

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. PROCEDIMIENTO, CONTENIDO Y EFECTOS

JAVIER FERNÁNDEZ-CORREDOR SÁNCHEZ-DIEZMA
Magistrado

Palabras clave: contratos administrativos, obra pública, adjudicación, formalización.

ENUNCIADO

1. Una entidad pública empresarial desea adquirir bienes muebles precisos para la finalidad a la que se dedica, e igualmente precisa realizar obras de rehabilitación en el edificio en que tiene su sede.
2. El Ministerio «XXX» desea, por un lado, contratar a un famoso cantautor para que ofrezca un recital en fecha determinada y, por otro lado, tiene intención de contratar un seguro de incendios con una empresa del ramo.
3. Por otra parte, el Ministerio necesita alquilar un inmueble para ubicar las distintas oficinas de información administrativa y servicio al ciudadano.

Ante la insuficiencia de edificios para el cumplimiento de su actividad y debido a una reciente reestructuración ministerial que ha ampliado sus competencias, desea construir un nuevo edificio en un terreno que se encuentra sin utilidad alguna. El presupuesto es de 3.000.000 de euros. Se va a utilizar, para la adjudicación, el procedimiento restringido con varios criterios de adjudicación. El órgano de contratación pretende celebrar un proceso interactivo que tendrá lugar tras una primera evaluación completa de las ofertas, para la presentación de mejoras en los precios o de nuevos valores relativos a determinados elementos de las ofertas que las mejoren en su conjunto, basado en un dispositivo electrónico que permita su clasificación a través de métodos de evaluación automática. Finalmente, el número de empresarios a los que el órgano de contratación invitó a participar en el proceso fue de cuatro.

Por otro lado, son tan precarias y penosas las condiciones en que actualmente presta sus funciones el personal que se va a ver afectado por el referido traslado cuando acaben las obras antes señaladas, que el secretario de Estado, órgano de contratación en este caso, desearía cuanto antes proceder a la adjudicación del contrato para que se iniciara de inmediato la construcción del nuevo edificio. Además, el deterioro del inmueble que ocupaba actualmente ese personal había llegado a tal extremo de deterioro que incluso había peligro de derribo con el consiguiente riesgo para la integridad de todos. Por esta razón, el órgano de contratación pensó que podría llevar a cabo la contratación conjunta del proyecto y de la ejecución de las obras.

También es de destacar que la financiación del contrato se va a realizar con aportaciones de distinta procedencia, aunque se trata de órganos de la Administración General del Estado. Al órgano de contratación le asalta la duda de si debe tramitar uno o varios expedientes.

El plazo para la presentación de licitaciones finalizaba el día 16 de julio (domingo).

A la licitación se presentan las siguientes proposiciones:

- A) Una de la sociedad anónima «RRR», que presentó su documentación en la Delegación del Gobierno de Madrid el mismo día 16 de julio, que era día inhábil. La oferta llegó a la oficina expresada en el anuncio el día 18 de julio.
- B) La de la sociedad de responsabilidad limitada «ZZZ», que llegó a la oficina expresada en el anuncio el día 17 de julio.
- C) La de una Unión Temporal de Empresas (UTE), sin constituir en escritura pública, que llega a la oficina el día 19 de julio, aunque había presentado su oferta por correo certificado el día 15 de julio.
- D) Una empresa extranjera no comunitaria que acredita su capacidad y solvencia, pero no presenta ninguna declaración más.

El órgano de contratación, en principio, pensó declarar desierta la licitación. Sin embargo, acaba adjudicando provisionalmente el contrato a la empresa «ZZZ». Contra esta adjudicación interponen recurso especial en materia de contratación el resto de los licitadores.

En el plazo indicado, el adjudicatario provisional no presta la garantía definitiva, por lo que no acaba adjudicándosele el contrato. Posteriormente fue adjudicado con arreglo a derecho el 17 de diciembre, notificándose al adjudicatario en idéntica fecha. Contra el acuerdo de adjudicación definitiva presenta recurso de reposición el día 8 de enero otro ofertante no adjudicatario.

El día 18 de diciembre es fijado como plazo para la formalización del contrato, pero llegado el citado día la contratista no se presentó al acto.

Llegado el vencimiento del plazo total para la ejecución del contrato, el contratista, por causas imputables al mismo, no había finalizado las obras.

Finalmente, es de hacer constar que la contratista había cedido su derecho al cobro derivado del contrato a un acreedor suyo y que el órgano de contratación había pretendido introducir durante la ejecución del mismo una modificación por importe de 900.000 euros.

