

Ref: SUB/SCC/mv-jb  
Informe 3/2011

**INFORME 3/2011 DE 16 MAIG DE 2011. SUSPENSIÓ DE LA TRAMITACIÓ DE L'EXPEDIENT DE CONTRACTACIÓ PER INTERPOSICIÓ DE RECURS ESPECIAL CONTRA L'ADJUDICACIÓ PROVISIONAL. INTERPRETACIÓ DE LA DISPOSICIÓ TRANSITÒRIA TERCERA APARTAT SEGON DE LA LLEI 34/2010, DE 5 D'AGOST DEL 2010. EXTEMPORANEÏTAT EN LA CONSTITUCIÓ DE LA GARANTIA DEFINITIVA. CONSEQÜÈNCIES JURÍDIQUES.**

**ANTECEDENTS**

Amb data 15 de febrer de 2011, ha tingut entrada en la Junta Superior de Contractació Administrativa de la Generalitat, sol·licitud d'informe de l'Ajuntament de Massanassa en els termes següents:

“VICENTE PASTOR CODOÑER, COM A ALCALDE DE MASSANASSA (VALÈNCIA) DAVANT DE LA JUNTA SUPERIOR DE CONTRACTACIÓ ADMINISTRATIVA DE LA GENERALITAT VALENCIANA COMPAREIX I EXPOSA:

Que esta administració local tramita l'expedient de revocació d'adjudicació provisional del contracte de prestació de servicis a l'empresa Limpiezas, Ajardinamientos y Servicios Seralia, SA, per compliment extemporani de tràmits requerits per a l'adjudicació definitiva, els antecedents d'este expedient són els que a continuació s'indiquen :

Primer.- Per mitjà de Provisió d'Alcaldia de data 1 de juny de 2010 s'acorda iniciar expedient de contractació harmonitzada de prestació de servicis de neteja en els edificis i dependències municipals.

La convocatòria pública va ser anunciada en el Diari Oficial de la Unió Europea i posteriorment en el Boletín Oficial del Estado de data 23 d'agost de 2010.

El Ple de la corporació en sessió realitzada el dia 9 de desembre va adoptar l'acord d'adjudicació provisional del contracte de prestació de servicis a l'empresa Limpiezas, Ajardinamientos y Servicios Seralia, SA, pel preu cert de 210.120 euros i va requerir l'adjudicatari perquè en el termini de 15 dies constituïra la garantia definitiva i aportara la documentació acreditativa d'estar al corrent de les seues obligacions tributàries i socials.

La publicació de l'acord d'adjudicació va ser anunciada en la Plataforma de Contractació de la Generalitat Valenciana amb inserció de l'acord adoptat, a les 9.30 h del dia 17 de desembre de 2010 i notificada a la mercantil el 27 del mes indicat.

Segon.- Amb data 5 de gener de 2011 l'empresa licitadora en esta convocatòria de contractació Samsic interposa recurs especial contra l'acord d'adjudicació provisional adoptat pel Ple de la

Ref: SUB/SCC/mv-jb  
Informe 3/2011

corporació per entendre que l'empresa Limpiezas, Ajardinamientos y Servicios Seralia, SA, es troba afectada per causa de prohibició de contractar atesa la seua vinculació amb l'empresa Begar Construcciones y Contratos que es troba subjecta a procediment concursal.

Tercer.- Mitjançant Resolució d'Alcaldia núm. 46/11 de 18 de gener, atenent el caràcter extemporani del compliment realitzat a l'empresa Seralia amb ocasió de l'adjudicació provisional, s'acorda:

'Instruir expedient a fi de declarar decaiguda l'adjudicació provisional del contracte de prestació de servicis de neteja de dependències i centres públics municipals, acordada pel Ple d'este ajuntament en sessió de 9 de desembre del 2010, a favor de l'empresa Limpiezas, Ajardinamientos y Servicios Seralia, SA.'

