

En Logroño, a 10 de septiembre de 2007, el Consejo Consultivo de La Rioja, reunido en su sede, con asistencia de su Presidente, D. Joaquín Espert y Pérez-Caballero y de los Consejeros D. Antonio Fanlo Loras, D. Pedro de Pablo Contreras, D. José M^a Cid Monreal y D^a M^a del Carmen Ortiz Lallana, así como del Letrado-Secretario General, D. Ignacio Granado Hijelmo, siendo ponente D. Antonio Fanlo Loras, emite, por unanimidad, el siguiente

DICTAMEN

88/07

Correspondiente a la solicitud de informe presentado por el Excmo. Sr. Consejero de Educación, Cultura y Deporte del Gobierno de La Rioja, en relación con el procedimiento de declaración de nulidad parcial del acto administrativo por el que se aprueba el Pliego de prescripciones técnicas en relación con el sublte 2.38: *Equipo para determinar espesores y defectos internos por Rayos X*, del expediente de contratación N^o 08-4-2.1-0007/2007, denominado *Suministro de equipamiento para ciclos formativos de la Comunidad Autónoma de La Rioja*.

ANTECEDENTES DE HECHO

Antecedentes del asunto

Primero

Mediante Resolución 2357/2007, de 15 de junio de 2007, del Secretario General Técnico de la Consejería de Educación, Cultura y Deporte, se resuelve iniciar el procedimiento de declaración de nulidad parcial de la Resolución n^o 967, de 26 de febrero de 2007, en la parte correspondiente a la aprobación de las prescripciones técnicas del Sublte 2.38: *Equipo para determinar espesores y defectos internos por Rayos X*, incluido en el Lote 2: *Equipamiento para laboratorios*, del Expediente de contratación n^o 08-4-2.1-0007/2007 relativo al *Suministro de equipamiento para ciclos formativos de la Comunidad Autónoma de La Rioja* (Doc. 13).

Esta Resolución se fundamenta en los siguientes antecedentes fácticos:

1. Mediante Resolución 802, de 5 de febrero de 2007, se inicia el expediente de

contratación referido, relativo a *Suministro de equipamiento para ciclos formativos de la Comunidad Autónoma de La Rioja* (Doc. 4).

2. Mediante Resolución 967, de 26 de febrero de 2007, se aprueba el expediente de contratación referido, el gasto correspondiente, los Pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas, así como la forma de adjudicación, por tramitación ordinaria, mediante concurso abierto (Doc. 5). El Pliego de prescripciones técnicas se ha incorporado como Doc. 1, que incluye la descripción del Sublote 2-38 en el folio 33. El Pliego de Cláusulas Administrativas se ha incorporado como Doc. 3. Consta, asimismo, una Memoria justificativa del contrato de suministro referenciado (Doc. 2).

3. La Mesa de Contratación procedió, en sus reuniones de 2 de abril y 9 de abril, al examen y calificación de las ofertas recibidas (documentación administrativa –sobre "A"- recogido en el Doc. 6 y la proposición económica –sobre "B"-, en el Doc. 7).

En la reunión de 9 de abril, la empresa A.,SA. –cuya oferta, junto con otras, no es admitida por la Mesa al no acreditar suficientemente la solvencia financiera- presenta escrito, que es incorporado al Acta de la Mesa, en el que –en relación con el lote 2-38 (*Equipo para determinar espesores y defectos internos por Rayos X*)- justifica su oferta limitada a un aparato para visualización y formación didáctica para Rayos X, por lo que solicita *"la anulación de dicha partida por los errores cometidos en las características del concurso ya que consideramos que no es un equipo adecuado para la enseñanza y el riesgo que les puede conllevar, para la salud del alumnado"*, (Doc. 8)

Consta asimismo, escrito de la empresa A. relativo a *Equipo específico de formación sin tubo real de RX*, (Doc. 9)