CUESTIONES PLANTEADAS:

1. ¿Tiene la consideración de Administración pública, a efectos de la Ley de Contratos, la entidad pública empresarial? ¿Son sus contratos administrativos? ¿Por qué normas se registrarán? ¿Qué jurisdicción será la competente para conocer de los mismos?
2. ¿Qué tipo de contrato es el del número 2 del relato de hechos? Régimen jurídico y jurisdicción competente.
3. ¿Qué tipo de contrato es el del número 3 del relato de hechos? Régimen jurídico y jurisdicción competente.
4. ¿Cuál será la publicidad de las licitaciones en el contrato de obras a que se refiere el caso?
5. Por razón de la cuantía del contrato, ¿podría haberse adjudicado por procedimiento negociado?
6. ¿A qué deberá acudir el órgano de contratación que pretende ese proceso interactivo que mejoren las ofertas en su conjunto?
7. ¿Resulta ajustado a derecho que se invitara tan sólo a cuatro empresas? ¿Cuál será el plazo para la presentación de solicitudes de participaciones y para la presentación de proposiciones?
8. ¿Qué podría hacer el órgano de contratación para empezar las obras cuanto antes dadas las circunstancias concurrentes en el caso?
9. ¿Hubiera sido viable la contratación conjunta del proyecto y la ejecución de las obras?
10. ¿Cuándo se aprobará el pliego de cláusulas administrativas particulares y por quién?
11. Habida cuenta de que la financiación viene de distinta procedencia, ¿habría que tramitar uno o varios expedientes?
12. ¿Cuál es el contenido de un expediente de contratación normalmente? En este caso, al tratarse de contrato de obras, ¿cuál será el contenido del expediente?
13. En este contrato, si el órgano de contratación no se encontrara objetivamente capacitado para definir los medios técnicos aptos o para satisfacer sus necesidades y objetivos o para determinar la cobertura jurídica o financiera de un proyecto, ¿a qué podría haber acudido?

14. Comente las diversas incidencias de las cuatro proposiciones presentadas.
15. ¿Podría el órgano de contratación declarar desierta la licitación?
16. ¿Cómo se resolverá el recurso especial interpuesto contra la adjudicación provisional por el resto de licitadores?
17. ¿Qué puede hacer el órgano de contratación ante la no prestación de la garantía definitiva por el adjudicatario provisional?
18. ¿A quién se notificará la adjudicación definitiva? ¿Dónde se publicará tal adjudicación?
19. ¿Era procedente y está presentado en plazo el recurso de reposición interpuesto el día 8 de enero?
20. ¿Sería posible la renuncia al contrato por razones de interés público? Si esta renuncia no fuera posible, ¿qué podría hacer la Administración para no continuar con el contrato?
21. ¿Está correctamente fijado el día para la formalización del contrato? ¿Qué puede ocurrir por no presentarse el contratista al acto? ¿Se puede iniciar la ejecución sin la previa formalización?
22. ¿Qué puede hacer la Administración, y cómo, en su caso, ante el incumplimiento del plazo total de ejecución del contrato por culpa del contratista?
23. ¿Es válida la cesión del derecho del cobro realizado en este caso a un acreedor del contratista?
24. ¿Había que resolver el contrato por la modificación pretendida por la Administración?

SOLUCIÓN

1. a) Una entidad pública empresarial no tiene la consideración de Administración pública a los efectos de la realización de contratos administrativos. Se trata de organismos públicos, a tenor de lo previsto en el artículo 43 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado. Son definidos en el artículo 53.1 de la citada Ley como organismos públicos a los que se encomienda la realización de actividades prestacionales, la gestión de servicios o la producción de bienes de interés público susceptibles de contraprestación. En su párrafo segundo se afirma que se rige por el Derecho privado, excepto en la formación de voluntad de sus órganos, en el ejercicio de las potestades administrativas que tengan atribuidas y en los aspectos específicamente regulados en esa ley, en sus estatutos y en la legislación presupuestaria.

