

Informe 39/99, de 10 de junio de 1999. "Propuesta al órgano de contratación formulada por la Mesa de contratación de declarar desierto el concurso de construcción, conservación y explotación de un tramo de la autopista de peaje Santiago-Orense".

2.1. Contratos de Gestión de Servicios Públicos. Conceptos generales.

ANTECEDENTES.

1. Por el Subsecretario del Ministerio de Fomento se dirige escrito a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del siguiente tenor literal.

«El Boletín Oficial del Estado de 15 de diciembre de 1998 publicó la Orden del Ministerio de Fomento, de 27 de noviembre anterior, por la que se aprobaban los pliegos de bases y de cláusulas administrativas particulares a que debía ajustarse la concesión administrativa de construcción, conservación y explotación de la autopista de peaje "Santiago de Compostela-Orense. Tramo: Santiago de Compostela-Alto de Santo Domingo".

La Mesa de contratación, de conformidad con la Base 90 del correspondiente pliego y de acuerdo, así mismo, con lo establecido en el artículo 89 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, ha formulado por unanimidad una propuesta al órgano de contratación declarando desierto el concurso. Dicha propuesta aparece motivada en el correspondiente informe-propuesta firmado por el Secretario de Estado de Infraestructuras y Transportes como Presidente de Mesa.

Con base en el criterio unánime de la Mesa de contratación el Ministro de Fomento ha elevado al Consejo de Ministros, órgano de contratación en este caso, un proyecto de Acuerdo por el que éste, asumiendo las razones expuestas por la Mesa, declara desierto el concurso.

Siguiendo instrucciones del titular del Departamento, y a fin de que pueda formar mejor criterio el órgano de contratación, se interesa de esa Junta Consultiva de Contratación Administrativa, al amparo de lo dispuesto en el artículo 2 de su norma orgánica, la emisión del oportuno informe sobre la procedencia de la propuesta formulada por la Mesa de contratación, en función de lo dispuesto por el artículo 89 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y de la Base 90 del pliego más arriba citados.

Se acompañan textos de los pliegos de bases y de cláusulas administrativas referentes al concurso, del informe-propuesta de la Mesa de contratación, del proyecto de Acuerdo del Consejo de Ministros al que se ha hecho referencia y de los resúmenes de las proposiciones de los dos grupos de licitadores, así como de los escritos presentados con posterioridad por los mismos».

2. Conforme se indica en el anterior escrito se acompañan al mismo los siguientes documentos:
 - a) pliegos de cláusulas administrativas particulares y de bases para el concurso por procedimiento abierto, de construcción, conservación y explotación de la autopista de peaje, Santiago de Compostela-Orense. Tramo: Santiago de Compostela. Alto de Santo Domingo.
 - b) informe propuesta de la Mesa de contratación, fechado el 25 de mayo de 1999, en relación con la adjudicación del concurso, en el que se hace constar que Año obstante la puntuación final obtenida, la Mesa de contratación considera que debería hacerse uso de

lo establecido en la base novena del pliego de bases y declarar el concurso desierto@. En consecuencia, por unanimidad, acuerda proponer al Ministro de Fomento eleve al Consejo de Ministros propuesta de declaración de desierto del concurso.

- c) Resúmenes de las ofertas presentadas por los dos grupos de licitadores que han concurrido al concurso.
- d) Cuatro escritos de los representantes de los dos grupos citados, presentados con posterioridad a las ofertas y con anterioridad a la propuesta de la Mesa de contratación, en los que cada grupo basándose en sendos dictámenes jurídicos que se acompañan, tratan de defender su oferta y pretenden la inadmisión o la no consideración de la oferta del otro grupo. En el último escrito incorporado, fechado el 25 de mayo de 1999, uno de los grupos de licitadores manifiesta su oposición a una hipotética y futura adjudicación del concurso por procedimiento negociado.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. La cuestión básica y fundamental que se plantea en el escrito de consulta consiste en determinar si, de conformidad con la propuesta de declarar desierto el concurso, formulada por la Mesa de contratación resulta o no procedente tal declaración, para cuya resolución se hace necesario realizar unas consideraciones previas acerca del alcance y significado del informe de esta Junta.

Por otra parte, como de la documentación remitida resultan otras cuestiones, fundamentalmente de carácter procedimental, que pueden influir o alterar la decisión que se propugne, también procederá realizar una serie de consideraciones sobre las mismas.

