

EXP-4- RESOLUCIÓN DE LOS RECURSOS ESPECIALES EN MATERIA DE CONTRATACIÓN INTERPUESTOS POR DON G.L.V., EN REPRESENTACIÓN DE DOÑA M.R.M.D. Y DON S.R.M., CONTRA RESOLUCIÓN DEL CONSEJERO DE EDUCACIÓN Y CULTURA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE LAS ILLES BALEARS DE 26 DE ABRIL DE 2004, DE ADJUDICACIÓN DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS ESPECIALES DE SERVICIO DE BAR CAFETERÍA DE LOS INSTITUTOS DE EDUCACIÓN SECUNDARIA FRANCESC DE BORJA MOLL Y POLITECNICO, DE PALMA, REPECTIVAMENTE. (REF: RES 3 /2004).

Visto el expediente de contratación relativo a los contratos administrativos especiales de servicio de explotación del bar cafetería de los Institutos de Educación Secundaria Francesc de Borja Moll y Politécnico, de Palma de Mallorca, a adjudicar mediante procedimiento negociado sin publicidad.

Vistos los recursos especiales en materia de contratación interpuestos por D. G.L.V. en representación de la Sra. M.R.M.D. y del Sr. D. S.R.M., contra la resolución del Consejero de Educación y Cultura de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, de fecha 26 de abril de 2004, de adjudicación del contrato del servicio de explotación del bar cafetería de los Institutos citados anteriormente,

RESULTANDO: Que, en virtud de resolución de otro recurso especial en materia de contratación dictada por esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa, se anularon, entre otras, las adjudicaciones producidas del contrato del servicio de los Institutos mencionados, con orden de retroacción del expediente al momento procedimental de la negociación.

CONSIDERANDO: Que, los dos escritos de recurso especial en materia de contratación, se han interpuesto contra el mismo acto administrativo y que su contenido y fundamentos guardan una identidad sustancial, que los razonamientos jurídicos a tener en cuenta son planteados en similitud de postulados, procede disponer la acumulación en el proceso de resolución de los recursos en cuestión sustanciándolo en un solo procedimiento y en una sola resolución y, todo ello, de acuerdo con lo previsto en el artículo 73 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP).

CONSIDERANDO: Que, las dos primeras alegaciones de los recurrentes se limitan a efectuar una relación fáctica y a formular una valoración subjetiva de los hechos a que se refiere, sin que ello afecte al fondo de los recursos.

CONSIDERANDO: Que, el mandato de la resolución de fecha 12 de marzo de 2004, de esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa, a que alude la alegación

tercera de los escritos del recurso, retrotraía el expediente administrativo del que traía causa, hasta el trámite procedimental de la aceptación de las ofertas, en respuesta a la invitación del órgano de contratación, lo que equivale a iniciar, a la vista de ellas, la negociación (que, a juicio de esta Junta, no había tenido lugar en su momento).

CONSIDERANDO: Que, precisamente, una de las diferencias naturales entre los procedimientos de adjudicación de los contratos abierto y restringido, respecto del negociado, consiste en que en los dos primeros las empresas licitadoras presentan una proposición económica que es inamovible y de carácter fijo y estable, desde el mismo momento de la presentación, en tanto que, en el negociado, las empresas (que no licitadores como erróneamente se califica por el Servicio de Administración General de la Consejería, por no existir licitación alguna en esta clase de procedimientos; solamente en las subastas y, por derivación, en los concursos) presentan una oferta que debe ser objeto de negociación, es decir, ésta debe lógicamente producirse respecto de la oferta, por lo que, vistas las actuaciones de la Consejería de Educación y Cultura provocadas por la resolución de esta Junta Consultiva, citada en el anterior

CONSIDERANDO, aquélla actuó correctamente al proceder a abrir un nuevo plazo para que las empresas que habían ofertado y lo consideraran conveniente, mejoraran sus ofertas iniciales y es que, además, no otra cosa puede suponer una negociación, sino tratar los diversos aspectos de la oferta para poder así obtener el órgano de contratación un beneficio.

