

Ref: SUB/SCC/mv-jb
Informe 3/2011

INFORME 3/2011 DE 16 DE MAYO DE 2011. SUSPENSIÓN DE LA TRAMITACIÓN DEL EXPEDIENTE DE CONTRATACIÓN POR INTERPOSICIÓN DE RECURSO ESPECIAL CONTRA LA ADJUDICACIÓN PROVISIONAL. INTEPRETACIÓN DE LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA TERCERA APARTADO SEGUNDO DE LA LEY 34/2010, DE 5 DE AGOSTO DE 2010. EXTEMPORANEIDAD EN LA CONSTITUCIÓN DE LA GARANTÍA DEFINITIVA. CONSECUENCIAS JURÍDICAS.

ANTECEDENTES

Con fecha 15 de febrero de 2011, ha tenido entrada en la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat, solicitud de informe del Ayuntamiento de Massanassa en los siguientes términos:

“D. VICENTE PASTOR CODOÑER, COMO ALCALDE DE MASSANASSA (VALENCIA) ANTE LA JUNTA SUPERIOR DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA DE LA GENERALITAT VALENCIANA COMPARECE Y EXPONE:

Que por esta Administración Local se viene tramitando el expediente de revocación de adjudicación provisional del contrato de prestación de servicios a la empresa Limpiezas, Ajardinamientos y Servicios Seralia, S.A. por cumplimiento extemporáneo de trámites requeridos para la adjudicación definitiva, los antecedentes de este expediente son los que a continuación se indican :

Primero.- Mediante Providencia de Alcaldía de fecha 1 de junio de 2010 se acuerda iniciar expediente de contratación armonizada de prestación de servicios de limpieza en los edificios y dependencias municipales.

La convocatoria pública fue anunciada en el Diario oficial de la Unión Europea y posteriormente en el Boletín Oficial del Estado de fecha 23 de agosto de 2010.

El Pleno de la Corporación en sesión celebrada el día 9 de Diciembre adoptó el acuerdo de adjudicación provisional del contrato de prestación de servicios a la empresa Limpiezas, Ajardinamientos y Servicios Seralia, S.A. por el precio cierto de 210.120 euros y requirió al adjudicatario para que en el plazo de 15 días procediera a constituir la garantía definitiva y aportase la documentación acreditativa de estar al corriente de sus obligaciones tributarias y sociales.

Ref: SUB/SCC/mv-jb
Informe 3/2011

La publicación del acuerdo de adjudicación fue anunciada en la Plataforma de Contratación de la Generalitat Valenciana con inserción del acuerdo adoptado, a las 9:30 h del día 17 de diciembre de 2010 y notificada a la mercantil el 27 del indicado mes.

Segundo.- Con fecha 5 de Enero de 2011 la empresa licitadora en esta convocatoria de contratación Samsic interpone recurso especial contra el acuerdo de adjudicación provisional adoptado por el Pleno de la Corporación por entender que la empresa Limpiezas, Ajardinamientos y Servicios Seralia SA se encuentra afectada por causa de prohibición de contratar dada su vinculación con la empresa Begar Construcciones y Contratas que se encuentra sujeta a procedimiento concursal.

Tercero.- Mediante Resolución de Alcaldía nº 46/11 de 18 de Enero, atendiendo al carácter extemporáneo del cumplimiento realizado a la empresa Seralia con ocasión de la adjudicación provisional, se acuerda:

‘ Instruir expediente con objeto de declarar decaída la adjudicación provisional del contrato de prestación de servicios de limpieza de dependencias y centros públicos municipales, acordada por el Pleno de este Ayuntamiento en sesión de 9 de diciembre de 2010, a favor de la empresa Limpiezas, Ajardinamientos y Servicios Seralia, SA. ’

‘Instruir igualmente expediente de incautación de la garantía provisional constituida por la mercantil Limpiezas, Ajardinamientos y Servicios Seralia SA ’

Cuarto.- En el trámite de audiencia concedido la mercantil Seralia comparece formulando alegaciones en su descargo que niegan la existencia de presentación extemporánea en la constitución de garantía definitiva y de los documentos requeridos, por entender que la interposición del recurso especial contra el acuerdo de adjudicación provisional del contrato determina la suspensión del procedimiento de contratación, y que a su juicio esta suspensión afecta al plazo legal estipulado para el cumplimiento de las obligaciones formales que la legislación en materia de contrato le impone como condición para su adjudicación definitiva.