2. Aunque el artículo 10 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas señala que la Junta Consultiva de Contratación Administrativa es el órgano consultivo específico de la Administración General del Estado, de sus Organismos autónomos y demás entidades públicas estatales, en materia de contratación administrativa y el Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, sobre régimen orgánico y funcional de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en su artículo 2.1., atribuye a la misma la competencia para informar sobre las cuestiones que se sometan a su consideración, es indudable que tales preceptos sobre la función consultiva o de asesoramiento de esta Junta han de interpretarse en el sentido de que la función de la Junta no puede sustituir las facultades de resolución, propuesta o informe atribuidas, en el ámbito de la contratación, a órganos específicos y concretos, como sucedería si, en el presente caso, se entendiera que la Junta, por vía de informe, ha de proceder a un análisis o examen de cada uno de los grupos y ofertas presentados para concluir con la admisibilidad o inadmisibilidad de los citados grupos y ofertas, debiendo citarse, en este sentido, la doctrina de la propia Junta reflejada en sus informes de 18 de diciembre de 1996 (expediente 62/96), 17 de marzo de 1998 (expediente 46/98) y 11 de noviembre de 1998 (expediente 31/98) expresiva de que la Junta Consultiva de Contratación Administrativa no tiene por misión resolver expedientes concretos de contratación, ni puede sustituir las facultades o funciones atribuidas por la Ley a otros órganos.

A la consideración teórica que ha quedado expuesta habría que añadir otra consideración práctica, pues si se admitiera hipotéticamente que la Junta Consultiva ha de examinar las características de los grupos que han concurrido a la licitación y de sus ofertas para pronunciarse sobre su admisión o inadmisión, es evidente que habría que remitir a la misma la documentación completa del expediente y no sólo un resumen de las ofertas, concederle un plazo, al menos idéntico, al que tienen la Mesa y el órgano de contratación para resolver el concurso, dentro del cual, dada la complejidad técnica de las cuestiones que tal examen suscitaría y de hecho ha suscitado, la Junta debería solicitar y obtener los correspondientes asesoramientos técnicos, todo lo cual demuestra la inviabilidad de la tesis de que corresponde a la Junta Consultiva el examen concreto de los grupos presentados y de sus ofertas para decidir sobre su admisión o inadmisión.

3. La consideración anterior permite entrar en la genérica -que es la expresamente consultada- de si resulta procedente y en qué casos declarar desierto un concurso para la construcción, conservación y explotación de una autopista, cuestión que ha de ser abordada, con carácter general para todo tipo de contratos y, con carácter específico para el contrato de gestión de servicio público, carácter que como veremos, tiene el de construcción, conservación y explotación de autopistas, que se rige por la Ley 8/1972, de 10 de mayo, de construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión y supletoriamente, por disponerlo así su artículo 2, por la legislación de contratos de las Administraciones Públicas y que, al no contener la primera normas específicas sobre la materia, se aplicará con carácter preferente.

La posibilidad de declarar desiertos los concursos en la adjudicación de contratos administrativos ha venido siendo tradicionalmente admitida en la legislación de contratos del Estado, en base a lo dispuesto en el artículo 36, quinto párrafo, de la Ley de Contratos del Estado, que, incluido en la regulación del contrato de obras, resultaba aplicable al resto de los contratos administrativos y que expresaba que la Administración tendría alternativamente la facultad de adjudicar el contrato a la proposición más ventajosa, sin atender necesariamente al valor económico de la misma o declarar desierto el concurso.

Sin que sea éste el lugar adecuado para reproducir la abundante jurisprudencia producida en relación con el artículo 36 de la Ley de Contratos del Estado y también con la regla 50 del artículo 40 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales que utilizaba fórmula diferente, sí hay que consignar la evolución de los criterios jurisprudenciales que, si bien admiten el carácter discrecional de la declaración del concurso desierto, rechazan toda idea de arbitrariedad y, sobre todo, hay que destacar que la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas que ha sustituido a la Ley de Contratos del Estado, aborda esta materia en preceptos con distinta redacción en la que ha tenido una influencia decisiva las Directivas comunitarias sobre contratación pública, lo que obliga a examinar el significado y alcance de la facultad de declarar desierto un concurso en la vigente legislación de contratos de las Administraciones Públicas.

