

Contrato administrativo de servicios

Julio Galán Cáceres

*Miembro del Cuerpo Jurídico de Defensa
Profesor del CEF.-*

EXTRACTO

Gira el presente caso sobre las vicisitudes de un contrato administrativo de servicios y sobre la resolución sancionadora impuesta a una empresa que utilizaba agua subterránea procedente de un pozo existente en un terreno de su propiedad sin título habilitante para ello. Respecto al contrato de obras se plantean cuestiones en cuanto a la competencia del presidente de un instituto para su celebración, toda vez que este dependía de una agencia estatal; la verdadera naturaleza jurídica del contrato celebrado; el ajuste a derecho o no de la utilización como procedimiento de adjudicación del procedimiento con negociación; si debe accederse o no a la información solicitada por una persona que nada tiene que ver con el expediente de contratación puesto en marcha pero que está realizando un contrato similar con otro órgano de contratación. Finalmente, respecto a este contrato, se examina si las decisiones de la mesa de contratación, excluyendo a ciertos contratistas, fue ajustada a derecho o no. Con respecto a la utilización del agua subterránea por la empresa titular del terreno donde se ubicaba el pozo, se analiza el ajuste a derecho o no de dicha agua, así como la legalidad o no de la resolución sancionadora que se instruyó por aquellas circunstancias por la Administración.

Palabras clave: contrato administrativo de servicios; procedimiento de adjudicación; uso de agua subterránea; procedimiento sancionador.

Fecha de entrada: 03-06-2018 / Fecha de aceptación: 18-06-2018

ENUNCIADO

El Instituto de Investigación de Ciencias de la Alimentación está vinculado a la Agencia Estatal del Consejo Superior de Investigaciones Científicas (CSIC). Se encarga del desarrollo de la investigación científica de calidad en el área de Ciencia y Tecnología de Alimentos y en la formación de investigadores.

El presidente del instituto desea contratar, por un año prorrogable por otro, los servicios de limpieza del instituto y la aportación de productos que sean fabricados por la misma empresa, por un valor estimado de 182.200 euros en lo que se refiere a la limpieza en sí, y de 100.000 euros en lo atinente a la fabricación de los referidos productos, dada las características especiales de los mismos por la naturaleza del instituto (laboratorios, peligro de toxicidad, peligro de contagio, etc.).

El anuncio de licitación para la adjudicación se publicó en el perfil del contratante y en el BOE el día 30 de abril.

Como consecuencia de que el tiempo se echó encima se pretende adjudicar, en principio, por el procedimiento con negociación y, además, sin publicidad, pues, por dejación, el problema se ha ido aplazando y está muy próxima la extinción o vencimiento del anterior contrato que se encargaba de esta tarea. Finalmente, se optó por utilizar el procedimiento abierto con varios criterios de adjudicación.

Por otra parte, el CSIC pretende la colaboración conjunta con el British Council (organización internacional del Reino Unido para relaciones culturales y oportunidades), al objeto de la realización de proyectos curriculares integrados y actividades educativas conjuntas. El organismo ignora qué modalidad jurídica se debe emplear para dicha colaboración. En concreto, se cuestiona la posibilidad de no realizar contrato administrativo alguno.

Siguiendo con el contrato a que se refieren los primeros párrafos, es de hacer constar que, a punto de la adjudicación del mismo, una de las empresas licitadoras, que no estaba muy convenida del ajuste a derecho del procedimiento de adjudicación seguido, pregunta si puede plantear, en este momento, el recurso especial en materia de contratación contra el pliego de cláusulas administrativas particulares.

En un momento dado, tras la adjudicación, otra empresa que actuó como licitadora de un contrato de similares características con anterioridad con la Administración General del Estado solicita se le facilite información, por parte del órgano de contratación, de todo lo actuado hasta

ese momento en el expediente de contratación y se le remita copia de todo ello. Este ignora si debe acceder a tal solicitud.

El anuncio de licitación del contrato se envió a la oficina de publicación de la Unión Europea el día 14 de mayo, publicándose en el DOUE el día siguiente, 15 mayo, y se estableció como plazo para la presentación de solicitudes el mínimo, con carácter general, fijado por la ley.