4. El 2 de mayo de 2007 se redacta el Informe técnico de valoración de ofertas (Doc. 10). En lo que interesa al objeto de este dictamen, se afirma:

"Con independencia de la exclusión de la licitación de la empresa A., SA., ésta en su condición de interesada del expediente de contratación de referencia, ha presentado un escrito de fecha 9 de abril de 2007, cuya copia se adjunta, que tiene la consideración de recurso potestativo de reposición interpuesto contra la Resolución nº 967, de aprobación del Pliego de prescripciones técnicas, en virtud de lo dispuesto en el artículo 110.2. de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que introduce el criterio antiformalista en la calificación de los escritos como recursos.

En dicho recurso, la citada empresa pone de manifiesto la imposibilidad de suministrar el Sublote 2-38 *«Equipo para determinar espesores y defectos internos por Rayos X»*, debido a que las características técnicas señaladas en el Pliego de prescripciones técnicas, describen un bien no apto para el uso escolar y que puede suponer un alto riesgo para la salud de los alumnos.

Por su parte, la empresa A., SA en su oferta relativa al Sublote 2-38, señala que el bien objeto de suministro no es el descrito en el Pliego de prescripciones técnicas, sino un equipo específico para formación sin tubo real de Rayos X.

En relación con el recurso presentado por A., SA, en el que se pone de manifiesto la imposibilidad de suministrar el Sublote 2-38 «*Equipo para determinar espesores y defectos internos por Rayos X*», al alegar un error en la definición de las características técnicas de dicho sublote, desde el Servicio de Formación Profesional y Formación Permanente se explica que se entiende perfectamente el objeto y tipo de material solicitado porque:

-No se hace referencia a ningún tipo de estructura específica en el Centro para la realización de actividades que pueda ser peligrosas para el entorno y el alumnado.

-No se tiene previsto la recogida de posibles residuos radioactivos.

-Atendiendo al precio de licitación, no puede entenderse otra cosa que un aparato de simulación que no impide que cualquier alumno pueda trabajar con un equipo real (sin la fuente de radiación) pero pudiendo operar de una forma idéntica al trabajo real que se debe realizar por parte del alumno, como ocurre en otros IES de otras especialidades en otras CCAA que utilizan el mismo equipamiento.

Aun así, mirando escrupulosamente las prescripciones tal como están explicitadas en el pliego del concurso, no dice estrictamente que el tubo de radiación sea 'ficticio', por lo que puede llegar a interpretarse que las condiciones no se ajustan a la propuesta tal como dice en su escrito la empresa A., SA y, por tanto, es imposible su cumplimiento por razones técnicas.

Por todas estas razones, se considera, que se ha producido un vicio de nulidad parcial en el Pliego de Prescripciones Técnicas, respecto al Sublote 2-38 «*Equipo para determinar espesores y defectos internos por Rayos X*», de conformidad con el artículo 62.1.c) actos que tengan un contenido imposible, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, por lo que se hace constar a efectos informativos, que se propondrá la iniciación del procedimiento correspondiente para la declaración de nulidad parcial en los siguientes términos:

-Disponer la conservación de los actos y trámites cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse cometido la infracción...

-Proceder a la suspensión de la adjudicación del Lote 2, hasta el momento en que se pronuncie el Consejo Consultivo de La Rioja, sobre la declaración de nulidad parcial.

-Conceder un plazo de audiencia..."

5. La Mesa de Contratación, en sus reuniones de 18 de mayo y 25 de mayo, expresa su conformidad a la valoración efectuada y realiza la propuesta de adjudicación del contrato de referencia, y se da por informada de la propuesta de suspensión de la adjudicación del Lote 2, (Doc. 11 y 12).

