

Expediente Núm. 207/2010
Dictamen Núm. 210/2011

V O C A L E S :

Fernández Pérez, Bernardo,
Presidente
Del Valle Caldevilla, Luisa Fernanda
Rodríguez-Vigil Rubio, Juan Luis
Fernández Noval, Fernando Ramón
Jiménez Blanco, Pilar

Secretario General:
García Gallo, José Manuel

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 2 de junio de 2011, con asistencia de las señoras y los señores que al margen se expresan, emitió el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 14 de julio de 2010, examina el expediente relativo a la “solicitud de compensación de gastos” a la Administración del Principado de Asturias formulada por, por los generados al presentar oferta a un procedimiento de contratación al que se renunció posteriormente.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 4 de diciembre de 2009, tres arquitectos, como componentes de una unión temporal de empresas, presentan en una oficina de correos una solicitud dirigida a la Consejería de Educación y Ciencia, de “compensación de los gastos incurridos en el proceso de licitación del expediente P-31/2009 `Servicio de redacción del proyecto y estudio de seguridad y salud de las obras de construcción de especialidad de Restauración y Diseño en la Escuela Superior de Arte de Avilés `”.

Los reclamantes consignan las resoluciones de inicio del expediente y de autorización del gasto y señalan que, “tras las sucesivas prórrogas (...), el plazo otorgado a los licitadores para la presentación de ofertas finalizaba el 14 de noviembre de 2009”. Refieren haber presentado el día 4 de noviembre de 2009 los sobres 1, 2 y 3 para “Redacción del proyecto y estudio de seguridad y salud de obras de construcción de especialidad de Restauración y Diseño en la Escuela Superior de Arte de Avilés, dentro del plazo y en la forma estipulada en el pliego de condiciones, y que “mediante Resolución de 22 de octubre de 2009 (...), publicada en el BOPA (...) de 4 de noviembre (...), se procedió a renunciar al procedimiento de contratación del citado servicio”.

Alegan “el artículo 139.2 de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público (...), y específicamente el número 12.7 del pliego de cláusulas administrativas particulares del expediente de referencia” y solicitan la compensación de los gastos en que han incurrido en el proceso de licitación del expediente P-31/2009, que cifran en veintiocho mil setecientos ochenta y cinco euros (28.785,00 €).

Adjuntan a la reclamación los siguientes documentos: a) Factura en concepto de gastos, por importe de 28.500,00 €, más IVA, menos la retención del 15% de IRPF, que emiten los reclamantes a la Consejería de Educación y Ciencia. b) Compromiso de constitución de una UTE, formalizado el día 30 de septiembre de 2009. c) Recibo acreditativo de presentación de los sobres 1, 2 y 3 de la Redacción del proyecto y estudio de seguridad y salud de obras de construcción de especialidad de Restauración y Diseño en la Escuela Superior de Arte de Avilés en el registro de la Administración del Principado de Asturias el día 4 de noviembre de 2009 y sobres 1, 2 y 3, datados el 30 de septiembre de 2009. d) Tres facturas expedidas a nombre de los ahora reclamantes en concepto de infografía y delineación.

2. Figuran incorporados al expediente, entre otros, los siguientes documentos correspondientes al procedimiento de contratación: a) Cuadro resumen de características del contrato, en cuyo apartado A, “Datos relativos al objeto de

contrato”, consta “Redacción del proyecto y estudio de seguridad y salud de las obras de construcción de especialidad de Restauración y Diseño en la Escuela Superior de Arte de Avilés”, como título del contrato; “CPA-2008: M.71.11.22”, como “codificación”; “Obras de construcción de especialidad de Restauración y Diseño en la Escuela Superior de Arte de Avilés”, como obra a proyectar, y que está sujeto a regulación armonizada. En el apartado J, referente al baremo de valoración aplicable, se consigna baremo A. b) Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares para la contratación, por procedimiento abierto, del servicio de “redacción del proyecto y estudio de seguridad y salud de las obras de construcción de especialidad de Restauración y Diseño en la Escuela Superior de Arte de Avilés”. La renuncia a la celebración del contrato o desistimiento del procedimiento están contemplados en la cláusula 12.7, según la cual “en ambos casos se compensará a los licitadores por los gastos en que hubiesen incurrido de acuerdo con los principios generales que rigen la responsabilidad de la Administración./ En el caso en que el órgano de contratación renuncie a celebrar un contrato para el que haya efectuado la correspondiente convocatoria, o decida reiniciar el procedimiento para su adjudicación, lo notificará a los licitadores, informando también a la Comisión Europea de esta decisión cuando el contrato haya sido anunciado en el `Diario Oficial de la Unión Europea´”. c) Resolución del Consejero de Educación y Ciencia, de 2 de septiembre de 2009, por la que se autoriza el gasto y se aprueba el expediente de contratación, “disponiendo la apertura del procedimiento de adjudicación, mediante procedimiento abierto y tramitación ordinaria”. d) Anuncio de información pública para la contratación del servicio, publicado en el Boletín Oficial del Principado de Asturias (BOPA) de 16 de septiembre de 2009. En su apartado 7, relativo a la presentación de las ofertas o de las solicitudes de participación, consta “fecha límite de presentación: durante quince (15) días naturales, a contar desde el siguiente día natural al de la publicación del anuncio de licitación en el Boletín Oficial del Principado de Asturias, hasta las 14:00 horas del último día, siempre que el mismo sea hábil, ampliándose el plazo hasta las 14:00 horas del día siguiente hábil en el caso de