'Instruir igualment expedient de confiscació de la garantia provisional constituïda per la mercantil Limpiezas, Ajardinamientos y Servicios Seralia, SA'

Quart.- En el tràmit d'audiència concedit la mercantil Seralia compareix i formula al·legacions en el seu descàrrec que neguen l'existència de presentació extemporània en la constitució de garantia definitiva i dels documents requerits, per entendre que la interposició del recurs especial contra l'acord d'adjudicació provisional del contracte determina la suspensió del procediment de contractació, i que al seu parer esta suspensió afecta el termini legal estipulat per al compliment de les obligacions formals que la legislació en matèria de contracte li imposa com a condició per a la seua adjudicació definitiva.

L'argumentació jurídica en què es fonamenta la instrucció de l'expedient és la següent:

#### **FONAMENTS JURÍDICS:**

Primer.- Normativa aplicable

La disposició transitòria tercera de la Llei 34/2010, de 5 d'agost, de modificació de la Llei 30/2007, de 30 d'octubre, de Contractes del Sector Públic, disposa que en els expedients de contractació iniciats abans de l'entrada en vigor d'esta llei es podran interposar la qüestió de nul·litat i el recurs previst en l'art. 310 de la Llei de Contractes del Sector Públic.

Excepte en matèria dels recursos mencionats, en tot els altres és d'aplicació la LCSP vigent abans de l'aprovació de la dita Llei 34/2010.

Segon.- Efectes derivats de la interposició del recurs

Art. 315. Una vegada interposat el recurs, si l'acte recorregut és el d'adjudicació, quedarà en suspens la tramitació de l'expedient de contractació.

Ref: SUB/SCC/mv-jb  
Informe 3/2011

L'apartat seté de l'article 37 de la Llei de Contractes del Sector Públic, en la seua redacció anterior a l'entrada en vigor de la Llei 34/2010, de 5 d'agost, establia, com així indica la mercantil Limpiezas, Ajardinamientos y Servicios Seralia, SA, en el seu escrit d'al·legacions, el següent:

‘Si l'acte recorregut és el d'adjudicació provisional, quedarà en suspens la tramitació de l'expedient de contractació fins que es resolga expressament el recurs, sense que es puga, per tant, precedir a l'adjudicació definitiva i formalització del contracte. No obstant això, si el recurs s'haguera interposat contra l'acte d'adjudicació provisional d'un acord marc del qual puguen ser part un nombre no limitat d'empresaris, l'òrgan competent per a resoldre'l podrà alçar la suspensió una vegada transcorreguts cinc dies hàbils des de la seua interposició.’

D'altra banda en l'apartat c) de l'article 37, en l'actual redacció, a l'establir els supòsits especials de nul·litat contractual determina:

Quan a pesar d'haver-se interposat el recurs especial en matèria de contractació a què es referixen els arts. 310 i següents, es porte a efecte la formalització del contracte sense tindre en compte la suspensió automàtica de l'acte d'adjudicació en els casos en què fora procedent, i sense esperar que l'òrgan independent haguera dictat una resolució sobre el manteniment o no de la suspensió de l'acte recorregut.

Una interpretació integradora d'estos preceptes permet afirmar que els efectes suspensius de la interposició del recurs especial afecten únicament els actes referits a l'adjudicació definitiva i a la posterior formalització del contracte, sense que de la seua interposició es derive la voluntat del legislador d'establir una demora en el compliment de les càrregues que l'article 135.4 imposa a l'adjudicatari provisional en els termes següents:

‘L'elevació a definitiva de l'adjudicació provisional no podrà produir-se abans que transcorreguen quinze dies hàbils comptats des d'endemà d'aquell en què es publique aquella en un diari oficial o en el perfil de contractant de l'òrgan de contractació. Les normes autonòmiques de desplegament d'esta llei podran fixar un termini major, sense excedir el d'un mes.

Durant este termini, l'adjudicatari haurà de presentar la documentació justificativa de trobar-se al corrent en el compliment de les seues obligacions tributàries i amb la Seguretat Social i qualssevol altres documents acreditatius de la seua aptitud per a contractar o de l'efectiva disposició dels mitjans que s'hagueren compromés a dedicar o adscriure a l'execució del contracte conforme a l'art. 53.2 que li reclame l'òrgan de contractació, així com constituir la garantia que, si és el cas, siga procedent. Els certificats corresponents podran ser expedits per mitjans electrònics, informàtics o telemàtics, llevat que s'establisca una altra cosa en els plecs.’