La argumentación jurídica en la que se fundamente la instrucción del expediente es la siguiente:

FUNDAMENTOS JURÍDICOS:

Primero.- Normativa Aplicable.

Ref: SUB/SCC/mv-jb
Informe 3/2011

La disposición transitoria tercera de la Ley 34/2010, de 5 de agosto, de modificación de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, dispone que en los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley podrán interponerse la cuestión de nulidad y el recurso previsto en el art. 310 de la Ley de Contratos del Sector Público.

Salvo en materia de los recursos mencionados, en todo lo demás es de aplicación la LCSP vigente con anterioridad a la aprobación de dicha Ley 34/2010.

Segundo.-Efectos derivados de la interposición del recurso.

Art. 315. Una vez interpuesto el recurso, si el acto recurrido es el de adjudicación, quedará en suspenso la tramitación del expediente de contratación.

El apartado séptimo del artículo 37 de la Ley de Contratos del Sector Público, en su redacción anterior a la entrada en vigor de la Ley 34/2010, de 5 de agosto, establecía, como así indica la mercantil Limpiezas, Ajardinamientos y Servicios Seralia, S.A. en su escrito de alegaciones, lo siguiente:

‘Si el acto recurrido es el de adjudicación provisional, quedará en suspenso la tramitación del expediente de contratación hasta que se resuelva expresamente el recurso, sin que pueda, por tanto, precederse a la adjudicación definitiva y formalización del contrato. No obstante, si el recurso se hubiese interpuesto contra el acto de adjudicación provisional de un acuerdo marco del que puedan ser parte un número no limitado de empresarios, el órgano competente para resolverlo podrá levantar la suspensión una vez transcurridos cinco días hábiles desde su interposición.’

Por otra parte el en apartado c) del artículo 37, en su actual redacción, al establecer los supuestos especiales de nulidad contractual determina:

Cuando a pesar de haberse interpuesto el recurso especial en materia de contratación a que se refieren los arts. 310 y siguientes, se lleve a efecto la formalización del contrato sin tener en cuenta la suspensión automática del acto de adjudicación en los casos en que fuera procedente, y sin esperar a que el órgano independiente hubiese dictado resolución sobre el mantenimiento o no de la suspensión del acto recurrido.

Una interpretación integradora de estos preceptos permite afirmar que los efectos suspensivos de la interposición del recurso especial afectan únicamente a los actos referidos a la adjudicación definitiva y a la posterior formalización del contrato, sin que de su interposición se derive la voluntad del legislador de establecer una demora en el

Ref: SUB/SCC/mv-jb
Informe 3/2011

cumplimiento de las cargas que el artículo 135.4 impone al adjudicatario provisional en los siguientes términos:

‘La elevación a definitiva de la adjudicación provisional no podrá producirse antes de que transcurran quince días hábiles contados desde el siguiente a aquél en que se publique aquella en un diario oficial o en el perfil de contratante del órgano de contratación. Las normas autonómicas de desarrollo de esta Ley podrán fijar un plazo mayor, sin exceder el de un mes.