que el último coincidiera en festivo". No consigna fecha de envío del anuncio al "Diario Oficial de la Unión Europea". e) Anuncio de la Consejería de Educación y Ciencia de "rectificación de error en el pliego de cláusulas administrativas particulares y ampliación de plazo de presentación de ofertas", publicado en el BOPA de 8 de octubre de 2009, en el que se indica que "habiéndose advertido error en el cuadro resumen (apartado A) del pliego de cláusulas administrativas particulares (...), cuyo anuncio fue publicado en el perfil del contratante del Principado de Asturias el 17 de septiembre de 2009 (BOPA n.º 215, de 16-9-2009), se procede a la rectificación del mismo y a su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea, en el Boletín Oficial del Estado, así como en el perfil del contratante del Principado de Asturias (...), finalizando el plazo para la presentación de las ofertas el 14 de noviembre de 2009", y otro de información pública para la contratación del servicio, en el que consta la citada fecha y la de envío del anuncio al "Diario Oficial de la Unión Europea" el día 6 de octubre de 2009. f) Anuncio de licitación, publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea el día 8 de octubre de 2009 y en el BOE el día 13 del mismo mes. g) Comunicación interior de la Dirección General de Planificación, Centros e Infraestructuras a la Secretaría General Técnica del día 21 de octubre de 2009, en la que se refleja que, "ante las nuevas necesidades educativas y por ser únicamente imprescindible la construcción del edificio de la especialidad de Restauración en la Escuela de Arte de Avilés, se solicita la retirada del expediente iniciado". h) Resolución del Consejero de Educación y Ciencia, de 22 de octubre de 2009, por la que se renuncia "a la contratación (...) del servicio". En sus antecedentes de hecho se reproduce la comunicación anterior. i) Publicación de la citada resolución en el BOPA el día 4 de noviembre de 2009. j) Perfil del contratante correspondiente al contrato licitado, en el que constan los siguientes avisos: uno el día 18 de septiembre de 2009, de publicación del Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Avilés referente a la presente licitación; dos el 29 de septiembre de 2009, uno a las 13:01 horas, según el cual "detectado error en pliego de cláusulas administrativas publicado se publica anuncio de corrección de errores, se sustituye pliego erróneo por nuevo pliego

y se modifican fechas ajustándolas a nuevos plazos”, y otro a las 13:33 horas, de que “se sustituye el fichero `pliego de cláusulas administrativas bis´”; dos más el día 8 de octubre de 2009, uno a las 12:54 horas, en el que se indica que “debido a publicación en DOUE, necesaria por ser un contrato de regulación armonizada, se amplía plazo de presentación de ofertas”, y otro a las 13:14 horas, señalando que “debido a publicación en DOUE, necesaria por ser un contrato de regulación armonizada, se sustituye pliego de cláusulas administrativas (2) y se publican anuncio de corrección de errores (2) y nuevo anuncio del BOPA de información pública de licitación (2)”, y otros dos el día 4 de noviembre de 2009, uno a las 9:45 horas, en el que consta que “se publica en tablón de anuncios Resolución renuncia a la contratación del servicio”, y otro a las 9:46 horas, reflejando que “se modifica fecha de límite y apertura de ofertas de acuerdo con la resolución de renuncia a: 22-10-2009”. k) Oficio de la Jefa del Servicio de Contratación y Responsabilidad Patrimonial de 5 de noviembre de 2009, de devolución de la documentación presentada el día anterior por la UTE, por renuncia a la contratación del servicio. Se advierte que “en el caso de haber presentado en el sobre ‘1’ (...) resguardo de garantía provisional para acudir a la licitación se autoriza su cancelación por no existir responsabilidades derivadas de la adjudicación de dicho servicio”.