Desde el punto de vista de los contratos administrativos, el artículo 3.º 1 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), no las considera, a estos efectos, Admi-

nistración pública, y en el apartado e), regla segunda, viene excluida, como Administración pública. En conclusión, a estos efectos, tienen la consideración de poderes adjudicadores, no Administraciones públicas del artículo 3.º 3.

b) En cuanto a si son o no contratos administrativos, debemos señalar que sus contratos son privados, al señalar el artículo 20.1 de la LCSP que tienen la consideración de contratos privados los celebrados por entes, organismos y entidades del sector público que no reúnan la condición de Administraciones públicas.

c) Respecto a por qué normas se regirán a estos efectos, según el artículo 20.2 de la LCSP, la preparación y adjudicación de sus contratos se regirá, en defecto de normas específicas por la LCSP y disposiciones de desarrollo, supletoriamente por el resto de normas del Derecho administrativo y, en defecto de lo anterior, por el Derecho privado. Respecto a los efectos y extinción de los contratos que celebre se regirán por el Derecho privado.

d) Con relación a qué jurisdicción será la competente para conocer de las cuestiones jurídicas controvertidas que se pudieran plantear, a tenor de lo dispuesto en el artículo 21 de la LCSP, será competente, si el contrato no está sujeto a regulación armonizada, la jurisdicción civil y, si el contrato está sujeto a regulación armonizada, entonces, respecto a la preparación y adjudicación del contrato, será competente la jurisdicción contencioso-administrativa y, respecto a los efectos y extinción de los mismos, la jurisdicción civil.

2. En cuanto a qué tipo de contrato es aquel cuyo objeto consiste en contratar a un cantante para que ofrezca un recital, y otro consistente en la contratación de un seguro incendio, debemos señalar que se trata de contratos privados, a tenor de lo previsto en el artículo 20.1 de la LCSP. Uno es un contrato de espectáculo, y el otro es de servicios de seguros, de la categoría 6 del Anexo II de la LCSP.

En cuanto al régimen jurídico de los mismos, a tenor del artículo 20.2 de la LCSP, se regirán como en cuanto a su preparación, adjudicación, efectos y extinción por el Derecho privado.

Finalmente, respecto a la jurisdicción competente para conocer de sus controversias será, a tenor de lo dispuesto en el artículo 21 de la LCSP, la jurisdicción contencioso-administrativa respecto a la preparación y adjudicación del contrato, y la jurisdicción civil, respecto a sus efectos y extinción.

3. En relación a qué tipo de contrato es aquel cuyo objeto consiste en el alquiler de un bien inmueble por parte del Ministerio para ubicar las distintas oficinas de información administrativa y servicio al ciudadano, se trata de un contrato privado de arrendamiento, que no se rige por la LCSP al venir excluido de la misma en su artículo 4.º 1 p), sino que lo hace por, respecto a la preparación y adjudicación del contrato, la legislación patrimonial (Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas y legislación de desarrollo) y, respecto a los efectos y extinción por normas del Derecho privado. La jurisdicción competente será, respecto a la preparación y adjudicación, la contencioso-administrativa y, respecto a los efectos y extinción, la jurisdicción civil.

4. La publicidad de las licitaciones en el contrato de obras a que se refiere el caso, debemos señalar que se trata de un contrato de obras no sujeto a regulación armonizada, porque no supera la cuantía establecida en el artículo 14 de la LCSP. Teniendo en cuenta la anterior, destacamos lo siguiente:

- No es preciso el anuncio previo a que se refiere el artículo 125 de la LCSP (publicar un anuncio de información previa con relación a los contratos que tenga proyectado realizar en los 12 meses siguientes, al no superar la cuantía de los contratos sujetos a regulación armonizada).
- Será preciso su publicación en el Boletín Oficial del Estado (BOE) (art. 126.1 LCSP).
- Puede ser publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea (126.2 LCSP), pero no es obligatorio al no estar sujetos a regulación armonizada.
- Los anuncios de licitación se publicarán en el perfil del contratante del órgano de contratación (en este caso, el Ministerio competente).
- Finalmente debemos señalar que si se adjudica por alguno de los supuestos de procedimientos negociados sin publicidad a que se refieren los artículos 154 y 155 de la LCSP, sólo sería preciso publicar el anuncio, al ser el valor superior a 200.000 euros (art. 161.2 LCSP).

5. Con respecto a si, por razón de su cuantía, podía haberse adjudicado a través del procedimiento negociado, la respuesta debe ser negativa, pues el artículo 155 d) de la LCSP exige que el valor estimado del contrato sea inferior a los 100.000 euros.

6. Respecto a qué debería haber acudido el órgano de contratación que pretende ese proceso interactivo que mejore la oferta en su conjunto, debemos señalar que a una subasta electrónica, regulada en el artículo 132 de la LCSP que se permite en procedimientos abiertos, restringidos y negociados (cuando las ofertas en procedimiento abierto o restringido sean irregulares o inaceptables), siempre que las especificaciones del contrato que deba adjudicarse puedan establecerse de manera precisa y que las prestaciones que constituyen su objeto no tengan carácter intelectual.