6. El 21 de junio de 2007, el Jefe de Servicio de Gestión de Centros Docentes formula Propuesta de resolución provisional sobre la suspensión de la adjudicación del Lote 2 referenciado, al amparo del art. 104 LPAC, hasta la resolución del procedimiento de declaración de nulidad parcial del acto administrativo por el que se aprueban las Prescripciones técnicas referenciadas, debido a su contenido imposible por razones técnicas (Doc. 14), lo que se notifica a los interesados para trámite de alegaciones.

7. La empresa A., SA, el 3 de julio, presenta escrito de alegaciones en el que solicita la declaración de nulidad de todo el lote 2, por la existencia de diversos errores y contradicciones en el Pliego de prescripciones técnicas, (Doc. 17).

Dichas alegaciones son informadas debidamente y rechazadas, por el Jefe de Servicio de Formación Profesional y Formación Permanente, el 18 de julio de 2007, salvo la que se refiere al Sublote 2-38, que *"ya se propone al Consejo Consultivo la anulación parcial del sublote 2-38"* (Doc. 18).

8. La empresa A., SA. presenta escrito de alegaciones el 6 de julio de 2007, manifestando conformidad a la declaración de nulidad parcial, si bien recuerda que su oferta cumple con los requerimientos técnicos y económicos solicitados (Doc. 19).

9. La Secretaria General Técnica de la Consejería, mediante Resolución 2938, de 9 de agosto, resuelve suspender la adjudicación del Lote 2 hasta la resolución del procedimiento de declaración de nulidad parcial referenciado (Doc. 20).

Segundo

La Letrada de los Servicios Jurídicos, el 13 de agosto de 2007, informa favorablemente la declaración de nulidad parcial (Doc. 21).

Tercero

El Jefe de Servicio de Gestión de Centros Docentes, el 14 de agosto, redacta propuesta de Resolución por la que, tras un relato sintético de los antecedentes, propone declarar la nulidad parcial de la Resolución 967, de 26 de febrero de 2007, exclusivamente en la parte correspondiente al sublote 2-38 referenciado, (Doc. 22).

Antecedentes de la consulta

Primero

Por escrito de 16 de agosto de 2007, registrado de entrada en este Consejo el 21 de agosto de 2007, el Excmo. Sr. Consejero de Educación, Cultura y Deporte del Gobierno de La Rioja remite al Consejo Consultivo de La Rioja, a través de su Presidente y para dictamen, el expediente tramitado sobre el asunto referido.

Segundo

Mediante escrito de fecha 22 de agosto de 2007, registrado de salida el 22 de agosto de 2007, el Sr. Presidente del Consejo Consultivo procedió, en nombre del mismo, a acusar recibo de la consulta, a declarar, provisionalmente, la misma bien efectuada, así como la competencia del Consejo para evacuarla en forma de dictamen.

Tercero

Asignada la ponencia al Consejero señalado en el encabezamiento, la correspondiente ponencia quedó incluida, para debate y votación, en el orden del día de la sesión del Consejo Consultivo convocada para la fecha allí mismo indicada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero

Necesidad y ámbito del dictamen del Consejo Consultivo

El carácter preceptivo del dictamen del Consejo Consultivo en los supuestos de revisión de los actos administrativos resulta con toda claridad de lo dispuesto en el artículo 102.1 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento

Administrativo Común, a cuyo tenor: *"las Administraciones Públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud del interesado, y previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, si lo hubiere, declararán de oficio la nulidad de los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, en los supuestos previstos en el artículo 62.1"*. Reiteran la necesidad del dictamen del Consejo Consultivo en estos casos nuestra Ley reguladora [artículo 11.f)] y el Reglamento que la desarrolla [artículo 12.2.f)].

En consecuencia, nuestro dictamen es preceptivo en los procedimientos de revisión de la nulidad de actos administrativos razón de la materia y, habiéndose cumplido todos los requisitos procedimentales, sin perjuicio de lo que luego se dirá sobre la cuestión de fondo, esto es, si concurre causa de nulidad absoluta y, más todavía, si el procedimiento tramitado es el adecuado para obviar las dificultades interpretativas suscitadas por un apartado concreto (el Sublote 2-38) del Pliego de prescripciones técnicas.

