

EXP-2- RESOLUCIÓN DEL RECURSO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO POR LOS SEÑORES P.M.N., A.O.S., O.V.A., C.H.P., M.G.A. Y E.M.G., CONTRA LA RESOLUCIÓN DEL CONSELLER DE EDUCACIÓN Y CULTURA DE 10 DE DICIEMBRE DE 2003, DE LAS ADJUDICACIONES DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DE SERVICIO DE BAR CAFETERÍA DE VARIOS INSTITUTOS DE EDUCACIÓN SECUNDARIA. RES-2/04

RESULTANDO que:

En fecha 15 de octubre de 2003, el consejero de Educación y Cultura dictó Resolución de inicio del expediente de contratación del servicio de Bar y cafetería de varias IES entre los que se encuentran los siguientes: IES Padre Alcover; IES Pau Casesnoves; IES Josep Sureda Blanes; IES Juniper Serrra; IES Francesc de Borja Moll; IES Joan Maria Thomas; IES Josep Maria Llompарт; IES Medina Mayurca; IES Politécnico; IES Son Ferrer; Guillem Sagrera, La adjudicación de los cuales se impugna.

Visto que, el día 15 de octubre de 2003, el consejero de Educación y Cultura, resuelve aprobar los expedientes de contratación antes identificados, así como el pliego de cláusulas administrativas y técnicas, al mismo tiempo que ordena se inicié el procedimiento de adjudicación por el sistema negociado sin publicidad.

Dado que, el día 16 de octubre de 2003, se envían las invitaciones a las empresas.

Dado que, el día 10 de diciembre de 2003 el consejero de Educación y Cultura resuelve adjudicar definitivamente al expediente de contratación para la prestación del servicio de bar cafetería de las IES ya enumeradas en el punto 1 de esta relación de hechos y objeto de recurso.

Dado que, el día 11 de diciembre de 2003, se notifica la adjudicación del expediente de contratación del servicio de bar cafetería de los IES antes mencionados a todos el participantes en la licitación.

Dado que, el día 2 de enero de 2004, los señores P.M.N., A.O.S. y O.V.A., interponen recurso de reposición contra la resolución del consejero de Educación y Cultura de 10 de diciembre de 2003, por la cual se lleva a término la adjudicación entre otras de los expedientes de contratación para la prestación del servicio de bar cafetería en los IES siguientes :

IES

1. Antoni Maura
2. Archiduc LLuis Salvador
3. Guillem C.Casanoves
4. Padre Alcover
5. Pau Casesnoves
6. Josep Sureda Blanes
7. Juniper Sierra
8. Calvià
9. Francesc de Borja Moll
10. Joan Maria Thomas
11. Josep Maria Llompart
12. Medina Mayurqua
12. Politécnico
14. Son Ferrer

Recurrentes interesados

- Sra. M.N.
- “
- “
- “
- “
- Sr. O.S.y Sra. M.N.
- “
- Sres. M.N., O.S. y V.A.
- “
- “
- “
- “
- “
- “

Dado que, el día 21 de enero de 2004, tuvo entrada a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa escrito del consejero de Educación y Cultura , que se adjuntaba a la copia compulsada del expediente completo de contratación objeto de este recurso, acompañado del correspondiente informe jurídico y del escrito de recurso interpuesto por la Sra. P.M.N., A.O.S. y O.V.A..

Dado que, el día 12 de enero de 2004, el señor C.H.P. interpuso recurso de reposición contra la Resolución del consejero de Educación y Cultura de 10 de diciembre de 2003, mediante la cual se lleva a término la adjudicación, entre otras, del expediente de contratación para la prestación del servicio de bar y cafetería de la IES de Calvià.

Dado que, el día 22 de enero de 2004, tuvo entrada a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa un escrito del consejero de Educación y Cultura que adjuntaba una copia compulsada del expediente completo de contratación del servicio de bar cafetería de la IES de Calvià, acompañado del correspondiente informe jurídico y de el escrito de recurso de reposición interpuesto por el Sr. C.H.P.