Se presentaron a la licitación los siguientes:

- a) Una unión temporal de empresas (UTE) que acompañará a su proposición una declaración responsable única firmada por todos los participantes con los requisitos exigidos en el Documento Europeo Único de Contratación.
- b) Una empresa, SL, que presentó su declaración responsable y demás documentación en una oficina de Correos, próxima a su domicilio social, el día 12 de junio, anunciando el mismo día al órgano de contratación el envío. La misma llegó a la sede del órgano de contratación, que era el lugar designado para la presentación de toda la documentación, el día 22 de junio. La mesa de contratación no admitió esta oferta. Ante esta decisión, la empresa presentó recurso de alzada ante el órgano de contratación.
- c) Una empresa, SA, que se había constituido hace ya cuatro años. En el contrato se exigía como criterio de solvencia técnica la acreditación de la ejecución de otros contratos iguales al de ahora, en los últimos tres años. Al no acreditarse el cumplimiento de este requisito, ya que no había prestado contratos similares, la mesa de contratación la excluye, lo que dio lugar a la presentación del recurso administrativo oportuno por parte de aquella.
- d) Varios empresarios que no se comprometieron, como establecía el pliego, y que si resultaran ganadores, el titular del contrato sería una sociedad que tendrían que crearse a tal fin.
- e) Finalmente, una UTE, formada por tres empresas, SL, de las cuales dos de ellas se dedicaban a la limpieza de edificios y a la fabricación de los productos exigidos en el contrato y, la empresa restante, solo se dedicaba a la limpieza del servicio.

Adjudicado el contrato a una empresa, SA, que no había acreditado su capacidad ni su solvencia con anterioridad a la actuación de la mesa de contratación y que, pese a esta omisión, la mesa propuso al órgano de contratación su adjudicación, al quedar en primer lugar en la lista por ser la que tenía mejor puntuación, el resto de licitadores interpusieron recurso de reposición contra la decisión del órgano de contratación.

Para la ejecución del contrato, obviamente, era preciso la utilización de mucho caudal de agua, siendo obtenida la misma por la empresa adjudicataria de un pozo subterráneo, sito en una

finca de su propiedad que venía utilizándose desde el año 1978, afirmando la empresa que por prescripción adquisitiva o usucapión había adquirido la titularidad del pozo y del agua que producía.

Recibida denuncia por parte de otro propietario colindante, a quien perjudicaba la excavación de tal gran cantidad de agua de aquel pozo, sin, por otra parte, dispusiera de la oportuna autorización o concesión para ello, el organismo de cuenca ordena incoar procedimiento sancionador por presunta infracción administrativa menos grave de «alumbramiento de agua subterránea, sin la correspondiente concesión o autorización, cuando se precisa». El procedimiento finaliza mediante resolución sancionadora por parte del organismo de cuenca, imponiendo una multa por importe de 60.000 euros.

Contra dicha sanción responde recurso contencioso-administrativo ante el Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo.

Cuestiones planteadas:

1. Competencia del presidente del Instituto de Ciencias de la Alimentación para realizar el contrato a que se refiere el caso.
2. Naturaleza del contrato celebrado.
3. Publicación del anuncio de licitación.
4. El intento de adjudicación por procedimiento con negociación sin publicidad.
5. Colaboración con el British Council para proyectos curriculares integrados y actividades educativas conjuntas.
6. Respuesta a la empresa que consulta si puede presentar en ese momento recurso especial de contratación contra el procedimiento seguido.
7. Contestación que debe dar el órgano de contratación a la solicitud de una empresa del ramo, que había participado en una licitación en otro contrato con la Administración General del Estado, respecto a su petición de que se le informe sobre las actuaciones del expediente de contratación.
8. Comente las circunstancias jurídicas de las ofertas presentadas y el ajuste a derecho o no de la actuación de la mesa de contratación.
9. Comente la viabilidad y el fondo de la cuestión respecto al recurso de reposición interpuesto por dos licitadores contra la adjudicación realizada a una SA que no acreditó, con carácter previo a la actuación de la mesa de contratación, ni su capacidad ni su solvencia y, pese a ello, la mesa propuso su adjudicación.
10. Comente todas las incidencias jurídicas relatadas respecto a la utilización de agua del pozo subterráneo y la resolución sancionadora dictada por el órgano de contratación, incluido el recurso interpuesto.

SOLUCIÓN

1. Competencia del presidente del Instituto de Ciencias de la Alimentación para realizar el contrato a que se refiere el caso

El Instituto de Investigación en Ciencias de la Alimentación pertenece a la agencia estatal CSIC, que está adscrita al ministerio de Economía y Competitividad (en su momento vigente) a través de la Secretaría de Estado de Investigación, Desarrollo e Innovación.

