



Consejo Jurídico
de la Región de Murcia

Dictamen nº 266/2022

El Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en sesión celebrada el día 31 de octubre de 2022, con la asistencia de los señores que al margen se expresa, ha examinado el expediente remitido en petición de consulta por la Ilma. Sra. Secretaria General de la Consejería de Educación (por delegación de la Excm. Sra. Consejera), mediante oficio registrado los días 28 de julio y 7 de octubre de 2022 (COMINTER 222033), sobre resolución del Acuerdo Marco para la contratación de servicios de comedor escolar de los Centros de Educación Infantil y Primaria (exp. 2022_255), aprobando el siguiente Dictamen.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Por Orden de la Consejera de Educación y Cultura de fecha 16 de noviembre de 2020 se adjudicó el Acuerdo Marco para la contratación de servicios de comedor escolar de los centros educativos de Educación Infantil y Primaria a las empresas “Restaurante Casa Orenes, S.L.”, “AMG servicios integrados, S.L.”, “Serunion, S.A.”, “Catering Antonia Navarro, S.L.”, “Global Plan Integral de Servicios, S.L.”, “Industria Restauración Colectiva, S.L.”, “Dilola, S.L.”, “Mediterránea de Catering, S.L.” y “Aramark Servicios de Catering, S.L.”

El objeto de dicho Acuerdo Marco consistía en la determinación de las empresas adjudicatarias del mismo, de los porcentajes mínimos de descuento sobre los precios de referencia establecidos en el pliego, así como de las condiciones generales a las que habrían de ajustarse los contratos basados en el Acuerdo Marco para prestación de los servicios de comedor escolar.

El acuerdo marco fue formalizado el 11 de diciembre de 2020 con “AMG Servicios Integrados S.L” rigiéndose por el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) elaborado el 24 de febrero de 2020 y aprobado junto con el expediente de contratación mediante orden del siguiente día 27.

SEGUNDO.- Una vez formalizado el acuerdo marco, los servicios que fueran precisos durante su vigencia se

contratarían mediante contratos basados en él, cuya adjudicación tendría lugar convocando a las partes a una segunda licitación que se desarrollaría conforme a lo previsto en la cláusula 31.3 del PCAP, en la que se establecía que *“Las empresas parte del Acuerdo Marco estarán obligadas a presentar oferta válida en la licitación para la adjudicación de contratos basados, pudiendo únicamente eximirse de presentar oferta en una sola ocasión”*, obligación calificada de esencial en la cláusula 28, relativa a la resolución del acuerdo marco.

TERCERO.- La empresa “AMG Servicios Integrados, S.L.” fue invitada a las licitaciones derivadas del Acuerdo Marco, dejando de presentar oferta en dos ocasiones según consta acreditado y así se reconoce en las órdenes de la titular de la Consejería de 8 de julio de 2021 (expediente 15025/2021) y 18 de noviembre de 2021 (expediente 15033/2021), por las que se adjudicaban contratos basados en el Acuerdo Marco.

CUARTO.- El día 2 de junio de 2022 se dictó una Orden por la Consejera de Educación por la que se acordó el inicio del expediente para la resolución del acuerdo marco celebrado entre la Consejería y “AMG Servicios Integrados, S.L.”, y también con la empresa “Mediterránea de Catering, S.L.U.” por incumplimiento de su obligación esencial de presentar oferta válida en las licitaciones de los contratos basados en el referido Acuerdo Marco.

QUINTO.- Notificada a ambas empresas la orden el día 3 de junio de 2022, dándole un plazo de 10 días naturales para examinar el expediente y formular las alegaciones que convinieran a su derecho.

La empresa, “Mediterránea de Catering, S.L.U.” no compareció ni formuló alegaciones, por lo que se dictó la Orden de 22 de julio de 2022 resolviendo el acuerdo marco formalizado con ella.

Sin embargo, “AMG Servicios Integrados, S.L.” sí compareció y mediante escrito presentado el día 13 siguiente, formuló alegaciones.

En su escrito reconoció la no presentación de oferta al expediente 15025/2021 y, en cuanto a la relativa al expediente 15033/2021 aduce que *“La empresa parte de la base de un error humano en la no presentación de esta licitación, al no consignar correctamente la elaboración de dicha oferta, dándose cuenta a la lectura de la notificación de la exclusión de la pasada existencia de dicha oportunidad”* (folio número 487). Por ello solicitó la no exclusión del acuerdo marco, para no desvirtuar la competencia entre todas las empresas incluidas en él.

