

Javier FERNÁNDEZ-CORREDOR SÁNCHEZ-DIEZMA
Letrado del Tribunal Supremo

• ENUNCIADO:

El Ayuntamiento de Madrid decide realizar una obra para la construcción de un edificio destinado a polideportivo municipal en el Distrito de Fuencarral-El Pardo. A tal fin, procede a la realización y aprobación de los correspondientes pliegos técnicos y económico-administrativos. En estos últimos se indica que el precio del contrato será de 210.354,23 euros, Impuesto sobre el Valor Añadido incluido y beneficio industrial. En dicho pliego se establece, igualmente, que pertenece al objeto del contrato la adquisición de los bienes necesarios para su puesta en funcionamiento, ya que la mayoría de empresas especializadas se dedican, también, a este objeto social. La cuantía de este apartado es de 72.121,45 euros. Por lo tanto, la cuantía total del contrato será de 282.475,68 euros.

Abierto el plazo para la presentación de ofertas al concurso convocado al efecto, las únicas tres licitaciones presentadas fueron las siguientes:

- 1. Una oferta por valor de 240.404,84 euros. En la misma se prevé que el pago sea al contado, si bien ofrece como mejora una garantía del 40 por 100 del valor del contrato.*
- 2. Una segunda oferta constituida por dos empresas que presentan una oferta unitaria. Una de ellas está clasificada como empresa autorizada para la realización de obras de inmuebles públicos. La otra empresa, no clasificada, es belga y se dedica al suministro de materiales destinados a polideportivos. Aporta los documentos que en su país se exigen para acreditar su personalidad. La cuantía económica de la oferta es de 234.394,72 euros.*
- 3. Una tercera oferta por importe de 132.222,66 euros. En esta empresa el Director General y segundo máximo accionista de la misma es la mujer de uno de los concejales delegados de la Junta Municipal de Fuencarral-El Pardo.*

Reunida la mesa de contratación, resuelve proponer desierto el concurso. Ante ello, se decide intentar nueva adjudicación mediante procedimiento negociado sin publicidad, para lo cual invita a cuatro empresarios. Sin constituirse mesa de contratación alguna, se reciben las ofertas y se decide la adjudicación a una empresa, que había realizado la oferta más económica por importe de 252.425,08 euros, por la totalidad del contrato.

Adjudicada la obra el día 14 de enero de 2001, la contratista se dirige al Ayuntamiento presentando como garantía definitiva lo que ella denomina aval bancario, constitutivo de un certificado de fondos de inversión a renta fija del BBVA. De dicho documento no se deduce la inmovilización del fondo ni se aporta nada en relación a si el mismo está sujeto a algún tipo

de gravamen. Por ello, el Ayuntamiento, el día 1 de febrero, resuelve el contrato, sin expediente alguno toda vez que la ley le obliga, automáticamente, a dicha resolución.

Como consecuencia de ello, y a la vista de las dificultades para encontrar una empresa de garantía, se decide dividir las obras y el proyecto, que antes constaba de un pabellón cerrado, una piscina abierta, 2.000 m² de zona verde, tres pistas de tenis, cuatro de fútbol-sala y tres canchas de baloncesto. Se prevén tres adjudicaciones: una para el pabellón cerrado, otra para la piscina y zonas verdes y otra para el resto. De tal manera que los iniciales 282.475,68 euros (presupuesto total), se dividen en tres adjudicaciones a tres empresas diferentes por un importe, para cada una de ellas de 132.222,66 euros para el pabellón (inicialmente estaban previstos 150.252,02 euros), 66.111,33 euros para las piscinas y zonas verdes (inicialmente estaban previstos 78.131,57 euros) y 48.080,97 euros para el resto (inicialmente estaban previstos 54.091,09 euros). En el nuevo pliego se valoraba de forma diferente cada obra y se indicaba que se adjudicarían obras diferentes atendiendo a la mayor puntuación por obras.

