

Los mecanismos legales de los licitadores ante la inactividad en la adjudicación: el caso portugués y español

DURVAL TIAGO FERREIRA

Abogado

FCO JAVIER VÁZQUEZ MATILLA

Doctor en Derecho. Abogado

RESUMEN

El trabajo analiza las consecuencias jurídicas de la falta de adjudicación los contratos públicos en los regímenes portugués y español y los efectos que tanto para el procedimiento como para los licitadores tiene dicha inactividad.

El interés del trabajo radica en la abundante retirada de ofertas con motivo de la falta de adecuación del precio del contrato ante la exorbitante variación de los mismos y las consecuencias jurídicas de la retirada cuando la Administración no lleva a cabo la adjudicación del contrato.

En sentido contrario, se plantea cuáles son las obligaciones de las entidades públicas respecto a la necesidad de llevar a cabo de forma efectiva la adjudicación del contrato en el plazo marcado en la Ley y las diferentes consecuencias.

Se han estudiado y regulado las posibles retiradas de licitadores durante el proceso, y, consecuentemente, se ha penado que el licitador huya del proceso, pero poco se ha legislado sobre el deber de adjudicar y poner fin al procedimiento. El trabajo pretende ahondar en el estudio de las posibles acciones tendientes a pretender que se produzca esta adjudicación. No en vano, lo que en última instancia demandan los licitadores es que el contrato sea adjudicado y que el procedimiento finalice.

En este sentido, se comparan las previsiones en dos Estados: Portugal y España. En España la regulación es limitada pero en Portugal sorprende que existe un marco normativo más completo tendente a que el contrato sea adjudicado y unas consecuencias jurídicas relevantes.

PALABRAS CLAVE

inactividad | resolución | mantenimiento oferta

indemnizaciones | contratación pública

ABSTRACT

The paper analyzes the legal consequences of the failure to award public contracts in the Portuguese and Spanish regimes and the effects that said inactivity has on both the procedure and the bidders.

The interest of the work lies in the abundant withdrawal of offers due to the lack of adequacy of the contract price due to the exorbitant variation of the same and the legal consequences of the withdrawal when the Administration does not carry out the award of the contract.

On the contrary, it is proposed what are the obligations of public entities regarding the need to effectively carry out the award of the contract within the period established in the Law and the different consequences.

The possible withdrawals of bidders during the process have been studied and regulated, and, consequently, it has been penalized that the bidder flees from the process, but little has been legislated on the duty to award and put an end to the procedure.

The work intends to delve into the study of the possible actions tending to pretend that this adjudication takes place. Not surprisingly, what the bidders ultimately demand is that the contract be awarded and that the procedure be completed.

In this sense, the forecasts in two states are compared: Portugal and Spain. In Spain the regulation is limited but in Portugal it is surprising that there is a more complete regulatory framework aimed at the award of the contract and relevant legal consequences.

KEYWORDS

inactivity | resolution | offer maintenance

compensation | public public contracting

I. Introducción

La normativa de contratación pública ha tenido una constante preocupación de que los licitadores mantengan su oferta durante el procedimiento de adjudicación y han impuesto una obligación del poder adjudicador de resolver el procedimiento de adjudicación, a través de su culminación, con el acto de adjudicación.

Sin embargo, en este trabajo se estudia una problemática frecuente: la inactividad del poder adjudicador cuando éste no adjudica el contrato en un plazo razonable y la existencia, o no, de acciones que persigan no ya una retirada justificada de oferta sino obligar o compeler al órgano a adjudicar el contrato.

No en vano, la compra pública tiene como finalidad la adjudicación y ejecución del correspondiente contrato. Pero, a los efectos de control de la normativa europea no contempla especiales acciones para intimar a la Administración y el resto de poderes adjudicador es a que adopten el acto finalizador del procedimiento: la adjudicación.

Como regla general, los temores del legislador europeo han estado en la necesidad de que exista una seriedad en las ofertas presentadas que no distorsione la competencia, y en definitiva, todo ello se ha plasmado en las diferentes normas europeas, en la necesidad de que los licitadores deberán mantener sus ofertas hasta el momento final sin poder retirarlas.

No obstante, no ha existido, con carácter general, una preocupación por la necesidad de asegurar que, efectivamente, se va a producir el acto que culmina el procedimiento de licitación. Ello, entendemos porque se presume que así va a ser.

Sin embargo, y más en la actualidad, por el problema del COVID y especialmente de encarecimiento de precio de materiales y de potencial riesgo de integridad y contable (sobre todo por consolidar situaciones de continuidad del contrato sin contrato) se hace necesario estudiar si existen previsiones legales que establezcan obligaciones, controles o límites al respecto.

Ello, porque, con independencia de que existe la posibilidad de que en el caso de que existan indemnizaciones para los licitadores si la Administración desiste o renuncie a la tramitación de un procedimiento, o incluso lo lleve a cabo tardíamente, lo pretendido originariamente por éstos es que el contrato sea adjudicado.

Se analiza, en concreto, la cuestión de si la adjudicación del contrato puede ser un acto obligado y si existen medidas tendentes a dotarlo de ese alcance.

Por otra parte, en la actualidad, ante el evidente hecho del encarecimiento extraordinario de las materias primas, son muchos los contratos en los que se hace necesario que haya una intimación que minore el riesgo de elevación de los precios propios del contrato derivados del aplazamiento de su adjudicación. Por ejemplo en España, son muchos los casos en los que se cifran los aumentos estratosféricos, lo que está llevando incluso a plantearse soluciones indemnizatorias extraordinarias (como por ejemplo ha llevado a cabo Galicia). Una solución y actuación básica imprescindible es que exista agilidad en el procedimiento de adjudicación. La media del plazo de adjudicación en España desde el inicio del expediente

está entre los 200 y 300 días de plazo. Si ya existe volatilidad con los precios en las obras a la vista de que la fecha de redacción y aprobación del proyecto dista mucho de la fecha de licitación de las obras, adjudicar los contratos 300 días después felicitarlos o, como planteamos en este trabajo, aún mucho más es tremendamente preocupante.

Por todo ello, va a ser determinante, estudiar si tanto en el derecho español, como en el portugués, existen medidas tendentes a estimular o intimar a que los contratos se adjudiquen en el plazo en que la normativa así lo dispone.

Estamos ante una problemática general pero regulaciones jurídicas diversas entre distintos Estados miembros. El trabajo analiza el caso portugués y español con análisis de la casuística posible en cada de ellos.

Ello a la vista de la experiencia portuguesa al respecto y de las insuficientes previsiones legales en España lo que determinan un análisis pausado y la promoción de reformas legislativas al respecto.

II. La regulación portuguesa

II.1. Situación de partida.

Con anterioridad a la entrada en vigor del Código de Contratación Pública (aprobado por el Decreto-Ley nº 18/2008, de 29 de enero), se seguía mayoritariamente en la doctrina el entendimiento por el cual, iniciado un procedimiento precontractual, no existía sobre la entidad adjudicadora la obligación de adjudicar.

