



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 2 9 6 / 2 0 0 9

(Sección 2ª)

La Laguna, a 22 de junio de 2009.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Cabildo Insular de Gran Canaria en relación con la ***Propuesta de Resolución por la que se acuerda la resolución del contrato de suministro e instalación de armarios rodantes y mobiliario para el Archivo General Insular, ubicado en las dependencias del edificio de la antigua casa R. No formalización del contrato. No constitución de fianza (EXP. 246/2009 CA)*.***

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por el Sr. Presidente del Cabildo de Gran Canaria, es la Propuesta de Resolución del procedimiento de resolución del contrato administrativo de suministro e instalación de armarios rodantes y mobiliario para el Archivo General Insular, ubicado en las dependencias del edificio de la antigua casa R. (Lote 1: Suministro e instalación de armarios rodantes) adjudicado a la empresa I.G., S.L., que se opone a la resolución del contrato.

La legitimación para la solicitud de Dictamen, su carácter preceptivo y la competencia del Consejo para su emisión se derivan de los arts. 12.3 y 11.1.D.c) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias en relación con el art. 59.3.a), de carácter básico, del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP), aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, y con el art. 109.1.d), de carácter básico, del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, preceptos que son de aplicación porque el contratista se ha opuesto a la resolución.

* PONENTE: Sr. Fajardo Spínola.

En este sentido, es de recordar que, conforme a lo dispuesto en la disposición transitoria primera de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), en sus apartados primero y segundo, *“los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley se regirán por la normativa anterior. A estos efectos se entenderá que los expedientes de contratación han sido iniciados si se hubiera publicado la correspondiente convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato. En el caso de procedimientos negociados, para determinar el momento de iniciación se tomará en cuenta la fecha de aprobación de los pliegos”*. Y, *“los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida la duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior”*.

2. Por otro lado, ha de aclararse que el expediente que nos ocupa tiene por objeto el que tuviera el expediente 146/2009-CA. Éste fue inadmitido inicialmente por este Consejo Consultivo en la sesión celebrada por el Pleno el 1 de abril de 2009, a la vista del informe del Letrado-Mayor, que se acompañó al escrito de inadmisión. En el mismo se ponía de manifiesto el carácter incompleto del expediente, requiriéndose nueva solicitud de Dictamen que adjuntase Propuesta de Resolución del órgano instructor, en la que se debe incluir contestación razonada a las alegaciones realizadas por la contratista, acompañada tanto por toda la documentación relativa al procedimiento contractual resolutorio tramitado, como por la correspondiente a la contratación afectada, desde su inicio hasta el momento en que se decide su resolución, especialmente la concerniente a los hechos, informes y alegaciones sobre éstas.

Remitida aquella documentación el 8 de mayo de 2009, se procede a emitir el preceptivo Dictamen.

II

1.¹

2. El procedimiento ha sido correctamente tramitado, habiéndose otorgado el preceptivo trámite de audiencia al contratista y al avalista; asimismo consta informe del Servicio Jurídico sobre resolución del contrato. No obstante, resulta particularmente contrario a Derecho que se anticipe el otorgamiento del contrato a

¹ Texto suprimido al ser mera descripción de hechos y/o trámites.

un nuevo empresario, antes de resolver acerca de la procedencia o improcedencia de la resolución contractual objeto de este Dictamen.

III

1. En cuanto al fondo del asunto, entendemos que no es conforme a Derecho la Propuesta de Resolución por las razones que a continuación se expresarán.

En el informe de 27 de septiembre de 2008, del Jefe de Sección del Servicio de Contratación, al que se remite para la fundamentación de la Propuesta de Resolución, se pone de manifiesto que aparecen distintas causas de resolución: por un lado, el incumplimiento del contratista de su obligación de depositar la fianza definitiva, así como de la de formalizar el contrato [causa de resolución según el art. 111.d) TRLCAP], y, por otro, la modificación de la oferta presentada por I.G., S.L. al declarar la imposibilidad de cumplir los plazos inicialmente ofertados.

De conformidad con la doctrina del Consejo de Estado, la Administración opta por esgrimir la primera de las causas alegadas para fundamentar la resolución del contrato en este caso, al ser la que se produjo con anterioridad. A partir de ello, se indica que el art. 113.1 TRLCAP señala que en los supuestos de no formalización del contrato en plazo por causas imputables al contratista se estará a lo dispuesto en el art. 54.3 TRLCAP, en relación con el procedimiento a seguir, con los efectos previstos en el mismo artículo: incautación de la garantía provisional y pago de indemnización por daños. Los mismos efectos se prevén en el la cláusula 12 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP).