Diferentes empresas presentaron ofertas para la totalidad del polideportivo. Finalmente, se adjudica a tres empresas diferentes. El último de los adjudicados considera que al ser su contrato menor, no tiene que formalizarlo. Otro empresario considera que ha existido una división del objeto del contrato y estima que él debería haber sido el adjudicatario total del contrato puesto que, en realidad, obtuvo más puntos para las obras del pabellón, que era el de mayor puntuación.

Por otra parte, la misma Junta Municipal de Distrito considera que dada la carencia de medios técnicos y ante la dificultad de comprobar las licencias de apertura es necesario la contratación de una empresa que lleve a cabo el levantamiento de las oportunas actas para comprobar si las diversas obras se ajustan a los correspondientes proyectos.

El contrato tendrá una duración de un año, con dos prórrogas sucesivas de otro año cada una de ellas, siendo la totalidad de la duración de tres años; además se indica que si en el plazo de dos meses antes de la finalización del contrato no se presenta por cualquiera de las partes denuncia del mismo, éste se entenderá, automáticamente, prorrogado.

Al concurso convocado se presentan tres empresas. Se adjudica a una de ellas que:

1. Había indicado en su oferta que había solicitado a los organismos competentes la acreditación de estar al corriente de las obligaciones de la Seguridad Social, pero que habían transcurridos 20 días y no se le habían facilitado.
2. Tenía una deuda con la Administración Tributaria por importe de 60.101 euros, aunque dicha deuda se encontraba aplazada.
3. Debía al Ayuntamiento de Móstoles la cantidad de 1.803 euros en concepto de tasa por recogida de residuos.

Resuelto el anterior contrato, se convoca nuevo concurso, pero esta vez tan sólo para colaborar con la Policía en la realización de proyectos de insonorización de lugares públicos (el presupuesto es de 150.253,02 euros). Como ofertante aparece la misma empresa que ya había pagado sus obligaciones tributarias pendientes. Sin embargo, la Administración le indica que, por las circunstancias que rodearon el otro contrato, no puede contratar con ella.

Finalmente, la Junta Municipal pretende contratar, en el año 2001, por 6.000.000 de euros la recogida selectiva de residuos, pues el Ayuntamiento tiene esta obligación impuesta por la previsión del Plan Autonómico de Gestión de Residuos de 1998. Para evitar ser sancionado por

la Comunidad decide realizar el contrato por el procedimiento negociado, al amparo del artículo 159 b) del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP). Adjudicado el contrato con una duración de cinco años, el Ayuntamiento le indica a la empresa que la tasa a cobrar a los vecinos es de 18 euros al año, pagando ella el resto. Transcurrido un año, considerando que la tasa es demasiado baja, el Ayuntamiento a través de un Decreto de la Concejal Delegada decide subirla a partir de 1 de enero de 2002.

Esta empresa, por otra parte, solicita, porque así se recogía en el contrato, que el Ayuntamiento le compre tres camiones compactadores, por importe de 60.000 euros cada uno de ellos, para la recogida de residuos. Adquiridos éstos a una empresa alemana, son incluidos en el inventario de bienes del Ayuntamiento, pero en el permiso de circulación son puestos a nombre de la empresa contratista. Ésta piensa que, transcurrido el plazo de duración del contrato, serán de su propiedad.

En este contrato se decidió, igualmente, que el precio a cobrar a los usuarios del servicio lo fijará la empresa contratista. Finalmente, es de señalar que prestado el mismo, numerosos comerciantes no han abonado el precio, desconociendo la empresa las medidas que puede tomar al respecto.