El CSIC consta de presidente y de Consejo Rector.

No es competencia del presidente del Instituto de Investigación en Ciencias de la Alimentación realizar contratos administrativos, ya que no tiene personalidad jurídica propia, está vinculado y depende de la agencia estatal CSIC.

Una agencia estatal, conforme al artículo 2 de la Ley 28/2006, de 18 julio, de Agencias Estatales, tiene personalidad jurídica pública y patrimonio propio y autonomía en su gestión, y es creada por el Gobierno para el cumplimiento de las políticas públicas.

El Real Decreto 1730/2007, de 21 de diciembre, creó esta agencia y aprobó su estatuto.

El artículo 28 señala que su normativa se rige por la normativa del sector público estatal, con las especialidades contempladas para los organismos públicos de investigación.

Según el artículo 323.2 de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público (LCSP), para los contratos de las entidades públicas integrantes del sector público estatal son competentes los presidentes o directores de las mismas.

De manera que, al carecer aquel órgano de personalidad jurídica propia, y depender de la agencia estatal, no tenía competencias para celebrar contrato alguno, pudiendo ser calificado, si se vulnera esta regla como vicio de anulabilidad del artículo 48 de la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común, con la excepción de que hubiere existido delegación de competencias por parte del presidente o director de la agencia en el presidente del instituto, ya que la materia de contratos administrativos no aparece prohibida como susceptible de delegación en el artículo 9 de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP).

Por supuesto, todo ello sin perjuicio de lo que pudiera establecer el propio estatuto que regula la agencia estatal.

2. Naturaleza del contrato celebrado

Se trata de un contrato típico o nominado de servicios del artículo 17 de la LCSP, suponiendo que no se transfiere el riesgo financiero de su explotación al propio contratista, pues, en ese caso, estaríamos en presencia de un contrato de concesión de servicios.

Es un contrato sujeto a regulación armonizada, pues supera la cuantía establecida en el artículo 22.1 b) del mismo, al superar los 221.000 euros, pues el órgano de contratación es una agencia estatal y el valor estimado es la suma de 182.200 euros correspondiente a la limpieza y 100.000 correspondiente a la fabricación del material.

Parece un contrato mixto de servicios y suministros, a tenor de lo establecido en el artículo 18.1, debiendo aplicarse el carácter de la prestación principal, que aquí es la del contrato de servicios.

La dificultad radica en determinar cuándo dos prestaciones son objetivamente separables, ya que la necesidad de celebrar un único contrato puede deberse tanto a motivos técnicos como económicos (imaginemos el caso de construcción de un edificio único del que una parte vaya ser utilizada por el poder adjudicador interesado, y otra parte vaya ser aprovechada sobre la base de una concesión para ofrecer al público plazas de aparcamiento).

Para que sea posible este contrato de naturaleza mixta es preciso que haya una unidad funcional.

Aunque es discutible en el caso que comentamos, parece existir esa unidad funcional, porque el relato de hechos nos indica las características especiales que tenían que tener los productos de limpieza, debido a la naturaleza del instituto, especificándose, entre otros, la existencia de laboratorios, el peligro de toxicidad y el peligro de contagio.

Respecto al no fraccionamiento de los contratos en lotes, el artículo 99 de la LCSP, en su número 2, señala que «no podrá fraccionarse un contrato con la finalidad de disminuir la cuantía del mismo y eludir así los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que correspondan». Y en el número 3 que «siempre que la naturaleza o el objeto del contrato lo permitan, deberá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes, pudiéndose reservar lotes de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional cuarta.

No obstante lo anterior, el órgano de contratación podrá no dividir en lotes el objeto del contrato cuando existan motivos válidos, que deberán justificarse debidamente en el expediente, salvo en los casos de contratos de concesión de obras.

En todo caso se considerarán motivos válidos, a efectos de justificar la no división en lotes del objeto del contrato, los siguientes:

- a) El hecho de que la división en lotes del objeto del contrato conlleve el riesgo de restringir injustificadamente la competencia. A los efectos de aplicar este criterio, el órgano de contratación deberá solicitar informe previo a la autoridad de defensa de la competencia correspondiente para que se pronuncie sobre la apreciación de dicha circunstancia.
- b) El hecho de que, la realización independiente de las diversas prestaciones comprendidas en el objeto del contrato dificultara la correcta ejecución del mismo desde el punto de vista técnico; o bien que el riesgo para la correcta ejecución del contrato

proceda de la naturaleza del objeto del mismo, al implicar la necesidad de coordinar la ejecución de las diferentes prestaciones, cuestión que podría verse imposibilitada por su división en lotes y ejecución por una pluralidad de contratistas diferentes. Ambos extremos deberán ser, en su caso, justificados debidamente en el expediente».

