administrativo, procederá que el órgano de contratación inste a la mesa a elaborar la pertinente propuesta y a elevarla al mismo y que, seguidamente, dicte éste una resolución y la notifique a los licitadores del concurso, en los términos de adjudicación del concurso o de declararlo desierto.

NOVENA. Por último, como consecuencia de la repercusión de la no adjudicación del contrato en los plazos legalmente establecidos, se suscita la cuestión de la existencia y alcance de la responsabilidad de la administración en su actuación, que al aplicar la ingeniería del silencio administrativo a ella nos remitimos al ser parte general del Derecho Administrativo.

Por otra parte, la Disposición adicional quinta, 2. de la LCAP, prevé que la infracción o aplicación indebida de sus preceptos por parte del personal al servicio de las Administraciones públicas puede suponer la incursión en casos de responsabilidad disciplinaria y ésta se regirá conforme a la normativa específica en la materia.

CONCLUSIÓN

1. No obstante la excepcionalidad que debe suponer el actuar de la Administración en este sentido, la propuesta de la mesa de contratación una vez transcurrido el plazo de tres meses previsto en el artículo 89 de la LCAP es válida. Cosa distinta es que, por aplicación del artículo 44 de la LPARJC, si el procedimiento de adjudicación no se resuelve en el plazo de tres meses a contar de la apertura del procedimiento (artículo 89 LCAP) los licitadores podrán entender denegadas sus ofertas por silencio administrativo (artículo 44 LPARJC) con el derecho de aquellos a retirar sus proposiciones y a que se les devuelva o cancele la garantía que hubieren prestado.

2. Aun en el caso de haber transcurrido el plazo de tres meses para adjudicar el contrato según el artículo 89.1 de la LCAP, y sin perjuicio del efecto negativo del silencio administrativo en este caso, el órgano de contratación deberá dictar resolución expresa adjudicando el contrato a la proposición más ventajosa o, alternativamente, declarar desierto el concurso.

3. Si la Administración opta por dictar la resolución declarando desierto el concurso deberá motivarla con referencia a los criterios de adjudicación que figuren en el pliego y/o, excepcionalmente, a las razones del perjuicio al interés público que supondría la adjudicación del contrato en un procedimiento de contratación dilatado en el tiempo.

4.- Si como consecuencia de la no adjudicación del contrato en los plazos legalmente establecidos se producen daños a las partes y si pudiera existir responsabilidad de la administración en su actuación y su alcance, nos remitimos al contenido del título X del la LPARJC y al Título V, capítulo VIII de la Ley 3/2003, de 26 de marzo, de Régimen Jurídico de la Administración de la Comunidad Autónoma Illes Balears, en cuanto a la Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública.

Palma, 28 de abril de 2005

INFORME 04/05 DE 28 d'abril de 2005

D'acord amb el que disposen l'article 12.2, del Decret 20/1997, de 7 de febrer, i l'article 17.6 del Reglament d'organització i funcionament de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa, us tramet adjunt l'informe núm. 04/05 aprovat per la Comissió Permanent d'aquesta Junta de dia 12 d'abril de 2005 sobre:

Adjudicació del contracte en un concurs, un cop ha transcorregut el termini de tres mesos previst a l'article 89 de la Llei de contractes de les administracions públiques (LCAP).

El secretari de la Junta Consultiva
de Contractació Administrativa

Domingo Ferrari Mesquida
Palma, 06-05-2005

IL·LM. SR. INTERVENTOR GENERAL
Conselleria d'Economia, Hisenda i Innovació

ONSELLERIA D'EDUCACIÓ I CULTURA