3. El día 27 de enero de 2010, la Jefa del Servicio de Contratación y Responsabilidad Patrimonial de la Consejería de Educación y Ciencia comunica a los interesados la fecha en que ha tenido entrada su reclamación en el referido Servicio. Transcribe el apartado segundo del artículo 139 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, y argumenta que, “a falta de previsión expresa en el anuncio o en el pliego, en el supuesto que nos ocupa, el procedimiento que ha de seguirse para determinar la existencia o inexistencia de responsabilidad administrativa es a través del procedimiento de responsabilidad patrimonial”. Añade que el procedimiento se tiene por iniciado desde la fecha indicada y les informa de los efectos del transcurso del plazo de seis meses sin que haya recaído resolución expresa.

4. Con fecha 16 de febrero de 2010, la Jefa de Coordinación de Obras y Proyectos de la Consejería de Educación y Ciencia emite un informe sobre las indemnizaciones solicitadas. En él se realizan varias consideraciones generales sobre la dificultad de probar los gastos y se hacen dos estimaciones alternativas de ellos, concluyendo que, “a efectos de la aplicación del artículo 139 de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, para la indemnización de los gastos debidos a la elaboración de los documentos exigidos en la licitación no es posible una justificación pormenorizada de los gastos de los licitadores y no existe una norma o reglamento vigente que permita efectuar un cálculo objetivo de los mismos./ Por tanto, una vez revisados con detenimiento los principales criterios empleados por los licitadores en sus reclamaciones, y salvo mejor criterio legal o jurídico, se estima que las indemnizaciones reclamadas pueden valorarse en una cantidad no superior a los 5.400 euros por licitador”. Adjunta diversa documentación utilizada para llevar a cabo el referido cálculo.

5. El día 10 de mayo de 2010, la Jefa del Servicio de Contratación y Responsabilidad Patrimonial emite un informe en el que indica que “los gastos y costes de preparación de las ofertas en un procedimiento para la adjudicación de un contrato administrativo se encuentran, con carácter general, legalmente atribuidos a quien los realiza, que está por ello obligado a soportarlos, no pudiendo conceptuarse como un daño antijurídico por el mero hecho de haber concluido el procedimiento con una renuncia de la Administración fundada en razones sobrevenidas de interés público, que no han sido cuestionadas en su momento. Por tanto, no existiendo actuación alguna arbitraria o al margen de la legalidad ni por tanto un daño antijurídico que el interesado no tenga el deber jurídico de soportar, se trataría de un daño no indemnizable, por carecer del rasgo necesario de la antijuridicidad”. Señala como hecho cierto que “el licitador ha presentado su proposición en el referido procedimiento de contratación”, así como la devolución de los sobres cerrados, razón por la cual “no resulta posible conocer (...) el contenido de la documentación aportada

junto a su proposición”, ni otros requisitos. Considera que “no resultaría razonable y lógico conceder una indemnización a un licitador por el mero hecho de presentarse a la licitación cuando se desconoce si cumplían sus ofertas con lo preceptuado, y si esta finalmente sería admitida o rechazada”. Cita el Dictamen Núm. 19/2008 de este Consejo Consultivo, “en un supuesto de reclamación de responsabilidad patrimonial derivada del desistimiento de la Administración a una licitación, si bien con fundamento legal en la normativa anterior en materia de contratos”, y concluye informando desfavorablemente la petición ante “la ausencia de nexo causal entre los daños y perjuicios alegados con el funcionamiento del servicio público educativo, así como la inexistencia del requisito de antijuridicidad”.

6. Con fecha 12 de mayo de 2010, se comunica a los integrantes de la UTE la apertura del trámite de audiencia y vista del expediente por un plazo de diez días, remitiéndoles una relación de los documentos obrantes en él.

El día 24 de mayo de 2010, uno de los interesados presenta en el registro de la Administración del Principado de Asturias un escrito de alegaciones en el que rechaza el informe de la Jefa del Servicio de Contratación y Responsabilidad Patrimonial. Señala que “nos encontramos en uno de los casos en los que (el) derecho (a una indemnización) se encuentra específica y expresamente recogido y contemplado en el pliego de cláusulas administrativas particulares (...) vinculante para la Administración” y solicita “lo que la norma concede y ampara, la compensación de los gastos habidos en el proceso de licitación al que se concurre con la expectativa de alcanzar un rendimiento”; expectativa que se cercena cuando de manera unilateral se renuncia a una licitación. Manifiesta que el Dictamen Núm. 19/2008 del Consejo Consultivo “se produce en una situación anterior a la legislación y normativa actualmente vigente y en el que no concurría una previsión directa, expresa y automática para el caso”. Entiende “que no puede hacerse cargar a los licitadores con la decisión unilateral de renuncia al procedimiento, que (...) es absolutamente reprochable (...) una vez conocidas las numerosas manifestaciones que desde

