



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 4 4 8 / 2 0 1 2

(Sección 1ª)

La Laguna, a 8 de octubre de 2012.

Dictamen solicitado por el Ilmo. Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Arona en relación con la ***Propuesta de Resolución por la que se acuerda la revisión de oficio del Acuerdo adoptado por la Junta de Gobierno Local, de 30 de diciembre de 2011, por el que, entre otros extremos, se admitió a las empresas licitadoras según la puntuación final obtenida (obteniendo el primer lugar la entidad T., S.L.) (EXP. 380/2012 RO)*.***

F U N D A M E N T O S

I

1. Mediante escrito de 27 de agosto de 2012, el Alcalde de Arona solicita, al amparo de los arts. 11.1.D.c), 12.3, y 20.1 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, en relación con los arts. 102.4 de la Ley 30/1992, de 29 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC), y los arts. 194 y 195 de la Ley 30/1997, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), Dictamen preceptivo por el procedimiento ordinario respecto al Acuerdo adoptado por la Junta de Gobierno Local de fecha 30 de diciembre de 2011, por el que, entre otros extremos, se admitió a las empresas licitadoras según la puntuación final obtenida (ocupando el primer lugar la entidad T., S.L.) y se estimaron parcialmente las pretensiones indemnizatorias de la citada entidad; y todo ello referido al contrato de suministro de terminales y otros sistemas de explotación para la Policía Local. Además y atendiendo al contenido literal del escrito presentado, el Dictamen se solicita “vistas las discrepancias surgidas en relación con la interpretación, nulidad y el derecho a la indemnización de daños y perjuicios” suscitadas en relación con el mencionado contrato.

* PONENTE: Sr. Bosch Benítez.

A este último respecto, se precisa que el objeto del Dictamen, según los términos de la Propuesta de Resolución, es la nulidad del contrato de conformidad con el art. 195.3.a) LCSP, como no podía ser de otro modo. En efecto, conviene advertir que en ningún caso, de acuerdo con legislación aplicable (art. 102 LRJAP-PAC), el procedimiento revisor puede tener por finalidad la dilucidación de “controversias interpretativas”. Se plantea, además, en la PR una reclamación por daños en aplicación de lo previsto en el art. 102.4 LRJAP-PAC, por mediar oposición del contratista en torno al alcance de la indemnización como consecuencia de la referida declaración de nulidad cuya procedencia no cuestiona.

2. Por lo que concierne a la legislación aplicable al presente procedimiento, la disposición transitoria primera.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre y que entró en vigor, con el Texto Refundido por él aprobado el 16 de diciembre de 2011 (TRLCSPP), dispone que “los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley se regirán por la normativa anterior”, entendiéndose a estos efectos que tal inicio se ha producido “si se hubiera publicado la correspondiente convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato” -lo que en este caso, justamente, no ha tenido lugar, pues tal omisión es la causa del procedimiento de nulidad incoado- deduciendo la Propuesta coherentemente que se deberá “proceder a adaptar el procedimiento de adjudicación a la normativa contenida en el TRLCSPP, máxime cuando el presente procedimiento de revisión de oficio trae causa en la falta de convocatoria del procedimiento”, que no fue debidamente publicada.

La norma de aplicación no es, pues, la del apartado 1 sino la del apartado 2 de la misma disposición transitoria TRLCSPP, conforme a la cual “los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de presente Ley se regirán, en cuanto sus efectos, cumplimiento, extinción, incluida su duración y régimen de prórrogas por la normativa anterior”. En este caso, como expresamente se encarga de señalar la Propuesta de Resolución, “no ha tenido lugar la adjudicación del contrato”, aunque “existe una calificación de la oferta de T., S.L., como económicamente más ventajosa mediante acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 30 de diciembre de 2011” [véase su FJ 4º, b), 6º párrafo]. Por lo tanto, no habiéndose llevado a cabo la adjudicación y considerándose -por falta de publicación de la correspondiente convocatoria, como se dijo antes- que tampoco ha tenido lugar la iniciación del procedimiento, se aplicarán las normas del TRLCSPP, de modo que las referencias al articulado lo serán siempre a esta última disposición legal.

