

CONTRATO ADMINISTRATIVO DE GESTIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS. MESA Y EXPEDIENTE DE CONTRATACIÓN

Julio Galán Cáceres

Miembro del Cuerpo Jurídico de Defensa

Profesor del CEF

EXTRACTO

El supuesto práctico planteado en torno a un contrato de gestión de servicios públicos en el que resulta de aplicación directa la Directiva Comunitaria 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 febrero de 2014, toda vez que el Estado español no ha procedido a su trasposición y una Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de 16 marzo de 1916 ha indicado las normas que son de aplicación directa del referido contrato. Por ello, este contrato de gestión de servicios públicos planteado era encuadrado en un contrato sujeto a regulación armonizada, por razón de su cuantía, lo que condiciona las respuestas que deben ofrecerse a las cuestiones formuladas. Se plantean problemas jurídicos respecto a la correcta composición de la mesa de contratación, si el expediente de contratación reunía todos los requisitos exigidos por la normativa aplicable y la actitud de representantes de tres grupos municipales que, o bien señalan que no van a votar a favor de la misma, se ausentan de la sesión en el momento de la votación o en una conversación con el público asistente. Igualmente, se hace preciso analizar la naturaleza jurídica del escrito de oposición de uno de los licitadores que fue excluido por la mesa de contratación, y la de otro licitador, que presentó un escrito oponiéndose a la adjudicación realizada. Finalmente, se afronta la cuestión de la procedencia o no en derecho de acceder a una solicitud de información presentada por un contratista de otro ayuntamiento para que se le remita copia del expediente de contratación y de la modificación operada en el mismo relativa a las actuaciones del primer ayuntamiento.

Palabras clave: contrato de gestión de servicios públicos; Directiva 2014/24/UE; expediente de contratación; mesa de contratación; recurso especial en materia de contratación; sesión plenaria; votación; derecho de información; publicidad activa y pasiva.

Fecha de entrada: 04-09-2017 / Fecha de aceptación: 21-09-2017

ENUNCIADO

El presente supuesto práctico ha sido planteado en el tercer ejercicio de la oposición para el ingreso en la Subescala de Secretarios de Entrada de la Administración Local, celebrado en el mes de junio de 2017 (convocatoria de 2016).

1. En el municipio de XXX, con cifra oficial de población de 18.500 habitantes, próximo a la finalización del actual contrato de gestión de servicios públicos de limpieza viaria y recogida de residuos sólidos urbanos, se cursa por el señor alcalde orden de proceder para iniciar expediente de cara a la nueva adjudicación del contrato referido, por plazo de 10 años con inicio de ejecución prevista para el 1 de agosto de 2017.

Confeccionado el expediente, consta la incorporación de los siguientes documentos:

- Providencia de la alcaldía.
- Informe técnico de necesidades de contratación de la explotación del servicio.
- Informe jurídico.
- Pliego de cláusulas administrativas particulares.
- Pliego de prescripciones técnicas.
- Informe de intervención.
- Propuesta de acuerdo.

En el pliego de cláusulas administrativas particulares se señala como plazo de duración del contrato 10 años, con posibilidad de prórroga por 3 adicionales y tipo de licitación de 14 millones de euros. Asimismo, se incluye la siguiente composición de la mesa de contratación:

- Presidente: alcalde.
- Vocales: secretario accidental del ayuntamiento, don RGH, nombrado por Decreto de la Alcaldía de fecha 1 de mayo de 2017.
- Interventor del ayuntamiento.
- Técnico de medio ambiente.
- Personal de confianza del alcalde adscrito a la Concejalía de Medio Ambiente.
- Un representante de cada uno de los grupos políticos presente en la corporación.
- Secretario: secretario accidental del ayuntamiento, don RGH.

2. Elevado el expediente al órgano competente (Pleno), en el transcurso de la sesión y una vez efectuadas las intervenciones de los diferentes grupos políticos, sometido el asunto a votación, el representante del grupo político AAA se levanta de su escaño e inicia una conversación con el público asistente. El representante del grupo BBB señala literalmente que él no va a votar ese acuerdo; y el representante del grupo CCC abandona el salón de sesiones.

Según resulta del acta de la sesión, en el expediente es aprobado por mayoría de los señores asistentes.

3. Una vez finalizado el plazo de publicación, y presentada las mercantiles A, B, C y D, en fase de calificación de documentación administrativa y superado el plazo de su observación de documentación, la mesa de contratación en presencia de los representantes de los liquidadores presentes en la sesión decide excluir a la mercantil A por no haber acreditado el objeto social de la entidad en el plazo concedido; publicada el acta de la mesa de contratación, el representante de la citada mercantil presenta documentos de oposición al acuerdo citado.

4. Finalizado el proceso de selección, se adjudica el contrato a mercantil B, efectuándose las debidas notificaciones y publicaciones en tiempo y forma; efectuados estos trámites, se reciben en el ayuntamiento documento de la mercantil C formulado oposición a la adjudicación efectuada, alegando defectos en el clausulado del pliego de cláusulas administrativas particulares.

5. Resuelta las anteriores vicisitudes y durante el curso de la ejecución del contrato, se solicita por parte del adjudicatario modificación del mismo amparada en las previsiones reflejadas en el pliego de cláusulas administrativas particulares, resolviéndose dicha solicitud en sentido afirmativo por parte del órgano de contratación. Efectuada la misma, el representante de la mercantil J, adjudicataria de un contrato similar en el municipio vecino, presenta documentos ante el ayuntamiento solicitando la totalidad del expediente administrativo de contratación y de modificación del contrato.

Cuestiones planteadas:

1. Analice la confección del expediente de contratación y la composición de la mesa de contratación.
2. Analice el sentido del voto de los representantes AAA, BBB y CCC. Señale los medios de divulgación necesarios del acuerdo anterior.
3. Análisis de carácter público de la mesa, calificación de documentos de oposición citados y el procedimiento a seguir.
4. Análisis del tipo y naturaleza jurídica del documento de la mercantil C, procedimiento a seguir y solución a la cuestión planteada.
5. Forma, calificación del documento presentado por la mercantil J, procedimiento a seguir y acciones que procedan en su caso.

SOLUCIÓN

Introducción

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, en ejercicio de la competencia que le atribuye el artículo 2.4 c) del Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, por el que se establece su régimen orgánico y funcional, está facultada para exponer a los órganos de contratación las recomendaciones e instrucciones que considere pertinentes en función de la competencia que le está atribuida.

En el ejercicio de esta función, el órgano colegiado ha considerado oportuno adoptar una recomendación, el 16 de marzo de 2016 (BOE de 17 de marzo), sobre la aplicación, a partir del 18 de abril de 2016, de determinados aspectos de la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión (DC), y de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de idéntica fecha, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, que, todavía, no habían sido traspuestas por el Estado español (DN).

La mayor novedad respecto del 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) viene dada por el requisito de que el contrato implique la transferencia del denominado por la directiva comunitaria «riesgo operacional» al concesionario en la explotación de las obras o de los servicios, abarcando: el «riesgo de demanda» o el «riesgo de suministro», o ambos. Por «riesgo de demanda» debemos entender aquel que se debe a la demanda real de las obras o servicios objeto del contrato; y por «riesgo de de suministro» o de oferta debemos entender aquel relativo al suministro de las obras o servicios objeto del contrato, en particular el riesgo de que la prestación de los servicios no se ajuste a la demanda considerando ([20] DC).

De acuerdo con el segundo párrafo de la letra b) del artículo 5.1 de la DC, deberá considerarse que el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes en que haya incurrido para explotar las obras o los servicios que sean objeto de la concesión. La parte de los riesgos transferidos al concesionario deberá suponer una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no sea meramente nominal o desdeñable.