Se entendía, incluso, que la Administración tenía la facultad discrecional de declarar sin efecto la adjudicación de la licitación o de rechazar todas las ofertas por inconveniencia, siendo que el derecho a no adjudicar solo conocía las restricciones que la Ley establecía para proteger la confianza de los competidores.

El poder de no adjudicar resultaba de la posición adoptada por el poder adjudicador de no ser un poder adjudicador, sino simplemente un destinatario o receptor de ofertas, en relación con las cuales tenía toda la libertad de aceptar o no aceptar según su libre criterio. Ese entendimiento doctrinal vino a ser, mientras tanto, templado en el sentido de entenderse que, con la incoación del procedimiento, el poder adjudicador se comprometía ante los licitadores a evaluar sus ofertas con el fin de elegir la mejor y de tomar la decisión final de adjudicación, manteniendo, no obstante, el poder de no adjudicar por razones ajenas a la calidad de las ofertas de los licitadores, de conformidad con el principio de legalidad¹.

¹ Véase a este respecto, TIAGO DUARTE, en «*La decisión de contratar en el Código de Contratación Pública: de la edad del armario a la edad de los porqués*», en *Estudios de la Contratación Pública - I*, CEDIPRE - Centro de Estudios de Derecho Público y Regulación, Coimbra Editora, 2008, p. 148 ss., y ANA CELESTE CARVALHO, en, «*La decisión de adjudicación y el deber de adjudicar*», en *Contratación Pública I*, Colección Formación Continua, Centro de Estudios Judiciales, Feb. 2017, p. 25 ss. disponible en:

II.2. Normativa actual.

En el marco normativo actual, resultante de la aprobación del Código de Contratación Pública (en adelante, CCP), es la Ley que consagra expresamente la existencia del deber de adjudicar. Se ha aprobado un conjunto normativo relevante destinado a regular esta cuestión a través del mandato legal establecido en el apartado 1 del artículo 76. del CCP, en conjunción con las excepciones previstas en el apartado 1 del artículo 79.

Podemos decir que existe un verdadero deber legal de decidir, consagrado en el artículo 76 del CCP, en el entendido de que sólo no existe tal deber si la entidad adjudicadora haya invocado “con razón” una de las posibles causas de no adjudicación previstas en el artículo 79 del mismo diploma².

En los términos del artículo 73 del Código de Contratación Pública, la adjudicación es el acto por el cual el órgano competente para la decisión de contratación acepta la única oferta presentada o elige una de las ofertas presentadas³.

Este es el acto culminante del procedimiento adjudicatorio, que marca el final de la serie procedimental y abre el lugar al comienzo de la serie negociadora⁴. En palabras de MEILAN GIL “con el acto de adjudicación definitiva culmina el desarrollo de la formación del contrato”⁵.

Así, solo se admite un deber de no adjudicación en caso de verificación de uno de estos fundamentos legales, situación en que no solo el Principio de la Legalidad, como el Principio de la Competencia, previstos en los artículos 266, apartado 2, de la Constitución de la República Portuguesa (CRP) y 3º del Código de Procedimiento Administrativo (CPA), lo impone, como la finalidad del procedimiento precontractual debe dictarlo, es decir, en una lógica de correcta persecución del interés público, fuera del ámbito de la autonomía de la voluntad.

Como aclara el Tribunal Central Administrativo del Norte (TCAN), en decisión de 28/06/19: “Las hipótesis consagradas en los diversos apartados del apartado 1 del art.º 79º del CCP como justificación de una decisión de no adjudicación, en particular las que figuran en las letras c) y d), no integran la falta de valor o rendimiento de las ofertas, quedando excluido el poder de no adjudicar o cualquier posibilidad de no adjudicar cuando esté en juego la apreciación del fondo de las ofertas o su idoneidad para realizar el interés perseguido por la decisión de contratar.” (Asunto nº 00744/18.OBECBR).

2 http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/Administrativo_fiscal/eb_ContratacaoPublicaI.pdf.

En cuanto a la especificidad de situaciones excepcionales por no adjudicación, la Sentencia TCA Norte, de 28/07/19, Proceso No. 00744 / 18.OBECBR. Al respecto, MARCELO REBELO DE SOUSA y ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Derecho Administrativo General*, Tomo I, WOOK, 2004.

3 Actualmente, por la doctrina y jurisprudencia, la decisión de adjudicación ha merecido de forma unánime la calificación de acto administrativo, en el sentido que aún hoy se mantiene en el art. 148 del CPA, por lo que comparte todo el régimen legal previsto, en particular y en general, para los actos administrativos - cf. art. 149, sobre la condición, los términos y el modo; el artículo 150, sobre la forma de los actos; el artículo 151, sobre las menciones obligatorias y el art. 152 sobre la obligación de motivación. Cf. ANA CELESTE CARVALHO, «La decisión de adjudicación y el deber de adjudicación», Recopilación del CEJ, Contratación Pública I, Febrero de 2017.

4 BERNARDO AZEVEDO, «Adjudicación y celebración del contrato en el Código de los Contratos Públicos», Estudios de Contratación Pública - Tomo II, Coimbra Editora, 2010.

5 MEILAN GIL, J.L. *La Estructura de los Contratos Públicos*, Iustel, Madrid, 2008.

En resumen, no existe un poder discrecional en torno a la decisión de adjudicación; la entidad adjudicadora no tiene libertad para adjudicar o no adjudicar, sino que se trata de una decisión vinculante en la que existe la obligación de adjudicación, salvo que se compruebe de forma expresa que alguno de los acontecimientos típicos, previstos por la ley, legitima la no adjudicación.

Esta obligación legal de decidir sobre la entidad adjudicadora emana originariamente del artículo 9 del CPA (de 1991) y, actualmente, del artículo 13 del CPA (2015) cumple los requisitos de la letra a) del apartado 4 del art.º 67º del Código de Procedimiento de los Tribunales Administrativos (CPTA).

Siendo que la decisión de adjudicación que debe ser tomada (y notificada) hasta la expiración del plazo de la obligación de mantenimiento de las ofertas, que, con arreglo al artículo 66 del CCP, si no se dice nada en las piezas del procedimiento, es de 66 días hábiles.

Sólo no habrá adjudicación, por lo que el poder adjudicador no tendrá la obligación de adjudicar, en las situaciones previstas en el apartado 1 del artículo 79 del CPP, a saber, cuando **(a)** no se haya presentado ningún candidato o no se haya presentado ninguna oferta; **(b)** se hayan excluido todas las solicitudes o ofertas; **(c)** por circunstancias imprevistas, sea necesario modificar aspectos fundamentales de los documentos del procedimiento; **(d)** las circunstancias sobrevenidas en relación con los supuestos de la decisión de contratación lo justifiquen; **(e)** en los casos a que se refiere el apartado 5 del artículo 47, el órgano de contratación considere, con fundamento, que todos los precios presentados son inaceptables; **(f)** en el procedimiento de diálogo competitivo, ninguna de las soluciones presentadas satisfice las necesidades y exigencias de la entidad adjudicadora; **(g)** en el procedimiento para la celebración del acuerdo marco con varias entidades, el número de solicitudes o ofertas presentadas o admitidas sea inferior al número mínimo previsto en el programa de licitación.