Y el número 7: «En los contratos adjudicados por lotes, y salvo que se establezca otra previsión en el pliego que rija el contrato, cada lote constituirá un contrato, salvo en casos en que se presenten ofertas integradoras, en los que todas las ofertas constituirán un contrato».

Por lo tanto, era el órgano de contratación en el pliego el que debería justificar la opción de la no división en dos lotes en este caso.

3. Publicación del anuncio de licitación

Resultan ajustados a derecho los medios de publicación utilizados. Así, el artículo 135 de la LCSP señala que «el anuncio de licitación para la adjudicación de contratos de las Administraciones Públicas, a excepción de los procedimientos negociados sin publicidad, se publicará en el perfil de contratante. En los contratos celebrados por la Administración General del Estado, o por las entidades vinculadas a la misma que gocen de la naturaleza de Administraciones Públicas, el anuncio de licitación se publicará además en el Boletín Oficial del Estado.

Cuando los contratos estén sujetos a regulación armonizada la licitación deberá publicarse, además, en el Diario Oficial de la Unión Europea, debiendo los poderes adjudicadores poder demostrar la fecha de envío del anuncio de licitación.

La Oficina de Publicaciones de la Unión Europea confirmará al poder adjudicador la recepción del anuncio y la publicación de la información enviada, indicando la fecha de dicha publicación. Esta confirmación constituirá prueba de la publicación».

Por su parte, el apartado 3 de ese mismo artículo señala que «los anuncios de licitación y los anuncios de información previa a que se refiere la disposición adicional trigésima sexta no se publicarán en los lugares indicados en el primer párrafo del apartado primero anterior antes de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea, en el caso en que deban ser publicados en dicho Diario Oficial, debiendo indicar la fecha de aquel envío, de la que los servicios dependientes del órgano de contratación dejarán prueba suficiente en el expediente, y no podrán contener indicaciones distintas a las incluidas en dicho anuncio. No obstante, en todo caso podrán publicarse si el órgano de contratación no ha recibido notificación de su publicación a las 48 horas de la confirmación de la recepción del anuncio enviado».

En el supuesto de hecho se indica, en concreto en el tercer párrafo, que el anuncio se publicó en el perfil del contratante y en el BOE y, más tarde, que el anuncio de licitación del contrato se envió a la oficina de publicación de la Unión Europea el día 14 mayo, publicándose en el

DOUE el día 15 mayo, o sea, con posterioridad a la publicación en el perfil del contratante y en el BOE, incumpléndose lo previsto en el artículo 135.3. Sin embargo, este defecto, en principio, ha de entenderse como de irregularidad no invalidante, pero teniendo en cuenta que el cómputo del plazo para la presentación de proposiciones se iniciará con dicha publicación en el DOUE y no con la realizada en el perfil del contratante y en el BOE.

4. El intento de adjudicación por procedimiento con negociación sin publicidad

No parece que concurra ninguno de los supuestos para aplicar el procedimiento con negociación con o sin publicidad contemplados en los artículos 167 (con publicidad) y 168 (sin publicidad) de la LCSP, ya que el supuesto planteado, presumiblemente al amparo de lo dispuesto en el artículo 168.3 b,) en el sentido de que por imperiosa urgencia, resultante de acontecimientos imprevisibles para el órgano de contratación y no imputable al mismo, demanden una pronta ejecución del contrato que no puede lograrse mediante la tramitación de urgencia regulada en el artículo 119. En este caso, no es aplicable este supuesto, porque a la situación se llega por culpa o negligencia de la Administración, que no tuvo en cuenta que el anterior contrato estaba próximo a su vencimiento y no puso en marcha el correspondiente expediente de contratación para resolver el problema de cara al futuro.

Por tanto, no se trata de acontecimiento imprevisible no imputable al órgano de contratación.

Utilizar por este motivo el procedimiento con negociación sería una auténtica desviación de poder, consistente en utilizar las potestades administrativas para fines distintos de los previstos por el ordenamiento jurídico.