Por último, señalar que de acuerdo con el citado considerando (20) DC a efectos de la evaluación del riesgo operacional, podrá tomarse en consideración, de manera coherente y uniforme, el valor actual neto de todas las inversiones, costes e ingresos del concesionario (para más desarrollo véanse los considerandos (11) y (17) a [20] de la DC).

Cuando no concurra el requisito de la transferencia del «riesgo operacional» a los efectos de las directivas comunitarias, no estaremos ante un contrato de concesión de obras o de conce-

sión de servicios sujeto a la DC, sino ante un contrato de obras o de servicios sujeto a la directiva nueva, respectivamente. Ello necesariamente condiciona el régimen jurídico aplicable por el órgano de contratación a ese contrato, que deberá ser el de los contratos de obras o de servicios sujetos a regulación armonizada, según se explica abajo en el apartado 3.1.5.2 a) y 3.1.5.3 a).

Contratos de gestión de servicios públicos

a) Tipificación

Los contratos de gestión de servicios públicos merecerán la consideración de sujetos a regulación armonizada únicamente cuando cumplan, entre otros, los requisitos que establece el artículo 5.1 b) del DC. El efecto directo de este y otros artículos de la DC se proyecta sobre el TRLCSP con dos consecuencias prácticas, a saber:

- Dado que el TRLCSP no establece régimen jurídico alguno para los contratos de gestión de servicios públicos sujetos a regulación armonizada (puesto que no contempla esta categoría), se plantea el problema de determinar el mismo.

En este sentido esta junta consultiva entiende que el órgano de contratación deberá aplicar a estos contratos: (a) en primer lugar y preferentemente todas aquellas disposiciones que establece la DC y que reúnen los requisitos para tener efecto directo; (b) en segundo lugar se les aplicarán las normas que el TRLCSP genéricamente establece para los contratos sujetos a regulación armonizada; (c) y por último se aplicarán las normas del TRLCSP correspondientes al contrato de gestión de servicios públicos.

- En segundo lugar, la necesaria concurrencia de la transferencia del denominado «riesgo operacional», que trasciende al tradicional derecho a la explotación del servicio como contraprestación a favor del contratista, implica que determinados contratos que a los efectos del TRLCSP son susceptibles de ser calificados como contratos de gestión de servicios públicos, sin embargo no puedan ser calificados como contratos de concesión de servicios conforme a la DC, y en consecuencia como «contratos de gestión de servicios públicos sujetos a regulación armonizada».

Esta posible doble calificación jurídica por parte de un órgano de contratación de un contrato como contrato de gestión de servicios públicos (con arreglo al TRLCSP) y como contrato de servicios (con arreglo a las directivas comunitarias) plantea nuevamente el problema de determinar su régimen jurídico.

En este sentido, esta junta consultiva considera que a partir del 18 de abril, cuando en un contrato que tenga por objeto prestaciones de hacer no se dé una «transferencia del riesgo operacional» en el sentido del artículo 5.1 de la DC, el mismo deberá regirse (siempre y cuando merezca la consideración de «contrato de servicios sujeto a regulación armonizada» con arreglo a lo indicado en el apartado 3.1.2): (a) con arreglo a las normas con efecto directo que la DN esta-

blece para los contratos de servicios; (b) en segundo lugar con arreglo a las normas que el TRLC-SP establece para los contratos de servicios sujetos a regulación armonizada; y (c) por último se aplicarán las normas del TRLCSP correspondientes al contrato de gestión de servicios públicos.

Por último, a título aclaratorio conviene indicar que a los contratos de gestión de servicios públicos que no merezcan la consideración de sujetos a regulación armonizada (de acuerdo con el apartado 3.1.5) y que, sin embargo, sí puedan tipificarse como tales contratos de conformidad con el TRLCSP, se les seguirán aplicando las normas de esta ley correspondientes a los contratos de gestión de servicios públicos.

b) Objeto

Por aplicación del artículo 5.1 b) de la DC, podrán ser objeto de un contrato de gestión de servicios públicos sujeto a regulación armonizada cualesquiera servicios distintos de los susceptibles de ser objeto de un contrato de obras de conformidad con el artículo 5, apartados 1 a) y 7 de la DC, siempre y cuando no estén expresamente excluidos por esta directiva de su ámbito objetivo de aplicación en sus artículos 10 a 17. Es el caso, por ejemplo, de los servicios jurídicos a que se refiere el artículo 10.8 d) de la DC; de los servicios de transporte del artículo 10.3 de la DC; de los servicios de defensa civil, protección civil y prevención de riesgos laborales del artículo 10.8 g) de la DC; o de los servicios de comunicación que enumera el artículo 10.8 b) de la DC.

Adicionalmente los servicios de investigación y desarrollo podrán ser objeto de un contrato de gestión de servicios públicos sujeto a regulación armonizada en los términos que señala el artículo 25 de la DC.

c) Publicidad

Por lo general coinciden con los que establece el TRLCSP (aunque la denominación puede variar), a excepción del anuncio de la publicación de un anuncio de información previa en un perfil de comprador (anuncio B) y del anuncio relativo a las modificaciones contractuales que no habiendo sido previstas en los pliegos iniciales realice el órgano de contratación durante la ejecución de este (anuncio F); sendos anuncios se crean *ex novo*.

d) Publicidad nacional

Por efecto directo de los artículos 52, apartados 1 y 75.4 de la DN y 33.4 de la DC los anuncios A, C, D y E y la información que estos contienen, no se publicará a nivel nacional antes de que se publique el anuncio correspondiente en el Diario Oficial de la Unión Europea. No obstante, cuando los órganos de contratación no hubieran recibido la notificación de la publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea a las 48 horas de la confirmación de la recepción del anuncio por parte de la Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, en ese caso estos podrán proceder a publicar a nivel nacional el anuncio correspondiente.

Por otra parte, en lo que respecta a la aplicación del actual artículo 141.2 segundo párrafo del TRLCSP, por aplicación del artículo 52.3 de la DN el anuncio de información previa (anuncio A) no se publicará en el perfil de comprador antes de que se envíe a la Oficina de Publicaciones de la Unión Europea el anuncio de su publicación en la citada forma (anuncio B), e indicará esta la fecha de dicho envío.

En conclusión, en lo relativo al contrato actual de gestión de servicios, en el futuro concesión de servicios, este es de aplicación directa en este momento sin necesidad de trasposición de la directiva.

1. Analice la confección del expediente de contratación y la composición de la mesa de contratación

A) Expediente de contratación

Antes de empezar a resolver los distintos problemas que plantea el caso es necesario resaltar que, teniendo en cuenta los comentarios anteriores a las directivas comunitarias sobre contratación, el llamado contrato de gestión de servicios públicos sería un contrato de concesión de servicios que cumpliría con los requisitos para estar sujeto a regulación armonizada al ser de importe superior a 5.225.000 euros.

Analizamos los siguientes aspectos:

a) En relación con el órgano competente para este contrato no es del alcalde, sino del pleno de la corporación toda vez que la cuantía del contrato y la duración del mismo exceden de la cantidad determinada en la disposición adicional segunda del TRLCSP, amén de que el propio relato de hechos así lo indica. De manera que, salvo que hubiese existido delegación por parte del pleno en el alcalde, a tenor del artículo 22.4 de la Ley 7/1985 de Bases de Régimen Local (LRBRL), el contrato adolecería de un vicio de nulidad contemplado en el artículo 47.1 b) de la Ley 39/2015 y en el artículo 32 del TRLCSP al ser órgano manifiestamente incompetente para la realización del contrato. Ello debió provocar la revisión de oficio contemplada en el artículo 34 del TRLCSP.

b) En relación con el expediente de contratación, suponiendo que siguieron la tramitación ordinaria, es el artículo 109 del TRLCSP el que se refiere a su contenido y tramitación señalando que:

- La celebración de contratos por parte de las Administraciones públicas requerirá la previa tramitación del correspondiente expediente, que se iniciará por el órgano de contratación motivando la necesidad del contrato en los términos previstos en el artículo 22 de esta ley. (En este caso, lo ha hecho el alcalde, cuando lo debió realizar el pleno municipal).
- El expediente deberá referirse a la totalidad del objeto del contrato, sin perjuicio de lo previsto en el apartado 3 del artículo 86 acerca de su eventual división en lotes, a efectos de la licitación y adjudicación.