Esta es la interpretación consentida a la luz del actual marco normativo, tal como se encuentra concretado en el CCP.

Y es también el sentido en que se pronuncia la gran mayoría de la doctrina.

Tomado de las disposiciones conjuntas de los artículos 76 y del apartado 1 del artículo 79 de la CPC, que es en este último en el que se establecen los casos en que la adjudicación no tendrá lugar, en una doble vertiente: una de que la adjudicación no puede tener lugar en las situaciones allí previstas, otra de que la adjudicación sólo no puede tener lugar en una de esas situaciones. No cabe duda de que la decisión de contratar (Art. 36 del CCP) es el elemento motor, esencial y determinante para la puesta en marcha del procedimiento de formación del contrato. Y si, tras la adopción de la decisión de contratación, se produce un conjunto de actos, aún tomados internamente, en la esfera de la entidad adjudicadora, destinados a conformar el procedimiento, entre ellos la elaboración del programa del procedimiento y el pliego de condiciones, a ellos les seguirá la proyección de la decisión de contratar para el exterior, a través de la convocatoria o del anuncio, dirigida a los interesados potenciales competidores o candidatos, a la presentación de ofertas, con los subsiguientes

trámites procesales para la adjudicación del contrato al candidato y oferta que, con arreglo a los criterios a los que la entidad contratante se autovinculó, mejor sirve al interés público.⁶

La decisión de contratación que da lugar al procedimiento de formación del contrato (cf. artículo 36 del CCP) y con el cual se inicia, constituye, en las palabras de MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA y RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA: *“el acto unilateral por el cual, comprueba la necesidad o la conveniencia de obtener en el (o acceder al) mercado determinados bienes o servicios, el órgano competente para comprometer la entidad adjudicadora —financieramente, si procede, el pago de un precio por parte del órgano de contratación, o contractualmente, en caso contrario— decide abrir un procedimiento para determinar quién y en qué condiciones concretas se celebrará el correspondiente contrato”,* o, como también dicen, *“en su formulación y efecto más simple, la decisión de contratar es, pues, un acto cuyo efecto jurídico se traduce en la legitimación jurídica (...) de la necesidad o conveniencia del contrato de que se trate, de las prestaciones que la entidad adjudicadora se propone obtener a través del mismo y del instrumento (precontractual) por el que pretende adquirirlos, por lo tanto, constituyen el requisito básico de la validez del procedimiento de contratación pública que de él se derive y del contrato celebrado a raíz del mismo.*

Y estos autores, del análisis en cuanto a la naturaleza y efectos de la decisión de contratar, sacan lo siguiente: *“(...) es seguro que el hecho de la incoación del procedimiento no significa que la entidad adjudicadora no pueda revocar por su propia conveniencia la decisión de contratar. Por otra parte, el propio CCP lo dice, estableciendo en su artículo 80º/2 que, cuando las circunstancias previstas en las letras c) y d) del art.º 79º/1 —es decir, la necesidad imprevisible de modificar aspectos fundamentales de las piezas del procedimiento o la modificación sensible y significativa de los supuestos de la decisión de contratación—”entre la incoación del procedimiento y la expiración del plazo de presentación de las ofertas, la decisión de contratar también podrá ser revocada. Es un precepto complicado. En primer lugar, entendemos que carece de una interpretación restrictiva por lo que respecta al período que media entre la decisión de contratar y la publicación del anuncio en el diario de la República y (o) en el JOUE, período que correspondería literalmente a la voluntad en la previsión de la norma y llevaría entonces a entender (...) que, aun faltando aún su publicación, su externalización, la decisión de contratar solo podría ser revocada verificando los supuestos del artº 80º/2 cuando, para nosotros, puede serlo libremente, sin ningún obstáculo (distintas de las obligaciones de perseguir el interés público) derivadas de dicha disposición legal o de cualquier principio general. Por lo que se refiere a la revocabilidad de la decisión de contratación en el período comprendido entre la publicación de los anuncios legales, la incoación del procedimiento y la expiración del plazo de presentación de ofertas, el poder adjudicador podrá revocarla o retirarla —basta para el efecto un diferente juicio sobre la necesidad o conveniencia del contrato (o*

6 Véase, en cuanto a los considerandos acerca de la decisión de contratar y sus efectos, entre otros, TIAGO DUARTE, «La decisión de contratar en el Código de los Contratos Públicos: de la edad del armario a la edad de los porqués», *Estudios de la Contratación Pública - I, CEDIPRE - Centro de Estudios de Derecho Público y Regulación, Coimbra Editora, 2008*, pág. 148 ss., MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO MATOS, en *Contratos Públicos - Direito Administrativo Geral*, Tomo III, 2008, pág. 94, JOÃO AMARAL E ALMEIDA e PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, en, *Temas de Contratación Pública*, I, p. 275, y MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, en *Concursos e Outros Procedimientos de Contratación Pública*, Almedina, 2011, p. 777.

incluso sobre el procedimiento lanzado o sobre sus términos)— sin perjuicio del deber de resarcimiento de los daños causados a quienes, sobre la base de la buena fe y confianza generadas por la publicación oficial de un anuncio de éstos, hayan incurrido ya en gastos para la presentación de una oferta o candidatura. Después de la “expiración del plazo de presentación de propuestas” —mejor, nos parece, una vez presentadas una o más propuestas— ya no debe hablarse de una revocación autónoma de la decisión de contratar, considerando la posibilidad o no de tomar una decisión de no adjudicación, que debe evaluarse en función de los supuestos establecidos en el artículo 79º/1 del Código, aun cuando sea cierto que, si se adopta tal decisión, implica también la revocación de la decisión de contratar (artº 80º/1)”⁷.

Por consiguiente, el principio general es que el órgano de contratación —el poder adjudicador— tiene la obligación de adjudicar las ofertas de los licitadores o candidatos (cuando haya expirado el plazo correspondiente) y que sólo admite las desviaciones, que son verdaderas excepciones a ese deber, expresamente previstos en el artículo 79 del CCP⁸.