Tercer.- Confiscació de la garantia provisional

L'adjudicació provisional realitzada per esta administració en compliment del règim jurídic aplicable segons la disposició transitòria tercera de la Llei 34/2010, de 25 d'agost, constituïx (segons

Ref: SUB/SCC/mv-jb  
Informe 3/2011

la configuració normativa que d'esta actuació administrativa establix l'art. 310.2 d'esta llei), un acte de tràmit, sense que la interposició del recurs especial de caràcter potestatiu contra este puga provocar la suspensió automàtica de la tramitació de l'expedient de contractació que s'arreplega en l'actualitat en l'article 315 de la Llei de Contractes del Sector Públic, ja que en este precepte es preveu que tan sols es produirà este efecte suspensiu quan l'objecte del recurs siga l'adjudicació definitiva.

La inexistència d'efectes suspensius derivats de l'acord de la interposició de recurs especial contra l'adjudicació provisional, en els terminis en què l'adjudicatari ha de complir l'aportació de documents indicats en l'art. 153.4, determina la impossibilitat legal de portar a efecte una adjudicació definitiva del contracte a favor de l'empresa Seralia per incompliment de les condicions essencials per a això.

Este incompliment formal comporta per si mateix la conseqüència jurídica de la confiscació de la fiança provisional aportada ja que este tipus de fiances respon, segons el que disposa l'article 91 de la Llei de Contractes del Sector Públic, tant del manteniment de la seua oferta fins a l'adjudicació provisional del contracte, com del compliment de les 5 obligacions que li imposa el segon paràgraf de l'art. 135.4.

Esta previsió legal confirma la plena vigència de l'art. 62.1 del Reglament de Contractació que establix que procedirà a l'execució de la garantia provisional en els supòsits següents:

- 1r.- Si algun licitador retira la seua proposició injustificadament abans de l'adjudicació.
- 2n.- O si l'adjudicatari no constituïx la garantia definitiva.
- 3r.- O, per causes imputables a este, no es poguera formalitzar en termini el contracte.

Quart.- Valor jurídic de la notificació personal.

Respecte a l'existència d'error en la notificació de l'acord d'adjudicació provisional, a l'haver-se realitzat en la seu de la Delegació de València de l'adjudicatari i no en el domicili social de la central, que determinaria la no extemporaneïtat en el compliment de les seues obligacions formals, es considera que esta al·legació no ha de ser acollida per disposar el 87.1 de la llei que l'adjudicatari del contracte haurà d'acreditar en el termini assenyalat en l'article 135.4, la constitució de la garantia definitiva amb l'advertiment exprés que en el supòsit de no complir l'adjudicatari provisional el requisit de constituir la garantia per causes a ell imputables, l'administració declararà decaiguda l'adjudicació provisional a favor seu, i s'aplicarà el que disposa l'article 135.5 de la Llei.

Esta obligació de constituir la garantia definitiva, sempre que siga exigible, ha de complir-se en el termini que assenjala l'article 135.4, termini que, com s'ha assenyalat, comença el seu còmput des de l'endemà d'aquell en què es publique la resolució d'adjudicació provisional, com així ho té manifestat la Junta Consultiva de Contractació Administrativa en el dictamen 55/09 d'1 de febrer de 2010, a l'entendre que la notificació de la resolució d'adjudicació provisional, si bé és obligada per estar així disposat en l'article 135.3 mencionat i per ser un acte administratiu que afecta els drets i interessos dels candidats o licitadors conforme indica l'article 58.1 de la Llei 30/1992

Ref: SUB/SCC/mv-jb  
Informe 3/2011

EDL1992/17271, no condiona que l'eficàcia de la resolució no queda demorada fins que esta es produïska, en el sentit de l'article 57.2 de la Llei 30/1992 EDL1992/17271, i això perquè la interpretació contrària entraria en col·lisió amb l'apartat 4 de l'article 135 de la Llei de Contractes del Sector Públic.