Dado que, el día 22 de enero de 2004, la Sra. M.G.A. interpuso recurso de reposición contra la Resolución del consejero de Educación y Cultura de 10 de diciembre de 2003, mediante la cual se lleva a término la adjudicación, entre otras, del expediente de contratación para la prestación del servicio de bar y cafetería de la IES de Santa Ponça Calvià.

Dado que, el día 6 de febrero de 2004, tuvo entrada a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa un escrito del consejero de Educación y Cultura que adjuntaba una copia compulsada del expediente completo de contratación del servicio de bar cafetería de la IES de Santa Ponça Calvià, acompañado del correspondiente informe jurídico y de el escrito de recurso de reposición interpuesto por la Sra. M.G.A.

Dado que, el día 09 de febrero de 2004, la señora E.M.G., interpuso recurso de reposición contra la Resolución del consejero de Educación y Cultura de 10 de diciembre de 2003, mediante la cual se lleva a término la adjudicación, del expediente de contratación para la prestación del servicio de bar y cafetería de un determinados IES de Mallorca entre ellos el Guillem Sagrera, la adjudicación del cual se impugna.

Dado que, el día 20 de febrero de 2004, tuvo entrada a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa un escrito del consejero de Educación y Cultura que adjuntaba una copia compulsada del expediente completo de contratación del servicio de bar cafetería de la IES Guiem Sagrera, acompañado del correspondiente informe jurídico y del escrito de recurso de reposición interpuesto por la Sra. E.M.G.

CONSIDERANDO: que, los tres primeros escritos de recurso se han planteado en plazo y habiendo acreditado la condición de interesados.

Dado que, todos el escritos de recurso previo de reposición se han interpuesto contra el mismo acto administrativo y que su contenido y fundamento guardan una identidad substancial, que los razonamientos jurídicos a tener en cuenta están planteados en similitud de postulados, pueden disponer la acumulación en el proceso de resolución en cuestión substanciado en un solo procedimiento y en una sola resolución, y todo ello, de acuerdo con el artículo 73 de la LRJPAC.

Dado que, los recursos se han tramitado en cumplimiento de los requisitos del artículo 66 de la Ley 3/2003, de 26 de marzo, de régimen, jurídico de la administración de la comunidad autónoma de las Illes Balears.

Dado que, los recurrentes plantean el recurso potestativo de reposición, en aplicación del que se prevé al artículo 110 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (LRJAP), el error en la calificación del recurso no será obstáculo para la tramitación, puesto que se deduce con claridad, que la elección del recurso llevado a cabo por el recurrente, era sin lugar a dudas, la de especial en materia de contratación, que establece el artículo 66 de la Ley 3/2003.

Dado que, el recurso interpuesto por los señores M.N., O.S. y V.A. se ha materializado en un solo escrito y por una pluralidad de sujetos activos, se ha de decir que esto está contemplado y permitido en el artículo 70.2 de la LRJ-PAC y, además en este supuesto, las pretensiones tienen un contenido y fundamentos similares.

Dado que, se ha dado traslado del escrito del recurso el resto de empresas invitadas a negociar al objeto de que puedan formular las alegaciones que consideren oportunas.

Dado que finalizado el plazo para presentar alegaciones a los recursos presentados y que se han presentado las siguientes:

J.M.A., fecha 26 de febrero de 2004. Al recurso interpuesto por C.H.R.o contra la adjudicación del servicio de bar cafetería de la IES Calvià.

J.M.G., fecha 26 de febrero de 2004, al recurso interpuesto por los señores P.M.N., O.V.A. y A.O.S. contra la adjudicación del servicio de bar cafetería de los IES, de Calvià, Pau Casanovas y José M^a Llompart.

J.M.A., fecha 26 de febrero de 2004. Al recurso interpuesto por M.G.A. contra la adjudicación del servicio de bar cafetería del IES Calvià.

C.S.D., fecha 27 de febrero de 2004. Al recurso interpuesto por los señores P.M.N., O.V.A. y A.O.S. contra la resolución del consejero de Educación y Cultura de 10 de diciembre de 2003.

