



Informe 1/2010, de 28 de xuño de 2010, de consulta sobre a demora de na sinatura dun contrato adxudicado por unha sociedade pública.

ANTECEDENTES

1º.- Pola empresa Xestión Urbanística de A Coruña S.A. (en diante XESTUR A Coruña S.A.) dirixiuse a esta Xunta Consultiva de Contratación Administrativa o seguinte escrito de consulta:

Asunto: Solicitud de informe.

1.- Antecedentes:

A sociedade pública realizou concurso público para a contratación dunhas obras.

Adxudicado o contrato prodúcese unha demora de varios meses na sinatura do mesmo e da posibilidade do contratista de iniciar as obras.

A devandita demora na sinatura do contrato non é imputable ao contratista.

O prego do concurso establece que non se aplicará revisión de prezos.

O prazo de execución da obra é de un ano e medio.

II.- Cuestións sobre as que se solicita informe:

1.- Se corresponde indemnizar o contratista pola demora na sinatura do contrato e na posibilidade de inicio das obras.

2.- Se, no seu caso, sería correcto, como forma de indemnización, aplicar revisión de prezos polo tempo que tivo a demora, e se á devandita revisión habería de aplicarse ao inicio (mediante actualización dos prezos do proxecto cos últimos índices xa coñecidos) ou aos meses finais da obra (con aplicación dos índices que no seu momento correspondan).

3.- No seu caso, e en defecto do anterior, cal sería o modo correcto de indemnización e cuantificación dos prexuízos.

María Rodríguez Gómez. Xerente.

2º.- Posteriormente a Secretaría Xeral da Xunta Consultiva solicitou a remisión de documentación complementaria (prego de cláusulas, acreditación da data de publicación da convocatoria e copia do contrato) co fin de determinar o ámbito temporal do procedemento aos efectos de establecer a normativa aplicable.

CONSIDERACIÓNS XURÍDICAS

1.- Segundo o disposto no artigo 2.1 do Decreto 237/2007, de 5 de decembro, polo que se crea a Xunta Consultiva de Contratación Administrativa correspóndelle á este órgano consultivo emitir informe con carácter facultativo sobre aquelas cuestións que, en materia de contratación administrativa, sometan á súa consideración as entidades enumeradas no seu artigo 1 entre as que figuran as sociedades públicas, caso da empresa petionaria.

2.- A consulta versa sobre a procedencia de indemnizar a unha empresa adxudicataria pola demora de máis de sete meses na sinatura dun contrato (realizada o 18/12/08) dende a data de adxudicación (14/5/08), demora que, segundo o texto da consulta, non é imputable á empresa contratista, sen especificar as causas ou razóns que a motivaron.

Indicar, en primeiro lugar, que na Cláusula 15 do Prego que rexeu a contratación, se prevé un prazo de formalización de 15 días dende que se notifica ao interesado a adxudicación, constando no expediente remitido que a UTE contratista foi constituída en escritura outorgada o 3 de xullo do 2008, isto é 49 días despois da adxudicación, o que supera en mais dun mes o prazo de 15 días para a formalización da adxudicación e reduce, no mesmo tempo, a demora imputable á sociedade pública indicada no escrito de consulta.

3.- Para responder a cuestión suscitada, procede inicialmente emitir pronunciamento sobre a normativa aplicable a este contrato xa que presenta algunhas particularidades derivadas do momento en que se convoca o procedemento e a cualificación obxectiva do ente contratante.

A Lei 30/2007, de 30 de outubro, de Contratos do Sector Público (en adiante LCSP) publicouse no BOE nº 261 o 31 de outubro de 2007. Se ben a súa entrada en vigor quedou sinalada con carácter xeral aos seis meses da súa publicación (30 de abril de 2008), unha salvedade na Disposición Final Duodécima remite ao previsto na disposición transitoria sétima, segundo a que, ao día seguinte ao da publicación, as normas do Texto Refundido da Lei de Contratos das Administracións Públicas (TRLCAP) sobre procedemento de licitación -aprobado polo Real Decreto Lexislativo 2/2000, de 16 xuño- deberán ser aplicadas polos entes, organismos e entidades que sexan poderes adxudicadores -conforme ao artigo 3.3- e non teñan o carácter de Administración Pública, nos contratos de obras de contía igual ou superior a 5.150.000 euros, excluído o IVA (contía establecida pola Orde EHA/3875/2007, de 27 de decembro).