Pronunciándose en la doctrina en sentido disonante, pero aislado en esa su posición, BERNARDO AZEVEDO, defiende, en definitiva, que “...lo que el legislador pretendía afirmar no era, ni mucho menos, ninguna vinculación incondicional del poder adjudicador, a raíz de la incoación del procedimiento público adjudicatorio, a la adopción del acto de adjudicación del contrato, sino tan sólo fijarle un plazo perentorio a tal efecto, superado el cual nace, para el licitador adjudicatario, el derecho de denegación de la adjudicación acompañado de la indemnización por los gastos incurridos en la preparación de la correspondiente respuesta”, afirmando que “...en el fondo y en definitiva, de qué se trata, en el artículo 76, apartado 1, del CCP no es de la adjudicación como acto estrictamente debido, a cuya práctica el órgano competente para la decisión de contratación está irreduciblemente vinculado, pero antes de imponer una condición al poder adjudicador con el fin de beneficiarse del compromiso unilateral e irrevocable del licitador particular de mantener firme su oferta”, añadiendo, por otra parte, que en lo que respecta a la disciplina contenida en el artículo 79 apartado 1 del CCP, se indica que “...como mínimo, es precipitado querer vislumbrar la definición de un *numerus clausus de causas de no adjudicación*”, argumentando que “...solo con mucha dificultad se puede interpretar el precepto en cuestión como correspondiendo a una tipificación exhaustiva de

7 En *Concursos y Otros Procedimientos de Contratación Pública*, Almedina, 2011, p. 783.

8 En este sentido se pronuncian, entre otros, MARCELO REBELO DE SOUSA y ANDRÉ SALGADO MATOS, en *Contratos Públicos - Derecho Administrativo General*, Tomo III, 2008, p.118, y SÉRVULO CORREIA & ASSOCIADOS, RL, en, *Manual de Procedimientos - Contratación Pública de Bienes y Servicios - Desde el inicio del Procedimiento hasta la Celebración del Contrato, del Ministerio de Hacienda y de la Administración Pública*”, disponible en: http://www.ideram.pt/files/MANUAL%20DE%20PROCEDIMIENTOS%20_CCP%20comentado-%20Versión%20Final%20com%20Minutas.pdf; MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA y RODRÍGO ESTEVES DE OLIVEIRA, en “Concursos y Otros Procedimientos de Contratación Pública”, Almedina, 2011, pág. 779, MARGARIDA OLAZABAL CABRAL, en *El Concurso Público en los Contratos Administrativos*, y LICÍNIO LOPES MARTINS, en «El deber de adjudicar y el empate entre propuestas en el Código de los Contratos Públicos», *Cadernos de Justicia Administrativa*, n.º 103, Jan/Feb, 2014, pp. 3 ss.

Y también la jurisprudencia ha seguido camino similar, cumpliendo citarse a propósito, las siguientes sentencias, todas disponibles, in, www.dgsi.pt: Ac. del TCA Sur de 19/01/2012, Asunto no 0822/11;

- Ac. del TCA Norte del 10/10/2012, Asunto n.º 01735/11.8BEBRG; Ac. del TCA Sur del 19/12/2013, Asunto n.º 10298/13; Ac. del STA, del 20/03/2014, Proc. n.º 01898/13; Ac. del TCA Sur del 17/09/2015, Asunto n.º 05176/09; Ac. del TCA Norte, del 16/02/2018, Asunto n.º 01023/17.6BEPRT; Ac. del TCA Sur, de 07/03/2019, Asunto n.º 889/18.7BESNT.

todas las hipótesis en que, abstractamente, el procedimiento administrativo precontractual puede culminar con una decisión negativa de adjudicación”, y propugnando que “...el objetivo precario que mueve el Código en su art. nº 79º, apartado 1, no es, decididamente, el de agotar el enunciado de causas posibles de denegación del acto de adjudicación, sino el de individualizar las hipótesis, más comunes y relevantes, en que puede haber lugar para un desenlace del procedimiento administrativo precontractual mediante una resolución (necesariamente motivada) de no adjudicación”⁹.

Sin embargo, no apoyamos esta tesis, porque carece de todo soporte, por mínimo que sea, en el elemento literal de la norma del artículo 79, apartado 1, del CCP, ni a dicha interpretación llevar el sistema en su conjunto (artículo 9 del Código Civil), en los términos del supervisado.

Así, resulta claro que las hipótesis consagradas en las distintas letras del apartado 1º del artículo 79 del CCP como causas justificativas de una decisión de no adjudicación, en particular las contempladas en las letras c) y d), no integran la falta de valor o el rendimiento de las ofertas. Considerando que debe excluirse la facultad de no adjudicar o la posibilidad de no adjudicar cuando se cuestione la apreciación del fondo de las ofertas o su idoneidad para satisfacer el interés perseguido por la decisión de contratar, es decir, si las ofertas no son satisfactorias, negándose que exista en estos casos, obligación alguna de no adjudicación¹⁰.

II.3. La acción judicial para condenar a la práctica del acto debido.

Lo relevante de este trabajo es analizar si existen acciones para obligar, intimar a que de hecho se lleve a cabo la adjudicación pretendida. Pues bien, si se sobrepasa el plazo de conservación de las ofertas y el órgano de contratación no se ha pronunciado aún sobre la adjudicación del contrato, entonces, el ordenamiento jurídico portugués permite que los competidores —en particular y como es natural— aquel cuya propuesta es la mejor clasificada, pueda valerse de una acción urgente de contencioso precontractual, con previsión en el artículo 100 y siguientes del CPTA, con el fin de obtener del Tribunal la condena de la entidad adjudicadora a concluir el procedimiento; que culmina con el acto de adjudicación.

Los aspectos particulares de esta acción judicial se encuentran previstos en las citadas normas del CPTA.

En primer lugar, al tratarse de un procedimiento urgente, los plazos procesales se reducen a la mitad de los plazos previstos para las demás acciones.

En segundo lugar, de acuerdo con lo previsto en el artículo 101 del CPTA, el plazo de interposición es de un mes, (plazo continuo, de acuerdo con el artículo 279 del Código Civil) siendo que el inicio de la cuenta del plazo ocurre según las reglas contenidas en el artículo

⁹ En, «Adjudicación y celebración del contrato en el Código de Contratación Pública», *Estudios de la Contratación Pública* - II, CEDIPRE - Centro de Estudios de Derecho Público y Regulación, Coimbra Editora, 2010, p. 223 ss.

¹⁰ Al respecto, ver ANA CELESTE CARVALHO, en «La decisión de adjudicar y el deber de adjudicar», en “Contratación Pública I”, Colección Formación Continua, Centro de Estudios Judiciales, febrero de 2017, págs. 25 ss., http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/Administrativo_fiscal/eb_ContratacaoPublicaI.pdf

59, apartados 1 a 3 del CPTA. Y se suspende en caso de utilización de medios de impugnación administrativa (artículo 59, apartados 4 y 5 del CPTA).

En cuanto a la legitimidad para iniciar estas acciones, se remite al art.º 97.º, apartado 1, letra c), del CPTA; que aclara que este procedimiento se rige, con carácter subsidiario, por las disposiciones del Capítulo II, Título II del CPTA.

El avance del proceso deberá observar lo dispuesto en los artículos 78 a 96 del CPTA y los plazos a cumplir son de 20 días para presentar impugnación, (y para las alegaciones) y 10 días para la decisión del juez o para someter el proceso a juicio (apartado 3 del artículo 102 del CPTA).

Si en el curso de la acción, el contrato llega a celebrarse, el Demandante puede solicitar la ampliación del objeto, en escrito propio, hasta el cierre de la discusión en primera instancia, con apoyo en el artículo 63 del CPTA, aplicable ex vi el artículo 102, apartado 4, de dicho Reglamento.