Sin embargo, se opone a ello la empresa I.G., S.L. en trámite de alegaciones, con fundamento en el art. 89.2 TRLCAP, que, tras señalar en su número uno que el órgano de contratación adjudicará el contrato en el plazo máximo de tres meses a contar desde la apertura de las proposiciones, salvo que se establezca otro en el PCAP (en cuya cláusula 12.1 se mantiene el legal), concluye en su número dos que *“de no dictarse acuerdo de adjudicación dentro de plazo, los empresarios admitidos tendrían derecho a retirar sus proposiciones y a que se les devuelva o cancele la garantía que hubiesen presentado”*. Vencido este plazo, alega el empresario, sus propios actos han manifestado explícita (escrito de 17 de septiembre) o implícitamente la retirada o modificación de su oferta inicial; e incluso se llega a afirmar en su escrito de alegaciones que *“en el momento en que se dicta el Decreto de adjudicación no se perfecciona contrato alguno (...) por ausencia de oferta de mi*

representada". Por ello, entiende el empresario que ya no le resulta exigible la obligación de depositar la fianza definitiva ni la de formalizar el contrato.

2. A la vista de las anteriores argumentaciones de las partes, este Consejo ha de pronunciarse acerca de las diferentes cuestiones planteadas y, particularmente, sobre si procede la resolución del contrato y si en tal caso debe acordarse además la incautación de la fianza provisional y la eventual existencia de responsabilidad por daños y perjuicios derivados del proceder del empresario.

La primera constatación que verificamos es la de que la adjudicación se ha producido pasados tres meses desde la apertura de las proposiciones. Ello no debe llevarnos a establecer la invalidez de la adjudicación extemporánea, pero sí su ineficacia cuando el empresario retiró su oferta, y no se restableció la relación contractual mediante la aceptación de una nueva contraoferta. En todo caso, la Ley reconoce el derecho del empresario a retirar su oferta por ello, desde el día siguiente al vencimiento de tal plazo cualquier concursante, y sólo el adjudicatario si ya se le hubiere notificado la adjudicación, ostentaba el derecho a retirar su oferta. Trata de amparar esta disposición legal a los particulares ante los efectos sobre su oferta inicial derivados de un cambio en las circunstancias por el transcurso del tiempo. Pero, ¿durante cuánto tiempo resulta ejercitable este derecho a la retirada de la oferta? No se establece en la Ley un plazo concreto, pero este Consejo entiende que al no señalarse un límite temporal podrá plantearse tal retirada tanto antes de la adjudicación como después de acordada y notificada ésta, si bien en este último caso durante un tiempo prudencial, para no interferir la ejecución del contrato.

En el caso que nos ocupa, después de conocida la adjudicación a su favor el empresario manifestó (en diversas conversaciones telefónicas, que según los antecedentes de hecho de la Propuesta de Resolución entonces se produjeron) su conformidad con el plazo de un mes inicialmente ofertado, lo que expresamente confirmó en su escrito de 17 de septiembre. En este último se retira la oferta inicial, y se plantea una contraoferta (nuevos plazos) para proseguir el contrato. Resulta importante señalar que este escrito se presenta ante la Administración antes de vencer la prórroga de 15 días que ésta le otorgó para formalizar el contrato, y lógicamente también para el previo depósito de la fianza definitiva. El empresario, en consecuencia, ejercitó su derecho a la retirada de la oferta después de la adjudicación, pero dentro del tiempo que se le concedió para formalizar el contrato. Por ello, considera este Consejo que la retirada de la oferta se produjo en tiempo

hábil y que produjo el efecto de remover cualquier obligación precedente por parte del empresario; y ante la inexistencia de obligación no cabe plantear incumplimiento alguno.

La incautación de la fianza provisional y el establecimiento de responsabilidad por daños constituye, según el art. 113.4 TRLCAP, un efecto ineludible de la resolución por incumplimiento culpable del contratista. En este supuesto, como acaba de indicarse, ningún incumplimiento ha habido por parte del contratista, por lo que resulta improcedente que la Propuesta de Resolución resuelva imponer al contratista tal penalización.

3. Por todo lo expuesto, entendemos que no concurre la causa de resolución del contrato argüida por la Administración, pues después del incumplimiento por ésta del plazo para adjudicar la empresa retiró su oferta, presentando otra que no aceptó la Administración con fundamento en una urgencia que no sirvió de criterio a lo largo de todo el procedimiento de contratación. La no aceptación por la Administración insular de los plazos contraofertados por el empresario impide salvar los efectos de la retirada de la oferta inicial, y procede por ello la resolución del contrato, pero no por incumplimiento del contratista, sino por falta de formalización del mismo. En consecuencia, la Propuesta de Resolución habrá de limitarse a constatar esta situación, sin derivar por ello penalización alguna en contra del empresario.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución no es conforme a Derecho. Procede la resolución del contrato por falta de formalización del mismo, acordando devolver al empresario la fianza provisional, por falta de concurrencia de circunstancia alguna imputable a él.