Atenent els antecedents i les consideracions jurídiques exposades es formula la conclusió següent:

Primera.- L'incompliment de l'adjudicatari provisional del requisit de constituir en termini assenyalat en l'article 135.4 la garantia per causes a ell imputables, obliga l'administració a declarar decaiguda l'adjudicació provisional a favor seu, i aplicar el que disposa l'article 135.5 de la llei.

Segon.- Pertoca aplicar el que disposa l'article 135.5 de la llei per incompliment de l'adjudicatari provisional, empresa Limpiezas, Ajardinamientos y Servicios Seralia SA, de les condicions necessàries per a ser-li adjudicat el contracte i d'acord amb esta norma i abans de procedir a una nova convocatòria l'administració podrà efectuar una nova adjudicació provisional al licitador o licitadors següents a aquell, per l'ordre en què hagen quedat classificades les seues ofertes, sempre que això siga possible i que el nou adjudicatari haja prestat la seua conformitat, i en este cas es concedirà a este un termini de deu dies hàbils per a complir el que assenyalava el segon paràgraf de l'apartat anterior.

Tercer.- L'art. 91 de la LCSP preveu que les garanties provisionals constituïdes responen de l'incompliment de les obligacions formals indicades en les normes esmentades. No obstant això, la corporació amb el seu superior criteri determinarà el que considere pertinent.

Segons els antecedents indicats,

SOL·LICITE

De la Junta Superior de Contractació l'emissió d'informe sobre els punts següents:

Si conforme a la normativa anteriorment indicada, la interposició per una de les empreses concurrents a la licitació del recurs especial en matèria de contractació, previst en la Llei de Contractes del Sector Públic, determina la suspensió dels terminis en què l'adjudicatari provisional ha de presentar la documentació justificativa de trobar-se al corrent en el compliment de les seues obligacions tributàries i amb la Seguretat Social i constituïska la garantia provisional conforme al que s'ha exigit en el plec de condicions (art. 135.4 LCSP)

Si este incomplint determina per si mateix la confiscació de la garantia provisional constituïda, atenent el caràcter preclusiu dels terminis en què ha de complir l'obligació anteriorment indicada.”

A la sol·licitud d'informe s'adjunta la documentació següent:

Ref: SUB/SCC/mv-jb  
Informe 3/2011

- 1.- Certificació d'acord plenari en sessió de 10 de febrer del 2011 que ratifica la resolució d'Alcaldia núm. 46 per la qual s'inicia l'expedient de revocació de l'acord d'adjudicació provisional.
- 2.- Dictamen de la Comissió Informativa d'Urbanisme que interessa l'adopció de l'acord de revocació.
- 3.- Informe de Secretaria de data 2 de febrer del 2011.
- 4.- Escrit d'al·legacions de l'empresa que s'oposa a la revocació de l'adjudicació provisional i confiscació de la garantia provisional.
- 5.- Resolució d'Alcaldia núm. 46/2011 per la qual s'acorda iniciar l'expedient de revocació i confiscació de la garantia provisional per presentació extemporània de documentació i constitució de garantia provisional.

### CONSIDERACIONS JURÍDIQUES

Amb caràcter previ, esta Junta ha de manifestar que no és la seua missió actuar com una via de recurs o constituir-se en òrgan jutgador d'expedients concrets, per la qual cosa les conclusions que es deriven del present informe respondran a les qüestions d'interés general plantejades per l'òrgan consultant.