Se basará en variaciones referidas al precio o valores de los elementos de la oferta que sean cuantificables y susceptibles de ser expresados en cifras y porcentajes.

En el anuncio de licitación y en los pliegos se especificarán los elementos a que se refiere la subasta electrónica, así como los límites de los valores que pueden presentarse.

Con carácter previo a la subasta electrónica, el órgano de contratación efectuará una primera evaluación completa de las ofertas y luego invitará por medios electrónicos, informáticos o telemáticos a los licitadores a que presenten ofertas admisibles y a que presenten nuevos precios revisados a la baja o nuevos valores que mejoren la oferta. Entre el envío de las invitaciones y el comienzo de la subasta electrónica deben mediar, al menos, dos días hábiles.

7. En relación a si resulta ajustado a derecho que se invitara tan solo a cuatro empresas a tomar parte en el procedimiento, debemos señalar que no es ajustado a derecho porque si se trata de procedimiento restringido, en la fase previa en que los empresarios son seleccionados por el órgano de contratación (art. 146 de la LCSP), el artículo 147.2 exige no ser inferior a cinco (lógicamente, se debe entender en el caso de que existan más empresarios porque si no es así es imposible cumplir con este mandato normativo).

Respecto al plazo para presentar las solicitudes de participación, será de, como mínimo, diez días, contados desde la publicación del anuncio (si se tratara de un contrato sujeto a regulación armonizada el plazo sería, al menos, de 37 días desde la fecha del anuncio al DOUE).

El plazo para la presentación de las proposiciones no será inferior a 15 días contados desde la fecha del envío de la licitación (151.2). Si hubiere estado sujeto a regulación armonizada el plazo no podría ser inferior a 40 días a partir de la fecha de la publicación del anuncio.

Todo ello suponiendo que se hubieren aplicado las normas del expediente de contratación ordinario porque si se hubieran aplicado las reglas de la tramitación de urgencia, los plazos se reducirían a la mitad.

8. En cuanto a qué podría haber hecho el órgano de contratación para empezar las obras cuanto antes dadas las circunstancias concurrentes en el caso, debemos señalar que existían varias opciones:

a) Haber declarado la tramitación urgente del expediente de contratación, conforme al artículo 96 de la LCSP. Se permite en aquellos contratos cuya celebración corresponda a una necesidad inaplazable o cuya adjudicación sea preciso acelerar por razones de interés público. En este caso se afirma en el relato de hechos que el inmueble se encuentra muy deteriorado, en condiciones precarias y penosas, amenazando incluso con el derribo del mismo. Si hubiera acudido a este tipo de tramitación hubiera supuesto que:

- Los expedientes gozan de preferencia para su despacho (5 días, para informe, prorrogables hasta 10).
- Los plazos para licitación y adjudicación se reducen a la mitad, salvo el plazo de 15 días que debe mediar entre la adjudicación provisional y la definitiva.
- Se pueden empezar las obras sin necesidad de formalizar el contrato.
- El plazo de inicio de ejecución del contrato no podrá ser superior a 15 días hábiles contados desde la notificación de la adjudicación definitiva.

Si excediese de ese plazo, el contrato podrá ser resuelto, salvo causas ajenas a la voluntad de la Administración y el contratista.

b) Se podría haber acudido al procedimiento negociado sin publicidad justificándolo en la causa del artículo 154 e) de la LCSP consistente en una imperiosa necesidad, resultante de acontecimientos imprevisibles para el órgano de contratación y no imputable al mismo, que demande una pronta ejecución del contrato que no pudiera lograrse por la tramitación urgente del expediente. En este caso, parece difícil aplicar, en principio, este supuesto, porque del relato de hechos no se deduce que el deterioro y el estado ruinoso del inmueble se haya producido por un evento dañoso y repentino, sino más bien se ha producido por el transcurso del tiempo y el abandono de la Administración en adoptar las medidas oportunas a su debido tiempo. En conclusión, parece que la situación es culpa de la Administración.

c) Se podría haber acudido a la tramitación urgente del expediente de contratación recogida en el artículo 97 de la LCSP que lo permite cuando se produzca una situación de grave peligro. Recordamos que el relato de hechos nos indica que la situación del inmueble era tal que amenazaba con derrumbarse y causar efectos lesivos y dañosos en las personas. Si se hubiera aplicado esta tramitación supondría:

- Que se puede contratar libremente o adoptar las medidas precisas.
- Que el acuerdo se acompañará de la retención del crédito o documento que justifique el expediente de modificación de crédito.
- Que se dará cuenta al Consejo de Ministros en el plazo máximo de 60 días.
- Que se libran fondos por el Ministerio de Economía y Hacienda.
- Que ejecutadas las actuaciones se cumplimentarán los trámites necesarios para la intervención y aprobación de la cuenta justificativa del gasto.
- El plazo máximo de inicio de la ejecución desde el acuerdo es de un mes; en caso contrario, se tramitará el procedimiento ordinario.