M.F.D., fecha 27 de febrero de 2004, a los recursos presentados contra la resolución del consejero de Educación y Cultura de contra la adjudicación del servicio de bar cafetería de la IES Mossen Alcover.

S.R.M., fecha 27 de febrero de 2004, a los recursos interpuestos por P.M.N., O.V.A. y A.O.S. contra la adjudicación del servicio de bar cafetería de varios IES.

Dado que del contenido de las alegaciones anteriores no se aportan nuevos hechos, documentos o razonamientos que supongan elementos de juicio que impliquen la modificación de la resolución de estos recursos.

Dado que, el recurso presentado el día 9 de febrero de 2004, se ha interpuesto fuera de plazo y esto porque el día 29 de diciembre de 2003, la Sra. M. asevera conocer ya, que no es adjudicataria y por lo tanto conoce la resolución que impugna de día 10 de diciembre de 2003 y por esto presenta un escrito registrado 56944 dónde pide

una información y documentación en lo referente a la adjudicación. Esto supone dar fundamento a la no admisión del recurso por extemporaneidad.

Atendida la pretensión de declarar la nulidad del procedimiento de contratación objeto de este recurso en base a la omisión del número de expediente de contratación, si bien es cierto que el artículo 45 de la ley 3/2003, de 26 de marzo, establece que los procedimientos se identificarán con un código de identificación, el caso es que esta omisión no puede suponer una causa de nulidad ni de anulabilidad del procedimiento impugnado, toda vez que el recurrente no ha sufrido ninguna indefensión por esta omisión, ya que ha identificado con claridad los procedimientos administrativos que se ha impugnado y que esto, por aplicación de los artículos 58.3 y 63.2 de la LRJPAC, no está en absoluto, ante un supuesto de anulabilidad de actos administrativos.

Vista la solicitud de nulidad del procedimiento por falta de notificación de la resolución del expediente, esta se tiene que desestimar, puesto que según el artículo 93 de TRLCAP: *“La adjudicación del contrato...será notificada a los participantes en el licitación”* Pues bien, la notificación se ha producido, como se desprende del contenido del expediente, cosa distinta es la notificación de los motivos de rechazo del resto de proposiciones y las características de la proposición del adjudicatario que de acuerdo con el núm.5, del mencionado art.93, se hará a petición de parte. Esta solicitud no consta que se haya planteado por los recurrentes al expediente. Pero es más, la alegación de los recurrentes de pretender que se ha vulnerado lo establecido en el art. 58.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, es desconocer la Disposición adicional séptima de la LCAP que establece el régimen de prelación en la aplicación de las normas en materia de contratación administrativa, la cual califica como supletoria a la LRJPAC.

Vista la alegación de la imposibilidad de ofrecer en las IES algunos de los productos (platos combinados) que son objeto de valoración en el pliego de prescripciones y en las ofertas presentadas entendemos, de conformidad con el informe jurídico de la Consejería de Educación y Cultura, que en la normativa sanitaria es dónde se encuadra la pretensión de la parte recurrente y que esto no tiene que ser motivo de impugnación de los pliegos de prescripciones técnicas del procedimiento, puesto que la misma alegación afecta a los treinta IES y, la cuestión se plantea en el recurso interpuesto por el Sr. C.H.P., en cuanto a la adjudicación del bar cafetería del Calvià. Además, estamos ante un supuesto de elementos de valoración de la oferta, nunca ante un requisito esencial de la prestación del servicio a desarrollar con la adjudicación del contrato. Pero, con todo ello, el recurrente ha olvidado que, como dice el artículo 79.1 de la LCAP, con la presentación de proposiciones respondiendo a la invitación cursada, está al mismo tiempo aceptando íntegramente el pliego de

prescripciones administrativas y técnicas y que consecuentemente no se pueden impugnar esta fase del procedimiento: la adjudicación.

Las manifestaciones por parte del recurrente al incumplimiento de la normativa en materia de seguridad y higiene en el trabajo por parte de algunos adjudicatarios anteriores, no tiene ninguna conexión directa con esta licitación, y se tiene que considerar objeto de una instancia. En consecuencia, se resuelve sin más trámite.