Por la misma razón, tampoco es aplicable lo dispuesto en el artículo 29.4 que señala que, no obstante lo establecido en los apartados anteriores, cuando al vencimiento de un contrato no se hubiera formalizado el nuevo contrato que garantice la continuidad de la prestación a realizar por el contratista como consecuencia de incidencias resultantes de acontecimientos imprevisibles para el órgano de contratación producidas en el procedimiento de adjudicación y existan razones de interés público para no interrumpir la prestación, se podrá prorrogar el contrato originario hasta que comience la ejecución del nuevo contrato y en todo caso por un periodo máximo de nueve meses, sin modificar las restantes condiciones del contrato, siempre que el anuncio de licitación del nuevo contrato se haya publicado con una antelación mínima de tres meses respecto de la fecha de finalización del contrato originario, puesto que, como señalábamos anteriormente, la situación producida no deben su origen «a consecuencia de incidencias resultantes de acontecimientos imprevisibles para el órgano de contratación».

5. Colaboración con el British Council para proyectos curriculares integrados y actividades educativas conjuntas

Respecto a esta colaboración no es posible formalizarla a través de un contrato sujeto a la LCSP.

Deberá instrumentarse a través de un convenio de los que se refiere el artículo 6 de la LRJSP, que excluye de su ámbito de aplicación aquellos objetos sometidos a la LCSP.

El artículo 47.1 de la LRJSP permite estos convenios entre entidades de derecho público vinculadas o dependientes (el caso de la agencia estatal) y sujetos de derecho privado, siendo el presidente o director de la agencia el órgano competente según el artículo 48.2, precisando, con carácter previo, la autorización del Ministerio de Hacienda.

El artículo 6 de la LRJSP exige que se cumplan tres condiciones:

- a) Los entes intervinientes no han de tener vocación de mercado (se presume cuando realicen en el mercado abierto un porcentaje igual o superior al 20 % de las actividades objeto del convenio).
- b) Que el convenio establezca o desarrolle una cooperación para garantizar que los servicios públicos que le incumben se presten de modo que se logren los objetivos.
- c) Que el desarrollo de la cooperación se guíe únicamente por consideraciones relacionadas con el interés público.

6. Respuesta a la empresa que consulta si puede presentar en ese momento recurso especial de contratación contra el procedimiento seguido

Al ser el contrato superior a 100,000 euros, según el artículo 44.1 a) de la LCSP cabría el recurso especial en materia de contratación.

El artículo 44.2 a) admite el recurso contra los pliegos del contrato.

La legitimación para interponerlo está fuera de toda duda, según el artículo 48, porque tiene un indudable interés en el asunto.

Respecto al plazo, según el artículo 51.1 b) es de 15 días hábiles desde el día siguiente a que se publicara en el perfil del contratante el anuncio de licitación, siempre que en este caso se haya indicado la forma en que los interesados pueden acceder a ellos (si no, el plazo será de 15 días desde el día siguiente al que se le entregaran los mismos o haya podido acceder al contenido del perfil del contratante).

Por todo ello, en este caso, lo lógico es que ya haya transcurrido el plazo para poder recurrir y el acto sea firme, por lo que nos encontramos en presencia de actos propios o consentidos.

Además, el artículo 139.1 señala que las proposiciones de los interesados suponen la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad por reserva alguna, así como la autorización a la mesa y al órgano de contratación

para consultar los datos recogidos en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público o en las listas oficiales de operadores económicos de un Estado miembro de la Unión Europea.

7. Contestación que debe dar el órgano de contratación a la solicitud de una empresa del ramo, que había participado en una licitación en otro contrato con la Administración General del Estado, respecto a su petición de que se le informe sobre las actuaciones del expediente de contratación

En primer lugar, la Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común, establece como derecho del interesado, en el artículo 53, el poder conocer en cualquier momento el estado de tramitación del procedimiento y obtener copias de los documentos que contenga el expediente. Pero en este caso el solicitante de información no tiene la condición de interesado.

La Ley 19/2013, de acceso a la información pública, transparencia y buen gobierno, establece la publicidad activa y pasiva en su artículo 8 y obliga a la Administración a informar sobre todos los contratos, en los elementos que allí se contienen (entre otros, el objeto, la duración, el plazo, el procedimiento, el número de licitadores, la identidad del adjudicatario, las modificaciones del contrato, etc.).