Por supuesto, si el contrato llega a celebrarse al Demandante, en principio, está satisfecho con su pretensión, pero esa adjudicación puede recaer en la oferta presentada por otro competidor.

Por su parte, el juez dispone de la facultad de, de oficio o a instancia de las partes, promover la realización de una audiencia pública para la discusión de la materia de hecho y de derecho, en los términos del artículo 102, apartado 5, del CPTA.

Podrá el Demandante, con el fin de reforzar su protección, solicitar en la acción judicial que, por cada día de retraso en la ejecución de la sentencia, los responsables de la entidad adjudicadora, de forma individual y personal, sean condenados al pago de una multa coercitiva, de conformidad a los artículos 95, apartados 4 y 169 del CPTA.

Una cuestión pertinente se refiere a las competencias del Tribunal, en el ámbito de la condena de la entidad adjudicadora para pronunciarse, teniendo en cuenta el principio de separación de poderes y la discrecionalidad de la administración en las decisiones que adopta.

En nuestra opinión, los poderes del Tribunal de Justicia para obligar a la entidad adjudicadora a llevar a cabo la adjudicación son tan fuertes cuanto más avanza el procedimiento.

Así, si ya se han dictado los Informes Preliminar y Final (equivalentes en España a la propuesta de adjudicación por la Mesa de Contratación —conocida en Portugal como Comité de Selección del procedimiento—), y siguiendo la posición sostenida por MÁRIO AROSO DE ALMEIDA y CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, en estos casos, si ya existió un juicio valorativo anterior, consustanciándose en un informe de evaluación, no tiene sentido retomar la evaluación y hacer una nueva apreciación del mérito de la oferta para la elección del adjudicatario¹¹.

Es decir, si la entidad adjudicadora, como resultado del trabajo realizado por el Comité de Selección del procedimiento, ya ha determinado el sentido de la decisión, confirmándolo

11 *En CPTA Anotado*, 5.º Edição, p. 527.

en sucesivos informes, incluso por contrapunto a eventuales pronunciamientos de otros competidores, entonces parece que ya existe un cierto sentido de decisión que justifica que el Tribunal, en tales casos, pueda obligar a la entidad adjudicadora a celebrar el contrato con el licitador cuya oferta se presente mejor clasificada y que será la oferta presentada por el Demandante.

Por el contrario, si ya se ha sobrepasado el plazo de mantenimiento de las ofertas, pero el trámite todavía está en el principio, entonces el Tribunal de Primera Instancia sólo podrá condenar la entidad adjudicadora a continuar con el procedimiento, por ejemplo, condenando la elaboración del Informe Final, pero no puede vincular a la adjudicación del contrato, necesariamente, a la oferta presentada por el Demandante, en la medida en que aún no está cristalizada la decisión administrativa.

Para finalizar, el juez puede considerar que la pretensión del Demandante es fundada, pero que no puede o no debe ser satisfecha.

En estos casos, el juez dicta una decisión que reconoce i) el bien fundado de la pretensión del Demandante; ii) la existencia de una situación de imposibilidad absoluta o de excepcional perjuicio para el interés público; iii) el derecho del Demandante a ser indemnizado por ello, invitando a las partes a que acuerden el importe de la indemnización en un plazo de 30 días prorrogable hasta un máximo de 60 días (cf. el art.º 45º, apartado 1, del CPTA).

En conclusión, y habida cuenta de la obligación de adjudicación legalmente establecida, los licitadores podrán, transcurrido el plazo previsto para el mantenimiento de las ofertas y en caso de indolencia de la entidad adjudicadora, interponer una acción ante los Tribunales que obligue a esta entidad a actuar; en concreto, a concluir el procedimiento y a adjudicar el contrato.

III. La regulación española

III.1. Normativa actual

En España la regulación de los aspectos analizados en la normativa actual (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 – en adelante LCSP) no contiene una regulación innovadora. Debemos partir de aseverar que estamos ante una materia que no ha tenido un tratamiento normativo ni en la normativa vigente ni en la precedente.

La regulación española ha ido siempre dirigida a generar medidas de aseguramiento del mantenimiento de la oferta por parte de las empresas licitadoras durante el procedimiento de licitación. La retirada de la oferta generaba la incautación de la garantía provisional (mecanismo de aseguramiento —aval, depósito en efectivo,...— ,...prestado precisamente para asegurar la seriedad de la oferta) y actualmente, ante la consideración como excepcional de la garantía provisional la retirada anticipada de la oferta se castiga con la exigencia del el 3 por ciento del presupuesto base de licitación, IVA excluido, en concepto de penalidad e incluso la prohibición de contratar.

Sin embargo, y más allá de la obligación de adjudicar en un plazo concreto del órgano de contratación, ya adelantamos, como ahora estudiaremos, que no hay mayores previsiones.

A) Las reglas de la adjudicación de los contratos públicos

En primer lugar debemos partir de que en España no existen unas únicas reglas de preparación de adjudicación del contrato. Depende del sujeto contratante (Administración Pública, Poder adjudicador No Administración Pública, Entidad del Sector Público no poder adjudicador) van a aplicarse unas u otras normas.

Y esto es relevante porque de los tres sujetos que la LCSP las previsiones que ahora vamos a regular son directamente aplicables exclusivamente a las Administraciones Públicas y a las entidades conocidas como “Poderes Adjudicadores No Administración Pública” (Fundaciones públicas, ciertas sociedades públicas, Mutuas de Accidentes de Trabajo,...) por encima del umbral comunitario —con lo que para el resto habrá que estar a lo dispuesto en el condicionado—.

Este es el caso del artículo 158 LCSP. El precepto, como ahora veremos, contiene una obligación de adjudicación en un plazo concreto. El precepto señala únicamente que se adjudica el contrato solo a través del precio *“la adjudicación deberá recaer en el plazo máximo de quince días a contar desde el siguiente al de apertura de las proposiciones”*; mientras que si hay varios criterios o utilizándose un único criterio sea este el del menor coste del ciclo de vida el plazo máximo para efectuar la adjudicación será de dos meses a contar desde la apertura de las proposiciones, salvo que se hubiese establecido otro en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

El precepto contempla que este plazo se amplíe en 15 días más si hubo que tramitar el procedimiento contradictorio para examinar la viabilidad económica de las ofertas anormales.

Finalmente, regula el efecto de la no adjudicación: la retirada justificada de la oferta (artículo 158.4 LCSP): *“De no producirse la adjudicación dentro de los plazos señalados, los licitadores tendrán derecho a retirar su proposición, y a la devolución de la garantía provisional, de existir esta”*.

De lo anterior puede observarse que salvo el caso de que solo exista el criterio precio el pliego de condiciones puede prever un plazo diferente —seguro mayor vista la media de duración del contrato típica¹²—. Nada más se dice. Ninguna acción concreta se contiene.

