

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

En Madrid, a 20 de febrero de 2013.

VISTO el recurso especial en materia de contratación formulado por Don G.P.D., en nombre y representación de INCIPRESA SAU, contra “*la inactividad del órgano de contratación*”, en el expediente de contratación "Suministro de vehículo de rescate y salvamento con grúa, para el Servicio de Extinción de Incendios y Salvamento del Ayuntamiento de Móstoles" Expte. C/037/CON/2011-093, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 17 de enero de 2012, se publicó en el BOCM, el anuncio de licitación correspondiente al contrato de "Suministro de vehículo de rescate y salvamento con grúa, para el Servicio de Extinción de Incendios y Salvamento del Ayuntamiento de Móstoles", con un importe de licitación de 254.237 euros IVA excluido.

El Pliego de Cláusulas Administrativas del contrato (en adelante PCAP) establece que las ofertas se valorarán tanto con criterios de adjudicación valorables

de forma automática, como el precio y otras mejoras ponderables de forma proporcional o mediante fórmula, como con criterios susceptibles de juicio de valor.

A la licitación convocada se presentaron cinco empresas, entre ellas la recurrente.

Segundo.- Con fecha 1 de junio de 2012, se reúne la Mesa de contratación para dar lectura del informe de valoración de fecha 17 de mayo y completado el día 24 del mismo mes correspondiente al sobre nº2 criterios que dependan de un juicio de valor, del que resulta que la oferta de la recurrente queda clasificada en cuarto lugar con 49 puntos asignados. En dicho acto se da asimismo lectura a las ofertas económicas de las licitadoras siendo la oferta de la recurrente la más económica.

A la vista de las ofertas económicas efectuadas el 15 de junio se realiza nuevo informe de valoración incluyendo los criterios susceptibles de valoración automática o mediante fórmula, planteándose como la oferta más completa la realizada por la empresa Flomeyca, con un total de 191,72 puntos, tras dicha oferta quedan clasificadas en segundo y tercer lugar la oferta de la empresa Albatros, y de la recurrente con 166,21 y 165,89 puntos respectivamente.

La Mesa de contratación se reúne nuevamente el día 19 de junio de 2012, proponiéndose en dicho acto a la concejal Delegada de Participación Ciudadana que requiera a la empresa Flomeyca, como licitador que ha presentado la oferta más ventajosa, para que de conformidad con lo previsto en el artículo 151.2 del TRLCSP, presente la documentación precisa para la adjudicación del contrato, dictándose el correspondiente Decreto por delegación de la Junta de Gobierno Local, el mismo día 19 de junio.

Por último la Mesa de contratación se reúne de nuevo el 24 de enero de 2013, en sesión extraordinaria, para proponer la rectificación del informe técnico de valoración de la oferta económica, ya que según consta en el acta correspondiente,

de conformidad con el PCAP, la oferta económica debe ser valorada en función del porcentaje de baja, y no por el importe total de la baja como aparece en el informe.

No consta ningún otro acto posterior, realizado en el expediente de contratación de referencia.

Tercero.- De forma paralela al procedimiento anteriormente descrito, con fecha 14 de septiembre la recurrente, ante la inactividad del órgano de contratación, presentó un escrito ante el Ayuntamiento de Móstoles solicitando que se formulara propuesta de adjudicación, citando para ello el artículo 161.2 del texto refundido de la ley de contratos del sector público (en adelante TRLCSP), sin que conste que dicho escrito tuviera contestación.

El día 26 de octubre de 2012, se presenta recurso de alzada contra el acto presunto correspondiente a la resolución que, según se aduce, se debió dictar el día 1 de agosto de 2012, para la adjudicación del contrato. Tampoco en esta ocasión el órgano de contratación se pronuncia resolviendo el recurso, por lo que la recurrente, previa la presentación del anuncio a que se refiere el artículo 44 del TRLCSP, interpone recurso especial en materia de contratación con fecha 4 de febrero de 2012, contra la inactividad del órgano de contratación, solicitando que se declare adjudicado el contrato a INCIPRESA, SAU.

Por su parte el órgano de contratación, en el informe preceptivo previsto en el artículo 46.2 del TRLCSP, manifiesta que procede la inadmisión del recurso al no estar el acto recurrido entre los enumerados en el TRLCSP como susceptibles de impugnación a través del recurso especial en materia de contratación.