CONSIDERANDO: Que, los hoy recurrentes solicitan la nulidad de la resolución recaída en el procedimiento de adjudicación por haberse prescindido total i absolutamente del procedimiento de contratación alegando como motivo de dicha solicitud que la adjudicataria de los bares cafetería, cuya adjudicación se impugna, no había sido invitada a presentar oferta en el procedimiento negociado incumplándose de esta manera lo preceptuado en el artículo 92 de la LCAP.

CONSIDERANDO: Que, del expediente, se deduce claramente que es cierto que la adjudicataria no había sido invitada a presentar ofertas en el procedimiento negociado al no figurar en la lista de empresas invitadas relacionadas en el informe propuesta del Servicio de Asuntos Generales de la Conselleria de fecha 10 de diciembre de 2003.

CONSIDERANDO: Que el artículo 92 de la LCAP establece como características esenciales del procedimiento de contratación negociado que se formule invitación al menos a tres empresas y que se negocia con ellas las ofertas, ello no supone el tener que aceptar negociar con empresas que no han sido invitadas a hacerlo. El requisito de la invitación a presentar ofertas puede ser aplicado, por el órgano de contratación, de muchas maneras tanto en la forma como en el número de empresas invitadas siempre que se invite, como mínimo a tres. Con ello se quiere indicar que si en la

voluntad del órgano de contratación del procedimiento que nos ocupa hubiera existido en ánimo de formula una oferta generalizada hubiera adoptado otros mecanismos de invitación como pudiera haber sido el uso de un anuncio en el BOIB o en medios de comunicación privados, si bien ello sería de difícil convivencia con el requisito de que la invitación tenga que hacerse a empresas capacitadas para la realización del contrato.

Con ello se quiere indicar que el legislador por un lado, y el órgano de contratación en el supuesto concreto que nos ocupa en ningún momento han pretendido que la invitación se haga a la generalidad de empresas ni menos que se puedan admitir propuestas de empresas que no hayan sido invitadas previamente. Este es el parecer del legislador al dictar el artículo 92 de la LCAP. Y esta es la voluntad del órgano de contratación cuando en la cláusula 12 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del procedimiento negociado de contratación impugnado se especifica que: “La secció de cafeteries i menjadors escolars de la Conselleria d’Educació i Cultura es posarà en contacte, mitjançant ofici, amb un nombre d’empreses que el servei tècnic encarregat de la direcció del contracte consideri capacitades per a la realització de l’objecte d’aquest...”

CONSIDERANDO: Que la aceptación de la oferta presentada por una empresa no invitada por el órgano de contratación no se adapta plenamente a lo establecido en la LCAP en cuanto al procedimiento negociado, lo cierto es que en ningún momento se puede hablar de anulación del procedimiento negociado ya que no se ha prescindido total y absolutamente del mismo.

CONSIDERANDO: Que el hecho de la adjudicación del servicio de bar cafetería a quien no había sido invitado a presentar ofertas supone un supuesto de anulabilidad de la resolución no de nulidad de pleno derecho, procede en aplicación del artículo 66 de la LREJ PAC, declarar como válidos todos los actos de trámite del procedimiento de adjudicación del contrato impugnado desde la orden de inicio del expediente hasta el momento anterior a la admisión de ofertas presentadas por las empresas invitadas no admitiendo la presentada por D^a P.M.N. por no haber sido invitada a presentar ofertas, procediendo, de nuevo, a la negociación con las demás empresas invitadas por el órgano de contratación en el procedimiento de adjudicación que nos ocupa.

CONSIDERANDO: Que, respecto de la quinta alegación de los recurrentes, cabe afirmar que el documento unido a sus escritos de recurso, que lleva el núm. 3 y que, como sostienen aquéllos, contiene los criterios de adjudicación, en realidad no se trata de unos criterios objetivos de adjudicación del contrato en el estricto sentido dado por la LCAP y por su Reglamento, sino que se trata de unas pautas que han servido de guía a los técnicos a la hora de valorar todas y cada una de las ofertas definitivas de las empresas, de ahí que los mismos no sean vinculantes, y sí de uso y cumplimiento

potestativo por parte del órgano de contratación, como medio auxiliar para mejor resolver la adjudicación, pues lo contrario sólo se da en el concurso (bien por procedimiento abierto o restringido), pero en absoluto en el procedimiento negociado, pues no debe ignorarse que éste no es sino el sucesor de la contratación directa que venía regulada en la antigua Ley de Contratos del Estado (texto articulado aprobado por el Decreto 923/1965, de 8 de abril), hasta su sustitución en la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas y vigente hasta hoy, y que tiene como nota característica fundamental la de la discrecionalidad de la Administración para adjudicar el contrato en el mismo.