Por lo demás, como claramente se infiere del art. 102.1 LPAC, el dictamen del Consejo Consultivo en materia de revisión de actos administrativos es, además de preceptivo, habilitante de la ulterior decisión revisora de la Administración, que sólo

puede declarar la nulidad del acto si dicho dictamen hubiere sido favorable, esto es, estimatorio de la nulidad denunciada.

Segundo

Inexistencia de causa de nulidad de pleno derecho

Como resulta de los Antecedentes fácticos expuesto, el contrato de *Suministro de equipamiento para ciclos formativos de la Comunidad Autónoma de La Rioja*, cuyo expediente de contratación se aprobó mediante Resolución 802 de 5 de febrero de 2007, de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Educación, Cultura y Deporte, está dividido en 5 lotes. De ellos, sólo el nº 2, *Equipamiento para laboratorios*, es objeto de discusión pues, con correcta aplicación de los principios de incommunicación de la invalidez (las "transmisibilidad" de la que habla la rúbrica del art. 64 LPAC) y del principio de conservación de actos recogido en el art. 66 de la misma Ley, el órgano gestor ha resuelto adjudicar, de acuerdo con los criterios objetivos establecidos en la convocatoria, los restantes lotes del contrato, y suspender, como medida provisional dictada al amparo del art. 104 LPAC, la adjudicación del lote nº 2, en tanto se resuelve el procedimiento de declaración de nulidad parcial, en cuanto se refiere al sublote 2-38, objeto del presente dictamen.

La decisión adoptada por el órgano gestor es absolutamente ajustada al ordenamiento jurídico, a juicio de este Consejo Consultivo, en cuanto a la adjudicación de los lotes del contrato de suministro no discutidos. Sin embargo, no podemos compartir la valoración y tramitación procedimental seguida en relación con la discusión del sublote 2-38, por las razones que seguidamente pasamos a exponer.

En primer lugar, debemos referirnos a la inadecuada valoración del escrito de 9 de abril de 2007, presentado por la empresa A. SA, calificado por el Informe técnico de valoración de las ofertas económicas presentadas al concurso, como "*recurso potestativo de reposición interpuesto contra la Resolución 967, de aprobación del Pliego de prescripciones técnicas*", valoración que se justifica con fundamento en el criterio antiformalista en la calificación de los escritos presentados.

Pues bien, ha de decirse que ese escrito en ningún caso puede merecer esa calificación, pues es evidente que la Resolución 967, de 26 de febrero de 2007, por la que se aprueban los Pliegos de cláusulas administrativas particulares y de Prescripciones técnicas, constituye un acto firme y consentido que no puede atacarse mediante los recursos administrativos ordinarios (recurso de alzada o reposición potestativo).

Con independencia de que, efectivamente, A.,SA hubiera sido excluida del procedimiento de adjudicación al no justificar el requisito de la solvencia económica, la calificación que merece su escrito no puede ser otra que el ejercicio de la acción de

nulidad, parcial, en este caso, al amparo de lo previsto en el art. 102 LPAC, relativo al procedimiento de revisión de oficio de los actos nulos de pleno derecho.

Presentada la misma, el órgano gestor debe darle trámite, previa comprobación de que concurren los requisitos establecidos, actuación a la que le obliga expresamente el art. 102.43LPC cuando señala que:

"El órgano competente para la revisión de oficio podrá acordar motivadamente la inadmisión a trámite de las solicitudes formuladas por los interesados, sin necesidad de recabar dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo de la Comunidad Autónoma, cuando las mismas no se basen en alguna de las causas de nulidad del artículo 62 o carezcan manifiestamente de fundamento, así como en el supuesto de que se hubieran desestimado en cuanto al fondo otras solicitudes sustancialmente iguales".