Na documentación anexa á consulta faise referencia a un contrato que, polo seu importe, excede a cantidade antedita e doutra banda convén precisar que a convocatoria do procedemento publicouse o 24 de xaneiro de 2008, isto é, xa publicada a LCSP.

Ante esas premisas, a aplicabilidade do réxime transitorio previsto na Disposición Sétima da nova norma virá determinado unha vez concretada a categoría na que, aos efectos do ámbito subxectivo establecido no artigo 3 da LCSP, teña que encadrarse o ente que formula a consulta, isto é, se estamos ante un poder adxudicador ou non.

O artigo 3.3.b da LCSP, resultado da trasposición do artigo 1.9 da Directiva 2004/18/CEE, identifica os “poderes adxudicadores que no teñen o carácter de Administración Pública” cos entes, organismos ou entidades nos que concorran os seguintes requisitos:

- a) Que estean dotados de personalidade xurídica propia,
- b) Que sexan creados especificamente para satisfacer necesidades de interese xeral que non teñan o carácter industrial ou mercantil
- c) Que outros poderes adxudicadores:
 - financien maioritariamente a súa actividade,
 - controlen a súa xestión
 - ou nomeen a máis da metade dos membros do seu órgano de dirección.

Os tres requisitos a), b) e c) teñen carácter acumulativo, e así o ten confirmado o Tribunal de Xustiza das Comunidades Europeas (asunto C-44/96 “Mannesmann”, entre outros). Non obstante indicar que as tres situacións descritas no apartado c) son circunstancias alternativas, bastando que se produzan unha das tres.

XESTUR A Coruña S.A é unha empresa pública da Comunidade Autónoma de Galicia, constituída no ano 1981 baixo a forma xurídica de Sociedade Anónima, e na que participan dúas Consellerías da Xunta de Galicia e unha Deputación Provincial, todos eles poderes adjudicadores. Segundo os seus estatutos, documentos de creación e demais normativa reguladora do seu funcionamento, forma parte do modelo organizativo do IGVS constituíndo unha unidade operativa descentralizadora da xestión produtiva que ten como actividade a promoción e xestión de solo empresarial, residencial e construción de edificacións coa finalidade de garantir a utilización do solo de acordo co interese xeral.

A financiación da súa actividade por parte da Administración, o control da súa xestión e o nomeamento de todos os membros do seu órgano de dirección polos órganos da Administración autonómica que a participan e máis pola Deputación son outras circunstancias que ratifican o cumprimento de parte dos requisitos identificativos dun poder adjudicador que non ten o carácter de Administración Pública.

A dúbida só podería xurdir sobre a súa adecuación ao concepto de entidade que teña sido creada para satisfacer necesidades de interese xeral que non teñan carácter industrial ou mercantil.

A xurisprudencia do Tribunal de Xustiza das Comunidades Europeas tense pronunciado ao respecto delimitando o concepto a sensu contrario, isto é, determinando os supostos nos que se entende que unha entidade foi creada para satisfacer intereses xerais de carácter industrial ou mercantil. Nese senso, establece que, independentemente da forma que adopte a entidade ou da cualificación que lle outorgue o dereito interno, só se entende que unha entidade encádrase nesa tipoloxía cando opera en condicións normais de mercado e libre competencia, cando asume plenamente os riscos derivados da súa actividade baseando a súa xestión en criterios de rendemento, eficacia e rentabilidade (sen contar con mecanismos que permitan que os poderes públicos dos que dependen compensen posibles perdas financeiras), cando realice actividades sobre as que os poderes públicos non pretendan conservar unha influencia determinante que poida obrigar a realizar operacións de recapitalización ou compensación pública de perdas ou cando o seu sistema de prezos non veña establecido polos poderes públicos (STJCE 10/5/2001 asuntos C-233/99 e C-260, STJUE 15/1/98 asunto C44/96, STJCE 10/11/98 asunto C 360/96, STJCE 1/2/2001 asunto C-327/99, STJCE 15/5/2003 asunto C-214/00, STJCE 16/10/2003 asunto C-283/2000, entre outras).