- Al expediente se incorporarán el pliego de cláusulas administrativas particulares y el de prescripciones técnicas que hayan de regir el contrato.
- Asimismo, deberá incorporarse el certificado de existencia de crédito o documento que legalmente le sustituya, y la fiscalización previa de la intervención, en su caso, en los términos previstos en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre (en el caso que analizamos únicamente se dice que existe informe de la intervención, pero desconocemos si, en concreto, aporta el certificado de existencia de crédito suficiente o documento que legalmente lo sustituya).
- En el expediente se justificará adecuadamente la elección del procedimiento y la de los criterios que se tendrán en consideración para adjudicar el contrato. (En nuestro caso nada se dice al respecto, lo cual es esencial para asegurar los principios de igualdad, concurrencia y no discriminación en la adjudicación).

Es el artículo 110 (TRLCSF) el que se refiere a la aprobación del expediente, señalando:

- Completado el expediente de contratación, se dictará resolución motivada por el órgano de contratación aprobando el mismo y disponiendo la apertura del procedimiento de adjudicación. Dicha resolución implicará también la aprobación del gasto, salvo el supuesto excepcional previsto en la letra a) del apartado 3 del artículo 150, o que las normas de desconcentración o el acto de delegación hubiesen establecido lo contrario, en cuyo caso deberá recabarse la aprobación del órgano competente (en nuestro caso, repetimos, que la competencia es del pleno y parece haberlo realizado el alcalde, por lo que existe un vicio de nulidad absoluta del 47.1 b) de la Ley 39/2015, LPAC).
- Los expedientes de contratación podrán ultimarse incluso con la adjudicación y formalización del correspondiente contrato, aun cuando su ejecución, ya se realice en una o en varias anualidades, deba iniciarse en el ejercicio siguiente. A estos efectos podrán comprometerse créditos con las limitaciones que se determinen en las normas presupuestarias de las distintas Administraciones públicas sujetas a esta ley.

Por tanto, debido a la incompetencia del órgano de contratación, por una parte y, por otra, a ausencias importantes en el expediente de contratación, podemos concluir que el mismo se trata de un acto administrativo inválido, por un lado, por motivos de nulidad, por ser órgano manifiestamente incompetente tanto el que inició el expediente de contratación como el que lo aprobó, así como por ausencias importantes en el expediente de contratación, por otro.

En relación, específicamente, con las actuaciones preparatorias del contrato de gestión de servicios públicos, los artículos 132 y 133 del TRLCSF se refieren a ello, señalando el artículo 132, relativo al régimen jurídico del servicio: «Antes de proceder a la contratación de un servicio público, deberá haberse establecido su régimen jurídico, que declare expresamente que la actividad de que se trata queda asumida por la Administración respectiva como propia de la misma, atribuya las com-

petencias administrativas, determine el alcance de las prestaciones en favor de los administrados, y regule los aspectos de carácter jurídico, económico y administrativo relativos a la prestación del servicio». Ignoramos, porque nada se dice al respecto, si se cumplió en el supuesto que analizamos.

Y el artículo 133, relativo a los pliegos y anteproyecto de obra y explotación: «De acuerdo con las normas reguladoras del régimen jurídico del servicio, los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas fijarán las condiciones de prestación del servicio y, en su caso, fijarán las tarifas que hubieren de abonar los usuarios, los procedimientos para su revisión, y el canon o participación que hubiera de satisfacerse a la Administración. En cuanto a la revisión de tarifas, los pliegos de cláusulas administrativas deberán ajustarse a lo previsto en el Capítulo II del Título III de esta Ley». También ignoramos si estas determinaciones se especificaron.

c) Composición de la mesa de contratación.

Según el artículo 21.1.º del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (RDLCS), «los órganos de contratación estarán asistidos en los procedimientos de adjudicación abierto, restringido y negociado con publicidad por una mesa de contratación que será competente para la valoración de las ofertas».

Como especifica ahora el artículo 21.2.º del RDLCS, las mesas de contratación estarán compuestas por un presidente, un secretario (que deberá ser un funcionario que preste sus servicios en el órgano de contratación; cuando no sea posible designar un funcionario, se hará la designación entre los de otro tipo de personal que dependan del órgano de contratación) y, al menos, cuatro vocales, todos ellos designados por el órgano de contratación. Entre los vocales deberá figurar obligatoriamente un funcionario de los que tengan encomendado el asesoramiento jurídico del órgano de contratación y un interventor o, a falta de cualquiera de estos, quien tenga atribuidas las funciones correspondientes al asesoramiento jurídico o al control económico-presupuestario del órgano. La designación de los miembros de la mesa de contratación podrá hacerse con carácter permanente o de manera específica para la adjudicación de cada contrato.

No obstante, recordemos que para la Administración local, la disposición adicional segunda del RDLCS precisa que la mesa de contratación esté presidida por un miembro de la corporación o un funcionario de la misma, y formarán parte de ella, como vocales, el secretario o, en su caso, el titular del órgano que tenga atribuida la función de asesoramiento jurídico, y el interventor, así como aquellos otros que se designen por el órgano de contratación entre el personal funcionario de carrera o personal laboral al servicio de la corporación, o miembros electos de la misma, sin que su número, en total, sea inferior a tres. Actuará como secretario un funcionario de la corporación. En las entidades locales municipales podrá integrarse en la mesa personal al servicio de las correspondientes diputaciones provinciales o comunidades autónomas uniprovinciales.

La composición de la mesa de contratación debe publicarse también, y esto es una novedad que introduce el RDLCS, en el perfil de contratante del órgano de contratación, con una ante-

lación mínima de siete días con respecto a la reunión que deba celebrar para la calificación de la documentación. Y, tratándose de una mesa permanente, o si se le atribuyen funciones para una pluralidad de contratos, su composición deberá publicarse además en el boletín oficial provincial, si hablamos de la Administración local.

A las reuniones de la mesa podrán incorporarse los funcionarios o asesores especializados que resulten necesarios, según la naturaleza de los asuntos a tratar, los cuales actuarán con voz pero sin voto.

Para la válida constitución de la mesa, se exige la presencia de la mayoría absoluta de sus miembros, y, en todo caso, del presidente, del secretario y de los dos vocales que tengan atribuidas las funciones correspondientes al asesoramiento jurídico y al control económico-presupuestario del órgano.

En el caso que nos ocupa, no se nos indica quién designa los vocales de la mesa de contratación, pero al señalar el artículo 21 del RDLCSP que es el órgano de contratación el que debe designarlos, por tanto, correspondería al pleno y no al alcalde su designación.

Con respecto a su composición observamos que se ha designado como vocal al secretario accidental del ayuntamiento, nombrado por decreto de la alcaldía y, a la vez, se le designa como secretario de la mesa de contratación, con lo cual puede parecer incompatible acumular los dos cargos. O sea, vocal normal y secretario de la mesa, porque la disposición adicional segunda del TRLCSP señala como vocal al secretario o a quien tenga asignada la función de asesoría jurídica aunque, a continuación, señala que actuará como secretario un funcionario de la corporación. Ello puede afectar al régimen de votaciones de la mesa.

En relación con el secretario accidental el artículo 92 bis (LRBRL), modificado por la Ley 27/2013 (LRSAL), referido a los funcionarios de la Administración local con habilitación de carácter nacional, señala en el número 7: «Las comunidades autónomas efectuarán, de acuerdo con la normativa establecida por la Administración del Estado, los nombramientos provisionales de funcionarios con habilitación de carácter nacional, así como las comisiones de servicios, acumulaciones, nombramientos de personal interino y de personal accidental».