Durante este plazo, el adjudicatario deberá presentar la documentación justificativa de hallarse al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y con la Seguridad Social y cualesquiera otros documentos acreditativos de su aptitud para contratar o de la efectiva disposición de los medios que se hubiesen comprometido a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato conforme al art. 53.2 que le reclame el órgano de contratación, así como constituir la garantía que, en su caso, sea procedente. Los correspondientes certificados podrán ser expedidos por medios electrónicos, informáticos o telemáticos, salvo que se establezca otra cosa en los pliegos’

Tercero.- Incautación de la garantía provisional.

La adjudicación provisional realizada por esta Administración en cumplimiento del régimen jurídico aplicable según la citada disposición transitoria tercera de la Ley 34/2010, de 25 de agosto, constituye (según la configuración normativa que de esta actuación administrativa establece el art. 310.2 de esta ley), un acto de trámite, sin que la interposición del recurso especial de carácter potestativo contra el mismo pueda provocar la suspensión automática de la tramitación del expediente de contratación que se recoge en la actualidad en el artículo 315 de la Ley de Contratos del Sector Público, por cuanto en dicho precepto se prevé que tan solo se producirá este efecto suspensivo cuando el objeto del recurso sea la adjudicación definitiva.

La inexistencia de efectos suspensivos derivados del acuerdo de la interposición de recurso especial contra la adjudicación provisional, en los plazos en los que el adjudicatario debe dar cumplimiento a la aportación de documentos indicados en el art. 153.4, determina la imposibilidad legal de llevar a efecto una adjudicación definitiva del contrato a favor de la empresa Seralia por incumplimiento de las condiciones esenciales para ello.

Tal incumplimiento formal conlleva por sí mismo la consecuencia jurídica de la incautación de la fianza provisional aportada ya que este tipo de fianzas responde, a tenor de lo dispuesto en el artículo 91 de la Ley de Contratos del Sector Público, tanto del

Ref: SUB/SCC/mv-jb
Informe 3/2011

mantenimiento de su oferta hasta la adjudicación provisional del contrato, como del cumplimiento de las 5 obligaciones que le impone el segundo párrafo del art. 135.4.

Esta previsión legal confirma la plena vigencia del art. 62.1 del Reglamento de Contratación que establece que procederá a la ejecución de la garantía provisional en los siguientes supuestos:

- 1º.- Si algún licitador retira su proposición injustificadamente antes de la adjudicación.*
- 2º.- O si el adjudicatario no constituye la garantía definitiva.*
- 3º.- O, por causas imputables al mismo, no pudiese formalizarse en plazo el contrato.*

Cuarto.- Valor jurídico de la notificación personal.

Con respecto a la existencia de error en la notificación del acuerdo de adjudicación provisional, al haberse realizada éste en la sede de la Delegación de Valencia del adjudicatario y no en el domicilio social de la central, que determinaría la no extemporaneidad en el cumplimiento de sus obligaciones formales, se considera que esta alegación no debe ser acogida por disponer el 87.1 de la Ley que el adjudicatario del contrato deberá acreditar en el plazo señalado en el artículo 135.4, la constitución de la garantía definitiva con la advertencia expresa de que en el supuesto de no cumplir el adjudicatario provisional el requisito de constituir la garantía por causas a él imputables, la Administración declarará decaída la adjudicación provisional a su favor, siendo de aplicación lo dispuesto en el artículo 135.5 de la Ley.

Dicha obligación de constituir la garantía definitiva, siempre y cuando sea exigible, ha de cumplirse en el plazo que señala el artículo 135.4, plazo que, como se ha señalado, comienza su cómputo desde el día siguiente a aquél en que se publique la Resolución de adjudicación provisional, como así lo tiene manifestado la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su dictamen 55/09 de 1 de febrero de 2010, al entender que la notificación de la resolución de adjudicación provisional, si bien es obligada por estar así dispuesto en el artículo 135.3 citado y por ser un acto administrativo que afecta a los derechos e intereses de los candidatos o licitadores conforme indica el artículo 58.1 de la Ley 30/1992 EDL1992/17271, no condiciona que la eficacia de la resolución no queda demorada hasta que la misma se produzca, en el sentido del artículo 57.2 de la Ley 30/1992 EDL1992/17271, y ello porque la interpretación contraria entraría en colisión con el apartado 4 del artículo 135 de la Ley de Contratos del Sector Público.

