

Contrato administrativo de servicios y contratación electrónica. Valor estimado. Precio de licitación

Julio Galán Cáceres

Miembro del Cuerpo Jurídico de Defensa

Profesor del CEF.-

Enunciado

Un ayuntamiento, con una población de 4.500 habitantes, cuyos recursos ordinarios del presupuesto son de 1.000.000 de euros, tiene suscrito con una empresa adjudicataria un contrato de mantenimiento y conservación del alumbrado público que finaliza en unos meses. A tal efecto, se ha iniciado la licitación de un nuevo contrato y se están redactando los correspondientes pliegos de condiciones administrativas y técnicas.

Teniendo en cuenta los datos que se indican a continuación, responda las siguientes preguntas, razonando las respuestas:

Datos a tener en cuenta

Objeto del contrato: «Mantenimiento, conservación, reparación y renovación luminarias LED del alumbrado público y de las instalaciones eléctricas de los edificios municipales del ayuntamiento».

- Contratación electrónica.
- Importe de una anualidad completa: 100.000 euros sin IVA.
- Plazo de ejecución: 2 años, con posibilidad de prórroga por un año más.
- Se prevé la posible modificación al alza hasta el 15 % del presupuesto base de licitación.
- Adjudicación: Por la junta de contratación a propuesta de la mesa de contratación.
- Formalización: Se realizará a los 10 días desde la adjudicación.

El mismo día de la adjudicación del contrato, notificada a los licitadores intervinientes y a la empresa adjudicataria del contrato, el órgano de contratación se percató de que el pliego de cláusulas administrativas particulares se había aprobado sin el informe previo de la junta consultiva de contratación y de la secretaría-intervención, pese a que lo había solicitado el alcalde, por lo que decide desistir del contrato.

Cuestiones planteadas:

1. Califique el contrato y régimen jurídico del mismo. ¿Qué consecuencias implica la contratación electrónica respecto al expediente de contratación? ¿Qué diferencia hay con la licitación electrónica?
2. Calcule e indique el valor estimado y el precio base de licitación.
3. Señale el tipo de procedimiento de licitación para la adjudicación del contrato.
4. Indique el ajuste a derecho o no del órgano de contratación designado en el contrato y de la forma de adjudicación recogida en el contrato.
5. ¿Dónde debe publicarse la licitación y cuál sería el plazo de presentación de ofertas?
6. Una empresa está disconforme con los pliegos reguladores del procedimiento de licitación, por no prever un acto público para la apertura de las ofertas económicas. Indique qué recurso(s) podría interponer y plazo para ello.
7. La empresa que obtuvo el primer puesto en la clasificación justifica su solvencia técnica aportando certificado vigente de clasificación en el grupo P, subgrupo 1, categoría 3. Indique si sería correcto admitirla. Si no fuera correcto, ¿qué consecuencias se producirían si se le hubiera adjudicado el contrato?
8. Comente el ajuste a derecho del plazo de formalización del contrato fijado y las consecuencias jurídicas en caso de no serlo.
9. ¿Cuándo procedería la subrogación de trabajadores? En el caso de que procediese, ¿qué requisitos debe cumplir el órgano de contratación en la redacción de los pliegos de condiciones? ¿Qué consecuencias acarrearía si no se hace constar la posible subrogación?
10. ¿Podría un concejal del equipo de gobierno, con dedicación exclusiva, formar parte de la mesa de contratación y cobrar por la asistencia a cada sesión?
11. Ajuste a derecho del desistimiento del contrato acordado por la Administración.

Solución

1. Califique el contrato y régimen jurídico del mismo. ¿Qué consecuencias implica la contratación electrónica respecto al expediente de contratación? ¿Qué diferencia hay con la licitación electrónica?

A) Se trata de un contrato administrativo típico de servicios, al amparo del artículo 25.1 a) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público (LCSP), y definidos en el artículo como aquellos cuyo objeto son prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o suministro, incluyendo aquellos en que el adjudicatario se obligue a ejecutar el servicio de forma sucesiva y por precio unitario.

El régimen jurídico aplicable serán las normas de derecho administrativo, a tenor del artículo 24 de la LCSP, y, solo en último lugar, podría acudir al derecho privado.