De l'examen de la documentació aportada i de les dades a què ha tingut accés esta Junta en el perfil de contractant resulta:

1. La licitació es va publicar en el DOUE en data 31 de juliol de 2010
2. L'adjudicació provisional va tindre lloc per acord de Ple de data 9 de desembre de 2010.
3. L'adjudicació provisional es va publicar en el perfil de contractant en data 17 de desembre de 2010
4. L'adjudicació esmentada es va notificar en la delegació de València de l'empresa adjudicatària provisional en data 17 de desembre de 2010 (data del justificant de recepció), i no el 27 de desembre de 2010, com consta en l'informe de Secretaria, requerint a l'empresa adjudicatària provisional la presentació de la documentació corresponent i la constitució de garantia en el termini de "quinze dies comptats des del següent al de la notificació".
5. Per l'esmentada empresa es va constituir la garantia definitiva en data 11 de gener del 2011.
6. La Resolució d'Alcaldia núm. 46/2011, ratificada per acord plenari de 10 de febrer del 2011 disposa que l'adjudicatari provisional no ha constituït la garantia en el temps concedit per a això, i fa expressa referència a este termini respecte de la publicació en el perfil de contractant.

1.- Règim aplicable en matèria de recurs especial a l'adjudicació provisional dictada en data 9 de desembre del 2010 i efectes suspensius d'esta en la tramitació de l'expedient.

Ref: SUB/SCC/mv-jb  
Informe 3/2011

L'expedient de contractació de referència és un clar supòsit dels previstos en la disposició transitòria tercera, apartat 2, de la Llei 34/2010, de 5 d'agost, de modificació de les lleis 30/2007, de 30 d'octubre, de Contractes del Sector Públic, 31/2007, de 30 d'octubre, sobre procediments de contractació en els sectors de l'aigua, l'energia, els transports i els servicis postals, i 29/1998, de 13 de juliol, reguladora de la Jurisdicció Contenciosa Administrativa per a adaptació a la normativa comunitària de les dos primeres (en endavant Llei 34/2010, de 5 d'agost). Esta norma legal va entrar en vigor el 9 de setembre del 2010. La disposició transitòria esmentada estableix:

“2. En els expedients de contractació iniciats abans de l'entrada en vigor d'esta llei podran interposar-se la qüestió de nul·litat i el recurs previst en l'article 310 de la Llei de Contractes del Sector Públic i la reclamació regulada en els articles 101 i següents de la Llei 31/2007, de 30 d'octubre, contra actes susceptibles de ser recorreguts o reclamats en esta via, sempre que s'hagen dictat amb posterioritat a la seua entrada en vigor” (El subratllat és el nostre).

Per tant, la qüestió que se suscita és si l'adjudicació provisional, dictada en data 9 de desembre del 2010, és un acte susceptible de recurs especial en matèria de contractació després de l'entrada en vigor de la Llei 34/2010, de 5 d'agost i, en cas afirmatiu, amb quin abast i efectes, la qual cosa fa necessària una anàlisi de la naturalesa de l'adjudicació provisional al moment de dictar-se i el seu acoblament en la Llei 34/2010, de 5 d'agost.

Per a això, hem d'acudir necessàriament a les directives 89/665/CEE i 92/13/CEE, modificades per la Directiva 2007/66/CE, de coordinació de les disposicions legals, reglamentàries i administratives referents a l'aplicació dels procediments de recurs en matèria d'adjudicació dels contractes públics, que s'han d'interpretar en el sentit que els estats membres estan obligats a establir un procediment de recurs que permeta al demandant obtindre, si concorren els corresponents requisits, l'anul·lació de la decisió de l'òrgan de contractació, anterior a la subscripció de contracte, per la qual resol amb quin licitador el subscriurà. En el dret comunitari en matèria de contractació pública, el terme “subscriure un contracte”, o, si es preferix, “adjudicar”, es produïx quan es formalitza el contracte entre l'entitat adjudicadora i el contractista (STJUE de 28 d'octubre de 1999 en l'assumpte C-81/98 Alcatel i altres, i STJUE contra el Regne d'Espanya de 3 d'abril del 2008. Assumpte C-444/06).

En conseqüència, el règim de dualitat d'adjudicacions (provisional i definitiva) establert per la Llei 30/2007, de 31 d'octubre, de Contractes del Sector Públic (en endavant LCSP), en la mesura que l'acte d'adjudicació definitiva implicava de 'iure' la subscripció del contracte (perfecció); que la formalització del contracte podia ser concomitant a la seua adjudicació o seguir-la en molt breu termini al no estar subjecta a cap termini mínim i, finalment, que podia dur-se a terme en el moment que l'adjudicatari haguera acreditat la constitució de la garantia definitiva, exigint únicament que esta constitució tinga lloc a tot tardar dins dels quinze dies següents a la notificació de l'adjudicació provisional, tot això, no permetia, d'acord amb les exigències de la Directiva sobre recursos, interposar un recurs contra la decisió d'adjudicació d'un contracte públic abans de la mateixa subscripció d'este (formalització).