Vista la reclamación de un supuesto derecho de traspaso derivado del contrato de prestación del servicio de bar cafetería del IES de Calvià reclamado por el recurrente Sr. Herrero, decir que, de acuerdo con el informe jurídico de la consejería, que este no se puede ejercitar en este recurso ni tiene nada a ver con el expediente de contratación impugnado.

Los recurrentes aseveran que la falta del trámite de la negociación en el procedimiento de contratación administrativa que se impugna supone la nulidad del expediente de contratación impugnado. La parte impugnatoria alega que el procedimiento negociado se caracteriza fundamentalmente por el requisito de la negociación de la administración con las empresas invitadas a presentar ofertas. Así es, efectivamente, y así se contempla en los artículos 73.4 y 92.3, este último, al afirmar que en el pliego de cláusulas administrativas particulares se determinan los aspectos económicos y técnicos que, en su caso, tengan que ser objeto de negociación con las empresas, y esto es recogido expresamente en el pliego de cláusulas administrativas del expediente de contratación objeto del recurso, en concreto en la cláusula 15 es donde se describe todo el procedimiento de negociación. Esta cláusula, no tan sólo pretende recoger la norma señalada, sino que va más allá, cuando establece todo un procedimiento negociado, atribuyendo varias funciones al servicio técnico correspondiente al servicio sustituto de la Mesa de contratación etc.

Abundando con lo anterior, y coincidiendo con, entre otras, los informes 21/97, de 14 de julio y 9/98, de 11 de junio de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Ministerio de Hacienda, hay que decir que el procedimiento negociado es un procedimiento de adjudicación caracterizado porque el contrato se adjudica, conforme al artículo 73,4 previa consulta y negociación de los términos del contrato con uno o más empresarios, frente a las otras formas de adjudicación: la subasta y el concurso. La consulta y la negociación son elementos esenciales definidores del procedimiento negociado, por lo tanto todas las cuestiones que se planteen dentro el procedimiento se tienen que resolver conciliando el principio de flexibilidad derivado de la negociación con la intervención de la Mesa de contratación o órgano equivalente.

La elección del sistema de procedimiento negociado sin publicidad se basa en que la adjudicación del servicio de bar cafetería de las IES dependientes de la Consejería de Educación y Cultura, la ley autoriza este sistema, en concreto el artículo 210 letra h) del TRLCAP, que admite la utilización del procedimiento negociado sin publicidad en los expedientes de contratación de consultoría y asistencia y de los servicios de presupuestos inferiores a 30.050,61€. El precio de la adjudicación viene determinado por el importe del canon anual a pagar por los adjudicatarios del servicio.

Si bien es cierto que el pliego de cláusulas administrativas regula la negociación con los ofertants como un requisito en la tramitación del procedimiento, y si bien es cierto también que la negociación es un elemento esencial en el procedimiento de adjudicación negociado sin publicidad, no deja de ser menos cierto que la elección del procedimiento negociado sin publicidad es un procedimiento excepcional que solamente puede utilizarlo la administración en supuestos bien determinados, y por causas excepcionales, ya que es el procedimiento abierto, el de general aplicación.

Del examen del expediente completo enviado por la Consejería de Educación y Cultura, no se entrevé que por el órgano de contratación ni por el servicio técnico correspondiente se haya hecho ninguna negociación con las empresas ofertantes o con algunas de ellas, cosa que hubiera sido suficiente para alegar la celebración del trámite de la negociación. El órgano de contratación se ha limitado al traslado de las propuestas presentadas y a la elevación de las más convenientes para la prestación del servicio objeto de la litigación sin haber intentado mejorar las ofertas en base a la negociación, trámite, procedimental que exige el Pliego de Cláusulas Administrativas y la Ley de contratos de las administraciones públicas.