3. En lo que se refiere al órgano competente, conviene traer a colación lo establecido en el art. 34.3 TRLCSP: “salvo determinación expresa en contrario, la competencia para declarar la nulidad o la lesividad se entenderá delegada conjuntamente con la competencia para contratar. No obstante, la facultad de acordar una indemnización por perjuicios en caso de nulidad no será susceptible de delegación, debiendo resolver sobre la misma, en todo caso, el órgano delegante; a estos efectos, si se estimase pertinente reconocer una indemnización, se elevará el expediente al órgano delegante, el cual, sin necesidad de avocación previa y expresa, resolverá lo procedente sobre la declaración de nulidad conforme a lo previsto en el art. 102.4 de la LRJAP-PAC”.

Por consiguiente, la Propuesta de Resolución concluye que el órgano competente para resolver sobre la indemnización –también sobre la nulidad misma- es el Alcalde, lo que da a entender que en su día el Alcalde delegó la competencia en la Junta de Gobierno Local, que es la que, en efecto, ha tramitado el procedimiento de licitación. No consta tal delegación, siendo así que es la citada Junta la que ha dictado, como aparente órgano de contratación, los actos concernientes a la licitación del contrato. Debe, pues, aclararse, con constancia en la Propuesta de Resolución, este extremo.

4. Indica la Propuesta de Resolución que, de conformidad con lo previsto en el art. 42.5.c) LRJAP-PAC, el transcurso del plazo máximo legal para resolver un procedimiento y notificar la resolución se podrá suspender “cuando deban solicitarse informes que sean preceptivos y determinantes del contenido de la resolución a órgano de la misma o distinta Administración, por el tiempo que medie entre la petición, que deberá comunicarse a los interesados, y la recepción del informe, que igualmente deberá ser comunicada a los mismos. Este plazo de suspensión no podrá exceder en ningún caso de tres meses”.

Considera, pues, la Propuesta de Resolución que la tramitación del procedimiento de nulidad se ha interrumpido por la petición a este Consejo del presente Dictamen, lo que no es adecuado, pues la norma se refiere a informes solicitados a otras Administraciones antes de formular su Propuesta de Resolución, naturaleza de la que no participa la función de este Consejo, ni el mismo es un órgano administrativo, actuando culminada la fase instructora y en orden, no a formular tal propuesta, que es su objeto, sino a determinar su adecuación jurídica. Por otra parte, cuando el procedimiento se haya iniciado de oficio, el plazo de

resolución es de tres meses (art. 102.5 LRJAP-PAC). La Junta de Gobierno Local adoptó el acuerdo de inicio de procedimiento revisor en sesión celebrada el 1 de junio de 2012, por lo que el plazo venció el 1 de septiembre de 2012 y el procedimiento incoado estaría caducado. No obstante, el Pleno del Consejo Consultivo ha considerado que siendo inhábil para su funcionamiento el mes de agosto, este mes no computa a efectos del plazo de caducidad contemplado en el art. 44.2 LRJAP-PAC.

II

Por Providencia de la Alcaldía Accidental, de fecha 19 de agosto de 2011, se establece la necesidad de realizar el suministro de terminales T. y otros sistemas de explotación, para la Policía Local del Ayuntamiento de Arona, considerándose conveniente efectuar la contratación del suministro armonizado, siendo el importe del contrato de 264.328,26 euros, para el que hay crédito adecuado.

Mediante Acuerdo de la Junta de Gobierno Local, adoptado en sesión extraordinaria y urgente el día 26 de octubre de 2011, se aprobó el expediente administrativo de contratación y el gasto correspondiente por importe de 264.328,26 €, disponiéndose la apertura del procedimiento de adjudicación, enviándose anuncio de apertura de la licitación al Diario Oficial de la Unión Europea el 26 de octubre de 2011 y al BOE el 2 de noviembre de 2011, habiéndose publicado asimismo en el Perfil del Contratante del Ayuntamiento de Arona el 31 de octubre de 2011, así como en prensa local y en el BOP el 9 de noviembre de 2011.