Cuarto.- Con fecha 6 de febrero de 2012, se dio trámite de audiencia a los interesados, sin que se haya presentado ningún escrito de alegaciones.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Debe examinarse en primer lugar si el acto sometido a este Tribunal es susceptible de recurso administrativo especial en materia de contratación o no. Si bien en principio los actos dictados en el expediente de contratación serían susceptibles de tal recurso en virtud de lo dispuesto en el artículo 40.1.a) del TRLCSP, al tratarse de un contrato de suministros sujeto a regulación armonizada, el acto recurrido, o más bien la ficción de acto recurrido, en una primera apreciación no está comprendida entre los actos recogidos en el artículo 40.2 del mismo texto legal. Ello empero, determina la necesidad de examinar si vía interpretativa la inactividad objeto del recurso es susceptible de encajar en alguna de las categorías de actos recogidos en el citado artículo 40.2 del TRLCSP.

En primer lugar debe señalarse que tal y como se pone de manifiesto en le conforme 16/2000, de 11 de abril de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa Estatal, para resolver la posible aplicación supletoria de la LRJ-PAC, hay que partir necesariamente del contenido de la propia legislación de contratos, en concreto la actual Disposición final 3 del TRLCSP, cuando establece que:

“1.Los procedimientos regulados en esta Ley se regirán, en primer término, por los preceptos contenidos en ella y en sus normas de desarrollo y, subsidiariamente, por los de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y normas complementarias.

2. En todo caso, en los procedimientos iniciados a solicitud de un interesado para los que no se establezca específicamente otra cosa y que tengan por objeto o se refieran a la reclamación de cantidades, el ejercicio de prerrogativas administrativas o a cualquier otra cuestión relativa de la ejecución, consumación o extinción de un contrato administrativo, una vez transcurrido el plazo previsto para su resolución sin haberse notificado ésta, el interesado podrá considerar desestimada su solicitud por silencio administrativo, sin perjuicio de la subsistencia de la obligación de resolver.”

Queda claro pues el régimen del silencio administrativo en los procedimientos relativos a la ejecución contractual, que será desestimatorio, de conformidad con el apartado 2 de la disposición antes indicada y la aplicación supletoria de la LRJ-PAC para los demás supuestos no contemplados en la Ley de contratos.

Centrando la cuestión en el caso del recurso, el recurrente plantea el mismo contra el acto presunto consistente en la falta de resolución del recurso de alzada interpuesto el día 26 de octubre de 2013, por el transcurso del plazo de tres meses que para resolver el mismo establece el artículo 115.2 de la LRJ-PAC. Ya se ha pronunciado este Tribunal en numerosas ocasiones señalando que carece de competencia para conocer de las resoluciones dictadas por los órganos de contratación en los recursos ordinarios que puedan haberse interpuesto contra actos dictados en el seno del procedimiento de contratación pública, que el artículo 40 configura como el ámbito objetivo del recurso especial en materia de contratación.

Segundo.- Debe además examinarse si cabe el recurso contra la inactividad consistente en la paralización del procedimiento de adjudicación. El recurso especial en materia de contratación tiene carácter de exclusivo, tal y como reconoce el Consejo de Estado en el Dictamen 499/2010, de 29 de abril, emitido sobre el Anteproyecto de Ley, cuando señala *“La regulación proyectada mantiene el carácter exclusivo del recurso especial, de modo que no procederá la interposición de recursos administrativos ordinarios contra los actos que se mencionan en el proyectado artículo 310.2 de la Ley 30/2007 (apartado 5 de este mismo artículo). Como ya se dijo en el dictamen 514/2006, es conveniente mantener este carácter exclusivo, sin perjuicio de lo cual se reconoce expresamente la posibilidad de que las Comunidades Autónomas puedan prever la interposición de recurso administrativo previo (segundo párrafo del artículo 311.2 proyectado)”*, opción ésta que no ha sido adoptada por la Comunidad de Madrid.

Ahora bien en el caso de que un órgano de contratación resolviera un recurso ordinario incorrectamente planteado contra uno de los actos del artículo 40 del TRLCPS, - tanto de los expresamente recogidos, como de los asimilados a ellos,- aunque dicha resolución adolecería de causa de nulidad de pleno derecho ex artículo 62. b) de la LRJ-PAC, este Tribunal carecería de competencia para declarar tal nulidad al no constituir ninguno de los actos recurribles del artículo 40 de TRLCSP que no olvidemos configura el recurso, como un recurso especial, y por tanto limitado en cuanto a su ámbito objetivo de aplicación.

Por otro lado es obvio que en la tramitación del expediente de contratación objeto del recurso se ha producido un supuesto de inactividad al no adjudicarse el contrato en el plazo de dos meses desde la apertura de proposiciones, como previene el artículo 161.2 para los contratos con pluralidad de criterios de adjudicación, como el que ahora nos ocupa debiendo examinarse si procede entrar a conocer del recurso contra la inactividad en la tramitación y la falta de resolución del expediente de contratación invocada por la recurrente.

