



JULIO GALÁN CÁCERES
Profesor del CEF

ENUNCIADO

El Ministerio de Educación ha decidido iniciar la compra de material mobiliario para los colegios públicos, destinando a tal fin 195.000 euros, debido a la carencia que existe de bancos, pupitres, mesas, pizarras, taquillas... Para ello pretende iniciar la tramitación de un expediente, en el que cada uno de los licitadores pueda presentar una oferta global y luego desglosada en tres lotes diferentes: el primero constará de bancos, mesas y sillas, destinando a tal fin 85.000 euros, el segundo a pizarras y tizas, siendo el valor de este lote de 80.000 euros y el tercero exclusivamente para pupitres y taquillas, siendo de 30.000 euros la cantidad destinada a esta última compra, pudiendo ser las adjudicaciones individuales por cada lote.

Se pretende que en la adjudicación se valoren el precio y el plazo de entrega, que según el Pliego de Cláusulas Administrativas se ha fijado en tres meses, pudiendo ser mejorado. El problema con el que se encuentra la Dirección General de Instalaciones Educativas de este Ministerio es que todo el material que se pretende incluir en este contrato fue declarado de adquisición centralizada por Orden de Economía y Hacienda en marzo de 2005 y, tras la tramitación del expediente por la Dirección General de Patrimonio, éste fue declarado desierto, al no concurrir ninguna empresa a la adjudicación del tipo correspondiente, quedando pendiente una nueva licitación, algo que el ministro de Educación considera insuficiente pues no se puede demorar más la entrega de este material a ciertos colegios ya que el curso está a punto de iniciarse.

Concurren al proceso en cuestión dos empresas españolas:

- La empresa A, que presenta una oferta global por 145.000 euros; para el primer lote la oferta es de 70.000 euros, para el segundo de 60.000 euros y para el lote tercero de 15.000 euros.
- La empresa B, que presenta una oferta global por 140.000 euros; para el primer lote su oferta es de 75.000 euros, para el segundo de 55.000 euros y para el tercero de 10.000 euros.

En ambos casos el plazo de entrega es el mismo, dos meses desde la formalización del contrato.

La Mesa de contratación una vez comprobada la documentación administrativa, procede a realizar la correspondiente propuesta de adjudicación, informando el asesor jurídico de la misma que el plazo que hay para la adjudicación del contrato es de 20 días, pues va a ser el precio el único de los criterios de adjudicación, una Mesa a la que, por cierto, no acude su presidente, informando también el asesor jurídico que al estar la mayoría de los miembros de la misma (no ha faltado nadie más) no existe ningún problema para poder actuar, decidiendo entre ellos que éste sea una de los que ha concurrido (aun cuando la norma interna indica que si no concurre el presidente no se celebre la sesión, y el secretario, elegido para tal fin, ni es el miembro más antiguo ni de mayor edad). Precisamente, y ante esta situación, una empresa que no ha concurrido al proceso, enterada de estas irregularidades, decide estudiar qué actuaciones jurídicas oportunas procederían contra las adjudicaciones que se van a llevar a cabo (esta otra empresa también se dedica a la venta de material para colegios pero no ha presentado oferta alguna).

Realizadas las adjudicaciones oportunas la empresa que habría de entregar el lote 3, transcurridos 15 días desde que preceptivamente hubieron de ser entregados los materiales, no lo ha hecho, lo que ha dado lugar a que la Administración haya tenido que alquilar una serie de pupitres y taquillas por importe de 500 euros, debido a que el curso electivo ya se había iniciado; lógicamente el contratista, conocida la situación, acelera dicha entrega que se produce al día siguiente de conocida la decisión tomada por la Administración.

A la hora de efectuar dichas entregas a las que estaba obligado el contratista en aplicación de una de las cláusulas del contrato que han suscrito, resulta que dos de los colegios están cerrados por obras, sin que nadie les hubiese comunicado tal circunstancia, algo a lo que estaba obligado el órgano del ministerio encargado de la gestión de este contrato, debiendo el contratista a los 10 días nuevamente realizar el transporte, por un importe de 300 euros.

CUESTIONES PLANTEADAS:

1. Qué trámites previos se deberían haber seguido para conseguir que el Ministerio de Educación pudiese realizar las compras oportunas.
2. Si es posible en este caso llevar a cabo las adjudicaciones que se pretenden por lotes o suertes tal y como en el caso aparece, y qué consecuencias hubiera tenido esta adjudicación por suertes.
3. Analice jurídicamente qué supondrá la actuación de la Mesa en todo este proceso respecto del plazo para adjudicar, y la posibilidad de que este tercero pueda impugnar la constitución de la Mesa, ante quién, por qué motivo y qué consecuencias podrían derivarse.
4. Qué sucederá con la necesidad de que la Administración haya alquilado pupitres por la demora del contratista en la entrega de los mismos, cómo sería sancionado en este caso el contratista y por qué procedimiento, el que regula el ejercicio de la potestad sancionadora u otro.