Ref: SUB/SCC/mv-jb  
Informe 3/2011

La Llei 34/2010, de 5 d'agost, en aplicació del règim comunitari i davant del procediment d'infracció que va motivar la sentència condemnatòria del Tribunal de Justícia de la Unió Europea de data 3 d'abril del 2008, substituïx l'adjudicació provisional per una proposta d'adjudicació, fa una nova redacció de l'art. 135.1 i estableix una única adjudicació i un termini obligatori en els contractes susceptibles de recurs especial per a la formalització, acte este que és el que perfecciona el contracte. Així la disposició esmentada estableix:

1. L'òrgan de contractació classificarà, per ordre decreixent, les proposicions presentades i que no hagen sigut declarades desproporcionades o anormals conforme al que assenyalava l'article següent. Per a realitzar esta classificació, atindrà els criteris d'adjudicació assenyalats en el plec o en l'anunci i podrà sol·licitar per a això tots els informes tècnics que estime pertinents. Quan l'únic criteri a considerar siga el preu, s'entendrà que l'oferta econòmicament més avantatjosa és la que incorpora el preu més baixa.
2. L'òrgan de contractació requerirà el licitador que haja presentat l'oferta econòmicament més avantatjosa perquè, dins del termini de deu dies hàbils, a comptar de l'endemà d'aquell en què haguera rebut el requeriment, presente la documentació justificativa de trobar-se al corrent en el compliment de les seues obligacions tributàries i amb la Seguretat Social o autoritze l'òrgan de contractació per a obtindre de forma directa l'acreditació d'això, de disposar efectivament dels mitjans que s'haguera compromés a dedicar o adscriure a l'execució del contracte conforme a l'article 53.2, i d'haver constituït la garantia definitiva que siga procedent. Els certificats corresponents podran ser expedits per mitjans electrònics, informàtics o telemàtics, llevat que s'establisca una altra cosa en els plecs.

Com es pot observar, esta proposta d'adjudicació dista molt de la regulació de l'adjudicació provisional existent abans de la reforma introduïda per la Llei 34/2010, de 5 d'agost, ja que l'art. 135.4 perfilava aquella com un acte motivat que s'havia de notificar als candidats o licitadors i publicar-se en un diari oficial o en el perfil de contractant de l'òrgan de contractació, aplicant-se el que preveu l'article 137 quant a la informació que s'havia de facilitar a aquells encara que el termini per a la seua tramesa era de cinc dies hàbils (vista de l'expedient), i en els procediments negociats i de diàleg competitiu, concretaria i fixaria els termes definitius del contracte. Per tant, cal considerar-la com un acte de tràmit que decidia directament l'adjudicació, a més d'impedir la continuació del procediment.

Amb més motiu i conforme a l'article 37 en la seua redacció original de la LCSP, l'adjudicació provisional era l'acte recurrible per mitjà de recurs especial la interposició del qual determinava la suspensió de la tramitació de l'expedient de contractació.

Arribats a este punt hem d'afirmar que l'adaptació dels expedients iniciats amb aquell règim però adjudicats provisionalment després de la nova regulació de la Llei 34/2010, de 5 d'agost, ha de fer-se en el sentit de considerar l'adjudicació provisional com un acte de tràmit que impedis la continuació del procediment, a més de decidir directament l'adjudicació del contracte, i per tant recurrible per mitjà de recurs especial de conformitat amb l'art. 310.2.b) de la LCSP modificada per la llei esmentada. Si bé la mera interposició del recurs contra esta adjudicació provisional, no



Ref: SUB/SCC/mv-jb  
Informe 3/2011

determina la suspensió de la tramitació de l'expedient, i conseqüentment no interrompen el termini de presentació de la documentació a què fa referència l'art. 53.2 i la constitució de la garantia definitiva (que no provisional com cita el text de la consulta) per l'adjudicatari provisional en el termini estipulat en l'art. 135.4. de la LCSP, abans de la seua reforma. En esta línia, cal afirmar que seria l'acte d'adjudicació definitiva el recurrible amb els efectes suspensius immediats previstos en l'article 315 de la LCSP en la redacció que en fa la Llei 34/2010, de 5 d'agost.