Atendiendo a los antecedentes y consideraciones jurídicas expuestas se formula la siguiente conclusión:

Ref: SUB/SCC/mv-jb
Informe 3/2011

Primera.- El incumplimiento del adjudicatario provisional del requisito de constituir en plazo señalado en el artículo 135.4 la garantía por causas a él imputables, obliga a la Administración a declarar decaída la adjudicación provisional a su favor, siendo de aplicación lo dispuesto en el artículo 135.5 de la Ley.

Segundo.- Procede aplicar lo dispuesto en el artículo 135.5 de la misma por incumplimiento de la adjudicatario provisional, empresa Limpiezas, Ajardinamientos y Servicios Seralia SA, de las condiciones necesarias para serle adjudicado el contrato y con arreglo a esta norma y antes de proceder a una nueva convocatoria la Administración podrá efectuar una nueva adjudicación provisional al licitador o licitadores siguientes a aquél, por el orden en que hayan quedado clasificadas sus ofertas, siempre que ello fuese posible y que el nuevo adjudicatario haya prestado su conformidad, en cuyo caso se concederá a éste un plazo de diez días hábiles para cumplimentar lo señalado en el segundo párrafo del apartado anterior.

Tercero.- El art. 91 de la LCSP prevé que las garantías provisionales constituidas responden del incumplimiento de las obligaciones formales indicadas en las normas citadas. No obstante, la Corporación con su superior criterio determinará lo que considere pertinente.

A tenor de los antecedentes indicados,

SOLICITO

De la Junta Superior de Contratación la emisión de Informe acerca de los siguientes extremos:

Si conforme a la normativa anteriormente indicada, la interposición por una de las empresas concurrentes a la licitación del recurso especial en materia de contratación, previsto en la Ley de Contratos del Sector Público, determina la suspensión de los plazos en los que el adjudicatario provisional debe presentar la documentación justificativa de hallarse al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y con la Seguridad Social y constituya la garantía provisional conforme a lo exigido en el pliego de condiciones (art. 135.4 LCSP)

Si tal incumpliendo determina por si mismo la incautación de la garantía provisional constituida, atendiendo al carácter preclusivo de los plazos en los que ha de cumplir la obligación anteriormente indicada.”

Ref: SUB/SCC/mv-jb
Informe 3/2011

A la solicitud de informe se acompaña la siguiente documentación:

- 1.- Certificación de acuerdo plenario en sesión de 10 de febrero de 2011 ratificando la resolución de Alcaldía nº 46 por la que se inicia el expediente de revocación del acuerdo de adjudicación provisional.
- 2.- Dictamen de la Comisión Informativa de Urbanismo interesando la adopción del acuerdo de revocación.
- 3.- Informe de Secretaría de fecha 2 de febrero de 2011.
- 4.- Escrito de alegaciones de la empresa oponiéndose a la revocación de la adjudicación provisional e incautación de la garantía provisional.
- 5.- Resolución de Alcaldía nº 46/2011 por la que se acuerda iniciar el expediente de revocación e incautación de la garantía provisional por presentación extemporánea de documentación y constitución de garantía provisional.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

Con carácter previo, esta Junta debe manifestar que no es su misión actuar como una vía de recurso o constituirse en órgano juzgador de expedientes concretos, por lo que las conclusiones que se deriven del presente informe responderán a las cuestiones de interés general planteadas por el órgano consultante.