CONSIDERANDO: Que, además, el documento a que se ha hecho mención en el anterior CONSIDERANDO, no es un documento que deba figurar entre los que se facilitan a las empresas con las que se negocia en procedimientos como el presente, por cuanto el mismo lleva el enunciado de "interno" (adjetivo que, sorpresivamente, utilizan los propios recurrentes en la quinta alegación formulada) y la Jefa del Servicio de Administración General de la Consejería manifiesta en su informe de fecha 10 de junio de 2004, unido al expediente, que lo es interno de la sección de comedores, sin ningún tipo de valor ya que ni está firmado, ni se entregó con el pliego de cláusulas administrativas particulares (remitido el 20 de octubre de 2003, tal y como se indica en el sello de compulsión de 23 de marzo de 2004) y lleva una fecha posterior a la de aprobación del citado pliego que lo fue por resolución del Consejero de 15 de octubre de 2003.

CONSIDERANDO: Que, las valoraciones dadas por el órgano de contratación a las diferentes ofertas presentadas en el procedimiento que nos ocupa, constan en los cuadros de valoración, así como en diversos informes, especialmente en el de la Jefa del Servicio de Administración General ya citado, todos ellos obrantes en el expediente, así como la explicación y fundamento de las mismas, por lo que no procede aquí desvirtuarlas dado, además, el amplio margen que la legislación en la materia establece para ello.

CONSIDERANDO: Que, contrariamente a lo manifestado en los escritos de recurso, visto el informe precitado de la Jefa del Servicio de Administración General de la Consejería, los licitadores (quiere decirse las empresas ofertantes) en la negociación mejoraron su propuesta inicial de precios y canon, se procedió a efectuar una nueva valoración, de acuerdo con las mismas pautas utilizadas en la primera fase del procedimiento, resultando de todo ello adjudicataria la Sra. P.M., seguida del Sr. A.O. y de la Sra. M.R.M., por este orden, en lo concerniente al servicio de bar cafetería del Instituto Francisc de Borja Moll y la misma adjudicataria del Instituto Politécnico, por delante, en la valoración, del Sr. O. y del Sr. R., por este orden.

Al amparo de lo dispuesto en la LACP, en sus disposiciones de desarrollo, especialmente su Reglamento de aplicación, en la Ley 3/2003, de 26 de marzo, de Régimen Jurídico de la Administración de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, en el D. 20/1997, de 7 de febrero, de creación de esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en su Reglamento de Organización y Funcionamiento, aprobado por Acuerdo del Consejo de Gobierno de 10 de octubre de 1997, en la LRJAP y en las demás disposiciones de aplicación, dicto la siguiente

RESOLUCIÓN

1. Estimar en parte el recurso especial en materia de contratación interpuesto por Don G.L.V., en representación de D^a. M.R.M.D. y D. S.R.M., y en consecuencia anular la Resolución del Consejero de Educación y Cultura de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, de fecha 26 de abril de 2004, en cuanto a la adjudicación de los servicios de bar cafetería de los Institutos de Educación Secundaria Francesc de Borja Moll y Politécnico, de Palma, ordenando la retroacción del expediente de dicha adjudicación al momento inmediatamente anterior a la admisión de ofertas, inadmitiendo la oferta presentada por D^a P.M.N. iniciando la parte específica de la negociación con todas y cada una de las demás empresas ofertantes al servicio del bar cafetería de los Institutos de Educación Secundaria arriba indicados y hasta la adjudicación del correspondiente contrato.
2. Declarar como medida cautelar, la continuidad de la prestación del servicio de bar cafetería impugnado por parte del actual adjudicatario hasta la resolución del expediente de contratación objeto de esta resolución.

Notifíquese esta resolución a los interesados y al Conseller de Educación y Cultura de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, en los términos del artículo 58 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.