Por su parte, el Real Decreto 1732/1994, sobre funcionarios con habilitación de carácter nacional, a propósito de los nombramientos accidentales dispone en el artículo 33 que «cuando no fuese posible la provisión del puesto por los procedimientos previstos en los artículos anteriores del presente real decreto, las corporaciones locales podrán nombrar con carácter accidental a uno de sus funcionarios suficientemente capacitado».

De lo cual se infiere que dicho artículo 33 parece haber perdido su vigencia.

Hasta ahora cuando el secretario-interventor se ausentaba por una enfermedad, unas vacaciones o por cualquier causa imprevista no existía mayor problema. Por la alcaldía se nombraba con carácter accidental a un funcionario «suficientemente capacitado» para ejercer excepcionalmente las funciones de esa secretaría-intervención, como por ejemplo para la expedición de un

certificado, la celebración de una sesión extraordinaria, la realización de un informe urgente o incluso la firma de las órdenes de pago.

La inmediata duda que surge es si el problema que ahora se plantea se trata de una discordancia involuntaria o se ha querido hacer así expresamente. Y parece que no debe ser un error, dado que el nuevo texto normativo ha dado muchas vueltas por distintos órganos antes de su promulgación.

Posibles soluciones ante esta nueva regulación:

OPCIÓN UNO. Parcial.

Efectuar una delegación de firma en los términos que se indican en la Ley 39/2015, para emisión de certificados (art. 12).

OPCIÓN DOS. Comunidades autónomas.

- a) Establecer ya un sistema cuasiautomático por las comunidades autónomas de tal manera que se resuelva sobre la marcha la petición del alcalde.
- b) Establecer un nombramiento accidental/permanente de tal manera que a petición de la alcaldía y mientras no medie otra circunstancia, se considere habilitado accidentalmente el funcionario suficientemente capacitado que se le indique para casos de necesidad.

OPCIÓN TRES. Diputaciones provinciales.

¿Las diputaciones provinciales ejercerán algún día sus competencias? Recordemos que el artículo 36.2 c) de la LRBRL dispone que la diputación provincial «garantiza el desempeño de las funciones públicas necesarias en los ayuntamientos». Si no se venían ejerciendo esas funciones necesarias y reservadas no parece previsible que, a corto plazo, lo vayan a hacer.

En cualquier caso, habría que hacer algo como:

- a) Dotar de funcionarios con habilitación en suficiente número como para cubrir las necesidades de sustituciones en todo momento.
- b) Crear «comisiones circunstanciales» de acuerdo con lo que se dispone en el artículo 36 del Real Decreto 1732/1994 de carácter permanente (a pesar de la aparente contradicción), de tal manera que los habilitados de los municipios colindantes y previa conformidad cubran las funciones. Naturalmente, abonando alguien esos servicios.

Respecto al resto de los miembros designados se nombrarán por el órgano de contratación entre el personal funcionario de carrera o el personal laboral al servicio de la corporación, o miem-

bros electos de la misma, sin que su número, en total, sea inferior a tres. Actuará como secretario un funcionario de la corporación.

Especialmente deberán reunir estos requisitos el técnico de medio ambiente y el personal de confianza del alcalde adscrito a la concejalía de medio ambiente. Este es personal eventual, de acuerdo con el artículo 12.1 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público.

La mayor parte del sector doctrinal opina que sí pueden formar parte los concejales, los funcionarios de carrera y el personal laboral. Sin embargo, en lo que se refiere a los funcionarios interinos y al personal eventual, unos opinan que sí y otros que no. Por lo que se refiere al personal interino, resulta ridículo que no haya inconveniente en que puedan formar parte de la mesa de contratación como vocales el personal laboral y no los funcionarios interinos, y ello porque si con ello lo que se pretende es dar una objetividad y especificidad técnica a la mesa de contratación como órgano de asesoramiento, no se consigue precisamente formando parte de ella el personal laboral. No se entiende la finalidad perseguida por la ley con la implantación de esta medida.

¿Y qué hay del personal eventual? Hay mucha doctrina que opina que este tipo de personal puede formar parte de la mesa de contratación como vocales y otros que no (Informe 13/01 de 3 de julio de 2001 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa dependiente del Ministerio de Economía y Hacienda, e Informe n.º 2/01 de 22 de febrero de 2001 de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares). Parece más razonable esta segunda postura ya que es lo más coherente con la naturaleza y finalidad que persigue la constitución de la mesa de contratación, así como evitar posibles adjudicaciones en función del color político de los componentes de la mesa. En este mismo sentido se pronuncia un artículo publicado por Francisco Javier ITURRIAGA cuando dice literalmente:

«Ambos informes, debidamente fundamentados en Derecho, llegan a conclusiones diferentes, lo que demuestra no solo la total indefinición del contenido de la llamada «función de asesoramiento especial» prestada por el personal eventual, sino también, y consecuentemente, las diversas posturas que podemos encontrar frente a dicha función. A nuestro juicio, no cabe la posibilidad de que el personal eventual forme parte como vocal de las mesas de contratación, pero no por que no tenga la consideración de funcionario, que sí la tiene. Cuestión esta que hemos visto a lo largo de esta obra, sobre la que ni la propia Jurisprudencia plantea duda de que el personal eventual goza de estatuto funcional, pero no del estatuto que corresponde al funcionario de carrera».

A tal efecto, resulta conveniente destacar que con la entrada en vigor del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrollaba parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y, hoy, el TRLCSP, se dice en su artículo 21.5 que:

«A las reuniones de la mesa podrán incorporarse los funcionarios o asesores especializados que resulten necesarios, según la naturaleza de los asuntos a tratar, los cuales actuarán con voz pero sin voto».

Con todo parece que dicha cuestión queda zanjada de una vez por todas mediante este reglamento que desarrolla la Ley 30/2007, de modo que la interpretación de dicho articulado solo cabe en el sentido que lo hace la Junta Consultiva en su informe 49/08 de 29 de enero de 2009, donde confirma que el personal eventual no puede formar parte de la mesa de contratación (como miembro de la misma) aunque sí puede asesorar a la misma mediante la emisión del correspondiente informe técnico que considere oportuno conforme a lo dispuesto en el artículo 135.1 de la Ley 30/2007.

d) En cuanto a la duración del contrato por 10 años, con posibilidad de prórroga por 3 años adicionales, debemos señalar que son ajustados a derecho a tenor de lo dispuesto en los artículos 23 y 278 del TRLCSP.

2. Analice el sentido del voto de los representantes AAA, BBB y CCC. Señale los medios de divulgación necesarios del acuerdo anterior

A) Sentido del voto de los representantes de los grupos políticos

Respecto al grupo, el representante del grupo político AAA dice el supuesto de hecho que se levanta de su escaño e inicia una conversación con el público asistente. Salvo posible infracción en materia de orden de la sesión que debe ser restablecida por el alcalde, como presidente de la sesión plenaria, a tenor de lo dispuesto en las funciones encomendadas a este por el Real Decreto 2568/1986, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales (ROF) en el artículo 95, ninguna trascendencia más tiene este incidente. Por otro lado, el artículo 88 del ROF señala que «el público asistente a las sesiones no podrá intervenir en estas, ni tampoco podrán permitirse manifestaciones de agrado o desagrado, pudiendo el presidente proceder, en casos extremos, a la expulsión del asistente que por cualquier causa impida el normal desarrollo de la sesión. Sin perjuicio de ello, una vez levantada la sesión, la corporación puede establecer un turno de consultas por el público asistente sobre temas concretos de interés municipal». El sentido de su voto no se ve afectado por la anterior incidencia pudiendo ser a favor, en contra o de abstención.

