

Informe Jurídico: Adjudicación contrato siguiente licitador

ANTECEDENTES

Primero.- El Alcalde del Ayuntamiento de XXX solicita mediante escrito con entrada en esta Diputación el día XXX que por el SAM se emita informe “sobre la posible adjudicación de la gestión del servicio de Residencia de Tercera Edad al adjudicatario que quedó en segundo y último puesto en la puntuación, por renuncia del adjudicatario definitivo”.

Segundo.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 14 del Reglamento del Servicio de Asistencia a Municipios, junto con dicha solicitud se remiten por el Ayuntamiento los siguientes documentos:

- Copia del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que han regido el procedimiento para la adjudicación del contrato de gestión interesada del servicio público de unidad de estancia residencial para personas mayores.
- Copia del “acta de adjudicación provisional” de 3/07/2013 y de las notificaciones cursadas a ZZZ y YYY con la clasificación de licitadores con la propuesta del licitador con la oferta económicamente más ventajosa con fecha de 5 de julio de 2013.
- Copia del borrador de Acta de la sesión de fecha 10 de julio de 2013 en el que se procedía a la adjudicación definitiva.
- Copia del escrito de renuncia presentado por ZZZ con fecha de 22 de enero de 2014.
- No se aporta Informe del Secretario de la Corporación manifestando su opinión sobre el asunto del que se solicita el informe.

Sobre los referidos antecedentes han de considerarse los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- El presente informe se emite en virtud de lo previsto en el Reglamento de Asistencia Jurídica, Económica y Técnica de los municipios de la provincia de Zamora, publicado en el BOP de Zamora nº 41 de 5 de abril de 2004, que regula el funcionamiento del Servicio de Asistencia a Municipios de la Diputación Provincial de Zamora, estableciendo los requisitos y procedimiento para dicha asistencia, dando cumplimiento de este modo a lo dispuesto en el artículo 36.1.b) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, que establece que es competencia de las Diputaciones Provinciales la asistencia y la

cooperación jurídica, económica y técnica a los Municipios, especialmente los de menor capacidad económica y de gestión.

Se han cumplido los requisitos y procedimiento establecidos en dicho Reglamento; en concreto, la petición de informe está suscrita por el alcalde de la entidad local y dirigida al presidente de la Corporación Provincial (art. 13.1), si bien no existe informe del Secretario manifestando su opinión en el asunto concreto (art. 14).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15.2 del citado Reglamento, el informe emitido no será vinculante para la entidad local solicitante.

Segundo.- La legislación aplicable en esta materia viene determinada por lo dispuesto en:

- Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSF).

Tercero.- Con carácter previo a la emisión del presente informe debe señalarse que éste versará únicamente sobre la cuestión respecto de la que se plantea la solicitud, sin entrar a valorar ningún otro aspecto relacionado con la tramitación del procedimiento de contratación del que deviene.

El Ayuntamiento de XXX plantea la cuestión de si es posible adjudicar un contrato al licitador clasificado en segundo lugar en un procedimiento de contratación en el que ya existe adjudicación del contrato y el adjudicatario ha retirado su proposición, renunciando con ello a la formalización del contrato.

El adjudicatario ha retirado su proposición aduciendo lo prescrito en el artículo 161 del TRLCSF, que establece en su apartado segundo que cuando para la adjudicación del contrato deban tenerse en cuenta una pluralidad de criterios, el plazo máximo para efectuar la adjudicación será de dos meses a contar desde la apertura de las proposiciones, salvo que se hubiese establecido otro en el pliego de cláusulas administrativas particulares. El apartado cuarto del mismo precepto dispone que de no producirse la adjudicación dentro de los plazos señalados, los licitadores tendrán derecho a retirar su proposición.

De la documentación que obra en el expediente se puede concluir que no han transcurrido los plazos señalados para invocar la aplicación de lo previsto en dicho precepto.

Cuarto.- No obstante lo cual, el hecho cierto es que el adjudicatario no ha acudido a la formalización del contrato y ha retirado expresamente su proposición renunciando con ello a la adjudicación del contrato de referencia, sin que el TRLCSF contemple ningún mecanismo para obligar al contratista ya adjudicatario a formalizar el contrato.