Si bé no pareix deduir-se de l'escrit de consulta, no obstant això cal fer una puntualització, ja que hem de tindre en compte que, abans d'interposar el recurs especial, l'article 313 de la LCSP modificada determina que les persones físiques i jurídiques legitimades per a això podran sol·licitar davant de l'òrgan competent per a resoldre el recurs l'adopció de mesures provisionals. Estes mesures aniran dirigides a corregir infraccions de procediment o impedir que es causen altres perjudicis als interessos afectats, i podran estar incloses, entre elles, les destinades a suspendre o a fer que se suspenga el procediment d'adjudicació del contracte en qüestió o l'execució de qualsevol decisió adoptada pels òrgans de contractació. (art.313.LCSP).

Per tant, hem de concloure que la interposició del recurs especial contra l'adjudicació provisional de la contractació del servei de neteja de l'ajuntament consultant, sense interposició de mesura cautelar destinada a fer suspendre la dita adjudicació, no determina per si sola la suspensió de la tramitació de l'expedient de contractació i, per tant, la suspensió dels terminis destinats a complir el que estableix l'article 53.2 de la LCSP en la redacció anterior, constituir la garantia definitiva prevista en l'article 87 i presentar la restant documentació exigida en l'article 135.4.

2.- Termini per a la presentació de la documentació requerida i constitució de la garantia definitiva. Notificació de l'acord plenari d'adjudicació provisional. Vigència de l'article 62 del Reial Decret 1098/2010, de 12 d'octubre de 2001. Conseqüència de la no constitució de la garantia definitiva en termini.

L'extemporaneïtat en la constitució de la garantia definitiva per l'adjudicatari provisional, que motiva la Resolució d'Alcaldia núm. 46/11 i ratifica l'Acord plenari en sessió de data 10 de febrer de 2011 sobre la base dels informes de la Secretaria de l'Ajuntament de data 2 de gener de 2011 i dictamen de la Comissió Informativa d'Urbanisme de 8 de febrer de 2011, basa la seua argumentació en l'inici del còmput del termini des de l'endemà de la publicació de l'adjudicació provisional, efectivament, segons diu l'article 135.4 de la LCSP, en la redacció anterior a la reforma per la Llei 34/2010, de 5 d'agost. Al haver-se produït este fet en data 17 de desembre, i haver constituït la garantia definitiva el contractista l'11 de gener dl 2011, el Ple de l'Ajuntament acorda declarar decaiguda l'adjudicació provisional i confiscar la garantia provisional, d'acord amb les actuacions de l'entitat local esmentada, per extemporaneïtat.

En este punt, crida l'atenció que en l'inici de l'expedient de revocació de l'adjudicació provisional, en la fonamentació per a l'inici del còmput del termini de presentació de documentació i de constitució de la garantia definitiva, sobre la base del dictamen de la Comissió Informativa d'Urbanisme i de l'informe de Secretaria, es pren efectivament l'establert per la LCSP: des de

Ref: SUB/SCC/mv-jb  
Informe 3/2011

l'endemà de la publicació en el perfil de contractant; mentre que l'indicat en la notificació de l'acord d'adjudicació provisional diu “ des de l'endemà de la notificació del present acord”.