El artículo 89.2 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas literalmente establece que Ala Administración tendrá alternativamente la facultad de adjudicar el contrato a la proposición más ventajosa, mediante la aplicación de los criterios establecidos en el artículo 87, sin atender necesariamente al valor económico de la misma, o declarar desierto el concurso, motivando en todo caso su resolución con referencia a los criterios de adjudicación del concurso que figuren en el pliego@. Si se observa que, a diferencia de la legislación anterior, se exige expresamente que el declarar desierto un concurso ha de hacerse por resolución motivada en todo caso y que esta motivación ha de hacer referencia a los criterios de adjudicación del concurso que figuren en el pliego, fácilmente puede sostenerse que, a partir de la entrada en vigor de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas ha disminuido el grado de discrecionalidad de la facultad de declarar desierto un concurso y solo debe admitirse cuando las distintas ofertas no se ajustan a las condiciones exigidas en el concurso que figuran en los pliegos y, a la inversa, que cuando una o varias de ofertas se ajustan al pliego no existirá la posibilidad de declarar desierto el concurso, sino que será procedente su adjudicación a la oferta que deba considerarse la más ventajosa económicamente. Por lo demás esta tesis aparece confirmada por los artículos 140.1.a), 160.2.e), 182.1.a) y 210.1.a) de la propia Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en los que, por influjo de las Directivas comunitarias, se admite la utilización del procedimiento negociado cuando las ofertas en un procedimiento abierto o restringido sean irregulares o inaceptables (artículos 140.1.a), 182.1.a) y 210.1.a) o no se hayan declarado admisibles (artículo 160.2.e) diferencia terminológica al que no hay que atribuir significado alguno, pues la idea a la que responden todos estos artículos es la de ofertas que no se ajustan a las condiciones del pliego y, por tanto, son inaceptables o inadmisibles, procediendo declarar desierto el concurso del procedimiento abierto o restringido. El supuesto anterior se diferencia del de falta de licitadores o no admisión de los mismos, no de sus ofertas, a que se refieren los artículos 141.a), 160.2 e), 183 a) y 211 a) de la propia Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, sin que las diferencias

terminológicas que en estos artículos y apartados se observan (falta o no admisión de licitadores (artículo 141. a), falta de licitadores (artículo 160.2.e), no presentación de proposiciones (artículos 183 a) y 211 a)) tengan trascendencia alguna, pues todos los supuestos pueden reconducirse al de falta o no admisión de licitadores.

4. Lo razonado en el apartado anterior con carácter general para todos los contratos resulta aplicable al contrato de gestión de servicio público, naturaleza que hay que predicar del de construcción y explotación de autopistas o, al menos, la de contrato mixto que se rige por las normas del de gestión de servicios públicos, como puso de relieve el informe de esta Junta de 17 de noviembre de 1997 (expediente 49/97) superando las dificultades interpretativas que pueda suscitar la redacción del artículo 130 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

La circunstancia de que el artículo 89.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas sea aplicable a todo tipo de contratos, por tanto también al de gestión de servicios públicos, y que el artículo 160.2.e) específico de este último tipo de contratos contemple la existencia de ofertas que por no ajustarse a los pliegos en un procedimiento abierto o restringido pueden dar lugar a la utilización del procedimiento negociado, aunque ello no sea consecuencia de las Directivas comunitarias, que, de momento no han regulado este tipo de contratos, permite reproducir para los contratos de gestión de servicios públicos las consideraciones realizadas en relación con los contratos administrativos en general.

Por último debe significarse que a lo indicado no añade nada el contenido de la base novena del pliego de bases dado que, con remisión al artículo 89.2 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas se limita a transcribir literalmente su contenido, por lo que, en definitiva, la interpretación, en este extremo, de la cláusula novena del pliego de bases ha de ser idéntica a la ya realizada respecto al artículo 89.2 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Como resumen de lo hasta aquí expuesto y conclusión de estos apartados puede afirmarse que el declarar o no desierto el concurso convocado depende de que las dos ofertas sean o no inaceptables por no ajustarse a las condiciones de los pliegos, sin que sea competencia de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa el examen y valoración de cada una de las ofertas para concluir con su aceptabilidad o inaceptabilidad.

5. El presente informe podría darse por evacuado con la conclusión que ha quedado sentada. Sin embargo, como se indicó al principio del mismo, existen algunos aspectos procedimentales derivados de la documentación remitida a esta Junta, que deben ser objeto de consideración.