distintos ámbitos de la Administración se vienen realizando en las últimas fechas sobre la cada vez más cierta posibilidad de retomar en breve un nuevo procedimiento licitador para la construcción del mismo equipamiento en condiciones idénticas al inicialmente planteado, lo que echa por tierra las presuntas justificaciones formales esgrimidas para anular el presente procedimiento de contratación”. Por último, reafirma que se pueden comprobar los trabajos, pues se han presentado junto con la reclamación, y se opone al cálculo de costes realizado por la Jefa de Coordinación de Obras y Proyectos, “por partir de criterios demasiado objetivados y que no tienen en cuenta la realidad de los trabajos realizados”. Finaliza proponiendo la práctica de prueba pericial para la valoración del contenido de la propuesta.

7. Con fecha 6 de julio de 2010, la Jefa del Servicio de Contratación y Responsabilidad Patrimonial formula propuesta de resolución en sentido desestimatorio, por “inexistencia de nexo causal entre el funcionamiento del servicio público educativo y el daño alegado”, reproduciendo la argumentación contenida en su informe de 10 de mayo de 2010. A propósito de las alegaciones vertidas en el trámite de audiencia, señala que el derecho a la compensación de gastos contemplado en el pliego de cláusulas administrativas particulares no es “un derecho consolidado y que de manera automática conlleve el resarcimiento, sino que habrá que acudir a los presupuestos legalmente establecidos del instituto de la responsabilidad patrimonial”, y que en este supuesto no se cumple el requisito de la antijuridicidad. Añade que, “al no haberse procedido (...) a la apertura de los sobres por el órgano de contratación, tampoco resulta posible saber si la documentación contenida en la oferta en el momento de su presentación (...) resulta o no coincidente con la que posteriormente volvió a presentar acompañando su solicitud de compensación de gastos”. Finalmente considera innecesaria la práctica de la prueba pericial propuesta, pues -por las consideraciones anteriores- no cabe pronunciamiento alguno sobre la cantidad indemnizatoria solicitada, y existe un elemento de juicio que permite contrastar los gastos en que el interesado dice

haber incurrido, cual es el informe de la Jefa de Coordinación de Obras y Proyectos.

8. En este estado de tramitación, mediante escrito de 14 de julio de 2009, registrado de entrada el día 19 del mismo mes, V. E. solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración del Principado de Asturias objeto del expediente núm. P 31/2009 -, de la Consejería de Educación y Ciencia, adjuntando a tal fin copia autenticada del mismo.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes consideraciones fundadas en derecho:

ÚNICA.- Con carácter preliminar, procede que este Consejo Consultivo analice la naturaleza de la reclamación sometida a su dictamen y el procedimiento seguido en su tramitación para poder examinar el carácter de la consulta formulada y, en definitiva, su propia competencia para pronunciarse sobre ella.

En el sentido expresado, hemos de recordar que el Consejo Consultivo es un órgano auxiliar del Principado de Asturias, creado directamente en el Estatuto de Autonomía, cuya composición y competencias regula la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, del Consejo Consultivo (en adelante Ley del Consejo).

El artículo 13 de la Ley del Consejo enumera los asuntos o expedientes que, tramitados por “los órganos de la Administración Pública del Principado o las entidades locales radicadas en su territorio”, deben someterse a consulta preceptiva del Consejo Consultivo. Entre ellos, el apartado 1, letra k), del citado artículo, que V. E. invoca al solicitar la consulta de este Consejo Consultivo, incluye las reclamaciones “de responsabilidad patrimonial que se formulen contra la Administración del Principado de Asturias (...) a partir de seis mil

(6.000) euros o de la cuantía superior que establezcan las leyes”. En idénticos términos se encuentra redactado el artículo 18.1, letra k), del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, aprobado por Decreto 75/2005, de 14 de julio.

Ahora bien, a pesar de que la Administración del Principado de Asturias tramitó el escrito de los interesados como una reclamación de responsabilidad patrimonial, de la lectura detallada del mismo pudieran surgir dudas sobre la naturaleza jurídica de dicha solicitud.

Se somete a nuestra consideración un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado en virtud de una solicitud de compensación de gastos que se formula al amparo del artículo 139.2 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP). Debemos analizar, ante todo, si la calificación otorgada a la pretensión y el procedimiento tramitado para su resolución son adecuados para la satisfacción de la reclamación planteada.