5. El contratista quisiera saber cuándo y si tiene derecho al cobro del segundo de los transportes efectuados a los dos colegios, que por culpa de la Administración ha tenido que efectuar, ante su falta de aviso.

SOLUCIÓN

1. Como bien aparece recogido en el supuesto práctico, la adquisición del material que para los colegios públicos pretende ejecutar el Ministerio de Educación está afectada por una declaración de centralización (que mediante orden ha debido efectuar el ministro de Economía y Hacienda) que no ha podido ejecutarse.

Según el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP), esta declaración corresponde efectuarla al ministro de Economía y Hacienda (art. 138), convirtiéndose en órgano de contratación la Dirección General de Patrimonio, que llevará a cabo la adquisición de este material en dos fases, la primera para adjudicación del tipo y la segunda para las adjudicaciones concretas.

Precisamente en la primera de estas fases la declaración del procedimiento como desierto plantea el problema de que ahora es necesario adquirir los materiales de forma inmediata. Para conseguir solucionar este problema el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Contratos, ha previsto (art. 193) que la propia Orden de Centralización hubiese contemplado esta circunstancia, es decir, que, al haberse declarado el procedimiento como desierto, se hubiese dejado en suspenso la consideración de los bienes como centralizados, para que directamente y hasta la adjudicación del tipo el Ministerio de Educación, por las reglas generales del contrato de suministro, hubiese procedido a la compra de los mismos.

Sin embargo, si esta solución no se hubiese contemplado en la Orden de Centralización, como así parece, siguiendo al propio Reglamento, procedería una nueva orden del ministro de Economía y Hacienda, para dejar sin efecto provisionalmente la consideración de los bienes como «centralizados», y así desde el propio departamento ministerial pueden efectuar las compras oportunas. En caso contrario, el único que puede efectuar las adquisiciones oportunas no es otro que el Ministerio de Economía y Hacienda a través de la Dirección General de Patrimonio.

2. Si bien es cierto que el fraccionamiento del objeto del contrato como regla general está prohibido en el TRCAP, también es verdad que éste se permite previo cumplimiento de una serie de requisitos (art. 68) como son:

- Que la naturaleza del contrato así lo permita.
- Que cada parte del contrato sea de uso o aprovechamiento independiente.

- Que no se haga con la intención de incumplir normas sobre publicidad, procedimientos o formas de adjudicación.

Es decir, en nuestro caso el expediente debería tramitarse por su cuantía total, 195.000 euros, y por dicha cuantía deberían utilizarse los procedimientos abiertos o restringidos, debiendo realizarse los oportunos anuncios de licitación en el Diario Oficial de la Unión Europea, por superar el umbral comunitario, y en el Boletín Oficial del Estado.

Evidentemente, no habría en nuestro caso un único adjudicatario sino varios; el primer lote se adjudicaría a la empresa A por un importe de 60.000 euros, formalizándose con ella el oportuno contrato y debiendo constituir una garantía definitiva de 2.400 euros; y otro contrato con la empresa B para los lotes dos y tres por un importe total de 65.000 euros y una garantía de 2.600 euros. Cada uno de estos contratos sería independiente pero con el mismo clausulado.

3. Lo primero que habría que mencionar es que la Mesa de Contratación, en este expediente, y no habiendo ninguna razón para utilizar un procedimiento negociado, sería preceptiva tal y como prevé el TRLCAP (art. 81).

La composición de esta Mesa exige que en la misma siempre exista un presidente (además de un secretario y cuatro vocales como mínimo) que deberá ser designado por el órgano de contratación; al parecer, a la sesión de esta Mesa no concurre éste; y el asesor jurídico, uno de los vocales preceptivos, informa de que dado que son mayoría los miembros de la Mesa presentes no habrá ningún problema. No cabe duda de que tal aseveración sólo puede dar lugar a invalidar las futuras adjudicaciones por ser nula de pleno derecho la actuación de la Mesa, en cumplimiento del artículo 62 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, que, recordamos, sanciona con este carácter los actos de los órganos colegiados que se emitan en contra de las normas que regulan la formación de su voluntad, es decir, la Ley 30/1992, de Procedimiento Administrativo Común, exige que a toda sesión de un órgano colegiado asista su presidente o quien haga sus veces, pero este segundo sólo puede ser designado en nuestro caso por el propio órgano de contratación (como el presidente) y ni tan siquiera el que le sustituye es el miembro del órgano colegiado ni de mayor edad ni más antiguo (art. 23.2 de la Ley 30/1992). Ante tal situación la decisión que en esa Mesa se adopte es nula, y cuando es nulo un acto de preparación serán nulos los contratos que se celebren (art. 65 del TRLCAP).

Otra cuestión es la futura impugnación de los contratos que se celebren, al ser nulos de pleno derecho, por una persona que no ha participado en el proceso. Desde el punto de vista administrativo cabrían dos posibles acciones:

- El recurso de reposición, al agotar el ministro de Educación la vía administrativa (art. 116 de la Ley 30/1992).
- Solicitar revisión de oficio de las adjudicaciones (art. 102 de la Ley 30/1992).