Por su parte, el artículo 98 del ROF establece:

- «1. Finalizado el debate de un asunto, se procederá a su votación.
2. Antes de comenzar la votación el alcalde o presidente planteará clara y concisamente los términos de la misma y la forma de emitir el voto.
3. Una vez iniciada la votación no puede interrumpirse por ningún motivo. Durante el desarrollo de la votación el presidente no concederá el uso de la palabra y ningún miembro corporativo podrá entrar en el Salón o abandonarlo.
4. Terminada la votación ordinaria, el alcalde o presidente declarará lo acordado».

En relación con el representante del grupo BBB, que señala literalmente que él no votar ese acuerdo, no tiene más trascendencia que, con posterioridad, no tendrá legitimación para poder impugnar el referido acuerdo al no haber votado en contra, a tenor de lo dispuesto en el artículo 52 de la Ley 7/1985, así como los efectos internos en relación con el grupo político al que pertenece si incumplió las directrices impuestas por aquel. El sentido de su voto será negativo o también puede abstenerse.

En relación con el representante del grupo CCC que abandona el salón de sesiones, el artículo 98 del ROF señala que una vez iniciada la votación no puede interrumpirse por ningún motivo. Durante el desarrollo de la votación el presidente no concederá el uso de la palabra y ningún miembro corporativo podrá entrar en el salón o abandonarlo. Este individuo, al no votar en contra del acuerdo, tampoco podrá impugnarlo. A tenor de lo dispuesto en el artículo 100.1 del ROF, a efectos de la votación correspondiente se considerará que se abstienen los miembros de la corporación que se hubieren ausentado del salón de sesiones una vez iniciada la deliberación de un asunto y no estuviesen presentes en el momento de la votación. En el supuesto de que se hubiesen reintegrado al salón de sesiones antes de la votación, podrán, desde luego, tomar parte de la misma.

El artículo 90 señala que para la válida constitución del pleno, se requiere la asistencia de un tercio del número legal de miembros de la corporación, que nunca podrá ser inferior a tres. Este *quorum* deberá mantenerse durante toda la sesión. En todo caso se requiere la asistencia del presidente y del secretario de la corporación o de quienes legalmente les sustituyan. Por tanto, al señalar supuesto de hecho que, según el acta de la sesión, el expediente es aprobado por la mayoría de los señores asistentes, si estos representaban la mayoría simple y existía el *quorum* antes señalado, ningún inconveniente jurídico existe.

B) Señale los medios de divulgación necesarios del acuerdo anterior

a) Suponiendo que se refiere al acuerdo respecto al contrato de concesión de servicios –llamado de gestión de servicios públicos en el relato de hechos–

Es el artículo 142 del TRLCSP referido a la convocatoria de licitaciones el que señala que:

«1. Los procedimientos para la adjudicación de contratos de las Administraciones públicas, a excepción de los negociados que se sigan en casos distintos de los contemplados en los apartados 1 y 2 del artículo 177, deberán anunciarse en el Boletín Oficial del Estado. No obstante, cuando se trate de contratos de las comunidades autónomas, entidades locales u organismos o entidades de derecho público dependientes de las mismas, se podrá sustituir la publicidad en el Boletín Oficial del Estado por la que se realice en los diarios o boletines oficiales autonómicos o provinciales.

Cuando los contratos estén sujetos a regulación armonizada, la licitación deberá publicarse, además, en el Diario Oficial de la Unión Europea, sin que en este caso la

publicidad efectuada en los diarios oficiales autonómicos o provinciales pueda sustituir a la que debe hacerse en el Boletín Oficial del Estado.

2. Cuando el órgano de contratación lo estime conveniente, los procedimientos para la adjudicación de contratos de obras, suministros o servicios no sujetos a regulación armonizada podrán ser anunciados, además, en el Diario Oficial de la Unión Europea.

3. El envío del anuncio al Diario Oficial de la Unión Europea deberá preceder a cualquier otra publicidad. Los anuncios que se publiquen en otros diarios o boletines deberán indicar la fecha de aquel envío, de la que el órgano de contratación dejará prueba suficiente en el expediente, y no podrán contener indicaciones distintas a las incluidas en dicho anuncio.

4. Los anuncios de licitación se publicarán, asimismo, en el perfil de contratante del órgano de contratación. En los procedimientos negociados seguidos en los casos previstos en el artículo 177.2, esta publicidad podrá sustituir a la que debe efectuarse en el Boletín Oficial del Estado o en los diarios oficiales autonómicos o provinciales».

Por otro lado, tenemos en cuenta lo anteriormente expuesto y exigido por las directivas de contratación en el sentido de que, por lo general, coinciden con lo que establece el TRLCSP (aunque la denominación puede variar), a excepción del anuncio de la publicación de un anuncio de información previa en un perfil de comprador (anuncio B) y del anuncio relativo a las modificaciones contractuales que, no habiendo sido previstas en los pliegos iniciales, realice el órgano de contratación durante la ejecución de este (anuncio F); sendos anuncios se crean *ex novo*.

Y en cuanto a la publicidad nacional: por efecto directo de los artículos 52, apartados 1 y 75.4 de la DN y 33.4 de la DC, los anuncios A, C, D y E y la información que estos contienen no se publicará a nivel nacional antes de que se publique el anuncio correspondiente en el Diario Oficial de la Unión Europea. No obstante, cuando los órganos de contratación no hubieran recibido la notificación de la publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea a las 48 horas de la confirmación de la recepción del anuncio por parte de la Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, en ese caso estos podrán proceder a publicar a nivel nacional el anuncio correspondiente.

Por otra parte, en lo que respecta a la aplicación del actual artículo 141.2, segundo párrafo del TRLCSP, por aplicación del artículo 52.3 DN, el anuncio de información previa (anuncio A) no se publicará en el perfil de comprador antes de que se envíe a la Oficina de Publicaciones de la Unión Europea el anuncio de su publicación en la citada forma (anuncio B), e indicará esta la fecha de dicho envío.

b) Suponiendo que se refiere al acuerdo plenario

Salvo lo que puede disponer el propio Reglamento Orgánico Municipal, según el 110 del ROF, el acta, una vez aprobada por el pleno, se transcribirá en el libro de actas, autorizándola con las firmas del alcalde o presidente y del secretario.

Por su parte, el artículo 196 del ROF señala que:

«1. Los acuerdos que adopten el pleno y la comisión de gobierno, cuando tengan carácter decisorio, se publican y notifican en la forma prevista por la ley. iguales requisitos serán de aplicación a las resoluciones del alcalde o presidente de la corporación y miembros de ella que ostenten delegación [...].

3. En el plazo de seis días posteriores a la adopción de los actos y acuerdos, se remitirán al gobernador civil o delegado del Gobierno, en su caso, y a la Administración autonómica, copia o, en su caso, extracto comprensivo de las resoluciones y acuerdos de los órganos de gobierno municipales. el alcalde o presidente de la corporación y, de forma inmediata, el secretario de la corporación, serán responsables del cumplimiento de este deber».

Deberá publicarse en el tablón de anuncios del ayuntamiento y, en su caso, en el boletín oficial de la provincia.

3. Análisis de carácter público de la mesa, calificación de documentos de oposición citada y el procedimiento a seguir

a) Carácter público de la mesa y calificación de documentos

El Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, en su artículo 21.5 señala que a las reuniones de la mesa podrán incorporarse los funcionarios o asesores especializados que resulten necesarios, según la naturaleza de los asuntos a tratar, los cuales actuarán con voz, pero sin voto.

Por su parte, el artículo 81 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, referido a la calificación de la documentación y defectos u omisiones subsanables señala que:

«1. A los efectos de la calificación de la documentación presentada, previa la constitución de la mesa de contratación, el presidente ordenará la apertura de los sobres que contengan la documentación a que se refiere el artículo 79.2 de la ley, y el secretario certificará la relación de documentos que figuren en cada uno de ellos.