El artículo 139.2 de la LCSP establece que en caso de renuncia a la celebración del contrato y de desistimiento del procedimiento de adjudicación “se compensará a los candidatos o licitadores por los gastos en que hubiesen incurrido, en la forma prevista en el anuncio o en el pliego, o de acuerdo con los principios generales que rigen la responsabilidad de la Administración”.

Se trata de un supuesto de responsabilidad precontractual expresamente admitido por la ley vigente en materia de contratación pública y derivado de una *culpa in contrahendo* de la Administración convocante del procedimiento de adjudicación de un contrato, que ha quedado inconcluso por la renuncia de esta a la celebración del mismo. Dicha responsabilidad tiene, por tanto, un fundamento y una regulación propios en la normativa sobre contratación que evidencian una naturaleza y un régimen jurídico diferentes de los de la responsabilidad patrimonial de la Administración regulada en el título X de la LRJPAC.

A este contorno propio responde el automatismo de la compensación de gastos que el citado artículo 139.2 de la LCSP establece cuando existe una

cuantificación expresa en el anuncio o pliego de contratación, operando “los principios generales que rigen la responsabilidad de la Administración” de manera subsidiaria y, cabe entender, únicamente referidos a la forma de fijar la indemnización a partir de los criterios de daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado.

En análogo sentido, la disposición final octava de la LCSP establece, en su apartado 1, que 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”; añadiendo en su apartado 2 que, en todo caso, “en los procedimientos iniciados a solicitud de un interesado (...) que tengan por objeto o se refieran a la reclamación de cantidades (...), una vez transcurrido el plazo previsto para su resolución sin haberse notificado ésta, el interesado podrá considerar desestimada su solicitud”.

De este modo, la remisión que, con carácter subsidiario, realiza el artículo 139.2 de la LCSP ni altera el procedimiento de reclamación de cantidad que tiene su base en la citada Ley especial ni, por lo que en este momento nos interesa, modifica la calificación de la pretensión de la entidad solicitante como “compensación de gastos” basada en un criterio específico de responsabilidad de la Administración expresamente delimitado.

En estos casos, es doctrina reiterada de este Consejo Consultivo que “los daños y perjuicios han de reclamarse por las vías de resarcimiento que específicamente estén establecidas. La existencia de estas desplaza como procedimiento adecuado al más general de responsabilidad patrimonial de la Administración por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos” (Dictámenes Núm. 153/2006 y 110/2007). En definitiva, no cabe reconducir a la responsabilidad patrimonial la exigencia de los daños imputados en este supuesto a la Administración autonómica, dado que tienen su origen en una relación jurídica específica que cuenta con un régimen propio de resarcimiento de los gastos.

No nos hallamos, pues, ante una reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración presentada en el ejercicio del derecho constitucionalmente reconocido al particular a ser resarcido de toda lesión que sufra en sus bienes y derechos como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos. Esta solicitud de compensación, a juicio de este Consejo, nace en el marco de una relación jurídica singular y en él, por tanto, deberán resarcirse específicamente, si procede, los gastos alegados.

En consecuencia, este Consejo Consultivo no resulta competente para emitir dictamen sobre el fondo de la reclamación de cantidad realmente planteada, ya que esta, a tenor de lo establecido en el artículo 13 de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, del Consejo Consultivo, no se encuentra entre las materias sometidas a dictamen preceptivo.

Al no constituir la consulta solicitada uno de los supuestos de dictamen legalmente preceptivos, resta únicamente por examinar si pudiera incardinarse en aquellos en los que la consulta es facultativa, los del artículo 14 de la citada Ley del Consejo. En efecto, este artículo dispone que podrá recabarse el dictamen “sobre cualesquiera otros asuntos no incluidos en el artículo 13, cuando por su especial trascendencia o repercusión el órgano consultante lo estime conveniente”. En el ejercicio de esta facultad, aunque sea de naturaleza discrecional, el órgano competente está sujeto, a la hora de formar su voluntad y de manifestarla al Consejo Consultivo, a unos requisitos formales y procedimentales reglados, de forma que este órgano consultivo no podría, sin extralimitarse en sus competencias, suplirlos, recurriendo a calificar de facultativa una consulta solicitada como preceptiva.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que no procede resolver el procedimiento iniciado por, con arreglo a lo dispuesto para la declaración de responsabilidad patrimonial de la Administración pública, y que al tratarse de una solicitud de compensación de gastos por renuncia a la celebración de un contrato, que no requiere dictamen

preceptivo de este órgano consultivo, no es posible un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión en ella planteada.”

V. E., no obstante, resolverá lo que estime más acertado.

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

EL PRESIDENTE,

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.