SEXTO.- El día 8 de julio de 2022 el Servicio de Contratación elabora una propuesta de Orden por la que se dispone acordar la resolución del acuerdo marco suscrito con la empresa “AMG Servicios Integrados, S.L.”, por incumplimiento de su obligación esencial de presentar oferta válida en los contratos basados en el referido Acuerdo Marco. No constaba entre la documentación enviada.

SÉPTIMO.- Remitida la propuesta al Servicio Jurídico de la Secretaría General, evacuó su informe el 22 de julio de 2022 considerando procedente la resolución del acuerdo marco, sin incautación de la garantía al no haberse constituido, ni ser exigible la indemnización de los daños y perjuicios causados al no estimar que se hubieran producido.

El 28 de julio de 2022 emitió un informe favorable a la suspensión del plazo para resolver el procedimiento al tratarse de un supuesto regulado en el artículo 22.1 d) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP).

OCTAVO.- La Secretaria General de la Consejería, por delegación de su titular, dictó una orden el día 29 de julio de 2022 por la que se suspendía el cómputo del plazo para resolver el procedimiento de resolución hasta que se recibiera el Dictamen del Consejo Jurídico.

NOVENO.- Por Acuerdo número 24/22 de 4 de octubre de 2022, se requirió a la Consejería el envío de la propuesta de orden de resolución elaborada por el Servicio de Contratación el 8 de julio de 2022, y la acreditación de la notificación al contratista de la solicitud de Dictamen. Mediante oficio de 7 de octubre siguiente fue remitida tal documentación.

DÉCIMO.- En la fecha y por el órgano designado en el encabezamiento del presente, se solicitó la emisión del Dictamen preceptivo de este Consejo Jurídico, acompañando una copia del expediente y su extracto e índice reglamentarios.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo puesto que versa sobre un procedimiento de resolución de un contrato administrativo en el que se ha formulado oposición por parte de la empresa contratista, de conformidad con lo que se establece en los artículos 191.3,a) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP), 109.1,d) del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGC), y 12.7 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

SEGUNDA.- Sobre la caducidad del procedimiento.

Acerca del plazo de duración del procedimiento, el artículo 212.8 LCSP establece que *“Los expedientes de resolución contractual deberán ser instruidos y resueltos en el plazo máximo de ocho meses”*. Ya se ha señalado que el acuerdo de iniciación se adoptó el 2 junio de 2022.

Sin embargo, conviene reiterar lo que se dijo en nuestro Dictamen núm. 245/2021 y, por ello, tener en cuenta que la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) núm. 68/2021, de 18 de marzo (BOE núm. 97, de 23 de abril de 2021), resuelve el recurso de inconstitucionalidad que interpuso el Gobierno de Aragón en relación con diversos preceptos de la LCSP, entre los cuales se encuentra el mencionado artículo 212.8.

En dicha resolución, el Tribunal Constitucional (TC) declara que dicho artículo no es conforme con el orden constitucional de competencias al tratarse de una norma de naturaleza auxiliar y procedimental que no puede ser considerada básica. La regulación relativa a la duración de los procedimientos de resolución contractual, dice el TC, podría ser sustituida por otra elaborada por las Comunidades Autónomas con competencia para ello, sin merma de la eficacia de los principios básicos en materia de contratación pública. Por tanto, concluye el TC, procede declarar contrario al orden constitucional de competencias el artículo 212.8 LCSP, aunque, se aclara, no se precisa pronunciar su nulidad, dado que la consecuencia de aquella declaración es solamente la de que no será aplicable a los contratos suscritos por las Administraciones Públicas de las Comunidades Autónomas, las Corporaciones Locales y las Entidades vinculadas a unas y otras [SSTC núm. 50/1999, FF.JJ. 7 y 8, y núm. 55/2018, FF.JJ. 7, b) y c)].

La Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, dispone en el artículo 38. Uno, que las sentencias recaídas en procedimientos de inconstitucionalidad tendrán el valor de cosa juzgada, vincularán a todos los Poderes Públicos y producirán efectos generales desde la fecha de su publicación en el “Boletín Oficial del Estado”, hecho éste que se produjo el 23 de abril de 2021.