2. Si la mesa observase defectos u omisiones subsanables en la documentación presentada, lo comunicará verbalmente a los interesados. Sin perjuicio de lo anterior, las circunstancias reseñadas deberán hacerse públicas a través de anuncios del órgano de contratación o, en su caso, del que se fije en el pliego, concediéndose un plazo no superior a tres días hábiles para que los licitadores los corrijan o subsanen ante la propia mesa de contratación.

3. De lo actuado conforme a este artículo se dejará constancia en el acta que necesariamente deberá extenderse.

Artículo 82. Valoración de los criterios de selección de las empresas.

La mesa, una vez calificada la documentación a que se refiere el artículo 79.2 de la ley y subsanados, en su caso, los defectos u omisiones de la documentación presentada, procederá a determinar las empresas que se ajustan a los criterios de selección de las mismas, a que hace referencia el artículo 11 de este reglamento, fijados en el pliego de cláusulas administrativas particulares, con pronunciamiento expreso sobre los admitidos a la licitación, los rechazados y sobre las causas de su rechazo.

Artículo 83. Apertura de las proposiciones.

1. Una vez realizadas las actuaciones previstas en los dos artículos anteriores, el acto público de apertura de las proposiciones se celebrará en el lugar y día que previamente se haya señalado.

2. Comenzará el acto de apertura de proposiciones dándose lectura al anuncio del contrato y procediéndose seguidamente al recuento de las proposiciones presentadas y a su confrontación con los datos que figuren en los certificados extendidos por los jefes de las oficinas receptoras de las mismas, hecho lo cual se dará conocimiento al público del número de proposiciones recibidas y nombre de los licitadores, dando ocasión a los interesados para que puedan comprobar que los sobres que contienen las ofertas se encuentran en la mesa y en idénticas condiciones en que fueron entregados.

3. En caso de discrepancias entre las proposiciones que obren en poder de la mesa y las que como presentadas se deduzcan de las certificaciones de que dispone la misma, o que se presenten dudas sobre las condiciones de secreto en que han debido ser custodiadas, se suspenderá el acto y se realizarán urgentemente las investigaciones oportunas sobre lo sucedido, volviéndose a anunciar, en su caso, nuevamente en el tablón de anuncios del órgano de contratación o del que se fije en los pliegos la reanudación del acto público una vez que todo haya quedado aclarado en la debida forma.

4. El presidente manifestará el resultado de la calificación de los documentos presentados, con expresión de las proposiciones admitidas, de las rechazadas y causa o causas de inadmisión de estas últimas y notificará el resultado de la calificación en los términos previstos en el artículo anterior.

5. Las ofertas que correspondan a proposiciones rechazadas quedarán excluidas del procedimiento de adjudicación del contrato y los sobres que las contengan no podrán ser abiertos.

6. Antes de la apertura de la primera proposición se invitará a los licitadores interesados a que manifiesten las dudas que se les ofrezcan o pidan las explicaciones que estimen necesarias, procediéndose por la mesa a las aclaraciones y contestaciones per-

tinentes, pero sin que en este momento pueda aquella hacerse cargo de documentos que no hubiesen sido entregados durante el plazo de admisión de ofertas, o el de corrección o subsanación de defectos u omisiones a que se refiere el artículo 81.2 de este reglamento».

Por tanto, solo los interesados o sus representantes pueden asistir al acto formal de la mesa de contratación en lo referente a la apertura de los sobres sobre la documentación y el acto de apertura de proposiciones es público.

b) Documento de oposición y procedimiento a seguir

Esta oposición se produce por la empresa mercantil A respecto a la que la mesa de contratación acordó su discusión por no haber acreditado el objeto social de la entidad.

Lo primero que debemos significar es que, al tratarse de persona jurídica, debe acreditarse el objeto social de la empresa, como requisito de condiciones de aptitud, para poder aspirar a la adjudicación del contrato y para presentarse como licitador al mismo, según el artículo 54.2 del TRLCSP. Por tanto, la actuación de la mesa en este sentido fue correcta, si transcurrido el plazo para la subsanar el defecto de tres días hábiles como máximo contemplado en el artículo 81 del Reglamento de la Ley de Contratos de 2001, la empresa no subsanó este requisito.

Como el relato de hechos señala que presenta documento de oposición al acuerdo citado, es decir, a la exclusión de la mesa, no cabe duda de que es susceptible de recurso independiente, que en este caso será:

- Si no tuviéramos en cuenta las directivas comunitarias, recurso de alzada ante el órgano de contratación (pleno).
- Si tenemos en cuenta las directivas comunitarias, el recurso especial en materia de contratación, al estar sujeto, como ya hemos señalado, el contrato de gestión de servicios públicos o concesión de servicios a regulación armonizada, en virtud de las directivas comunitarias ya comentadas. En este sentido, el artículo 40.2 b) del TRLCSP admite el recurso especial contra, b) Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que estos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. Se considerarán actos de trámite que determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento los actos de la mesa de contratación por los que se acuerde la exclusión de licitadores (este es el supuesto ante el que nos encontramos).

La tramitación de este recurso se regula en los artículos 41 y siguientes y conocerá del mismo el Tribunal Central de recursos contractuales, salvo que la comunidad autónoma a la que pertenece el ayuntamiento disponga de este tipo de tribunal.

Otra posibilidad, puesto que el relato de hechos no dice nada al respecto, sería que se hubiere presentado por el contratista excluido la cuestión de nulidad regulada en los artículos 37 a 39 del TRLCSP si hubieren concurrido los requisitos del artículo 38, al tratarse de contrato sujeto a regulación armonizada.

4. Análisis del tipo y naturaleza jurídica del documento de la mercantil C, procedimiento a seguir y solución a la cuestión planteada

A) Tipo y naturaleza jurídica del documento de la mercantil C

La mercantil C formuló oposición a la adjudicación efectuada alegando defectos en el clausulado del pliego de cláusulas administrativas particulares.

En principio, la naturaleza del escrito presentado puede ser la de recurso especial en materia de contratación, puesto que el artículo 40.2 c) del TRLCSP admite dicho recurso contra los acuerdos de adjudicación adoptados por los poderes adjudicadores.

Como este recurso es potestativo, la mercantil C podría haber interpuesto directamente recurso contencioso-administrativo ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo correspondiente, a tenor de lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LJCA).

El órgano competente, a tenor del artículo 41, para resolver el recurso especial, será el Tribunal Central de recursos contractuales o el tribunal, de la misma naturaleza, que se hubiere podido crear en la comunidad autónoma respectiva.

A tenor del artículo 42 del TRLCSP, como licitadora, está perfectamente legitimada para interponer el recurso.

La interposición del recurso contra la adjudicación es siempre suspensivo del procedimiento de contratación administrativa, según el artículo 45 del TRLCSP.

B) Procedimiento a seguir

En relación con el procedimiento, se regula en los artículos 44, 45 y 46 del TRLCSP, señalando como principales características del mismo:

- Todo aquel que se proponga interponer recurso contra alguno de los actos indicados en el artículo 40.1 y 2 deberá anunciarlo previamente mediante escrito, especificando el acto del procedimiento que vaya a ser objeto del mismo, presentado ante el órgano de contratación en el plazo previsto en el apartado siguiente para la interposición del recurso.