El artículo 15 exige que si contiene datos especialmente protegidos, es preciso consentimiento del afectado expreso y por escrito, salvo que ya lo hubiera hecho manifiestamente público con anterioridad a la solicitud.

Si no contiene datos especialmente protegidos, el órgano al que se dirige la solicitud, previa ponderación suficientemente razonada del interés público en la divulgación de la información y los derechos afectados, sobre todo, a la protección de datos de carácter personal, resolverá teniendo en cuenta los criterios que en el citado precepto se establece como, por ejemplo, entre otros, el menor perjuicio a los afectados o la justificación de la solicitud.

Sin embargo, en el artículo 18 se establecen causas de no admisión de las solicitudes y, entre otras, en el apartado a) se señala cuando la información esté en curso de elaboración.

En nuestro caso, la información se solicita para la adjudicación pero, con posterioridad, se debe requerir al interesado, según el artículo 153, para la formalización y acompañamiento de la documentación exigida. Cumplido el trámite, es cuando se llevará a cabo la formalización, momento en que se perfecciona el contrato. En el caso de que el adjudicatario del contrato no lo haga así, se requerirá lo mismo al siguiente mejor postor.

Por lo tanto, la información solicitada, que era la remisión del contenido de todo el expediente de contratación, no se había todavía realizado, estando en curso de elaboración, por lo que, en principio, procede la no admisión de esta solicitud mediante resolución debidamente motivada

y, de momento, sin tener en cuenta la protección de datos de carácter personal, al no ser necesario para no admitir la misma.

8. Comente las circunstancias jurídicas de las ofertas presentadas y el ajuste a derecho o no de la actuación de la mesa de contratación

A) UTE que presenta una sola declaración responsable con los requisitos exigidos en el documento europeo único

No resulta ajustado a derecho, pues el artículo 140.1 e) de la LCSP exige declaración responsable de cada empresa participante en la que figurará la información requerida en estos casos en el formulario europeo único de contratación. Entre otras causas porque el citado artículo y apartado contiene la información que exige esa declaración responsable (que la sociedad esté válidamente constituida, clasificación en su caso de la misma, etc.), y puede darse el caso de que sea distinta para cada empresa.

Ahora bien, podría considerarse un defecto subsanable y la mesa de contratación calificar la declaración responsable, según el artículo 141.2, después de otorgar hasta tres días para su observación.

B) Empresa SL, que envía el 12 junio la documentación por correo, la anuncia ese mismo día al órgano de contratación, pero no llega a este hasta el día 30 junio. La mesa la excluye del procedimiento

La actuación de la mesa es ajustada a derecho pues el artículo 161.1 señala que en los contratos sujetos a regulación armonizada el plazo para la presentación de solicitudes no podrá ser inferior a 30 días desde la fecha del envío del anuncio de licitación a la oficina de publicación de la Unión Europea. Se envió ese anuncio el día 14 de mayo. Si el relato de hechos dice que se estableció como plazo de presentación el mínimo fijado por la ley, con carácter general, el plazo vencía el día 13 de junio (salvo que fuese un día inhábil, en cuyo caso se habilitaba al primer día hábil siguiente). Luego, si la documentación llegó el día 22 de junio al lugar de presentación, esta oferta está fuera de plazo.

En este sentido, ha de entenderse derogado el artículo 80.4 del Real Decreto 1098/2001, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la LCSP, que admitía que la documentación enviada por correo, si el empresario justificaba la fecha de imposición del envío en la oficina de Correos y anunciaba al órgano de contratación la remisión de la oferta, se admitía la documentación que llegara durante los 10 días siguientes a la finalización del plazo.

Por otra parte, es obligatorio, en el ámbito de la contratación administrativa, la presentación por vía electrónica de la documentación y ofertas presentadas por los licitadores, tanto por lo dispuesto por el artículo 13 de la Ley 39/2015, que obliga a relacionarse con la Administración electrónicamente a las personas jurídicas, como por lo establecido en la propia LCSP en este sentido.

- C) *Empresa, SA, que se había constituido cuatro años antes y que no acredita la ejecución de servicios en los tres últimos años, como criterio de solvencia técnica exigido, porque no los había realizado, como exigía el contrato, por lo que fue excluido, igualmente, por la mesa de contratación*

La actuación de la mesa de contratación fue ajustada a derecho porque el artículo 90.4 de la LCSP señala que los contratos no sujetos a regulación armonizada cuando el contratista sea una empresa de nueva creación, entendiéndose por tal a la que tenga una antigüedad inferior a cinco años, su solvencia técnica se acreditará por los medios a que se refieren las letras b) a f) del referido artículo, sin que sea, en ningún caso aplicable, lo establecido en la letra a) (relativo a la ejecución de un número determinado de servicios).