De ahí debe seguirse que a los procedimientos de resolución contractual iniciados por la Comunidad Autónoma o las Corporaciones Locales con posterioridad a la publicación de la sentencia no les resulta aplicable el plazo de ocho meses para la resolución del procedimiento que establece el citado artículo 212.8 LCSP, sino el general de tres meses que se prevé en el artículo 21.3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP). No es ese el caso analizado en que la adjudicación del acuerdo marco se produjo el 16 de noviembre de 2020, dato que al no advertirse cambia el sentido expresado en el informe del Servicio Jurídico sobre la propuesta de orden de resolución.

Por tanto, y dado que el acuerdo de incoación del presente procedimiento de resolución contractual se adoptó el 2 de junio de 2022, el plazo para resolverlo no vencería hasta el 2 de febrero de 2023, por aplicación de lo establecido en el apartado a) del citado artículo 21.3 LPACAP, y ello, sin tener en cuenta la ampliación que supondrá el tiempo transcurrido entre la petición del Dictamen notificada a la empresa y su recepción, aplicando lo previsto en el artículo 21.1 d) LPACAP.

TERCERA.- Sobre el fondo del asunto

El procedimiento instruido lo es para declarar la procedencia de la resolución del acuerdo marco suscrito entre la Consejería consultante y la empresa “AMG Servicios Integrados, S.L.”, por incumplimiento de su obligación esencial de presentar oferta válida en los contratos basados en el referido Acuerdo Marco. Su examen obliga a hacer las siguientes consideraciones:

I. Sobre la naturaleza jurídica del acuerdo marco.

El acuerdo marco es un negocio jurídico con una particular naturaleza jurídica. Se trata de un contrato normativo o precontrato según el Dictamen del Consejo de Estado, n.º 1.116/2015 de 10 de marzo de 2016, respecto del que, como dice este mismo Órgano consultivo en su Dictamen número 68/2021, *"Aunque en la Ley 9/2017 no se contiene una definición de lo que sea un acuerdo marco, la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, sí lo recoge en su artículo 33.1, entendiendo por tal "un acuerdo entre uno o varios poderes adjudicadores y uno o varios operadores económicos, cuya finalidad es establecer los términos que han de regir los contratos que se vayan a adjudicar durante un período determinado, en particular, por lo que respecta a los precios y, en su caso, a las cantidades previstas"*.

Como queda dicho, especial relevancia tiene el hecho de que la concertación de un acuerdo marco afecta a los negocios jurídicos posteriores que lo desarrollan, hasta el punto de que condiciona legalmente su perfección, su recurso o su presupuestación.

En efecto, si de conformidad con el artículo 36.1 de la Ley 9/2017 los contratos que celebren los poderes adjudicadores se perfeccionan con su formalización, los contratos basados en un acuerdo marco (al igual que los contratos específicos en el marco de un sistema dinámico de adquisición) se perfeccionan con su simple adjudicación (artículo 36.3), no siendo necesaria la formalización (artículo 153.1). En la misma medida, la interposición del recurso especial en materia de contratación produce como efecto (artículo 53 de la Ley 9/2017) dejar en suspenso la tramitación del procedimiento cuando el acto recurrido sea el de adjudicación, salvo en el supuesto de contratos basados en un acuerdo marco o de contratos específicos en el marco de un sistema dinámico de adquisición. Y desde el punto de vista de la obligada existencia de un presupuesto base de licitación con carácter general (artículo 100 de la Ley 9/2017), con carácter previo a la tramitación de un acuerdo marco o de un sistema dinámico de adquisición no será necesario que se apruebe un presupuesto de licitación.

[...] La celebración de los acuerdos marco tiene como fin fijar las condiciones a que habrán de ajustarse una o varias empresas con las que se suscriba a la hora de contratar determinadas prestaciones durante un periodo determinado, en particular, por lo que respecta a los precios y, en su caso, a las cantidades previstas. Suponen una muestra de eficiencia en la contratación administrativa al introducir economías de escala, propiciar el ahorro de tiempo y recursos del órgano de contratación, disminuir los costes de preparación de ofertas y seguir procedimientos de contratación sucesivos en la misma materia, garantizando la flexibilidad para el poder adjudicador a la hora de contratar, y reduciendo su incertidumbre en cuanto a los precios a aplicar.