Pues bien, en el escrito de alegaciones de A.,SA, en la valoración del Informe de 2 de mayo referido, se señala respecto del sublte 2-38 que el Pliego de prescripciones técnicas *"describe un bien no apto para el uso escolar y que puede suponer un alto riesgo para la salud de los alumnos"*. Lo que lleva a considerar que *"se ha producido un vicio de nulidad parcial en el Pliego...de conformidad con el art. 62.1.c), Actos que tengan un contenido imposible, de la Ley 30/1992"*, con propuesta de suspensión de la adjudicación del Lote 2 *"hasta el momento en que se pronuncie el Consejo Consultivo de La Rioja, sobre la declaración de nulidad parcial"*.

Sin embargo, la concurrencia de un vicio de nulidad, por contenido imposible del acto administrativo (error en la definición de las características técnicas del Sublte 2-38) no es evidente. El propio informe de 2 de mayo de 2007 recoge las consideraciones hechas por el propio Servicio de Formación Profesional y Formación Permanente, en cuanto a la alegada nulidad, y considera *"se entiende perfectamente el objeto y tipo de material solicitado"*, pues, entre otras razones, *"atendiendo al precio de licitación, no puede entenderse otra cosa que un **aparato de simulación** que no impide que cualquier alumno pueda trabajar con un equipo real (sin fuente de radiación), pero pudiendo operar de una forma idéntica al trabajo real que se debe realizar por parte del alumno, como ocurre con otros IES de otras especialidades en otras CCAA que utilizan el mismo equipamiento"*. Así lo ha entendido, por lo demás, la única empresa (A., SA) admitida a la licitación del Lote nº 2.

El informe técnico insiste en que *"mirando escrupulosamente las Prescripciones tal como están explicitadas en el Pliego del concurso, no dice estrictamente que el tubo de radiación sea 'ficticio', por lo que puede llegar a interpretar que las condiciones no se ajustan a la propuesta, tal como dice en su escrito la empresa A., SA y, por tanto, es imposible su cumplimiento por razones técnicas"*, lo que le lleva a proponer se tramite la declaración de nulidad parcial referenciada.

Este Consejo Consultivo no comparte este criterio, de acuerdo con la jurisprudencia relativa a los actos administrativos que tengan un contenido imposible, supuesto

contemplado ahora en el art. 62.1.c) LPAC. Como señala el Tribunal Supremo (así STS 19 de mayo de 2000, 4363, doctrina que sigue la Sentencia del T.S.J. de la Comunidad Valenciana, de 15 de diciembre de 2004, Arz. 1710), dicha nulidad, según esta última sentencia:

"(Es) trasunto, en el régimen de dichos actos, del principio que expresa el art. 1272 del Código Civil para los contratos. La nulidad de actos de cuyo contenido sea imposible ha sido apreciada siempre con suma prudencia por la doctrina y la jurisprudencia, que trata de evitar que se amplíe inadecuadamente el supuesto legal a cualquier acto desprovisto de fundamento jurídico para ser dictado.

La imposibilidad a que se refiere la norma de la Ley de procedimiento debe ser, por ello, de carácter material o físico, ya que una imposibilidad de carácter jurídico equivaldría prácticamente a ilegalidad del acto, que suele comportar anulabilidad...; la imposibilidad debe ser, asimismo, originaria, ya que una imposibilidad sobrevenida comportaría simple ineficacia del acto. Actos nulos por tener un contenido imposible son, por tanto, los que resultan inadecuados, en forma total y originaria, a la realidad física sobre la que recaen. Son también de contenido imposible los actos que encierran una contradicción interna en su términos (imposibilidad lógica) por oponerse a Leyes físicas inexorables o a lo que racionalmente se considera insuperable. La jurisprudencia ha equiparado en algunos casos la indeterminación, ambigüedad o ininteligibilidad del contenido del acto con la imposibilidad de éste".