• CUESTIONES PLANTEADAS:

1. Comentar si las empresas licitadoras del contrato reunían o no los requisitos necesarios para ser adjudicatarias.
2. ¿Resulta ajustado a derecho que se haya acudido al procedimiento negociado sin publicidad para adjudicar, con posterioridad, dicho contrato?
3. ¿Resulta ajustado a derecho que en ese procedimiento no haya existido la mesa de contratación?
4. ¿Es correcta la no admisión por el Ayuntamiento del llamado «aval bancario» presentado por la empresa?
5. ¿Resulta ajustada a derecho la resolución del contrato por el tema de las garantías?
6. ¿Resulta ajustado a derecho el fraccionamiento en tres contratos, respecto del contrato original, efectuado por la Administración?
7. ¿Tiene razón el contratista cuando afirma que no tenía obligación de formalizar el contrato porque era menor? ¿Y el otro contratista que pide la adjudicación total?
8. Comentar todas las vicisitudes jurídicas referentes al contrato llevado a cabo respecto a la comprobación de las licencias de apertura.
9. ¿Es ajustado a derecho la exclusión del mismo contratista para el nuevo contrato para la realización de los proyectos de insonorización?
10. Comentar las incidencias y circunstancias surgidas en lo referente al contrato para la recogida de residuos.

• SOLUCIÓN:

1. Por lo que se refiere a las empresas licitadoras del contrato de obras, debemos señalar lo siguiente:

A) En relación a la primera empresa, que en su oferta prevé el pago al contado y ofrece una mejora en la garantía del 40 por 100 del precio del contrato, debemos resaltar que en los artículos 99, 145

y 147 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, de la LCAP, establece que el pago en el contrato de obras se realizará mediante la expedición de certificaciones de obras que se hayan ejecutado mensualmente (salvo previsión en contra del contrato), y las mismas se computan como pagos a cuenta hasta la recepción final de las obras en donde se hará la liquidación definitiva.

Por tanto, la previsión, salvo pacto en contrario, implica la posibilidad de que sea a la finalización de la obra cuando se proceda al pago de la misma o en otro plazo distinto. Ahora bien, el pago anticipado no está previsto en la legislación de contratos para el contrato de obras, lo cual parece lógico porque de esta manera la Administración se asegura una correcta ejecución del contrato sin asumir riesgo alguno en el caso de que el contratista no lo hiciera así o incluso se negara a seguir con la ejecución. No olvidemos que la causa de los contratos administrativos es, siempre, el interés público.

En relación a la mejora que ofrece en la garantía del mismo, el artículo 36 del TRLCAP nada dice al respecto. Por tanto, si tenemos en cuenta que la forma de adjudicación escogida es el concurso (donde no sólo se tiene en cuenta la mejor oferta económica sino, también, otros factores) y que, desde luego, es algo beneficioso para la Administración (dispondrá de mayor cantidad de dinero en el caso de que, por alguna causa legal, haya que recurrir al importe de la garantía), no parece que haya obstáculo alguno para la admisión de tal mejora.

En conclusión, esta empresa no debe ser adjudicataria porque la exigencia de pago al contado carece de respaldo legal.

B) Respecto a la segunda oferta en la que concurren dos empresas unidas, una española clasificada y la otra belga no clasificada, pero que acredita, tan sólo su capacidad, es de aplicación lo dispuesto en el artículo 24.2 del TRLCAP que establece que en las uniones de empresarios, cuando sea necesaria la clasificación será necesario que las dos primeras estén clasificadas. Pero resulta que la empresa belga es comunitaria, por lo que sería de aplicación lo dispuesto en el artículo 25.2 que exige, a falta de clasificación, que acredite su solvencia, aspecto que, en este caso, tampoco acredita. Por lo que esta unión de empresarios no puede resultar adjudicataria.