9. En relación a si hubiera sido viable la contratación conjunta del proyecto y la ejecución de las obras, en principio no se observa que concurran los requisitos previstos en el artículo 108 de la LCSP, que determina los casos en que es posible tal circunstancia: En concreto:

- a) Cuando motivos de orden técnico obliguen necesariamente a vincular al empresario a los estudios de las obras. Estos motivos deben estar ligados al destino o a las técnicas de ejecución de las obras.
- b) Cuando se trate de obras cuya dimensión excepcional o dificultades técnicas singulares requieren soluciones aportadas o medios y capacidad técnica propia de la empresa.

En todo caso, la licitación de estos contratos requerida la previa redacción por la Administración o entidad contratante del correspondiente anteproyecto o documentos similar, y solo cuando por

causas justificadas de interés público, podrá limitarse a redactar las bases técnicas a que el proyecto deba ajustarse.

10. En cuanto a cuándo se aprobará el pliego de cláusulas administrativas particulares y por quién, debemos señalar que se aprobará por el órgano de contratación previamente a la autorización del gasto o conjuntamente con ella, siempre antes de la licitación del contrato, o de no existir esta, antes de su adjudicación provisional. Informará la junta consultiva de contratación administrativa si se introducen cláusulas contrarias al pliego de cláusulas administrativas generales. Deberá informar los servicios jurídicos, salvo que se ajuste a un modelo que haya sido ya informado previamente (art. 99 LCSP).

11. Respecto a si la financiación proveniente de distinta procedencia exige la tramitación de uno o varios expedientes de contratación, debemos responder que sólo uno (art. 93.5). Lo único que debe acreditarse es la plena disponibilidad de todas las aportaciones y determinarse el orden de su abono, con inclusión de una garantía para su efectividad.

12. En relación a cuál es el contenido de un expediente de contratación normal, debemos señalar que todo expediente se inicia por el órgano de contratación, motivando su necesidad, respecto esta clase de expediente, los requisitos son los siguientes (art. 93):

- Se incorporará el pliego de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas (en caso de diálogo competitivo se sustituyen por el documento descriptivo a que se refiere el art. 165.1 LCSP).
- Se incorpora certificado de la existencia del crédito o documento que le sustituya.
- Se incorpora la fiscalización previa a la intervención, en este caso, en los términos de la Ley 47/2003.
- Se justificará la elección del procedimiento y los criterios que se tendrán en cuenta para la adjudicación del contrato.

Con respecto al caso que nos ocupa, al tratarse de un contrato de obras, en virtud de lo dispuesto en los artículos 105 y siguientes de la LCSP:

- La elaboración, supervisión (al ser superior a 350.000 euros), aprobación y replanteo del proyecto.
- El proyecto contendrá: una memoria, plan conjunto y detalle, pliego de prescripciones técnicas particulares, presupuesto, programa de desarrollo, estudio de seguridad y referencia en que se fundamentará el replanteo.

Para obras de primer establecimiento, reforma o gran reparación inferior a 350.000 euros, el expediente se puede simplificar.

13. Si, en este contrato, el órgano de contratación no se encontrara objetivamente capacitado para definir los medios técnicos aptos para satisfacer sus necesidades y objetivos o para determinar la cobertura jurídica o financiera del proyecto, los artículos 163 y siguientes de la LCSP permiten al órgano de contratación acudir al procedimiento de diálogo competitivo. El órgano de contratación dirige un diálogo con los candidatos seleccionados previa solicitud de los mismos, a fin de desarrollar una o varias soluciones susceptibles de satisfacer sus necesidades y que servirán de base para que los candidatos elegidos presenten una oferta. Pueden establecerse primas o compensaciones para los participantes en ese diálogo competitivo.