- El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de 15 días hábiles contados a partir del día siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4, aunque hay excepciones al respecto.
- El procedimiento para tramitar los recursos especiales en materia de contratación se regirá por las disposiciones de la Ley 39/2015, LPAC, con las especialidades que se recogen en los apartados siguientes.
- Interpuesto el recurso, el órgano encargado de resolverlo lo notificará en el mismo día al órgano de contratación con remisión de la copia del escrito de interposición y reclamará el expediente de contratación a la entidad, órgano o servicio que lo hubiese tramitado, que deberá remitirlo dentro de los dos días hábiles siguientes acompañado del correspondiente informe.
- Si el recurso se hubiera interpuesto ante el órgano de contratación autor del acto impugnado, este deberá remitirlo al órgano encargado de resolverlo dentro de los dos días hábiles siguientes a su recepción, acompañado del expediente administrativo y del informe a que se refiere el párrafo anterior.
- Dentro de los cinco días hábiles siguientes a la interposición del recurso, dará traslado del mismo a los restantes interesados, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, y, de forma simultánea a este trámite, decidirá, en el plazo de cinco días hábiles, acerca de las medidas cautelares si se hubiese solicitado la adopción de alguna en el escrito de interposición del recurso o se hubiera procedido a la acumulación prevista en el párrafo tercero del artículo 43.2. A la adopción de estas medidas será de aplicación, en todo caso, lo dispuesto en el artículo 43 en cuanto a la audiencia del órgano de contratación. Serán igualmente aplicables los apartados 3 y 4 del citado artículo.
- Asimismo, en este plazo resolverá, en su caso, sobre si procede o no el mantenimiento de la suspensión automática prevista en el artículo anterior, entendiéndose vigente esta en tanto no se dicte resolución expresa acordando el levantamiento. Si las medidas provisionales se hubieran solicitado después de la interposición del recurso, el órgano competente resolverá sobre ellas en los términos previstos en el párrafo anterior sin suspender el procedimiento principal.
- Los hechos relevantes para la decisión del recurso podrán acreditarse por cualquier medio de prueba admisible en Derecho. Cuando los interesados lo soliciten o el órgano encargado de la resolución del recurso no tenga por ciertos los hechos alegados por los interesados o la naturaleza del procedimiento lo exija, podrá acordarse la apertura del periodo de prueba por plazo de 10 días hábiles, a fin de que puedan practicarse cuantas juzgue pertinentes.
- El órgano competente para la resolución del recurso podrá rechazar las pruebas propuestas por los interesados cuando sean manifiestamente improcedentes o innecesarias, mediante resolución motivada.

La práctica de las pruebas se anunciará con antelación suficiente a los interesados.

- El órgano competente para la resolución del recurso deberá, en todo caso, garantizar la confidencialidad y el derecho a la protección de los secretos comerciales en relación con la información contenida en el expediente de contratación, sin perjuicio de que pueda conocer y tomar en consideración dicha información a la hora de resolver. Corresponderá a dicho órgano resolver acerca de cómo garantizar la confidencialidad y el secreto de la información que obre en el expediente de contratación, sin que, por ello, resulten perjudicados los derechos de los demás interesados a la protección jurídica efectiva y al derecho de defensa en el procedimiento.
- Una vez recibidas las alegaciones de los interesados, o transcurrido el plazo señalado para su formulación, y el de la prueba, en su caso, el órgano competente deberá resolver el recurso dentro de los cinco días hábiles siguientes, notificándose a continuación la resolución a todos los interesados.
- La resolución del recurso estimará en todo o en parte o desestimará las pretensiones formuladas o declarará su inadmisión, decidiendo motivadamente cuantas cuestiones se hubiesen planteado. En todo caso, la resolución será congruente con la petición y, de ser procedente, se pronunciará sobre la anulación de las decisiones ilegales adoptadas durante el procedimiento de adjudicación, incluyendo la supresión de las características técnicas, económicas o financieras discriminatorias contenidas en el anuncio de licitación, anuncio indicativo, pliegos, condiciones reguladoras del contrato o cualquier otro documento relacionado con la licitación o adjudicación, así como, si procede, sobre la retroacción de actuaciones.
- Si, como consecuencia del contenido de la resolución, fuera preciso que el órgano de contratación acordase la adjudicación del contrato a otro licitador, se concederá a este un plazo de 10 días hábiles para que cumplimente lo previsto en el apartado 2 del artículo 151.
- Asimismo, a solicitud del interesado y si procede, podrá imponerse a la entidad contratante la obligación de indemnizar a la persona interesada por los daños y perjuicios que le haya podido ocasionar la infracción legal que hubiese dado lugar al recurso.
- La resolución deberá acordar, también, el levantamiento de la suspensión del acto de adjudicación si en el momento de dictarla continuase suspendido, así como de las restantes medidas cautelares que se hubieran acordado y la devolución de las garantías cuya constitución se hubiera exigido para la efectividad de las mismas, si procediera.
- En caso de que el órgano competente aprecie temeridad o mala fe en la interposición del recurso o en la solicitud de medidas cautelares, podrá acordar la imposición de una multa al responsable de la misma. El importe de esta será de entre 1.000 y 15.000 euros, determinándose su cuantía en función de la mala fe apreciada y el perjuicio ocasionado al órgano de contratación y a los restantes licitadores. Las cuantías indicadas en este apartado serán actualizadas cada dos años mediante orden ministerial.

C) Solución a la cuestión planteada por dicha mercantil

En cuanto al fondo de la razón ofrecida por lo mercantil C para plantear el recurso poco podemos decir, puesto que el relato de hechos tan solo nos indica, respecto el pliego de cláusulas administrativas particulares, que la duración del contrato era de 10 años, con posibilidad de prórroga por 3 años adicionales, y el tipo de licitación de 14 millones de euros. Estos extremos ya los consideramos ajustados a derecho en respuestas anteriores a tenor de lo dispuesto en los artículos 23 (posibilidad de prórroga) y 278 (duración del contrato de gestión de servicios públicos) del TRLCSP.

Por lo tanto, realmente, la resolución correcta del recurso planteado sea inadmisión por extemporáneo, puesto que, en su momento, pudo recurrir con carácter independiente, a tenor del artículo 40.2 a), los pliegos y no esperar al momento de la adjudicación en favor de otro licitador para recurrir tales pliegos. Lo lógico es que estemos en presencia de acto consentido y firme y, por lo tanto, no susceptible ya de ningún recurso ordinario salvo, en su caso, el recurso extraordinario de revisión. No debemos olvidar que los pliegos de cláusulas administrativas particulares son un acto administrativo y no una disposición general que permita el recurso indirecto contra reglamentos, previsto en los artículos 112 de la Ley 39/2015, LPAC y 23 de la LJCA.

5. Forma, calificación del documento presentado por la mercantil J, procedimiento a seguir y acciones que procedan en su caso

Recordamos que el representante de la mercantil J, adjudicataria de un contrato similar en el municipio vecino, presenta documentos ante el ayuntamiento solicitando la totalidad del expediente administrativo de contratación y de modificación del contrato.

Lo primero que tenemos que señalar es que la mercantil J no es interesada en el expediente de contratación que se sigue por el ayuntamiento, por lo que de acuerdo con el artículo 53.1 a) de la LPAC, no tiene derecho a conocer, en cualquier momento, el estado de la tramitación de los procedimientos en los que tenga la condición de interesada; el sentido del silencio administrativo que corresponda, en caso de que la Administración no dicte ni notifique resolución expresa en plazo; el órgano competente para su instrucción, en su caso, y resolución; y los actos de trámite dictados. Asimismo, también tendrán derecho a acceder y a obtener copia de los documentos contenidos en los citados procedimientos.

Por ello, debemos acudir a la publicidad activa y pasiva que regula la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, con independencia de los propios medios de publicidad que hayan ofrecido la tramitación del expediente de contratación, cumplimiento de lo previsto en el TRLCSP, tales como tales el perfil del contratante, la plataforma de contratación, o las publicaciones en los diarios oficiales y tablón de edictos del propio ayuntamiento.

El derecho general de acceso a información pública la tiene reconocida en el artículo 12 de dicha ley, que señala que se ejercerá en los términos previstos en el artículo 105 b) de la Constitución.

El artículo 13 de la Ley 19/2013 señala que se entiende por información pública los contenidos o documentos, cualquiera que sea su formato o soporte, que obren en poder de alguno de los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de este título y que hayan sido elaborados o adquiridos en el ejercicio de sus funciones.