En este caso, como ya hemos señalado, el contrato estaba sujeto a regulación armonizada.

Respecto al recurso que debía utilizar la empresa, al señalar el caso que se trata de un recurso administrativo, será el recurso especial en materia de contratación al que se refiere el artículo 44.

- D) *Varios empresarios que no se comprometieron, como establecía el pliego, y que si resultaran ganadores, el titular del contrato sería una sociedad que tendrían que crearse a tal fin*

Esta opción de exigir que el titular del contrato fuera una sociedad formada por varios empresarios que participaron en una licitación pública, lo permite el artículo 66.2 de la LCSP en el contrato de concesión de obras y concesión de servicios, pero no para el contrato de servicios. Por ello, esta cláusula no es ajustada a derecho. Ahora bien, mientras no se retire del ordenamiento jurídico, a través del oportuno recurso o revisión de oficio por la propia Administración o revocación, porque en realidad se trata de un acto de gravamen, por la vía de los artículos 107 o 109 de la Ley 39/2015, regulará dicho contrato.

Respecto al recurso de los afectados, habrá que ver si había transcurrido el plazo de publicación o entrega del pliego, pues es a partir de ese momento cuando se inició el plazo para recurrir, bien a través del recurso especial en materia de contratación o bien, directamente, el recurso contencioso-administrativo en el plazo de dos meses.

- E) *UTE, formada por tres empresas, SL, de las cuales dos de ellas se dedicaban a la limpieza de edificios y a la fabricación de los productos exigidos en el contrato, y la empresa restante solo se dedicaba a la limpieza del servicio*

El artículo 66.1 de la LCSP tiene establecido como norma especial de capacidad de obrar de las personas jurídicas la exigencia de determinarla en función de su objeto social.

La doctrina administrativa (Informes de Juntas Consultivas de Contratación Administrativa 8/2005 de Cataluña, 11/2008 de Baleares y Resoluciones 148/2011 y 561/2015 del Tribunal Central de Recursos Contractuales) sostiene una interpretación flexible en esta materia, habiendo señalado de forma casi unánime que es suficiente una relación directa e indirecta entre las prestaciones ob-

jeto del contrato y los fines u objetos de la empresa para entender que las personas jurídicas gozan de capacidad de obrar y que, en caso de las UTE, es suficiente con que cada uno de los integrantes acredite una relación directa o indirecta, ya sea total o parcial, entre su objeto social y el del contrato.

Sin embargo, el Tribunal Supremo, en Sentencia de 28 de febrero de 2013, postula una interpretación rigurosa exigiendo que el objeto social de todos los miembros de la UTE abarque la totalidad de las prestaciones objeto del contrato, porque así lo exige el artículo 24.1 del Reglamento de 2001 de la Ley de Contratos.

En conclusión, es una cuestión discutible y desde luego, en nuestro caso, si dos de las tres que conforman la UTE cuentan con la capacidad de obrar para todo el objeto social y solo una para una parte del mismo, podría admitirse que no constituye vicio de ningún tipo y que se cumple el requisito exigido.

9. Comenté la viabilidad y el fondo de la cuestión respecto al recurso de reposición interpuesto por dos licitadores contra la adjudicación realizada a una SA que no acreditó, con carácter previo a la actuación de la mesa de contratación, ni su capacidad ni su solvencia y, pese a ello, la mesa propuso su adjudicación

El recurso de reposición no es el procedente, sino que lo era el recurso especial en materia de contratos, a tenor de lo dispuesto en el artículo 44.1 a) de la LCSP, ya que el valor estimado del mismo supera los 100.000 euros, o bien acudir directamente a la vía contencioso-administrativa.

Respecto al fondo de la cuestión, tampoco tiene razón, pues la LCSP, en sus artículos 140 y 141, obliga a emplear el documento europeo único de contratación, con carácter general, para todos los procesos, en sustitución de la documentación acreditativa de la capacidad y la solvencia, lo que supone una profunda simplificación administrativa.