És patent que el mateix ajuntament ha establert criteris distints, encara que en la realitat les dates foren coincidents, tenint en compte que el justificant de recepció es produïx en data 17 de desembre de 2010 i la publicació en el perfil, en la mateixa data. Esta discrepància, no imputable al contractista, podria haver donat lloc a dates distintes. Igualment, cal indicar que crida l'atenció com s'ha considerat en les actuacions l'al·legació de l'empresa sobre la pràctica de la notificació en lloc diferent de l'indicat per esta. En efecte, a este respecte únicament s'argumenta mitjançant les referències a l'article 135.4 de la LCSP i l'article 87.1 de la llei esmentada (sempre entenent amb anterioritat a la reforma per Llei 34/2010, de 5 d'agost), màximament, tenint en compte no sols la transcendència d'esta al·legació, sinó que és la notificació la que li requerix la documentació i constitució de la garantia definitiva i li indica el termini per a fer-ho. Per això, recomanem a l'ajuntament consultant una comprovació de totes les actuacions a fi de no crear, si més no, una situació injusta. Efectivament, perquè l'art. 62 del Reglament general de la Llei de Contractes de les Administracions Públiques, aprovat per Reial Decret 1098/2001, de 12 d'octubre (RGLCAP), plenament vigent i d'aplicació, conjuntament amb el que disposa l'article 87.1 de la LCSP, determinen:

- a) Que la no constitució de la garantia definitiva comporta la pèrdua o confiscació de la garantia provisional.
- b) Que, efectivament, l'extemporaneïtat en la constitució equivaldria a la no constitució conforme al que disposa l'article 87.1 de la LCSP.
- c) Que, en tot cas, han de ser imputables únicament al licitador proposat adjudicatari els fets que motiven la decisió de l'òrgan de contractació.

## CONCLUSIONS

PRIMERA.- Contra l'adjudicació provisional acordada amb posterioritat a l'entrada en vigor de la Llei 34/2010, de 5 d'agost de 2010, només cap la interposició del recurs especial regulat en els articles 310 i següents de la LCSP, quan reunisca els requisits que, d'acord amb este article, permeten recórrer els actes de tràmit.

SEGONA.- De conformitat amb la disposició transitòria tercera, apartat 2, de la Llei 34/2010, de 5 d'agost de 2010, la interposició del recurs especial contra l'adjudicació provisional de conformitat amb l'article 310 de la LCSP, sense que conste sol·licitud prèvia de mesura provisional per la qual se sol·licite la suspensió de la tramitació de l'expedient, en els termes i formes previstes en la llei esmentada, no suspén la tramitació de l'expedient de contractació, raó per la qual, consegüentment, els terminis per a la presentació de la documentació a què fa referència l'article 135.4 de la LCSP, en la seua redacció anterior a la reforma, no han quedat interromputs.

Ref: SUB/SCC/mv-jb  
Informe 3/2011

TERCERA.- Amb caràcter general, una vegada transcorregut el termini per a la presentació de la documentació esmentada i la constitució de la garantia definitiva, sense haver-se complert això per l'adjudicatari provisional o havent-se complert fora del termini legal establert, sempre que l'extemporaneïtat en la constitució de la garantia siga exclusivament per causa imputable al contractista, estarem davant d'un supòsit dels regulats en l'article 62.1 del Reial Decret 1098/2001, pel qual s'aprova el Reglament general de la Llei de Contractes de les Administracions Públiques, de plena aplicació i d'acord amb la Llei de Contractes del Sector públic en esta matèria.

**El present informe s'emeta a l'empara del que disposa l'article 15 del Decret 79/2000, de 30 de maig, del Govern Valencià, pel qual es crea la Junta Superior de Contractació Administrativa de la Generalitat Valenciana, i no tindrà caràcter vinculant. Per tant, l'òrgan consultant podrà adoptar la seua decisió ajustant-se o apartant-se del criteri de la Junta, amb l'obligació de motivar la seua decisió en este últim cas.**

LA SECRETÀRIA DE LA JUNTA

Margarita Vento Torres

Vist i plau  
EL PRESIDENT DE LA JUNTA  
(Per substitució, art. 1.a) Ordre  
d'11 de juny de 2001, DOGV 17/07/2001)

APROVAT PER LA JUNTA SUPERIOR DE  
CONTRACTACIÓ ADMINISTRATIVA, en  
data 16 de maig de 2011

José Miguel Escrig Navarro  
VICEPRESIDENT