C) La tercera oferta corresponde a una empresa en la que el Director General y máximo accionista es la mujer de uno de los concejales delegados de la Junta Municipal de Fuencarral-El Pardo donde se va a construir el pabellón polideportivo. En este caso, resulta de aplicación el artículo 20 e) del TRLCAP donde, entre las causas de prohibición para ser contratista, se recoge estar incurso en incompatibilidad. El artículo 178 c) de la Ley Orgánica Electoral General de 1985 prohíbe a los concejales ser contratistas o subcontratistas de la corporación municipal, haciendo extensible la misma al cónyuge del mismo. En caso de empresas, se exige que sea administrador de la misma. En este caso lo es, ya que su cónyuge ocupa el cargo de Director General.

En conclusión, la mesa obró correctamente al proponer que la adjudicación quedara desierta pues que ninguna de las empresas reunía los requisitos legales para ser adjudicatarias del contrato.

2. Respecto a si resulta ajustado a derecho que se haya acudido al procedimiento negociado sin publicidad para la nueva adjudicación, hemos de señalar que sí. El artículo 141 a) del TRLCAP permite la utilización de este procedimiento, en el contrato de obras, entre otros supuestos, cuando a la licitación no hubiesen concurrido ofertas susceptibles de ser admitidas, que es lo que ha sucedido en el caso que analizamos, como hemos puesto de manifiesto en el análisis de la cuestión anterior.

3. En relación a la no existencia de mesa de contratación en ese procedimiento negociado, no constituye ninguna infracción del ordenamiento jurídico por cuanto que el artículo 81 del TRLCAP

exige la existencia de la misma en los procedimientos abierto o restringido, siendo potestativa su constitución en el caso de procedimiento restringido.

4. Respecto a si fue ajustada a derecho la decisión de la Administración no admitiendo la garantía ofrecida por el adjudicatario y que denominó «aval bancario» estimamos que sí. En realidad, lo que ofreció no fue un aval bancario, sino que se constituye la garantía a través de valores, modalidad admitida por los artículos 35.1 del TRLCAP y 55.1, 2 y 4 del Reglamento General de la LCAP aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre. Ahora bien, en esos preceptos, especialmente del Reglamento, se determinan las condiciones que han de reunir dichos valores para que puedan servir como garantía en los contratos administrativos, entre otros que se encuentren inmovilizados y libres de gravamen, aspectos que no se acreditan en el presente supuesto. Por tanto, si la omisión de estos requisitos es porque dichos valores realmente no reúnen tales requisitos entonces la Administración ha obrado correctamente no admitiéndolos como garantía del contrato celebrado. Si el problema radica, tan sólo, en que los reúne, pero no lo ha acreditado, entonces lo más lógico es que el órgano de contratación le otorgue un plazo para subsanar esta falta de acreditación.

5. Respecto a si el órgano de contratación actuó correctamente al resolver el contrato, automáticamente, sin la incoación de previo expediente, en el que se oiga al contratista, y cumplimiento de los demás trámites legales, creemos que no es ajustado a derecho. Es cierto que el artículo 41 del TRLCAP no prevé otra solución que la resolución del contrato si en el plazo de 15 días desde la adjudicación no se aporta la garantía definitiva. Ahora bien, de ahí no puede deducirse que la Ley permita el olvido del oportuno expediente en el que se oiga al contratista e informe el Consejo de Estado si hay oposición o el presupuesto excede de cierta cantidad. Acreditar que no se ha prestado la garantía o, como en el caso que analizamos, la presentada no cumple con los requisitos exigidos por ley, exige un procedimiento contradictorio en el que es preceptivo la previa audiencia del contratista, entre otros requisitos, con carácter previo a la resolución administrativa que así lo declare. Por tanto, es verdad que si esa resolución indica que no ha existido garantía o la prestada no se ajusta a derecho no le queda otra solución a la Administración, por imperativo del precepto indicado, que acordar su resolución, pero para llegar a esta determinación es preceptivo el previo expediente porque si no se crearía una situación de indefensión absoluta en el contratista que conculcaría el principio de audiencia previa del mismo, consagrando la «infalibilidad» de las decisiones administrativas impropias del Estado de Derecho.