Esa declaración responsable supone que tan solo se tendrá que exigir la documentación acreditativa de la capacidad y solvencia a los licitadores que presenten la oferta económica más ventajosa, e, incluso estos, no será necesario que la presenten si están inscritos en el Registro Oficial de Licitadores de Empresas Clasificadas del Sector Público o figuran en una base de datos nacional de un Estado miembro de la Unión Europea, y estos son accesibles de modo gratuito (art. 140.1 LCSP).

10. Comente todas las incidencias jurídicas relacionadas respecto a la utilización de agua del pozo subterráneo y la resolución sancionadora dictada por el órgano de contratación, incluido el recurso interpuesto

Es el Real Decreto 1/2001, de 20 julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas (TRLA), el que debe aplicarse para resolver lo planteado.

El artículo 2 del mismo señala que forman parte del dominio público hidráulico: a) las aguas continentales, tanto las superficiales como las subterráneas renovables, con independencia del tiempo de renovación.

Por otra parte, el artículo 12 establece el carácter de dominio público de los acuíferos o formaciones geológicas por las que circulan aguas subterráneas.

El artículo 54 permite el aprovechamiento del agua subterránea al propietario de una finca cuando el volumen anual no supere los 7.000 m³.

Por otra parte, el artículo 52 indica que no se podrá adquirir por prescripción el derecho al uso privativo del dominio público hidráulico. Por ello, la afirmación que hace la empresa titular de la finca de que por prescripción había adquirido la propiedad del pozo y de las aguas no es ajustada a derecho.

Además, la disposición transitoria primera del TRLA señala que quienes conforme a la normativa anterior, a la Ley anterior de Aguas (Ley 29/1985, de 2 de agosto), fueran titulares de aprovechamiento de las aguas públicas, en virtud de concesión administrativa o prescripción acreditada [...] seguirán disfrutando de sus derechos durante un plazo máximo de 75 años a partir de la entrada en vigor de la Ley 29/1981, que ocurrió el día 1 de enero de 1986, de no fijarse otro plazo menor (suponiendo que tuviera la concesión administrativa o autorización exigible si el uso excedía de 7.000 m³).

También la disposición adicional tercera establece que el titular de derecho sobre aguas procedentes de pozo inscrito en el Registro de Aguas se respetará por la Administración durante 50 años, a partir del día 1 de enero de 1986.

Por tanto, la propiedad privativa de dichas aguas ha desaparecido con la legislación actual.

Respecto a la sanción impuesta por una infracción administrativa menos grave, parece ser la del artículo 116.3 b) del TRLA, consistente en el «alumbamiento de agua subterránea sin concesión o autorización administrativa».

Lo primero que debemos señalar es que como la finca es de su titularidad, si no excedía el uso de 7.000 m³, no tenía por qué poseer título habilitante para la utilización del agua. Si este es el caso, no existía tipicidad de la presunta infracción de la que se la acusa.

Suponiendo que el procedimiento se instruyó porque se excedió en dicha cantidad, debemos tener en cuenta que la resolución no parece ajustada a derecho por lo siguiente:

- a) El artículo 117.1 del TRLA prevé para las infracciones menos grave una sanción máxima de 50.000 euros y la que se les sancionó ascendía a 60.000 euros.
- b) Al tratarse de una sanción superior a 50.000 euros, no era competente el organismo de cuenca para imponer la sanción, sino que lo era, a tenor del artículo 117.3, el ministro competente en materia de Medio Ambiente.

Respecto al recurso contencioso-administrativo, el órgano competente era el Tribunal Superior de Justicia y no el Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo, a tenor de lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley 29/1998, LJCA. Por ello, debe dictar auto declarándose incompetente y remitiendo las actuaciones al Tribunal Superior de Justicia.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas:

- Ley 29/1988 (LJCA), arts. 10 y 18.
- Ley 19/2013 (Acceso a la información, transparencia y buen gobierno), arts. 15 y 53.
- Ley 39/2015 (LPAC), arts. 13, 48, 107 y 109.
- Ley 40/2015 (LRJSP), arts. 6, 7 y 47.
- Ley 9/2017 (LCSP), arts. 17, 18, 22, 29, 44, 51, 66, 90, 91, 135, 139, 140, 141, 161, 167 y 168.
- Real Decreto Legislativo 1/2001 (TR Ley de Aguas), arts. 2, 12, 52, 54, 117 y disp. adic. 3.^a.
- Real Decreto 1098/2001 (Rgto. Ley de Contratos del Sector Público), art. 24.