En el ámbito de la inactividad de la Administración considerado desde un punto de vista amplio, cabe distinguir dos mecanismos de recurso diferentes, de un lado el recurso contra actos presuntos, -tanto en vía administrativa, como en vía jurisdiccional- , y el recurso contra la inactividad de la Administración, previsto para la vía jurisdiccional.

Debe partirse de la obligación de resolver que tiene la Administración con carácter general para todo tipo de procedimientos, de acuerdo con lo establecido en el artículo 42.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC), obligación que para los procedimientos de licitación de los contratos públicos, se concreta en lo dispuesto en el artículo 161 del TRLCSP, que para los contratos con pluralidad de criterios, como es el caso, establece un plazo de adjudicación de dos meses desde la apertura de las proposiciones.

En los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, la LRJ-PAC, en concreto su artículo 43, regula los efectos estimatorios o desestimatorios del silencio, estableciendo para evitar la indefensión ante una actitud pertinaz de la Administración, que no dicte la resolución que en cada caso corresponda, la ficción jurídica del acto desestimatorio por silencio, que *“tiene los solos efectos de permitir a los interesados la interposición de recurso administrativo o contencioso administrativo que resulte procedente”*.

En este contexto normativo lo primero que debe señalarse en relación con el caso concreto que nos ocupa, que los procedimientos de licitación contractuales, no son procedimientos iniciados a solicitud de los interesados, sino que es el órgano de contratación a quien corresponde iniciar de oficio el correspondiente procedimiento motivando, como indica el artículo 109 del TRLCSP, la necesidad del contrato. Así desde esta óptica este Tribunal entiende que no se genera un acto presunto que pudiera ser susceptible de recurso.

Pero es que además, por otro lado cabría plantearse la posibilidad de considerar de aplicación el artículo 44 de la LRJ-PAC y considerar que el efecto de la falta de actuación es generar un acto presunto desestimatorio, en virtud del apartado 1 del citado precepto. Ahora bien el procedimiento de adjudicación contractual de concurrencia competitiva tiene su propia naturaleza distinta de la de los procedimientos a que se refiere el citado precepto, si bien la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de las Islas Baleares en informe 4/2005, de 28 de abril señala que *“Por aplicación del artículo 44 de la LRJ-PAC si el procedimiento de adjudicación no se resuelve en el plazo de tres meses a contar desde la apertura del procedimiento (artículo 89 del LCAP) los licitadores podrán entender denegada sus ofertas por silencio administrativo, con el derecho de los empresarios admitidos a concurso, a retirar sus proposiciones y a que se les devuelva o cancele la garantía que hubieran prestado”*.

Entiende este Tribunal que en este caso, debe aplicarse como ley especial el TRLCSP, de manera que la falta de resolución del procedimiento en el plazo establecido, considerando su naturaleza denegatoria, tiene únicamente el efecto previsto en el artículo 161 *“De no producirse la adjudicación dentro de los plazos señalados, los licitadores tendrán derecho a retirar su proposición”*, sin que por lo tanto sea dado a este Tribunal examinar la adecuación a derecho o no de la denegación presunta, que como decimos solo puede producir el efecto legalmente previsto en el TRLCSP, como ley especial aplicable al supuesto, de liberar a los licitadores de la propuesta efectuada. Todo ello sin perjuicio en su caso de una eventual indemnización por los perjuicios ocasionados de acuerdo con el régimen general de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, de ejercitarse la correspondiente pretensión.

Por último respecto de la posibilidad interponer recurso especial contra la inactividad de la Administración, aplicando la Ley 29/1889, de 13 de junio, reguladora del recurso contencioso administrativo, que permite tal posibilidad en su artículo 25.2, aunque el recurso especial en materia de contratación puede ser considerado como cuasijurisdiccional, lo cierto es que se trata de un recurso especial procedente solo contra determinados actos dictados en los procedimientos de contratación pública, sin que le sean de aplicación directa las normas de la jurisdicción contencioso administrativa, no siendo posible extender el ámbito objetivo de aplicación del recurso a actos no contemplados en el TRLCSP, expresamente o por analogía, como susceptibles del mismo.

En su virtud, previa deliberación, en sesión celebrada en la fecha del encabezamiento, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 41 del TRLCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid,

ACUERDA

Primero.- Inadmitir el recurso especial en materia de contratación formulado por Don G.P.D., en nombre y representación de INCIPRESA SAU, contra “*la inactividad del órgano de contratación*”, en el expediente de contratación "Suministro de vehículo de rescate y salvamento con grúa, para el Servicio de Extinción de Incendios y Salvamento del Ayuntamiento de Móstoles" Expte C/037/CON/2011-093.

Segundo.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

Tercero.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 49 TRLCSP.