Del examen de la documentación aportada y de los datos a que ha tenido acceso esta Junta en el perfil de contratante resulta lo siguiente

1. La licitación se publicó en el DOUE en fecha 31 de julio de 2010
2. La adjudicación provisional tuvo lugar por acuerdo de Pleno de fecha 9 de diciembre de 2010.
3. La adjudicación provisional se publicó en el perfil de contratante en fecha 17 de diciembre de 2010
4. La citada adjudicación se notificó en la delegación de Valencia de la empresa adjudicataria provisional en fecha 17 de diciembre de 2010 (fecha del acuse de recibo), y no el 27 de diciembre de 2010, como consta en el informe de Secretaría, requiriendo a la empresa adjudicataria provisional la presentación de la documentación correspondiente y la constitución de garantía en el plazo de “quince días contados desde el siguiente al de la notificación”.

Ref: SUB/SCC/mv-jb
Informe 3/2011

5. Por la citada empresa se constituyó la garantía definitiva en fecha 11 de enero de 2011.
6. La Resolución de Alcaldía nº 46/2011, ratificada por acuerdo plenario de 10 de febrero de 2011 dispone que el adjudicatario provisional no ha constituido la garantía en el tiempo concedido para ello, haciendo expresa referencia a dicho plazo respecto de la publicación en el perfil de contratante.

1.- Régimen aplicable en materia de recurso especial a la adjudicación provisional dictada en fecha 9 de diciembre de 2010 y efectos suspensivos de la misma en la tramitación del expediente.

El expediente de contratación de referencia es un claro supuesto de los previstos en la Disposición transitoria tercera, apartado 2, de la Ley 34/2010, de 5 de agosto, de modificación de las Leyes 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para adaptación a la normativa comunitaria de las dos primeras (en adelante Ley 34/2010, de 5 de agosto). Esta norma legal entró en vigor el 9 de septiembre de 2010. La citada Disposición transitoria establece:

“2. En los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley podrán interponerse la cuestión de nulidad y el recurso previsto en el artículo 310 de la Ley de Contratos del Sector Público y la reclamación regulada en los artículos 101 y siguientes de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, contra actos susceptibles de ser recurridos o reclamados en esta vía, siempre que se hayan dictado con posterioridad a su entrada en vigor” (El subrayado es nuestro).

Por tanto, la cuestión que se suscita es si la adjudicación provisional, dictada en fecha 9 de diciembre de 2010, es un acto susceptible de recurso especial en materia de contratación tras la entrada en vigor de la Ley 34/2010, de 5 de agosto y, en caso afirmativo, con qué alcance y efectos, lo que hace necesario un análisis de la naturaleza de la adjudicación provisional al momento de dictarse y su encaje en la Ley 34/2010, de 5 de agosto.

Para ello, debemos acudir necesariamente a las directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE, modificadas por la Directiva 2007/66/CE, de coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos, que deben interpretarse en el sentido de que los Estados miembros están obligados a establecer un procedimiento de recurso que permita al demandante obtener, si concurren los correspondientes requisitos, la anulación de la decisión del órgano de contratación, anterior a la celebración de contrato, por la que

Ref: SUB/SCC/mv-jb
Informe 3/2011

resuelve con qué licitador lo celebrará. En el Derecho comunitario en materia contratación pública, el término “celebrar un contrato”, o, si se prefiere, “adjudicar”, se produce cuando se formaliza el contrato entre la entidad adjudicadora y el contratista (STJUE de 28 de octubre de 1999 en el asunto C-81/98 Alcatel y otros, y STJUE contra el Reino de España de 3 de abril de 2008. Asunto C-444/06).

En consecuencia, el régimen de dualidad de adjudicaciones (provisional y definitiva) establecido por la Ley 30/2007, de 31 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), en la medida en que el acto de adjudicación definitiva implicaba *de iure* la celebración del contrato (perfección); que la formalización del contrato podía ser concomitante a su adjudicación o seguirla en muy breve plazo al no estar sujeta a plazo mínimo alguno y, por último, que podía llevarse a cabo en cuanto el adjudicatario hubiera acreditado la constitución de la garantía definitiva, exigiendo únicamente que dicha constitución tenga lugar a más tardar dentro de los quince días siguientes a la notificación de la adjudicación provisional, todo ello, no permitía, con arreglo a las exigencias de la Directiva sobre recursos, interponer un recurso contra la decisión de adjudicación de un contrato público antes de la propia celebración de éste (formalización).