6. En relación al desdoblamiento del contrato originario inicial en tres lotes o partes, entendemos que en el presente caso se ajusta a la legalidad.

El artículo 68 del TRLCAP prohíbe la división o fraccionamiento del objeto del contrato siempre que se haga con la intención de disminuir el precio y eludir así los requisitos de publicidad, el procedimiento o la forma de adjudicación. No parece que ésa haya sido la intención del órgano de contratación cuando ha decidido este fraccionamiento del objeto inicial del contrato. En primer lugar, porque su adjudicación ha sido ya intentada de forma unitaria, fracasando por diversos motivos; en segundo lugar, porque el mismo relato de hechos se refiere como causa de esta decisión a las dificultades para encontrar una empresa de garantía; en tercer lugar, porque dada la naturaleza de las obras a realizar es perfectamente posible su individualización y división en partes con objeto distinto; y, finalmente, porque no parece que la intención de la Administración al obrar así sea alguna de las defraudadoras a que se refiere el artículo 68 indicado.

Por otra parte, no se prohíbe la existencia de ofertas a la totalidad, aunque se valoraría de forma independiente para conseguir una mayor calidad en la ejecución de las mismas.

Por tanto, estamos ante una adjudicación por lotes ajustada a derecho si, como es lógico, se motivó y justificó en el oportuno expediente de contratación.

7. En relación a la pretensión de uno de los adjudicatarios de no proceder a la formalización del contrato porque el suyo tenía la condición de menor al ser de importe inferior a 48.080,97 euros, carece de razón, pues en obras, el artículo 121 considera menor el contrato si es de presupuesto inferior a, prácticamente, 30.000 euros. Por lo tanto, ha de procederse a la formalización del contrato.

Respecto a la pretensión del otro contratista en el sentido de que se le adjudiquen a él todos los lotes porque era la mejor oferta para las obras del pabellón en sí, no tiene razón. Ya en los pliegos se indicaba que se adjudicarían por suertes o lotes a las mejores ofertas de forma independiente. Por tanto, el hecho de haber realizado la mejor oferta para una de esas suertes no implica la adjudicación de las demás.

8. Respecto a las diversas circunstancias concurrentes en relación al contrato llevado a cabo para la comprobación de las licencias de apertura, debemos tener en cuenta lo siguiente:

A) La comprobación de licencias de apertura puede ser considerada como un servicio que implica autoridad, por cuanto que esta labor corresponde a funcionarios de la correspondiente corporación municipal, que está investido de la oportuna autoridad. Por lo tanto, supone la imposibilidad de gestionar este servicio mediante la participación privada (art. 155 del TRLCAP).

B) Se podría entender, únicamente, que la empresa va a colaborar con la Administración en dicho cometido, en cuyo caso sí sería posible un contrato administrativo en el que no se delega la función inspectora, sino, simplemente, se colabora en la misma. Sería posible un contrato de consultoría y asistencia, a tenor de lo establecido en el artículo 196.2.1.º.

C) Si admitimos el contrato anterior, el artículo 198 indica que su duración, incluidas las prórrogas, no podrá ser superior, aislada o conjuntamente al plazo inicial. Por lo tanto, si el plazo inicial era de un año, las prórrogas no podían superar el plazo de otro año, aspecto que se ha incumplido en el caso que analizamos.

D) Respecto a la falta de aportación de los documentos relativos a la Seguridad Social, hemos de resaltar que el contratista los había solicitado, pero que el órgano correspondiente, incumpliendo el plazo de cuatro días máximos para expedir tales certificaciones establecido en el artículo 15.3 del Reglamento de la Ley de Contratos, no lo había facilitado, pese a transcurrir 20 días. Por lo tanto, no es culpa del contratista la falta de esta certificación. De manera que se aportará en un momento posterior cuando de forma efectiva se le facilite la documentación.