Presentadas las ofertas, la Mesa se reúne los días 13, 19, 23 y 28 de diciembre de 2011. Dice la Propuesta -antecedente de hecho octavo- que el 20 de diciembre de 2011 se celebró la prueba de los terminales en las dependencias de la Jefatura de la Policía Local del Ayuntamiento de Arona, *lo que no es cierto, pues esa prueba tuvo lugar el 27 de febrero de 2012.*

La Junta de Gobierno Local, en sesión ordinaria celebrada con fecha 30 de diciembre de 2011, acordó admitir a las empresas licitadoras por orden de puntuación calificándose como oferta económicamente más ventajosa la presentada por la empresa T., S.L. por importe de 225.454,32 euros de principal y 11.322,72 euros de IGIC, quedando obligada a realizar el suministro con todos los requisitos recogidos en su oferta, tanto técnicos como económicos y se le requirió para que procediera a practicar las pruebas que resulten pertinentes a fin de comprobar que los terminales cumplen con los requisitos exigidos en los Pliegos que rigen la

contratación, así como las características recogidas en su oferta, de conformidad con la cláusula 17.*bis* del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares.

El 20 de enero de 2012, por tercero licitador (T.T., S.A.) se presenta recurso especial en materia de contratación contra el acuerdo de la Junta de Gobierno Local mencionado en el apartado anterior, siendo desestimado por Acuerdo de la Junta de Gobierno Local, adoptado en sesión extraordinaria y urgente de 22 de febrero de 2012.

El 27 de febrero de 2012, se celebra en el Departamento de informática del Ayuntamiento de Arona la prueba de terminales presentados por la empresa T., S.L., requiriéndose al Coordinador de Nuevas Tecnologías la emisión de informe sobre los pormenores de la citada prueba.

Con fecha 28 de febrero de 2012, la Técnico de Administración General de la Sección de Contratación y Servicios Públicos recibe correo electrónico desde la Agencia Estatal del Boletín Oficial del Estado, mediante el que se comunica devolución de pago por anulación de anuncio relativo a la apertura de la licitación que nos ocupa, sin que conste la causa de la no publicación y posterior devolución.

El 2 de marzo de 2012, se emite informe por el Coordinador de Nuevas Tecnologías sobre la superación de la prueba de terminales por parte de la empresa T., S.L.

La Junta de Gobierno Local, en sesión ordinaria celebrada el día 1 de junio de 2012, adoptó Acuerdo de inicio de procedimiento de revisión de oficio –al amparo del art. 102.1 LRJAP-PAC- del Acuerdo la Junta de Gobierno Local de 30 de diciembre de 2011.

Dicha declaración de nulidad viene motivada en la omisión de un trámite esencial del procedimiento de licitación, cual es la falta de anuncio de apertura de licitación en el Boletín Oficial del Estado que exige el art. 126 LCSP. La declaración de nulidad afectará, en su caso, a todos los actos realizados con posterioridad a la omisión del citado trámite, y conllevará por tanto, la retroacción de las actuaciones hasta el momento de la aprobación del expediente y apertura del procedimiento de licitación. Todo ello, sin perjuicio de las indemnizaciones que puedan corresponder a los interesados, de conformidad con los arts. 139.2 y 141.1 LRJAP-PAC. Asimismo, se concedió un plazo de audiencia de días hábiles, contados a partir del siguiente a la recepción de la notificación del acuerdo que se adopte, a las empresas interesadas

que han participado en la licitación a fin de que presenten cuantas alegaciones y/o documentos que estimen oportunas, en particular, en relación con las indemnizaciones que en su caso pudieran corresponderles, siendo notificado a todos los licitadores.

El 27 de junio de 2012, el licitador preferente presenta escrito de alegaciones, sin que el resto de las empresas lo hubieran hecho.