La citada Ley 34/2010, de 5 de agosto, en aplicación del régimen comunitario y ante el procedimiento de infracción que motivó la sentencia condenatoria del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha 3 de abril de 2008, sustituye la adjudicación provisional por una propuesta de adjudicación, dando una nueva redacción al art. 135.1 y estableciendo una única adjudicación y un plazo obligatorio en los contratos susceptibles de recurso especial para la formalización, acto éste que es el que perfecciona el contrato. Así la citada disposición establece:

1. El órgano de contratación clasificará, por orden decreciente, las proposiciones presentadas y que no hayan sido declaradas desproporcionadas o anormales conforme a lo señalado en el artículo siguiente. Para realizar dicha clasificación, atenderá a los criterios de adjudicación señalados en el pliego o en el anuncio pudiendo solicitar para ello cuantos informes técnicos estime pertinentes. Cuando el único criterio a considerar sea el precio, se entenderá que la oferta económicamente más ventajosa es la que incorpora el precio más bajo.

2. El órgano de contratación requerirá al licitador que haya presentado la oferta económicamente más ventajosa para que, dentro del plazo de diez días hábiles, a contar desde el siguiente a aquél en que hubiera recibido el requerimiento, presente la documentación justificativa de hallarse al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y con la Seguridad Social o autorice al órgano de contratación para obtener de forma directa la acreditación de ello, de disponer efectivamente de los medios que se hubiese comprometido a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato conforme al

Ref: SUB/SCC/mv-jb
Informe 3/2011

artículo 53.2, y de haber constituido la garantía definitiva que sea procedente. Los correspondientes certificados podrán ser expedidos por medios electrónicos, informáticos o telemáticos, salvo que se establezca otra cosa en los pliegos.

Como puede observarse, esta propuesta de adjudicación dista mucho de la regulación de la adjudicación provisional existente con anterioridad a la reforma introducida por la Ley 34/2010, de 5 de agosto, puesto que el art. 135.4 perfilaba aquella como un acto motivado que debía notificarse a los candidatos o licitadores y publicarse en un diario oficial o en el perfil de contratante del órgano de contratación, siendo de aplicación lo previsto en el artículo 137 en cuanto a la información que debía facilitarse a aquéllos aunque el plazo para su remisión era de cinco días hábiles (vista del expediente), y en los procedimientos negociados y de diálogo competitivo, concretaría y fijaría los términos definitivos del contrato. Por tanto, cabe considerarla como un acto de trámite que decidía directamente la adjudicación, además de impedir la continuación del procedimiento.

A mayor abundamiento y conforme al artículo 37 en su redacción original dada por la LCSP, la adjudicación provisional era el acto recurrible mediante recurso especial cuya interposición determinaba la suspensión de la tramitación del expediente de contratación.

Llegados a este punto debemos afirmar que la adaptación de los expedientes iniciados con aquel régimen pero adjudicados provisionalmente tras la nueva regulación de la Ley 34/2010, de 5 de agosto, debe hacerse en el sentido de considerar la adjudicación provisional como un acto de trámite que impide la continuación del procedimiento, además de decidir directamente la adjudicación del contrato, y por tanto recurrible mediante recurso especial de conformidad con el art. 310.2.b) de la LCSP modificada por la citada Ley. Si bien la mera interposición del recurso contra esta adjudicación provisional, no determina la suspensión de la tramitación del expediente, y consecuentemente no interrumpen el plazo de presentación de la documentación a que hace referencia el art. 53.2 y la constitución de la garantía definitiva (que no provisional como cita el texto de la consulta) por el adjudicatario provisional en el plazo estipulado en el art. 135.4. de la LCSP, con anterioridad a su reforma. En esta línea, hay que afirmar que sería el acto de adjudicación definitiva el recurrible con los efectos suspensivos inmediatos previstos en el artículo 315 de la LCSP en la redacción dada por la Ley 34/2010, de 5 de agosto.