Pues bien, la descripción literal del Sublote 2-38 no nos sitúa ante un objeto de contenido imposible en sentido estricto, pues, tanto se trate de un aparato de Rayos X real como de simulación, ambas realidades existen en el mercado, y se trata de un precio cierto, que, por su cuantía, podía haberse tomado como indicativo de tratarse de un equipo de simulación, como razonablemente recuerda el Servicio de Formación Profesional y Formación Permanente.

No cabe apreciar, por tanto, a juicio de este Consejo Consultivo, la causa de nulidad del art. 62.1.c) LPAC (contenido imposible del acto administrativo), causas que deben ser de interpretación restrictiva, razón por la cual el escrito inicial de A., SA , de 9 de abril, no debió ser admitido a trámite a la vista de la argumentación más arriba señalada. Como ello no se hizo, la posterior fase de alegaciones la aprovecha A., SA -que ha sido excluida de la licitación por no justificar documentalmente la solvencia económica- para solicitar la declaración de nulidad de todo el Lote 2, planteamiento que –sin perjuicio de reconocer, en efecto, la actuación abusiva y contra sus propios actos de la alegante- centra en exclusiva la atención del Informe de valoración de las mismas, así como la Propuesta de resolución final, con olvido de la justificación de si concurre o no la causa de nulidad parcial del Sublote 2-38.

Que no pueda el órgano gestor declarar la nulidad parcial del Sublote 2-38, al no concurrir causa de nulidad, no quiere decir que la Administración carezca de instrumentos para aclarar las dudas interpretativas suscitadas por el referido Sublote y poner fin a la litigiosidad planteada. En efecto, ante las dudas suscitadas, el órgano de contratación tiene la prerrogativa de interpretación del contrato administrativo (incluidos los Pliegos de cláusulas administrativas y de Prescripciones técnicas), en aplicación del art. 59.1 del

Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Estos actos de interpretación "*pondrán fin a la vía administrativa y serán inmediatamente ejecutivos*".

Ello no supone atribuir a la Administración una potestad arbitraria e infiscalizable que le permita alterar a su conveniencia el sentido del contrato administrativo suscrito, pues, la interpretación que realice será susceptible de control por los Tribunales. Esa prerrogativa está justificada por la defensa del interés público que persigue la actuación administrativa, en este caso, referido a la satisfacción del servicio público educativo. Y ese instrumento es el que debe la Administración utilizar para aclarar, si ello fuera necesario, la duda planteada, pues no cabe olvidar que la empresa A., SA no ha sido admitida a la licitación y que la empresa A., SA, única admitida a la licitación del Lote nº 2, cuya adjudicación está suspendida, entendió –como lo ha hecho el propio Servicio de Formación Profesional y Formación Permanente– que se trataba de un aparado de simulación y no real de Rayos X.

CONCLUSIONES

Primera

Por las razones expuestas en el Fundamento de Derecho Segundo, no concurre la causa de nulidad del art. 62.1.c) LPAC que afecte al Sublote 2-38, *Equipo para determinar espesores y defectos internos por Rayos X*, del expediente de contratación nº 08-4-2.1-0007/2007, denominado *Suministro de equipamiento para ciclos formativos de la Comunidad Autónoma de La Rioja*.

Segunda

Las dudas interpretativas que han suscitado las características técnicas del sublote 2-38 debe ser resueltas mediante el ejercicio de la potestad de interpretación del contrato, que el art. 59.1 LCAP reconoce al órgano de contratación.

Este es el Dictamen emitido por el Consejo Consultivo de La Rioja que, para su remisión conforme a lo establecido en el artículo 53.1 de su Reglamento, aprobado por Decreto 8/2002, de 24 de enero, expido en el lugar y fecha señalados en el encabezamiento.

EL PRESIDENTE DEL CONSEJO CONSULTIVO

Joaquín Espert y Pérez-Caballero