III

1. En virtud del art. 142 TRLCSP, que rige la licitación, "los procedimientos para la adjudicación de contratos (...) deberán anunciarse en el Boletín Oficial del Estado", a excepción de los contratos de Comunidades Autónomas, Entidades Locales u organismos o entidades de derecho público dependientes de las mismas, en los que publicidad en el BOE "se podrá sustituir (...) por la que se realice en los diarios o boletines oficiales autonómicos o provinciales". A no ser que se trate de "contratos (...) sujetos a regulación armonizada", en cuyo caso la licitación "deberá publicarse" además, en el Diario Oficial de la Unión Europea -el envío del anuncio al Diario Oficial de la Unión Europea deberá preceder a cualquier otra publicidad- "sin que en este caso la publicidad efectuada en los diarios oficiales autonómicos o provinciales pueda sustituir a la que debe hacerse en el Boletín Oficial del Estado". Los anuncios de licitación "se publicarán, asimismo, en el Perfil de Contratante del órgano de contratación".

El art. 1 TRLCSP establece que la contratación del sector público deberá ajustarse, entre otros, a los "principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos". La Propuesta considera que tales principios "han quedado manifiestamente vulnerados en el presente procedimiento ante la falta del anuncio de apertura de la licitación en el Boletín Oficial del Estado", que resultaba inexcusable de conformidad con el art. 126 LCSP (art. 142 TRLCSP).

En consecuencia, la Propuesta considera que el contrato es inválido por exigencia del art. 31 TRLCSP, por serlo "alguno de sus actos preparatorios o de adjudicación, por concurrir en los mismos alguna de las causas de Derecho administrativo o de Derecho civil a que se refieren los artículos siguientes", que son las causas de nulidad (art. 32 TRLCSP), cuyo procedimiento el art. 34 LCSP remite al art. 62.1 LRJAP-PAC, que dispone tal efecto para los actos dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido", no siendo exigible

para su concurso la ausencia de la totalidad del procedimiento, bastando a tal fin “la falta de un trámite esencial (STS de 19 de junio de 1989, 23 de octubre de 1993)”, siendo así que los principios de transparencia y publicidad son esenciales en la contratación administrativa, por afectar directamente a la competitividad de los licitadores al propio resultado de la licitación. Se trata de un acto preparatorio cualificado, esencial, del que depende la regularidad de todos los demás actos del procedimiento de licitación, razón por la que su omisión puede considerarse, en efecto, como vulneración del procedimiento legalmente establecido y, por ello, causa de revisión.

2. En la instrucción del procedimiento ha sido oído el contratista (art. 84 LRJAP-PAC), que nada alega en relación con el inicio del procedimiento revisor, al que no se opone. Ahora bien, en relación con las pretensiones indemnizatorias que tienen su origen en el daño provocado por la nulidad del contrato, la entidad T., S.L. incluye los siguientes conceptos: a) Gastos por la contratación de los servicios jurídicos de un Letrado con la finalidad de oponerse al recurso especial interpuesto por un tercero, que fue desestimado; b) horas invertidas por ingenieros, informáticos y administrativos de la empresa para elaborar la propuesta técnico-económica necesaria para concurrir a la licitación; c) gastos de viajes, alojamiento y alquiler de coche (por el desplazamiento de los técnicos para la preparación y realización de las pruebas de terminales); d) gastos notariales; y e) beneficio industrial que ha de ser asimismo resarcido a T., S.L., al haber sido calificada su oferta como la más ventajosa económicamente, habiendo realizado las pruebas previstas en los Pliegos (su participación, se alega, dejó de ser una mera expectativa para convertirse en una realidad, a la espera únicamente de la firma del contrato).

En relación con este último concepto, señala la Propuesta de Resolución que “el legislador no dice nada en torno a la necesidad de probar que se tenía una posibilidad real de obtener el contrato” y por ello precisa que tanto el recurso especial previsto en los arts. 310 LCSP y 40 TRLCSP “se interpone en el momento anterior a la celebración del contrato”, lo que “significa que su resolución tendrá lugar normalmente antes de la celebración del contrato y permitirá restituir, en su caso, la legalidad vulnerada”. Por consiguiente, concluye que en estos casos sólo se deberán indemnizar los antedichos gastos “de preparación de la oferta” y de “participación en el procedimiento”. En refuerzo de esta conclusión cita la Sentencia, 24 de febrero de 2003, del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, y la del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 2006.