El artículo 8 de la Ley 19/2013 señala que «1. Los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación –donde se encuentran las entidades locales– de este título deberán hacer pública, como mínimo, la información relativa a los actos de gestión administrativa con repercusión económica o presupuestaria que se indican a continuación:

a) Todos los contratos, con indicación del objeto, duración, el importe de licitación y de adjudicación, el procedimiento utilizado para su celebración, los instrumentos a través de los que, en su caso, se ha publicitado, el número de licitadores participantes en el procedimiento y la identidad del adjudicatario, así como las modificaciones del contrato. Igualmente serán objeto de publicación las decisiones de desistimiento y renuncia de los contratos. La publicación de la información relativa a los contratos menores podrá realizarse trimestralmente.

Asimismo, se publicarán datos estadísticos sobre el porcentaje en volumen presupuestario de contratos adjudicados a través de cada uno de los procedimientos previstos en la legislación de contratos del sector público».

El problema que podría existir para conseguir la información del solicitante a través de la publicidad activa es que el relato de hechos señala que la información se solicita en el curso de la ejecución del contrato, por lo que puede que todavía no se haya accedido a la correspondiente publicación de todos los extremos referidos a contratos.

Referente a la publicidad pasiva, lo que ha realizado la contratista conforme el artículo al artículo 17 de la Ley 19/2013 es una la solicitud de acceso a la información señalando que:

«1. El procedimiento para el ejercicio del derecho de acceso se iniciará con la presentación de la correspondiente solicitud, que deberá dirigirse al titular del órgano administrativo o entidad que posea la información. Cuando se trate de información en posesión de personas físicas o jurídicas que presten servicios públicos o ejerzan potestades administrativas, la solicitud se dirigirá a la Administración, organismo o entidad de las previstas en el artículo 2.1 a las que se encuentren vinculadas.

2. La solicitud podrá presentarse por cualquier medio que permita tener constancia de:

- a) La identidad del solicitante.
- b) La información que se solicita.
- c) Una dirección de contacto, preferentemente electrónica, a efectos de comunicaciones.

d) En su caso, la modalidad que se prefiera para acceder a la información solicitada.

3. El solicitante no está obligado a motivar su solicitud de acceso a la información. Sin embargo, podrá exponer los motivos por los que solicita la información y que podrán ser tenidos en cuenta cuando se dicte la resolución. No obstante, la ausencia de motivación no será por sí sola causa de rechazo de la solicitud.

4. Los solicitantes de información podrán dirigirse a las Administraciones públicas en cualquiera de las lenguas cooficiales del Estado en el territorio en el que radique la Administración en cuestión».

En el artículo 18 de la Ley 19/2013 se regulan las causas de inadmisión, pudiendo ser de aplicación en el presente caso la contemplada en la letra a), que se refieran a información que esté en curso de elaboración o de publicación general, o la contemplada en la letra e) en el sentido de que tenga carácter abusivo y no justificado, puesto que solicita la totalidad del expediente administrativo de contratación y de modificación del contrato.

Respecto al procedimiento a seguir, registrada la solicitud de información, se regula en el artículo 19 de la Ley 19/2013 señalando, en lo que nos concierne:

- Si la información solicitada pudiera afectar a derechos o intereses de terceros, debidamente identificados, se les concederá un plazo de 15 días para que puedan realizar las alegaciones que estimen oportunas. El solicitante deberá ser informado de esta circunstancia, así como de la suspensión del plazo para dictar resolución hasta que se hayan recibido las alegaciones o haya transcurrido el plazo para su presentación.

Por lo que se refiera la resolución, el artículo 20 de la Ley 19/2013 señala:

- La resolución en la que se conceda o deniegue el acceso deberá notificarse al solicitante y a los terceros afectados que así lo hayan solicitado en el plazo máximo de un mes desde la recepción de la solicitud por el órgano competente para resolver. Este plazo podrá ampliarse por otro mes en el caso de que el volumen o la complejidad de la información que se solicita así lo hagan necesario y previa notificación al solicitante.
- Serán motivadas las resoluciones que denieguen el acceso, las que concedan el acceso parcial o a través de una modalidad distinta a la solicitada y las que permitan el acceso cuando haya habido oposición de un tercero. En este último supuesto, se indicará expresamente al interesado que el acceso solo tendrá lugar cuando haya transcurrido el plazo del artículo 22.2.
- Cuando la mera indicación de la existencia o no de la información supusiera la vulneración de alguno de los límites al acceso, se indicará esta circunstancia al desestimarse la solicitud.

- Transcurrido el plazo máximo para resolver sin que se haya dictado y notificado resolución expresa, se entenderá que la solicitud ha sido desestimada
- Las resoluciones dictadas en materia de acceso a la información pública son recurribles directamente ante la jurisdicción contencioso-administrativa, sin perjuicio de la posibilidad de interposición de la reclamación potestativa prevista en el artículo 24.
- El incumplimiento reiterado de la obligación de resolver en plazo tendrá la consideración de infracción grave a los efectos de la aplicación a sus responsables del régimen disciplinario previsto en la correspondiente normativa reguladora.

En cuanto al régimen de impugnación, si no se resuelve en plazo o se resuelve en sentido desestimatorio, es el artículo 23 de la Ley 19/2013 el que señala que se puede efectuar la reclamación ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, con carácter potestativo, antes de acudir a la vía contencioso-administrativo; y el artículo 24 regula la reclamación ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno señalando que:

- La reclamación se interpondrá en el plazo de un mes a contar desde el día siguiente al de la notificación del acto impugnado o desde el día siguiente a aquel en que se produzcan los efectos del silencio administrativo.
- La tramitación de la reclamación se ajustará a lo dispuesto en materia de recursos en la Ley 39/2015, de procedimiento administrativo común.
- Cuando la denegación del acceso a la información se fundamente en la protección de derechos o intereses de terceros se otorgará, previamente a la resolución de la reclamación, trámite de audiencia a las personas que pudieran resultar afectadas para que aleguen lo que a su derecho convenga.
- El plazo máximo para resolver y notificar la resolución será de tres meses, transcurrido el cual, la reclamación se entenderá desestimada.
- Las resoluciones del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno se publicarán, previa disociación de los datos de carácter personal que contuvieran, por medios electrónicos y en los términos en que se establezca reglamentariamente, una vez se hayan notificado a los interesados.
- El presidente del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno comunicará al Defensor del Pueblo las resoluciones que dicte en aplicación de este artículo.

En el presente caso estimamos que solicitar información, sobre todo el expediente de contratación administrativa y de modificación tramitado por un ayuntamiento respecto al cual el solicitante no tiene la condición de interesado, parece abusivo y puede estar cubierto por las obligaciones de publicidad activa, en relación con la contratación administrativa, que debe realizar la entidad local.

Por otra parte, teniendo en cuenta los artículos 14 y 15 de la Ley 19/2013 y la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, en el caso de accederse a la información solicitada deberá dissociarse dicha información de los datos protegidos y especialmente protegidos.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas:

- Ley Orgánica 15/1999 (Protección de Datos de Carácter Personal), arts. 14 y 15.
- Ley 7/1985 (LRBRL), arts. 92 bis.
- Ley 29/1998 (LJCA), arts. 8.
- Ley 19/2013 (Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno), arts. 8, 13, 17 a 25.
- Ley 39/2015 (LPAC), arts. 12, 47, 54, 109, 110, 132, 133 y 135.
- Real Decreto Legislativo 3/2011 (TRLCSP), arts. 22, 23.32, 34, 37 a 41, 54 y 278.
- Real Decreto 1732/1994 (Funcionarios Habilitados de Carácter Nacional), art. 33.
- Real Decreto 1098/2001 (Rgto. Ejecución de la Ley de Contratos del Sector Público), arts. 81 y 82.
- Real Decreto 817/2009 (Desarrollo parcial de la Ley de Contratos del Sector Público), arts. 20 y 21.
- Directivas Comunitarias 2014/23/UE y 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 febrero 2014, sobre contratación pública.