A) Las justificaciones para no adjudicar o formalizar el contrato

Podemos decir que en la normativa española se da por hecho que existe la obligación de finalizar el procedimiento: esto es de adjudicar el contrato.

Como excepción a esta obligación de adjudicar y formalizar, cabría, únicamente, que el poder adjudicador hiciera uso del desistimiento o la renuncia, bien a la adjudicación, bien a la formalización del contrato¹³.

¹² <https://www.calendariocontratacionpublica.es/>

¹³ RAZQUIN LIZARRAGA, M.M., VAZQUEZ MATILLA, F.J., *La adjudicación de los contratos públicos en la nueva Ley de Contratos del Sector Público*, Thomson Reuters, 2017, Cizur Menor, pp. 156 – 157. Puede verse también GALLEGRO CÓRCOLES, I., « Renuncia a la celebración del contrato y desistimiento del procedimiento de adju-

Lo primero que debe decirse de estas “justificaciones” es que son excepcionales, como se desprende de lo señalado por la Resolución del TACRC 214/2020 de 17 de junio.

El Dictamen del Consejo de Estado de 22 de julio de 2010 señala, en relación al desistimiento del contrato, que: *“el desistimiento de la Administración constituye un remedio excepcional ante una situación que, en la medida de lo posible, deberá evitarse que se produzca. Y en todo caso, la Administración sólo podrá desistir del contrato cuando razones de interés público así lo aconsejen. No se configura como una opción de libre utilización por la misma, sino como una solución a la que únicamente podrá acudir cuando la prosecución de las actuaciones o de la ejecución del contrato perjudique el interés público o sea incompatible con él. De ahí que la justificación de la decisión de la Administración de resolver el contrato haya de constar en el expediente administrativo y de ella deberá tener oportuno conocimiento el contratista a los efectos pertinentes, incluida la posibilidad de alegar contra la decisión de desistir y de impugnar la realidad misma de sus fundamentos en relación con las exigencias del interés público”*.

Por su parte, la renuncia va a conllevar la decisión de abandono de esa licitación en el presente y en el futuro¹⁴.

En la normativa inmediatamente anterior —el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP)— se prevé la posibilidad de renunciar a la celebración del contrato y el desistimiento del procedimiento de adjudicación por la Administración, el artículo 155 en su apartado que *“La renuncia a la celebración del contrato o el desistimiento del procedimiento solo podrán acordarse por el órgano de contratación antes de la adjudicación. En ambos casos 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”*.

Ahora es el artículo 152 LCSP regula estas posibilidades con una novedad importante.

La novedad principal está en que va a ser posible desistir o renunciar tanto antes de la adjudicación como antes de la formalización. Ello es especialmente relevante pues la perfección del contrato tiene lugar con la formalización. Dicho de otro modo, podría darse el caso de un contrato adjudicado pero no formalizado.

Lejos de ofrecer libertad de elección el desistimiento solo es posible con muchas limitaciones. Es necesario que se funde en una *“infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación, debiendo justificarse en el expediente la concurrencia de la causa”*¹⁵.

dicación», *Revista Contratación Administrativa Práctica*, N.º 121, Sección Informe de Jurisprudencia, Septiembre-Octubre 2012, Editorial LA LEY.

¹⁴ Es pertinente referirse a los casos de renuncia por imposible ejecución por COVID-19. Véase por ejemplo, las Resoluciones 851/2020 de 24 de julio de 2020 TACRC, o 207/2020 del Tribunal Canario de Contratos Públicos. Son interesantes las propuestas planteadas al efecto por MARTINEZ FERNANDEZ, J.M., en «Efectos sobre los expedientes de contratación en tramitación y los contratos en ejecución de las medidas adoptadas por el Gobierno a raíz de la crisis sanitaria provocada por el coronavirus», *El Consultor de los Ayuntamientos*, N.º II, Mayo 2020, Wolters Kluwer.

¹⁵ Véase al efecto las resoluciones del TACRC 1120/2015, de 4 de diciembre y 292/2012, de 5 de diciembre.

No es que exista entonces libertad, sino que debe motivarse y acreditarse que existe una infracción no subsanable¹⁶.

Por otra parte, no debe olvidarse que tanto el desistimiento como la renuncia deben ser publicados en el perfil de contratante (artículo 63.3 párrafo 2º LCSP).

A su vez la renuncia puede fundarse en motivos de interés público (no requiere que exista infracción jurídica) e impedirá una nueva licitación.

En conclusión, fuera de los supuestos de desistimiento y renuncia la LCSP impone la adjudicación.

Sobra decir, que obviamente, en el caso de que no se haya presentado ninguna oferta; ninguna oferta adecuada; ninguna solicitud de participación; o ninguna solicitud de participación adecuada el contrato podrá declararse desierto, y, en definitiva, no se adjudicará.

A este respecto debe llamarse la atención de la previsión del artículo 168.a.1º LCSP que, al regular para estos supuestos la posibilidad de uso del procedimiento negociado sin publicidad, y siguiendo la regulación de la Directiva de Contratos Públicos 2014/24/UE afirma que *“se considerará que una oferta no es adecuada cuando no sea pertinente para el contrato, por resultar manifiestamente insuficiente para satisfacer, sin cambios sustanciales, las necesidades y los requisitos del órgano de contratación especificados en los pliegos que rigen la contratación. Se considerará que una solicitud de participación no es adecuada si el empresario de que se trate ha de ser o puede ser excluido en virtud de los motivos establecidos en la presente Ley o no satisface los criterios de selección establecidos por el órgano de contratación”*.

Ciertamente, la retirada de la oferta está siendo hoy una “solución” a la normal resolución tardía bajo el prisma de la subida exponencial del precio de las materias primas.

Un supuesto que cabe mencionar es el informado por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña de 22 de diciembre de 2021¹⁷ en que se concluye la posibilidad de indemnización de daños y perjuicios por la demora en la formalización del contrato a la vista del incremento de costes de materias primas¹⁸.

16 ABELLO FIGURERAS, L., «La figura del desistimiento en la contratación pública», www.obcp.es, 5 de octubre de 2020. <http://www.obcp.es/opiniones/la-figura-del-desistimiento-en-la-contratacion-publica> Analiza las posibles infracciones que justificarían acudir al desistimiento.

17 <https://contratodeobras.com/images/Informe-indemnizaci%C3%B3-per-demora-en-la-formalizaci%C3%B3-cast.pdf>

18 Sobre esta cuestión interesa citar la Ley de Medidas fiscales y Administrativas de Galicia aprobada en diciembre de 2021 que prevé la posibilidad de indemnización para contratos que se estén ejecutando con posterioridad a enero de 2021 y los informes de órganos consultivos siguientes: informe 10/2019, de 28 de noviembre de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, 10/2021, de 29 de noviembre de 2021, sobre *“la subida de precios de las materias primas en los contratos de obras y su repercusión en la ejecución del contrato. El principio de riesgo y ventura del contratista”*, Informe 38/2020, de 11 de febrero de 2021, sobre “efectos del COVID-19 sobre un contrato de obras celebrado en Melilla.