En definitiva, en este caso la Propuesta de Resolución considera pertinente indemnizar los siguientes gastos: horas invertidas por los ingenieros, informáticos y administrativos; preparación de la prueba de terminales; facturas de vuelos y estancias; así como honorarios y gastos suplidos por la Notaría. El importe total asciende a 13.193,04 euros.

Sin embargo, no se admite como gasto la “minuta de honorarios del Letrado [(...) devengados con ocasión de la] oposición [por parte del licitador preferente] al recurso especial en materia de contratación” presentado por otro licitador, pues se trataba de un “trámite potestativo” y porque, además, dicho trámite no forma parte de la preparación de la oferta o participación en el procedimiento de contratación”.

Tampoco estima la Propuesta de Resolución procedente “indemnizar por el beneficio industrial reclamado” pese a que la oferta del adjudicatario haya sido calificada como la “económicamente más ventajosa”, pues aunque el adjudicatario haya superado “el trámite de la prueba de los terminales, no ha tenido lugar la adjudicación del contrato”. Es por ello por lo que los arts. 144.2 LCSP y 160.2 TRLCSP prescriben que “la propuesta de adjudicación no crea derecho alguno a favor del licitador propuesto frente a la Administración”, aunque añade que si no se adjudica el contrato conforme a la propuesta formulada se “deberá motivar” la decisión, citando en refuerzo de ello la STS de 27 de mayo de 2009.

IV

1. Un adecuado enfoque del asunto que nos ocupa exige llevar a cabo las consideraciones que siguen.

A. Nos encontramos ante un procedimiento de revisión de oficio al que se refieren los artículos 34 y 35 TRLCSP en relación con lo previsto en el art. 102 LRJAP-PAC. En el supuesto examinado, la Propuesta de Resolución pretende la declaración de nulidad de un acto de trámite o preparatorio, toda vez que el procedimiento llegó hasta la admisión de los licitadores, por orden de puntuación y el reconocimiento de T., S.L. como la empresa que formuló la propuesta más ventajosa (esto es, el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local, de fecha 30 de diciembre de 2011). Por lo tanto, ha de recordarse una vez más que no ha habido adjudicación ni, por ende, formalización del contrato.

B. La Propuesta de Resolución pretende la declaración del mencionado Acuerdo, *que no es ni puede ser un acto declarativo de derechos*, por haberse dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, al

haberse omitido la publicación del anuncio de apertura de licitación en el Boletín Oficial del Estado (preceptiva con arreglo al art. 126 LCSP, art. 142 TRLCSP), en aplicación de lo preceptuado en el art. 32 LCSP y TRLCSP, que remiten a su vez al art. 62.1 LRJAP-PAC (véase F 2º de la PR). De este modo, la declaración de nulidad implicará “la retroacción de las actuaciones hasta el momento de la aprobación del expediente y apertura del procedimiento de licitación” (apartado 1º de la parte dispositiva de la Propuesta de Resolución).

C. Sin embargo, vista la ausencia de contrato y de propuesta de adjudicación no parece que el procedimiento revisor sea el cauce adecuado para alcanzar el fin perseguido por la Administración Local. Antes bien, el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares dedica a la adjudicación la cláusula 19 e impone la obligación (“deberá”) adjudicar el contrato en el plazo señalado (“cinco días hábiles siguientes a la recepción de la documentación y superación de la prueba iniciada” en la cláusula 18 (19.2), que indica que la propuesta no crea derecho alguno mientras (...) no se dicte la resolución de adjudicación”. Si ello no fuera posible por haberse efectuado “con infracción del ordenamiento jurídico”, la convocatoria “quedará sin efecto” (art. 19.2). La Administración, “antes de la adjudicación”, podrá renunciar (por razones de interés público) o desistir del procedimiento (cuando adolezca de defectos no subsanables), debiendo en ambos casos indemnizarse a los licitadores de los “gastos que su participación en la licitación les hubiere efectivamente ocasionado” (19.3).