E) En relación a la deuda que mantiene con la Administración Tributaria, el relato de hechos nos indica que se encontraba aplazada, luego, a tenor del artículo 13.3 del Reglamento de Contratos, no se encuentra incurso en causa de prohibición para ser contratista del artículo 20 del TRLCAP.

F) Respecto a la deuda que mantiene con el Ayuntamiento de Móstoles por la falta de pago por el servicio de recogida de basuras, hemos de significar que no se trata de deuda con la Administración contratante (Ayuntamiento de Madrid), luego a tenor de lo previsto en el artículo 13.3 del referido Reglamento, tampoco supone causa de prohibición para contratar.

Por todo ello, la Administración no obró conforme a derecho resolviendo el contrato por esos motivos.

9. En relación a la exclusión de ese contratista para el nuevo contrato es una cuestión ya resuelta en la anterior. Reunía los requisitos para ser contratista y no estaba incurso en causa de prohibición.

10. Finalmente, por lo que respecta al contrato celebrado para la recogida de basura, destacamos las siguientes cuestiones:

A) No parece ajustado a derecho que se utilizara el procedimiento negociado sin publicidad. El artículo 159 b) del TRLCAP prevé esa modalidad de adjudicación en casos de situaciones imprevisibles. Pero esta situación la conocía el Ayuntamiento desde el año 1998, luego si por dejación de sus funciones no dio cumplimiento al plan correspondiente para resolver la cuestión de este servicio, a través de las modalidades ordinarias de contratación, no puede, ahora, ampararse en la «imprevisión de las circunstancias» para recurrir a un procedimiento de contratación que no es el normal y que, desde luego, supone una importante restricción al principio de concurrencia y publicidad. Si se permitiera a las Administraciones Públicas recurrir a este tipo de procedimiento por causas como las que analizamos, llegaríamos al absurdo de que bastaría que incumpliera sus funciones para situarse en una situación límite que diera cobertura a su imprudente forma de actuar. Por tanto, no parece ajustado a derecho el procedimiento negociado y sin publicidad utilizado con el único propósito de impedir una sanción de la Comunidad Autónoma por el incumplimiento de una obligación que conocía desde el año 1998.

B) Respecto a la imposición de la tasa por Decreto es una manifiesta ilegalidad.

La tasa es un tributo y como tal debe recogerse en la correspondiente Ordenanza Fiscal aprobada por el Pleno del Ayuntamiento (arts. 15 y 16 de la Ley 39/1988, reguladora de las Haciendas Locales).

C) Respecto a la cuestión de los camiones, en ningún caso puede considerarse de propiedad del contratista porque su adquisición viene motivada por el servicio de recogida de basura. Es la entrega de un medio auxiliar para la ejecución del contrato (art. 165 del TRLCAP). Luego a la finalización del contrato deberá revertir a la Administración para que pueda seguir prestándose el servicio (art. 164 del TRLCAP).

D) Respecto a la fijación del precio por el contratista no es ajustado a derecho. Las tasas de los servicios sólo la Administración puede fijarlas (art. 148 del Rgto. de Servicio de las Corporaciones Locales de 1955).

E) Finalmente, respecto a lo que puede hacer el concesionario del servicio al que varios comerciantes adeudan diversas cantidades de dinero, entendemos que puede utilizar la vía del apremio sobre el patrimonio, si así se estableció en el contrato (art. 128.4 del TRLCAP).

• **SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:**

- **Ley 39/1988 (LHL), arts. 15 y 16.**
- **RDLeg. 2/2000 (TRLCAP), arts. 20, 24, 25, 35, 36, 41, 68, 81, 99, 141, 147, 155, 159, 164, 165, 178, 196 y 198.**
- **Decreto de 17 de junio de 1955 (Rgto. de Servicios de las Corporaciones Locales), arts. 128 y 148.**
- **Real Decreto 1098/2001 (Rgto. General de Contratos), arts. 13, 15.3 y 55.**