Debe tenerse presente que el artículo 27 del TRLCSF dispone que los contratos que celebren los poderes adjudicadores se perfeccionan con su formalización, lo que supone una diferencia con la normativa anteriormente vigente que consideraba perfeccionado el contrato con su adjudicación definitiva. Consecuencia de este cambio normativo es que, a diferencia de lo que ocurría antes, si no existe formalización del contrato no es posible aún hablar de resolución del mismo, porque éste no se halla perfeccionado.

Lo único que prevé el TRLCSF a estos efectos es lo dispuesto en el artículo 156 del TRLCSF, que dice que cuando por causas imputables al adjudicatario no se hubiese formalizado el contrato dentro del plazo indicado, la Administración podrá

acordar la incautación sobre la garantía definitiva del importe de la garantía provisional que, en su caso hubiese exigido. No se contempla ninguna consecuencia más que esa incautación de la garantía, y además en este caso no se exigió ni garantía provisional (cláusula séptima del pliego) ni definitiva (cláusula decimotercera).

La retirada de la oferta, aparte del supuesto ya contemplado del artículo 161 del TRLCSP, sólo se regula expresamente en el artículo 151.2, que establece que 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 artículo 64.2, y de haber constituido la garantía definitiva que sea procedente.... De no cumplimentarse adecuadamente el requerimiento en el plazo señalado, se entenderá que el licitador ha retirado su oferta, procediéndose en ese caso a recabar la misma documentación al licitador siguiente, por el orden en que hayan quedado clasificadas las ofertas.

Por tanto, este último precepto, con la posibilidad de acudir al licitador siguiente, sólo es aplicable a los supuestos en que el autor de la proposición económicamente más ventajosa no presenta la documentación requerida (que en este caso, según consta en el expediente remitido, no existe pues ya se aportó toda ella y no se exigía garantía definitiva), pudiéndose adjudicar al licitador que se encuentre clasificado a continuación.

Quinto.- Nos encontramos en el presente supuesto con una laguna legal pues el precepto analizado se sitúa en un momento temporal anterior a la adjudicación del contrato, mientras que en el caso planteado en la solicitud de informe nos encontramos con que ya existe un adjudicatario y la cuestión que surge es si se podría hacer una interpretación analógica que diera la misma solución al caso que nos ocupa que la contempla para el supuesto expresamente previsto en el artículo 151 del TRLCSP.

Al respecto, podemos hacer nuestra la solución aportada por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su Informe 28/11, de 7 de junio de 2012, reiterándose en su anterior informe 51/12, de 1 de marzo de 2012, dispone que *“Esta Junta Consultiva entiende que procedería dicha aplicación analógica en el caso de incumplimiento del plazo de formalización por el adjudicatario, debiéndose entender en ese caso que éste último ha retirado su oferta. Esta conclusión se alcanza tras apreciarse identidad de razón entre el supuesto de hecho de no aportación de la documentación justificativa y de la garantía definitiva dentro del plazo por parte del licitador y el supuesto de hecho de no formalización del contrato en plazo por causa imputable al adjudicatario. Tras la solución que el legislador le da al primer supuesto late el derecho del licitador siguiente (en la lista de ofertas clasificadas) a convertirse en adjudicatario. El principio de no causar perjuicio a los derechos de terceros justifica la solución de entender que el licitador ha retirado su oferta. La regla que contempla dicho principio resulta aplicable al supuesto de hecho de no formalización del contrato por causa imputable al adjudicatario, dado que el segundo licitador en la lista en este momento del iter procedimental continúa a la expectativa de resultar adjudicatario en defecto del primer adjudicatario. Por todo ello procede la aplicación analógica ya referida”*.

Por todo ello, y en base a la exposición jurídica aquí enumerada, pueden formularse las siguientes

CONCLUSIONES

Primera.- En los casos en los que el adjudicatario no formalice el contrato, por causa imputable a su voluntad, no presentándose a formalizarlo, a pesar de haber sido requerido para ello, se puede considerar esa falta de formalización como un supuesto análogo al de la retirada de la oferta, previsto en el artículo 151. 2 del TRLCSP, por lo que se le pueden aplicar sus mismos efectos, pudiendo procederse a recabar la documentación pertinente al licitador siguiente, por el orden en que hayan quedado clasificadas las ofertas. O proceder directamente a la adjudicación a favor de dicho licitador si dicha documentación ya obrara en poder del Ayuntamiento.

Zamora a 11 de enero de 2014

EL SERVICIO DE ASISTENCIA A MUNICIPIOS