B) Efectos económicos

Respecto de las consecuencias de las consecuencias económicas de la retirada tardía imputable al adjudicatario —la LCSP en el artículo 153.4— reitera la exigencia del 3% como penalidad esta vez contra la garantía definitiva.

Respecto de la Administración Pública (y poderes adjudicadores en procedimientos por encima del umbral) el artículo 153.5 LCSP que “*se indemnizará al contratista de los daños y perjuicios que la demora le pudiera ocasionar*”.

Además de lo previsto en la LCSP debe tenerse en cuenta la práctica de indicar en los pliegos de condiciones una cuantía fija a efectos indemnizatorio, lo que puesto en relación con el principio de *pacta sunt servanda* reduciría a dicha cuantía la indemnización.

En cualquier caso, va a exigir una prueba efectiva de los daños ocasionados y aplicar, en definitiva, las reglas de determinación de las indemnizaciones propias del procedimiento de responsabilidad patrimonial. La indemnización va a depender también del momento en que se produzca bien la falta de adjudicación bien la formalización tardía¹⁹.

III.2. La inactividad del poder adjudicador respecto de la adjudicación y formalización

Según hemos analizado, no existe una especial regulación en la normativa de contratación pública que contemple una acción específica para imponer o conminar al poder adjudicador a adjudicar o a celebrar el contrato, y mucho menos para que la adjudicación se realice a una entidad concreta —la propuesta por la Mesa de Contratación—. Al contrario, se da por hecho la obligación y se plantea la posibilidad de retirada justificada de la oferta por este hecho y se trata la adjudicación como obligación y el desistimiento y renuncia como excepción; y, ante, la producción tardía se contemplan indemnizaciones.

Desde un punto de vista jurídico, en España, puede decirse que esta inactividad no lleva aparejada una sanción de ilegalidad del acto.

Habría de acudirse al artículo 48.3 la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas que determina que “*La realización de actuaciones administrativas fuera del tiempo establecido para ellas sólo implicará la anulabilidad del acto cuando así lo imponga la naturaleza del término o plazo*”. No es el caso de los actos que nos ocupan para lo que no se colige tal pena por la tardanza²⁰.

Debe partirse de que la Administración (y por extensión el resto de poderes adjudicadores) están obligados a dictar resolución expresa y a notificarla en todos los procedimientos cualquiera que sea su forma de iniciación (artículo 21.1 Ley 39/2015).

¹⁹ Sobre esta cuestión es interesante FERNÁNDEZ GOSÁLVEZ, S. «La compensación del interés negativo en los casos de renuncia o desistimiento del procedimiento de adjudicación», *Revista Contratación Administrativa Práctica*, N.º 160, Marzo-Abril 2019, Editorial WOLTERS KLUWER.

²⁰ Sobre esta problemática puede aludirse a la Resolución del TACRC 650/2020 de 28 de mayo de 2020 que pretendía la anulación de una resolución de adjudicación por su dictado tardío y concluye que los únicos efectos posibles son la retirada de la oferta.

Por otra parte, estamos ante procedimientos iniciados de oficio, con lo que, como bien recoge la Resolución 26/2013 de 20 de febrero de 2013 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid, que justamente analiza el supuesto de hecho estudiado, el transcurso del plazo máximo para resolver —en nuestro caso para adjudicar y formalizar— no genera un acto presunto susceptible de recurso²¹. Tan solo genera, según el Tribunal, que los licitadores podrán retirar su oferta²².

Asimismo, no existe caducidad del expediente ante la falta de respuesta en plazo como ha motivado el informe 2/2015, de 22 de enero de la Junta Regional de Contratación Administrativa de Murcia²³.

Respecto a las posibles acciones para “estimular” esa adjudicación, como hemos dicho, a diferencia del caso portugués no existe previsión normativa.

Es cierto, no obstante, que hay dos actuaciones del expediente que deberíamos diferenciar —aunque la solución es la misma—: se inicia el expediente pero no existe propuesta de adjudicación por parte de la Mesa hacia el órgano o sí existe. Creemos que el segundo caso es más acuciante si cabe. Con todo, insistimos, no hay respuesta legal.

Podemos plantear dos potenciales soluciones “a estudio”: el recurso de inactividad del artículo 29 Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (en adelante, LJCA) y el recurso especial en materia de contratación pública.

Respecto de la primera posibilidad, regulada en el artículo 29 LJCA ciertamente parece haber un encaje conceptual. Ello puesto que sí existe en el marco normativo español una acción frente a la inactividad y que demanda justo esa actuación debida. Ello a través del llamado “recurso frente a la inactividad de la Administración”.

21 Sobre los recursos potenciales durante la licitación y adjudicación puede verse GORDO CANO, D. «Los actos de las mesas de contratación y su recurribilidad», *Revista Contratación Administrativa Práctica*, Nº 174, Sección Contratista versus Administración, Julio-Agosto 2021, Wolters Kluwer .

22 Ello pese a que, ciertamente, la doctrina no es pacífica al respecto . A la vista está pues el informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de las Islas Baleares en informe 4/2005, de 28 de abril señalaba que “Por aplicación del artículo 44 de la LRJ-PAC si el procedimiento de adjudicación no se resuelve en el plazo de tres meses a contar desde la apertura del procedimiento (artículo 89 del LCAP) los licitadores podrán entender denegada sus ofertas por silencio administrativo, con el derecho de los empresarios admitidos a concurso, a retirar sus proposiciones y a que se les devuelva o cancele la garantía que hubieran prestado”.

23 [https://www.carm.es/web/Blob?ARCHIVO=informe0215.pdf&TABLA=ARCHIVOS&CAMPOCLAVE=IDARCHIVO&VALORCLAVE=111499&CAMPOIMAGEN=ARCHIVO&IDTIPO=60&RASTRO=c589\\$m3659,47818](https://www.carm.es/web/Blob?ARCHIVO=informe0215.pdf&TABLA=ARCHIVOS&CAMPOCLAVE=IDARCHIVO&VALORCLAVE=111499&CAMPOIMAGEN=ARCHIVO&IDTIPO=60&RASTRO=c589$m3659,47818) El informe parte de la aplicación subsidiaria de la normativa procedimental pero reconoce que debido a la complejidad procedimental de los procedimientos de contratación pública no aplica la caducidad. Para ello se apoya en el informe de la JCCA 16/00, de 11 de abril de 2000. Es interesante este informe de la Junta Regional de Murcia puesto que analiza la posibilidad de que un expediente de adjudicación esté abierto varios años por falta de presupuesto y plantea que en ese caso procede renunciar a la contratación “Esta Junta comparte el criterio del Servicio Jurídico contrario a que los procedimientos de licitación que no desembocan en la adjudicación puedan permanecer abiertos o vivos hacia el futuro y además sin plazo y puedan adjudicarse varios años después. El hecho de que no sea de aplicación el instituto de la caducidad a los procedimientos de adjudicación de los contratos en los términos que han quedado reflejados en la consideración anterior, no significa que los mismos puedan quedar pendientes de resolverlos indefinidamente, ya que esto generaría una situación de incertidumbre jurídica prolongada injustificadamente en el tiempo incompatible con los principios que deben presidir la contratación pública.”