14. Incidencias de las distintas proposiciones presentadas:

A) Presenta su proposición en la Delegación del Gobierno de Madrid el día 16 de julio y llega a la oficina expresada en el anuncio el día 18 de julio. El plazo para presentar las proposiciones finaliza el día 16 de julio, que al ser día inhábil, se prorrogaba al día siguiente, esto es al 17 de julio (disp. adic. decimoséptima de la LCSP). Esta proposición está presentada fuera de plazo. El artículo 80.2 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, del Reglamento de la Ley de Contratos, señala claramente que los sobres se presentarán en las dependencias u oficinas expresadas en el anuncio o enviadas por correo dentro del plazo señalado en aquél, salvo que el pliego autorice otro procedimiento, respetando siempre el secreto de la oferta. Por tanto, las ofertas debían encontrarse en la oficina señalada, como máximo, el día de finalización del plazo (en este caso, el día 17 de julio). La única posibilidad que contempla para admitir una oferta llegada fuera del plazo a la oficina es que se envíe por correo certificado y se anuncie tal envío, en cuyo caso se concede un plazo adicional de 10 días para que pueda llegar a la oficina señalada. Al tratarse de legislación sectorial, no es aplicable al caso, el artículo 38 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC), respecto a lugares idóneos para la presentación de escritos y solicitudes a la Administración.

B) Oferta que llega a la oficina en día 17 de julio. Está presentada en plazo, porque aunque el último día para la presentación era el día 16 de julio, al ser éste día inhábil, se prorroga al primer día hábil siguiente, según la disposición adicional decimoséptima de la LCSP.

C) La UTE, sin constituirse en escritura pública, presenta su oferta por correo certificado el día 15 de julio y llega a la oficina el día 19 del mismo mes. Ignoramos si está presentada dentro del plazo o no porque el artículo 80.4 del Reglamento de la Ley de Contratos permite esta forma de presentación, pero para que se puedan conceder 10 días más, después del vencimiento del plazo para presentación de las ofertas, es preciso que se anuncie el mismo día de su envío por télex, fax o por correo electrónico, exigiendo constancia de la transmisión y recepción de sus fechas, el contenido de las comunicaciones y que se identifiquen fidedignamente al remitente y al destinatario, a la Administración tal forma de remisión de la documentación. En el caso que comentamos nada se dice al respecto, sino simplemente que se presentó por correo certificado el día 15 de julio y que no llegó hasta la oficina el día 19 del mismo mes.

Por otra parte, la circunstancia de que la UTE no hubiera formalizado su unión en escritura pública no constituye ningún tipo de defecto o vicio, toda vez que el artículo 48.1 de la LCSP exige el cumplimiento de tal requisito cuando la adjudicación se haga en su favor.

D) Empresa extranjera no comunitaria que acredita su capacidad y solvencia, pero no presenta ninguna declaración más. En virtud del artículo 130 de la LCSP debió presentar declaración de someterse a la jurisdicción de los tribunales españoles de cualquier orden, con renuncia al fuero jurisdiccional extranjero que pudiera corresponderle. Igualmente, a tenor de lo previsto en el artículo 44, debió presentar documento de reciprocidad emitido por la misión diplomática permanente española, en el sentido de que el Estado de procedencia de la empresa extranjera admite a su vez la participación de empresas españolas en la contratación con la Administración y con los entes, organismos o entidades del sector público asimilables a los enumerados en el artículo 3.º, en forma sustancialmente análoga (sólo se puede prescindir este trámite en los contratos sujetos a regulación armonizada en relación con las empresas de estados signatarios del Acuerdo sobre Contratación Pública de la Organización Mundial del Comercio). Finalmente, en virtud del citado artículo 44.2 esa empresa extranjera debería tener abierta sucursal en España con designación de apoderados o representantes para sus operaciones y que estén inscritas en el registro mercantil, al tratarse el contrato de obras.

De cualquier forma, antes de su exclusión debió ser requerida para que subsanara, en el plazo de tres días hábiles, según el artículo 81 del Reglamento, la falta de la documentación referida.

15. Respecto a si el órgano de contratación podría quedar desierta la licitación, el artículo 135.1 de la LCSP señala que sólo en el caso de que no exista oferta o proposición que sea admisible de acuerdo con los criterios que rigor en el pliego. En este caso, están presentadas en plazo las ofertas de B, C, si anunció el envío por correo certificado, y la de D, si subsanó la falta de la documentación referida. De manera que, si había ofertas admisibles, además de cumplir con el plazo de presentación con los demás requisitos exigidos por los pliegos, no era posible declarar desierta esa licitación.