Visto lo anterior hay que afirmar la vulneración en la adjudicación de los servicios de bar cafetería de los IES objeto de estos recursos, de un trámite del procedimiento: la negociación con las empresas seleccionadas. Lo cual nos sitúa en un claro supuesto de invalidez de la adjudicación recurrida por haberse omitido un trámite esencial del procedimiento. Y además al ser el procedimiento negociado un procedimiento de adjudicación de los contratos administrativos, hay que decir que se ha vulnerado el procedimiento de adjudicación de los contratos administrativos, lo que comporta la invalidez de las adjudicaciones recorridas, todo ello de acuerdo con lo previsto en los artículos 61.63 y 64.2 de la TRLCAP.

Dado que, la omisión del trámite de negociación producido por el órgano de contratación no supone una omisión total y absoluta del procedimiento negociado sin publicidad, lo cierto es que sí estamos ante un supuesto de anulabilidad del art. 63.1 de la LRJ PAC normativa que es de aplicación de acuerdo con el art. 64.2 de la TRLCAP.

Dado que de aceptarse la omisión de un trámite en el procedimiento de contratación del contratos de prestación del servicio de bar cafetería de las IES objeto de estos recursos, causaría la anulabilidad de los contratos adjudicados, sería aconsejable dejar en suspenso la adjudicación, y esto sin perjuicio del art. 111.3, 4 de LRJPAC, estableciéndose como medida cautelar el que el adjudicatario actual de los servicios de bar cafetería de las instalaciones descritas, siga prestando el servicio hasta la adjudicación de los mismos.

Visto el procedimiento negociado de adjudicación que examinamos no es nulo de pleno derecho sino anulable y por ello por las consideraciones apuntadas antes, procede la aplicación del art. 66 de LRJPAC, declarar como válidos y con plenos efectos todos los trámites del procedimiento de adjudicación de contratos impugnados desde el orden de inicio del expediente y hasta incluso la valoración de la oferta presentada por las empresas invitadas. Habiendo el órgano de contratación, proceder ha establecer negociaciones con las ofertas que se hayan seleccionado, al fin y efecto, de cumplir con el trámite de negociación que requiere el procedimiento negociado sin publicidad, tal y como se establece en el artículo 92.1 en el sentido de fijando *“con la seleccionada el precio del mismo y dejando constancia de todo ello en el expediente”*.

RESOLUCIÓN

1. Aceptar a trámite los recursos especiales en materia de contratación, interpuestos por los Sers. P.M.N., A.O.S. y O.V.A., los suscritos por el Sr. C.H.P. y la Sra. M.G.A., respectivamente contra la Resolución del consejero de Educación y Cultura de 10 de diciembre de 2003, por la cual se adjudicaban varios servicios de explotación de bar cafetería de los Institutos de Educación Secundaria de las Illes Balears: IES Antoni Maura; IES Arxiduc Lluís Salvador; IES Guillamos C. Casesnoves; IES Padre Alcover; IES Pau Casesnoves; IES Josep Sureda Blanes; IES Juniper Sierra; IES Calvià; IES Francesç de Borja Moll; IES Joan Maria Thomas; IES Josep Maria Llompart; IES Medina Mayurca; IES Politécnico; IES Son Ferrer.
2. Declarar la inadmisibilidad del recurso presentado por la Sra. E.M.G. contra la resolución del consejero de Educación y Cultura de 10 de diciembre de 2003, por la cual se adjudicaban el servicio de explotación de bar cafetería de la IES Guillem Sagrera, por haber sido presentado fuera de plazo
3. Disponer la acumulación de los escritos de los recursos interpuestos y admitidos.
4. Estimar en parte los recursos especiales en materia de contratación objeto de esta Resolución, declarando la anulabilidad de la Resolución del consejero de Educación y Cultura de 10 de diciembre de 2003, de adjudicación del contrato objeto de esta,

ordenando la retroacción del procedimiento de contratación al momento inmediatamente posterior a la admisión de las ofertas de todas y cada una de las empresas que las presentaron y en relación con los contratos afectados por los recursos interpuestos iniciando la parte específica de negociación con todos y cada una de las empresas seleccionadas hasta la adjudicación de los correspondientes contratos en su caso.

5. Declarar como medida cautelar, la continuidad de la prestación de los servicios de bar cafetería impugnados por parte de los actuales contratistas y hasta que se resuelva el expediente de contratación objeto de esta resolución.