Este recurso cabe frente a los casos en que “*la Administración, en virtud de una disposición general que no precise de actos de aplicación o en virtud de un acto, contrato o convenio administrativo, esté obligada a realizar una prestación concreta en favor de una o varias personas determinadas, quienes tuvieran derecho a ella pueden reclamar de la Administración el cumplimiento de dicha obligación*”.

En principio, de tener encaje, parece que estaríamos ante el primero de los supuestos: que la obligación provenga de una disposición general. Ello en tanto que existe la obligación de dictar una adjudicación, más cuando existe propuesta de la Mesa —propuesta de la que cabe apartarse motivadamente—.

A este respecto, a mi juicio, no se ha encontrado precedente jurisprudencial al respecto. Pero además, resulta dudosa su viabilidad. Es cierto que la obligación es adjudicar pero no es tan claro el automatismo y mucho menos la especialidad. Dicho de otro modo, hay una regulación específica, que como hemos visto, pone de relieve que la consecuencia de la falta de adjudicación es la retirada de oferta y en su caso la indemnización oportuna.

Por otra parte, cabría interrogarse sobre si es posible la utilización de la vía del recurso especial. Vía que sí es posible para enjuiciar por los tribunales especializados, los tribunales contractuales, el desistimiento o la renuncia.

A nuestro entender, la regulación del artículo 44 LCSP se dirige a un conjunto de actos expresos —y no presuntos— y no incluye entre su listado taxativo esta posibilidad.

Por tal motivo, justamente, la mentada Resolución 26/2013 del TACPM afirma que “*respecto de la posibilidad interponer recurso especial contra la inactividad de la Administración, aplicando la Ley 29/1889, de 13 de junio, reguladora del recurso contencioso administrativo, que permite tal posibilidad en su artículo 25.2, aunque el recurso especial en materia de contratación puede ser considerado como cuasijurisdiccional, lo cierto es que se trata de un recurso especial procedente solo contra determinados actos dictados en los procedimientos de contratación pública, sin que le sean de aplicación directa las normas de la jurisdicción contencioso administrativa, no siendo posible extender el ámbito objetivo de aplicación del recurso a actos no contemplados en el TRLCSP, expresamente o por analogía, como susceptibles del mismo*”.

En definitiva, podemos aseverar que no existe la posibilidad legal de ejercitar acciones tendientes a estimular u obligar al poder adjudicador a dictar la resolución de adjudicación²⁴.

IV. Conclusiones.

El trabajo pone de manifiesto que, no solamente debe apreciarse en el procedimiento de adjudicación de un contrato los intereses propios de la administración pública de asegurar el mantenimiento de las ofertas durante el periodo en que se está tramitando el mismo. Es absolutamente necesario que exista una verdadera protección de que aquello para lo que

²⁴ Para mayor información al respecto puede analizarse MANTECA VALELANDE V. «contratación pública y control judicial», Revista Contratación Administrativa Práctica, N° 86, Sección Reflexiones, Mayo 2009, Editorial LA LEY.

existe una necesidad de adquisición se materializa en una adjudicación. Salvo excepciones lógicas que están previstas en los dos ordenamientos jurídicos comparados (portugués y español) —cuando no concurren ofertas (desierto), cuando se verifique una alteración superveniente de las circunstancias de contratar, cuando existe una necesidad de renuncia o de desistimiento por infracción jurídica no subsanable— el poder adjudicador debe adjudicar el contrato.

Si bien no se ha incidido en ello, por no ser la materia principal del trabajo, a menudo la falta de adjudicación esconde, no solo falta de eficiencia en los procesos de compra, sino además potenciales casos de abuso o fraude, dando continuidad mientras el contrato no está adjudicado a contratos —especialmente de servicios o suministro de tracto sucesivo— de forma ilegal.

En este sentido, se estima oportuno que exista en España una reforma legislativa, asimilable a la portuguesa, que ofrezca la seguridad jurídica necesaria para imponer que los contratos se adjudiquen, ofreciendo así una tutela primaria²⁵. No puede olvidarse que el interés primero de todo licitador no es recibir una indemnización sino ejecutar el contrato.

Particularmente, debe prestarse especial atención en la generación de nuevas vías legales al hecho de que la Mesa de contratación haya efectuado ya una propuesta de adjudicación (artículo 150 LCSP) y, sin embargo, el órgano de contratación permanezca inmóvil sin dictar acuerdo o de adjudicación en el sentido propuesto por la Mesa o apartándose de él, o de desistimiento – renuncia.

En Portugal, además, el Tribunal, existiendo un pronunciamiento previo de la mesa de contratación, que haya decidido en determinado sentido, puede obligar a la Administración no solo a tomar una decisión sino también a decidir en el mismo sentido de la mesa de contratación.

En conclusión, consideramos que adoptar este cambio legislativo generaría una mayor seguridad y una mayor seriedad en el procedimiento. Asimismo, supondría una verdadera plasmación de la obligación de dictar la adjudicación en el plazo que ahora define la LCSP y lo dotaría de real importancia —mucho más allá de permitir la retirada de la oferta—.

²⁵ Dentro del estudio realizado se ha encontrado alguna sentencia aislada que impone la formalización y adjudicación del contrato sobre la base de que existía una previa adjudicación no formalizada, y, precisamente, del transcurso del plazo máximo como se aprecia en la sentencia del Juzgado Central de lo Contencioso Administrativo 77/18 de 4 de junio de 2018.

V. Bibliografía

ABELLO FIGURERAS, L., «La figura del desistimiento en la contratación pública», www.obcp.es, 5 de octubre de 2020. <http://www.obcp.es/opiniones/la-figura-del-desistimiento-en-la-contratacion-publica>

ANA CELESTE CARVALHO, «La decisión de adjudicación y el deber de adjudicar», *Contratación Pública I, Colección Formación Continua*, Centro de Estudios Judiciales, Feb. 2017, p. 25 ss. http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/Administrativo_fiscal/eb_ContratacaoPublicaI.pdf.

BERNARDO AZEVEDO, «Adjudicación y celebración del contrato en el Código de los

Contratos Públicos», Estudios de Contratación Pública - Tomo II, Coimbra Editora, 2010.

FERNÁNDEZ GOSÁLVEZ, S. «La compensación del interés negativo en los casos de renuncia o desistimiento del procedimiento de adjudicación», *Revista Contratación Administrativa Práctica*, N.º 160, Marzo-Abril 2019, Editorial Wolters Kluwer.

GALLEGO CÓRCOLES, I., «Renuncia a la celebración del contrato y desistimiento del procedimiento de adjudicación», *Revista Contratación Administrativa Práctica*, N.º 121, Sección Informe de Jurisprudencia, Sep