16. En relación a cómo se resolverá el recurso especial interpuesto contra la adjudicación provisional por el resto de licitadores, debemos señalar que inadmitiéndose. Es cierto que el artículo 37 de la LCSP permite este recurso contra este acto, la adjudicación provisional, estando legitimados los licitadores para ello, pero sólo se admite en los contratos sujetos a regulación armonizada y este contrato no entraba dentro de esta calificación por razón de la cuantía del mismo, 3 millones de euros. Ahora bien, a tenor de lo previsto en el artículo 110 de la LRJPAC, podría ser admitido como un recurso de reposición normal y corriente, puesto que la adjudicación provisional se acuerda por el órgano de contratación cuyos actos ponen fin a la vía administrativa, siendo por tanto, el recurso administrativo de reposición potestativo.

17. En relación a qué podría hacer el órgano de contratación ante la no prestación de la garantía definitiva por parte del que resultó adjudicatario provisional del contrato, el artículo 136 de la LCSP señala que la adjudicación provisional no podrá realizarse antes de que transcurran 15 días hábiles contados desde el siguiente a aquel en que se publique aquella en diario oficial o en el perfil del contratante. Las normas autonómicas pueden fijar plazo mayor, sin pasar del de 1 mes. Durante este plazo el adjudicatario debe presentar los documentos acreditativos de estar al corriente en las obligaciones tributarias y de la seguridad social y otros exigidos, y deberá constituir la garantía definitiva que, en este caso, era preceptiva su existencia al tratarse de un contrato de obras.

La adjudicación provisional se elevará a definitiva en los diez días siguientes hábiles al finalizar aquel plazo, si el adjudicatario cumplió con sus obligaciones.

Si no procede la adjudicación definitiva por no cumplir la adjudicataria con sus obligaciones, la Administración, antes de proceder a nueva convocatoria, puede efectuar nueva adjudicación provisional al licitador o licitadores siguientes, por el orden en que quedaron clasificadas sus ofertas, si es posible y este da su conformidad. Si acepta, serán 10 días hábiles para cumplimentar todo lo anterior.

18. Según el artículo 137.1, la adjudicación definitiva deberá notificarse a los candidatos o licitadores. Si lo piden, en 15 días se les explicará los motivos de su rechazo de la candidatura o proposición y de las características de la proposición del adjudicatario que fuera determinante de la adjudicación a su favor.

Según el artículo 138, la adjudicación se publicará en el perfil del contratante, al ser superior a 50.000 euros, en el BOE, al ser superior a 100.000 euros. No hace falta publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea al no tratarse de contrato sujeto a regulación armonizada.

19. Con respecto a si era procedente el recurso de reposición interpuesto contra el acuerdo de adjudicación definitiva el día 8 de enero por un licitador que no resultó adjudicatario, debemos significar que era procedente, puesto que el acuerdo del órgano de contratación pone fin a la vía administrativa. El plazo para presentarlo es de un mes en caso de resolución expresa, según el artículo 117 de la LRJPAC. En este caso, la adjudicación definitiva se produce 7 de diciembre. Por tanto, en principio, el recurso era extemporáneo, salvo que el último día del plazo fuera inhábil, en cuyo caso se prorrogaría al primer día hábil siguiente. Ahora bien, el plazo de un mes debe computarse desde el momento en que se le hizo la notificación, extremo que no consta en el relato de hechos, donde tan solo se hace constar que se notificó el día que se adjudicó el contrato al adjudicatario, pero nada dice respecto al resto de los licitadores.

20. En cuanto a si era posible la renuncia al contrato por razón del interés público, debemos significar que no lo era pues el artículo 139.2 de la LCSP la permite antes de la adjudicación provisional.

Lo que sí podría la Administración es resolver el contrato por mutuo acuerdo con el contratista, según el artículo 206 c) de la LCSP, cuando no concurra otra causa de resolución que sea imputable al contratista, y siempre que razones de interés público hagan innecesaria o inconveniente la permanencia del contrato, según establece el artículo 207.4 de la LCSP.

21. Respecto a si está correctamente fijado el día para la formalización del contrato, debemos contestar que sí, ya que el artículo 140.1 señala que el contrato se formalizará en documento administrativo en el plazo de 10 días hábiles a contar desde el día siguiente a la notificación de la adjudicación definitiva. En este caso, se notificó la adjudicación definitiva el día 7 de diciembre, y se estableció el día 18 de diciembre para la formalización. Obviamente, hay que descontar los días inhábiles.