Si bien no parece deducirse del escrito de consulta, se hace necesaria no obstante una puntualización, por cuanto debemos tener en cuenta que, antes de interponer el recurso especial, el artículo 313 de la LCSP modificada determina que las personas físicas y jurídicas legitimadas para ello podrán solicitar ante el órgano competente para resolver el recurso la adopción de medidas provisionales. Tales medidas irán dirigidas a corregir infracciones de procedimiento o impedir que se causen otros perjuicios a los intereses

Ref: SUB/SCC/mv-jb
Informe 3/2011

afectados, y podrán estar incluidas, entre ellas, las destinadas a suspender o a hacer que se suspenda el procedimiento de adjudicación del contrato en cuestión o la ejecución de cualquier decisión adoptada por los órganos de contratación. (art.313.LCSP).

Por tanto, debemos concluir que la interposición del recurso especial contra la adjudicación provisional de la contratación del servicio de limpieza del Ayuntamiento consultante, sin interposición de medida cautelar destinada a hacer suspender dicha adjudicación, no determina por sí sola la suspensión de la tramitación del expediente de contratación y, por ende, la suspensión de los plazos destinados a cumplimentar lo establecido en el artículo 53.2 de la LCSP en su redacción anterior, constituir la garantía definitiva prevista en su artículo 87 y presentar la restante documentación exigida en el artículo 135.4.

2.- Plazo para la presentación de la documentación requerida y constitución de la garantía definitiva. Notificación del acuerdo plenario de adjudicación provisional. Vigencia del artículo 62 del Real Decreto 1098/2010, de 12 de octubre de 2001. Consecuencia de la no constitución de la garantía definitiva en plazo.

La extemporaneidad en la constitución de la garantía definitiva por el adjudicatario provisional, que motiva la Resolución de Alcaldía nº 46/11 y ratifica el Acuerdo plenario en sesión de fecha 10 de febrero de 2011 sobre la base de los informes de la Secretaría del Ayuntamiento de fecha 2 de enero de 2011 y dictamen de la Comisión Informativa de Urbanismo de 8 de febrero de 2011, basa su argumentación en el inicio del cómputo del plazo desde el día siguiente al de la publicación de la adjudicación provisional, efectivamente, según reza el artículo 135.4 de la LCSP, en su redacción anterior a la reforma por la Ley 34/2010, de 5 de agosto. Habiéndose producido este hecho en fecha 17 de diciembre, y habiendo constituido la garantía definitiva el contratista el 11 de enero de 2011, el Pleno del Ayuntamiento acuerda declarar decaída la adjudicación provisional e incautar la garantía provisional, de acuerdo con lo actuado por la citada entidad local, por extemporaneidad.

En este punto, llama la atención que en el inicio del expediente de revocación de la adjudicación provisional, en la fundamentación para el inicio del cómputo del plazo de presentación de documentación y de constitución de la garantía definitiva, sobre la base del dictamen de la Comisión Informativa de Urbanismo y del Informe de Secretaría, se toma efectivamente el establecido por la LCSP: desde el día siguiente a la publicación en el perfil de contratante; mientras que el indicado en la notificación del acuerdo de adjudicación provisional reza “ desde el siguiente al de la notificación del presente acuerdo. ”

Es patente que el propio Ayuntamiento ha establecido criterios distintos, aunque en la realidad las fechas fueran coincidentes, habida cuenta que el acuse de recibo se produce en