Pero, simultáneamente, también deben ser objeto de un empleo muy estricto en la medida en que (como ha indicado la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia -INF/DP/ 0018/2014-) se produce un cierre efectivo del mercado durante el período de duración del mismo, pues no existe la posibilidad de incorporación inmediata de otros operadores no participantes. Este complejo equilibrio entre eficiencia y restricción no deja de ser un extremo que requiere un análisis muy exhaustivo del cumplimiento de las exigencias de sus pliegos para con quienes son sus adjudicatarios, especialmente cuando solo existen dos (como es el caso que ahora ocupa). La exposición de motivos de la Ley 9/2017 lo recuerda cuando recoge que "Los objetivos que inspiran la regulación contenida en la presente Ley son, en primer lugar, lograr una mayor transparencia en la contratación pública, y en segundo lugar el de conseguir una mejor relación calidad-precio".

Quede destacada, pues, como nota previa relevante para el supuesto aquí examinado, la obligada llamada de

atención sobre el necesario rigor en el cumplimiento de un acuerdo marco y sus contratos basados, en la medida en que -entre otros extremos- conlleva de partida una menor publicidad que si se hubieran adjudicado a través de un procedimiento abierto [...]”.

II. Sobre las causas de resolución del acuerdo marco.

La tramitación del procedimiento de resolución se ampara expresamente en la causa señalada en el artículo 211.1.f) LCSP. Resulta así en este caso que existe una obligación esencial establecida en el pliego de cláusulas administrativas particulares del propio acuerdo marco.

En la cláusula 28 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que se anexa al contrato se establece lo siguiente: *“La resolución del Acuerdo Marco tendrá lugar en los supuestos señalados en los artículos 211 y 313 de la LCSP.*

Asimismo será causa de resolución del Acuerdo Marco, al amparo del artículo 211.1. f) de la LCSP, el incumplimiento de las obligaciones esenciales calificadas como tales en el presente pliego.

A tal efecto se califican como obligaciones esenciales las siguientes: - La presentación de oferta válida en los contratos basados, pudiendo únicamente eximirse de presentar oferta en una ocasión”.

Establece así el Consejo de Estado en su Dictamen número 452/2017, de 13 de julio: *“Habiendo asumido la licitadora reclamante los pliegos como ley del contrato, su observancia resulta inexcusable para aquélla - por todas, Sentencias del Tribunal Supremo de 6 de junio de 1933, 21 de abril de 1970, 20 de junio de 1972, 31 de marzo de 1975, etc.”.* Y este es el caso. Consta en el expediente:

1º. La expresa asunción del PCAP manifestada en el anexo IV de su oferta económica suscrita el 26 de junio de 2020 (documento número 28), así como en la cláusula segunda del acuerdo celebrado con la Consejería el día 11 de febrero de 2020 (folio número 405).

2º. La circunstancia de no haber presentado oferta en dos ocasiones para las que fue invitada. Así se establece en dos órdenes de la titular de la Consejería, de 8 de julio de 2021 (expediente 15025/2021) y 18 de noviembre de 2021 (expediente 15033/2021), por las que se adjudicaban contratos basados en el Acuerdo Marco.

3º. Las alegaciones de la empresa constituyen un reconocimiento de tales omisiones, en un caso de modo explícito, la del expediente 15025/2021, y en otro de modo implícito a la vista de su redacción (Antecedente Quinto) en la que se ampara en la existencia de un error humano en la no presentación a la licitación del expediente número 15033/2021.

Ante esta situación no queda más que reconocer la concurrencia de la causa invocada siendo procedente la resolución del acuerdo marco celebrado entre la Consejería y dicha empresa.

Tratándose de un incumplimiento culpable del contratista es de aplicación lo que establece el artículo 213.3 LCSP. Ahora bien, al no haberse constituido garantía definitiva no procede decretar su incautación. Tampoco procede la instrucción del procedimiento contradictorio para la cuantificación de los daños y perjuicios al no haberse causado, según el informe del Servicio Jurídico de 22 de julio de 2022 de t

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Se dictamina favorablemente la propuesta remitida a consulta en cuanto es favorable a la resolución del Acuerdo Marco para la contratación de servicios de comedor escolar de los centros educativos de Educación Infantil y Primaria entre la Consejería de Educación y Cultura y la empresa “AMG Servicios Integrados, S.L”.

No obstante, V.E. resolverá.