El ejercicio de ambas acciones requiere que se ejecute por quienes sean interesados, al amparo de lo establecido en el artículo 31 de la Ley 30/1992; y qué interés puede tener en este procedimiento quien ni siquiera ha concurrido en él, por el simple hecho de ser «competencia» de los adjudicatarios, por ello entendemos que carece de tal requisito.

Desde el punto de vista judicial podría acudir directamente a plantear un contencioso-administrativo, donde nuevamente nos habríamos de plantear qué derecho o interés legítimo invoca quien interpone este recurso, recordando que la acreditación del mismo debe formar parte del escrito de interposición del recurso (arts. 19 y 45 de la Ley 29/1988, de 13 de julio, de la jurisdicción contencioso-administrativa), siendo la falta de legitimación una causa de inadmisión del recurso judicial que incluso por la Administración pudiera ser alegada como alegación previa, en el plazo de los cinco primeros días para contestar a la demanda, pudiendo resolverse directamente mediante auto (arts. 45, 69 y 58 de la Ley 29/1988, de 29 de julio).

Por ello podríamos concluir que ni desde el punto de vista administrativo, ni desde el punto de vista judicial se tiene la legitimación necesaria para ejercer acción administrativa o procesal alguna.

Finalmente, y en lo que se refiere al plazo de adjudicación, no es de 20 días como en el caso se desprende, pues aun cuando realmente sólo se haya tenido en cuenta el precio para adjudicar el contrato, realmente se permitía mejorar también el plazo de entrega, algo que ninguno de los licitadores ha hecho, pero no hace perder a este procedimiento la forma de concurso.

4. Por lo que se refiere a la demora en la entrega, no cabe duda de que sería sancionado el contratista, incluso podría haber sido desprovisto del propio contrato en el momento en que incurre en la demora, de conformidad con el artículo 95 del TRLCAP; ahora bien, la sanción a imponer sería la que los propios pliegos hubiesen establecido (en nuestro caso el de cláusulas administrativas particulares) o, en su defecto, en la proporción de 0,12 euros por cada 601 euros del precio del contrato y por día de retraso en la entrega. El procedimiento a seguir sería el propio del ejercicio de cualquier prerrogativa de la Administración en materia de contratos, con dos actuaciones oportunas como son el informe del servicio jurídico y también la audiencia al contratista. No se trataría de una sanción administrativa a los efectos de lo previsto en la Ley 30/1992 en su Título IX, pues no es una vulneración al ordenamiento jurídico, sino consecuencia de un contrato (recordar en este sentido que el propio Reglamento que regula el ejercicio de la potestad sancionadora se aparta de este supuesto).

En lo que se refiere a la indemnización también hay que indicar que la garantía definitiva que el contratista ha debido formalizar antes de la firma del contrato responde, entre otras causas, de los daños que a la Administración le hubiese irrogado por la demora en la ejecución del contrato. En este caso los 300 euros se ejecutarían sobre dicha garantía definitiva [art. 43.2 b) del TRLCAP], debiendo el contratista reponer dicha cantidad en el plazo de 15 días (art. 41 del TRLCAP).

Por ello se puede concluir que el contratista ha de ser sancionado, pero no por la comisión de una infracción administrativa, sino por el incumplimiento de un contrato, como también ha de indemnizar

a la Administración por el gasto que de ese incumplimiento se ha derivado; en ambos casos el coste se aplicará sobre la garantía definitiva que además deberá ser repuesta en el plazo de 15 días.

5. En cuanto a si el contratista tiene derecho o no al pago de uno de los transportes, cabe indicar lo siguiente:

En primer lugar, es cierto que el TRLCAP establece que corresponde al contratista el pago del transporte en caso de contratos de suministros (art. 190 del TRLCAP).

Pero, en segundo lugar, también es cierto que cualquier daño que un particular sufra en sus derechos por un funcionamiento normal o anormal de un servicio público es indemnizable (art. 139 de la Ley 30/1992). Partiendo de este último principio, si la Administración no ha notificado al contratista, como era su obligación en el contrato, el cierre de dos colegios, el transporte que a los mencionados lugares ha hecho el contratista y que han reputado «inútil» debe ser objeto de indemnización. Ante tal situación la Administración debe aprobar este gasto, notificarlo y, en su caso, abonarlo, en el plazo de un mes. No cabe duda de que estamos en presencia de aquello que se ha venido en llamar liquidación contractual, es decir, gastos originados por el contrato que no forman parte de su precio (art. 110 del TRLCAP).

Por ello se puede concluir que sí tiene derecho el contratista a este pago en el plazo de un mes desde la recepción de los materiales, momento en que debe ser aprobada, notificada y en su caso abonada la liquidación del contrato.

SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:

- Ley 30/1992 (LRJAP y PAC), arts. 23.2, 102, 116 y 139.
- Ley 29/1998 (LJCA), arts. 19, 45, 58 y 69.
- RD 1098/2001 (Rgto. LCAP), art. 193.
- RDLeg. 2/2000 (TRLCAP), arts. 43.2 b), 65, 68, 81, 110, 138 y 190.