O anteriormente exposto, a máis do análise de outros requisitos que, por non estendernos e por non ser ese o obxectivo específico deste informe, non se citan, xustifican que a xuízo desta Xunta Consultiva, a sociedade peticionaria deba ser considerada como poder adjudicador ao reunir os requisitos establecidos no artigo 3.3.b) da LCSP.

Desta circunstancia se conclúe, en atención ao disposto na Disposición Transitoria Sétima da LCSP, o sometemento do contrato da consulta ao TRLCAP ante a concorrencia dos requisitos que a norma esixe: subxectivos (entidade do 3.3.b da LCSP), temporais (o momento en que se publicaba a convocatoria do procedemento é o 24/1/08) e obxectivos (contrato de obra de máis de 5.150.000 euros, sen IVA).

4.- Respecto as normas procedimentais, a lei declara que serán de aplicación as normas relativas á capacidade das empresas, publicidade, procedementos de licitación, formas de adjudicación e réxime de recursos e medidas preventivas. O artigo 9 do TRLCAP establece que os contratos privados se rexerán polo nela disposto en canto a súa preparación e adjudicación - momento no que se sitúa a cuestión en debate-, e, en canto aos seus efectos e extinción, polas normas de dereito privado.



4.- Unha vez concretado o réxime xurídico aplicable á adxudicación do contrato obxecto da consulta cabe indicar que, segundo dispón o artigo 54.3 do TRLCAP, se as causas da non formalización fosen imputables á Administración (debendo entenderse aquí á entidade mercantil) se indemnizará ao contratista dos danos e prexuízos que a demora lle poida ocasionar, con independencia de que poda solicitar a resolución do contrato.

5.- Sobre a forma de resarcir os devanditos danos e prexuízos reclamados pola contrata, a primeira cuestión a resolver consiste en dilucidar si a vía adecuada para resarcir de eses danos é a vía de responsabilidade patrimonial ou a de responsabilidade contractual, dentro do propio procedemento de contratación. Ao respecto entende este órgano que debe procederse no marco do procedemento de contratación, como unha incidencia do mesmo, por tratarse dun dereito de natureza contractual en tanto que é a propia normativa a que establece no artigo 54.3 TRLCAP a procedencia da indemnización dos devanditos danos.

6.- Indica o artigo antedito que os danos e prexuízos que deben abonarse ao contratista pola non formalización do contrato son "os que a demora lle poida ocasionar", o que implica que a súa contía haberá de ser fixada á vista dos alegados e acreditados polo contratista no procedemento instruído ao efecto pola sociedade contratante.

Descarta este órgano a aplicación do previsto no artigo 151.c para o suposto da suspensión do inicio das obras por tempo superior a 6 meses (indemnización do 3% do prezo de adxudicación), por canto o contrato non estaba aínda asinado e segundo o propio artigo 54. 4, no se poderá iniciar a execución do contrato sen a previa formalización excepto nos casos previstos nos artigos 71 e 72 (tramitación urxente e tramitación de emerxencia).

O mesmo motivo cabe invocar para descartar a aplicación da revisión de prezos tal e como suxire o petionario, en primeiro lugar porque tal revisión non estaba sequera prevista no contrato, e a segunda, redundando o anteriormente exposto, porque, aínda que o contrato a prevíra, con independencia de que os contratos se perfeccionen mediante a adxudicación, é necesaria a formalización para proceder á súa execución e que se produzan os efectos típicos dela.

CONCLUSIÓN

Este órgano consultivo entende que, ao amparo do disposto no artigo 54.3 do TRLCAP -aplicable ao contrato da sociedade petionaria segundo o réxime previsto na Disposición Transitoria sétima da LCSP- o suposto de demora na formalización dun contrato por causa imputable ao órgano contratante xenera un dereito do adxudicatario a percibir unha indemnización polos danos e prexuízos que a demora lle houbera producido, sempre que estes sexan alegados e debidamente acreditados no procedemento instruído para a súa determinación.