Ref: SUB/SCC/mv-jb
Informe 3/2011

fecha 17 de diciembre de 2010 y la publicación en el perfil, en la misma fecha. Esta discrepancia, no imputable al contratista, podría haber dado lugar a fechas distintas. Igualmente, hay que indicar que llama la atención cómo se ha considerado en lo actuado la alegación de la empresa sobre la práctica de la notificación en lugar distinto al indicado por la misma. En efecto, a este respecto únicamente se argumenta mediante las referencias al artículo 135.4 de la LCSP y el artículo 87.1 de la citada Ley (siempre entendiendo con anterioridad a la reforma por Ley 34/2010, de 5 de agosto), máxime, teniendo en cuenta no sólo la trascendencia de esta alegación, sino que es la notificación la que le requiere la documentación y constitución de la garantía definitiva y le indica el plazo para hacerlo. Por ello, recomendamos al Ayuntamiento consultante una comprobación de todo lo actuado con el fin de no crear, cuanto menos, una situación injusta. Efectivamente, pues el art. 62 del Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP), plenamente vigente y de aplicación, conjuntamente con lo dispuesto en el artículo 87.1 de la LCSP, determinan lo siguiente:

- a) Que la no constitución de la garantía definitiva conlleva la pérdida o incautación de la garantía provisional.
- b) Que, efectivamente, la extemporaneidad en la constitución equivaldría a la no constitución conforme a lo dispuesto en el artículo 87.1 de la LCSP.
- c) Que, en todo caso, han de ser imputables únicamente al licitador propuesto adjudicatario los hechos que motiven la decisión del órgano de contratación.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Contra la adjudicación provisional acordada con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 34/2010, de 5 de agosto de 2010, sólo cabe la interposición del recurso especial regulado en los artículos 310 y siguientes de la LCSP, cuando reúna los requisitos que, con arreglo a este artículo, permiten recurrir los actos de trámite.

SEGUNDA.- De conformidad con la Disposición transitoria tercera, apartado 2, de la Ley 34/2010, de 5 de agosto de 2010, la interposición del recurso especial contra la adjudicación provisional de conformidad con el artículo 310 de la LCSP, sin que conste solicitud previa de medida provisional por la que se solicite la suspensión de la tramitación del expediente, en los términos y formas previstas en la citada Ley, no suspende la tramitación del expediente de contratación, razón por la que, consecuentemente, los plazos para la presentación de la documentación a que hace referencia el artículo 135.4 de la LCSP, en su redacción anterior a la reforma, no han quedado interrumpidos.

Ref: SUB/SCC/mv-jb
Informe 3/2011

TERCERA.- Con carácter general, transcurrido el plazo para la presentación de la citada documentación y la constitución de la garantía definitiva, sin haberse dado cumplimiento de ello por el adjudicatario provisional o habiéndose cumplido fuera del plazo legal establecido, siempre y cuando la extemporaneidad en la constitución de la garantía sea exclusivamente por causa imputable al contratista, estaríamos ante un supuesto de los regulados en el artículo 62.1 del Real Decreto 1098/2001, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, de plena aplicación y acorde a la Ley de Contratos del Sector público en esta materia.

El presente Informe se emite al amparo de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto 79/2000, de 30 de mayo, del Gobierno Valenciano, por el que se crea la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana, y no tendrá carácter vinculante. Por tanto, el órgano consultante podrá adoptar su decisión ajustándose o apartándose del criterio de la Junta, con la obligación de motivar su decisión en este último caso.

LA SECRETARIA DE LA JUNTA



Margarita Vento Torres

Vº Bº
EL PRESIDENTE DE LA JUNTA
(Por sustitución, art. 1.a) Orden de
11 de junio de 2001. DOGV 17/07/2001)



José Miguel Escrig Navarro
VICEPRESIDENTE

*APROBADO POR LA JUNTA SUPERIOR
DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA,
en fecha 16 de mayo de 2011.*