En primer lugar se observa que, con posterioridad a la presentación de las ofertas, por los dos grupos de licitadores se han presentado una serie de escritos tendentes a defender su oferta y solicitar la inadmisión o la no consideración de la oferta del otro grupo. A estos escritos no puede atribuirseles otro valor que el de simples manifestaciones de los interesados, cuya aportación no encuentra base en ninguna de las normas legales ni reglamentarias que regulan el procedimiento de adjudicación de los contratos, si no que, por el contrario, la base para su no consideración se encuentra en el artículo 104 del Reglamento General de Contratación del Estado que señala que en este momento -el anterior a la apertura de la primera proposición económica y, lógicamente con posterioridad- la Mesa no puede hacerse cargo de documentos que no hubiesen sido entregados durante el plazo de admisión de ofertas o el de subsanación de defectos a que se refiere el artículo 101, es decir, defectos materiales subsanables. Tampoco en los pliegos que rigen la adjudicación de este contrato en concreto puede hallarse fundamento para la presentación de escritos como los presentados, pues si bien el pliego de bases, en su base novena, admite que la Mesa de contratación en su función de estudio e información podrá solicitar de los licitadores las informaciones y datos que estime convenientes y, en su base octava, establece que en el plazo de tres días hábiles siguientes a la apertura de las ofertas los representantes acreditados de los licitadores cuyas ofertas hubiesen sido admitidas puedan consultar las restantes ofertas admitidas, es evidente que ninguna de estas

cláusulas, por ser otra su finalidad, justificaría actuaciones documentales como las que se han producido. En particular debe afirmarse que dichos escritos no pueden tener la consideración de reclamaciones o recursos que exijan una decisión de la Mesa de contratación, con independencia de su propuesta o del órgano de contratación con independencia de su acuerdo sobre la adjudicación del contrato, ya que el sistema de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, reflejado en su artículo 94, consiste en remitir todas las reclamaciones y recursos al acto resolutorio del concurso, sin perjuicio de que en algún caso aislado y excepcional se produzca el rechazo de una oferta o la inadmisión de un licitador, lo que aquí no ha sucedido, ni debe suceder, mediante acto o decisión independiente del acuerdo sobre la adjudicación, en cuyo caso resultaría susceptible de impugnación independiente.

En segundo lugar se observa que en el último escrito presentado se hace alusión, por referencia a informaciones de prensa, a una posible adjudicación del contrato por procedimiento negociado. Ello, obviamente, constituye una mera opinión subjetiva sobre un hecho futuro que, ni se ha producido, ni se sabe con certeza si se producirá, ya que el declarar desierto un concurso no conduce necesariamente a la utilización de ningún procedimiento concreto en la futura adjudicación, si se decide llevarla a cabo, del contrato.

Por último ha de señalarse que puede inducir a confusión la terminología utilizada en los escritos presentados en cuanto se refieren a inadmisión o falta de toma en consideración de las ofertas. Aquí, reiterando lo expuesto en el comentario a los respectivos apartados de los artículos 140, 141, 160, 182, 183, 210 y 211 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, hay que aclarar que en los procedimientos de adjudicación de contratos existen dos fases diferenciadas relativa la primera al examen de la capacidad y solvencia de los licitadores con el resultado de su admisión o exclusión de la licitación y la segunda a la consideración de las ofertas, por lo que resulta indiferente, a sus efectos propios, hablar de rechazo, inadmisión, falta de consideración o exclusión de ofertas o, por el contrario admisión y consideración de las mismas, pues, en todo caso, se insiste en este caso son las ofertas y no los licitadores las afectadas por la correspondiente decisión.

CONCLUSIÓN.

Por lo expuesto, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende que, conforme al artículo 89.2 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, la facultad de declarar desierto el concurso convocado para la adjudicación del contrato para la construcción, conservación y explotación de un tramo de la autopista de peaje Santiago de Compostela-Orense debe estar condicionada a que ninguna de las ofertas se ajuste a las condiciones exigidas en los pliegos, sin que sea competencia de esta Junta sustituir a la Mesa y al órgano de contratación en la apreciación concreta de las ofertas presentadas y sin que en la facultad de declarar o no desierto el concurso, puedan tomarse en consideración las circunstancias a las que se alude en el último apartado de este informe.