El Pliego concreta el art. 139.2 LCSP que para ambas eventualidades dispone que se deberá compensar a los licitadores “por los gastos en que hubieren incurrido en la forma prevista (...) en el Pliego, o de acuerdo con los principios generales que rigen la responsabilidad administrativa.

En puridad, la Administración no está renunciando o desistiendo del contrato, sino a un acto preparatorio del mismo; lo que cabe hacer antes obviamente de la adjudicación, como es el caso, por las causas legalmente establecidas y con la indemnización prevista en el Pliego (gastos de participación en la licitación, como se vio). Nótese que, siempre según el Pliego, el desistimiento se puede acordar cuando concurre un defecto “no subsanable” y que, elegida esta vía (y no la de la revisión por las razones arriba apuntadas), la Administración puede iniciar un nuevo procedimiento de licitación.

D. Llegados a este punto de nuestro razonamiento, es evidente que la cuestión relativa a la determinación del alcance de la indemnización solicitada (y pretendida, al menos parcialmente, por la Administración en la Propuesta de Resolución) debe ser compartida por este Consejo Consultivo. Si se optara por la renuncia o desistimiento, ha de indemnizarse a los licitadores por los “gastos que su participación en la licitación les hubiese efectivamente ocasionado” (cláusula 19.3). Y estos son, en efecto, los señalados en la Propuesta de Resolución. Por un lado, acierta [la Propuesta de Resolución] cuando no estima como gasto indemnizable los honorarios de Letrado devengados con ocasión de la interposición de tercero licitador de recurso especial contra la propuesta de adjudicación efectuada en favor de quien finalmente resultó con la mayor puntuación, pues se trató de un recurso no interpuesto por éste sino por otro licitador a cuyo procedimiento el adjudicatario acudió en defensa de su posición preferente, pero tal comparecencia era potestativa en la medida que la defensa de la legalidad de la actuación administrativa es obligación del órgano de contratación, como así fue, que finalmente desestimó el recurso interpuesto. Se trataba, por otra parte, de un incidente ajeno al presente procedimiento resolutorio en cuyo contexto se debe situar la indemnización legal y posible, sin que la misma pueda desbordar los límites del procedimiento incoado con cuya resolución debe ser coherente la indemnización que en su caso se acuerde.

Por otro lado, la Propuesta de Resolución argumenta con razón que la propuesta de adjudicación “no crea derecho alguno a favor del licitador propuesto frente a la Administración” (art. 144.2 LCSP y 160.2 TRLCSP), pues, sin adjudicación, no hay contrato. Antes al contrario, el licitador tan sólo posee una expectativa tenue o cualificada, pero la Administración puede no seguir la propuesta. Además, la Ley también se encarga de precisar que, si no se adjudica el contrato conforme a la propuesta, se “deberá motivar” la decisión, de forma razonada y no arbitraria. En conclusión, la Propuesta de Resolución se acomoda desde esta perspectiva en orden a la subsanación del vicio existente, y a la legislación de aplicación (art. 123 TRLCSP), debiendo quedar excluido del presente supuesto indemnizatorio el abono del lucro cesante.

E. En todo caso, de pretenderse la nulidad del Acuerdo de referencia de la Junta de Gobierno Local, aun sin exigirse el procedimiento revisor al no ser declarativo de derechos, es claro que la causa ha de ser una de las previstas en el art. 62.1 LRJAP-PAC, a determinar por la Administración, pero no puede ser la que en este caso se alega, relativa al procedimiento de contratación, y debiendo existir acto no sólo declarativo de derechos sino definitivo o determinante, como la formalización del

contrato o su adjudicación. Así, no cabe sostener respecto a un acto de tal procedimiento y de orden preparatorio tal supuesta ausencia [de procedimiento], o la de otro trámite esencial, que sería por lo demás, y en su caso, el acto a anular o rehacer previa revocación.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución analizada no es conforme a Derecho, debiendo procederse en la forma expuesta en los apartados A, B, C y E del Fundamento III, con la salvedad de lo razonado en su apartado D en relación con la indemnización que se propone otorgar a la entidad T., S.L.