En relación a si por culpa del contratista no se puede formalizar el contrato, la Administración pueda acordar la resolución del mismo y la incautación de la fianza.

Respecto a si se puede iniciar la ejecución sin previa formalización, debemos señalar que tan sólo en los casos en que se haya realizado el expediente de tramitación de urgencia o el de emergencia, a tenor de lo dispuesto en los artículos 96 y 97 de la LCSP.

22. En cuanto a qué puede hacer la Administración y cómo, en su caso, ante el incumplimiento del plazo total del contrato por culpa del contratista, en primer lugar, debemos señalar que el artículo 196.2 establece que el contratista estaba obligado a cumplir el contrato dentro del plazo total fijado para su realización. Por su parte, el artículo 194.2 señala que ante el incumplimiento total, la Administración puede optar indistintamente por la resolución del contrato o por la imposición de penalidades diarias en la proporción de 0,20 euros por cada 1.000 euros del precio del contrato, aunque pueden existir otras penalidades si se incluyeron en el contrato por sus características especiales.

Según el artículo 194.5, cada vez que las penalidades alcancen el 5 por 100 del precio del contrato, el órgano de contratación podrá acordar la resolución o la continuación con imposición de nuevas penalidades.

Según el artículo 195, las penalidades se impondrán por acuerdo del órgano de contratación, a propuesta del responsable del contrato si lo hubiera. Serán ejecutivas y se harán efectivas mediante deducciones de lo que haya de pagarse total o parcialmente al contratista; si es insuficiente se hará efectiva sobre la garantía definitiva.

Si se opta por la resolución del contrato se debe incoar en expediente oportuno con la audiencia del contratista e informe del Consejo de Estado si hubo oposición por parte de éste.

23. Sobre si es ajustada a derecho la cesión del derecho de cobro al tercero, que era acreedor del contratista, a tenor de lo dispuesto en el artículo 201 de la LCSP, debemos señalar que sí, pero para que sea efectiva frente a la Administración será requisito imprescindible la notificación fehaciente de la cesión a la Administración.

La eficacia de la segunda y sucesivas cesiones de los derechos de cobro cedidos por el contratista quedarán condicionadas al cumplimiento del anterior.

Una vez que la Administración tenga conocimiento del acuerdo de cesión, el mandamiento de pago habrá de ser expedido a favor del cesionario. Antes de que la cesión se pongan conocimiento de la Administración, los mandamientos de pagos a nombres del contratista o cedente no surtirán efectos liberatorios.

24. Respecto a si habría que haber resuelto el contrato por la modificación pretendida por el órgano de contratación, debemos significar que el artículo 217.3 de la LCSP señala que cuando el

director facultativo de la obra considere necesaria una modificación del proyecto, recabará del órgano de contratación autorización para iniciar el correspondiente expediente, que se sustanciará con carácter de urgencia, con las siguientes actuaciones:

- a) Redacción de la modificación del proyecto y aprobación técnica de la misma.
- b) Audiencia del contratista, por plazo mínimo de tres días.
- c) Aprobación del expediente por el órgano de contratación, así como de los gastos complementarios precisos.

Si la modificación excediera el límite del 20 por 100 del precio primitivo del contrato, IVA excluido, o representase una alteración sustancial del proyecto inicial, a tenor de lo dispuesto en el artículo 220 e), es causa de resolución del contrato.

Sin embargo, en realidad, ese 20 por 100 no es una limitación cuantitativa a la potestad modificatoria de la Administración, sino que es el límite a partir del cual el contratista no está obligado a ejecutar tal modificación, pudiendo instar la resolución del contrato por esa causa. Por ello, se puede afirmar rotundamente que el porcentaje del 20 por 100 puede ser superado sin límite con tal de que el contratista lo acepte. Si no lo acepta puede pedir la resolución, pero no es causa automática de resolución del contrato. Si el contratista lo acepta, ejecuta la obra con la modificación aprobada, si bien se reestablecerá el equilibrio económico del contrato a favor del contratista.

SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:

- Ley 30/1992 (LRJPAC), art. 117.
- Ley 6/1997 (LOFAGE), arts. 43 y 53.1.
- Ley 30/2007 (LCSP), arts. 3.º, 14, 20, 21, 37, 44, 48, 93, 96, 97, 99, 105 y ss., 108, 130, 132, 135, 136, 137, 138, 139, 140, 146, 147, 151, 154, 155, 161, 163 y ss., 194, 195, 201, 206 y 207.
- RD 1098/2001 (Rgto. LCAP), arts. 80 y 81.