Su régimen jurídico concreto lo encontramos en los artículos 308 y siguientes del referido texto legal.

En cuanto a la jurisdicción competente, conforme al artículo 27 de la LCSP, respecto a la preparación, adjudicación, efectos, modificación y extinción de los contratos administrativos será la jurisdicción contencioso-administrativa.

Como veremos a continuación, a tenor del artículo 22.1 b) de la LCSP, es un contrato sujeto a regulación armonizada, toda vez que su valor estimado es superior a 214.000 euros.

B) Respecto a los beneficios de la tramitación electrónica, el preámbulo de la Ley 9/2017, LCSP, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23 y 2014/24 UE, de 26 de febrero de 2014, señala que

junto a todo lo anteriormente señalado, debe necesariamente aludirse a la decidida apuesta que el nuevo texto legal realiza en favor de la contratación electrónica, estableciéndola como obligatoria en los términos señalados en él, desde su entrada en vigor, anticipándose, por tanto, a los plazos previstos a nivel comunitario.

Para cumplir con esas obligaciones electrónicas se precisa de un soporte electrónico, un *software* cuyo nombre, contenido y funcionalidades está regulado legalmente. Las obligaciones relativas a la tramitación electrónica de los expedientes de contratación se encuentran dispersas a lo largo de toda la LCSP, e intentaremos agruparlas en determinados bloques para facilitar su comprensión.

Beneficios o ventajas de la contratación electrónica:

- Simplificación de cargas administrativas, agilidad y ahorro de costes (tiempos de tramitación, soporte documental en formato papel y almacenamiento del mismo).
- Aumento de la transparencia y del acceso a la información en condiciones de igualdad de trato, independientemente del territorio en el que resida el interesado.
- Fomento de la libre competencia competitiva.
- Facilita labores de prevención, lucha contra la corrupción y rendición de cuentas.
- Promueve la mejora de la calidad de las ofertas.
- Permite más fácilmente la explotación de datos sobre la contratación pública para la elaboración de estudios y análisis que contribuyan a mejorar la situación.

El expediente debe tramitarse íntegramente a través de medios electrónicos, lo cual engloba e implica las siguientes cuestiones:

- Dar publicidad a todos los actos administrativos importantes del procedimiento a través del perfil del contratante.

El artículo 347 de la LCSP prevé que se pondrá a disposición de todos los órganos de contratación una plataforma electrónica que permita la difusión a través de internet de sus perfiles de contratante.

El artículo 138.1 de la LCSP contempla que toda la documentación contractual (pliegos, informes, proyectos, actas, etc.) debe estar en formato electrónico y accesible de manera gratuita a través del perfil del contratante.

- Notificaciones y publicaciones.

Todas las comunicaciones y notificaciones derivadas del procedimiento deben realizarse por medios exclusivamente electrónicos, esto es, mediante comparecencia en sede electrónica o a través de la dirección de correo electrónico habilitada.

- Disp. adic. 15.^a de la LCSP: Normas relativas a los medios de comunicación utilizables en los procedimientos regulados en la ley.
- Disp. adic. 16.^a: Uso de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en los procedimientos regulados en la ley.
- Disp. adic. 17.^a: Requisitos específicos relativos a las herramientas y dispositivos electrónicos de documentos.

Art. 43.1 de la LPAC: «Las notificaciones por medios electrónicos se practicarán mediante comparecencia en la sede electrónica de la Administración u Organismo actuante, a través de la dirección electrónica habilitada única o mediante ambos sistemas, según disponga cada Administración u Organismo. A los efectos previstos en este artículo, se entiende por comparecencia en la sede electrónica, el acceso por el interesado o su representante debidamente identificado al contenido de la notificación».

- Sistemas de licitación electrónica: presentación de ofertas y solicitudes de participación.

Las ofertas y solicitudes de participación, salvo excepciones contempladas en la ley, deben presentarse y gestionarse en formato electrónico (disp. adic. 15.^a LCSP).

Esta obligación implica, por tanto, que la mesa de contratación y el órgano de contratación deben disponer de los medios y de la preparación necesaria para poder realizar las aperturas de las ofertas electrónicas y la tramitación electrónica de las facturas:

- Art. 216 de la LCSP: Pagos a subcontratistas y suministradores.
- Disp. adic. 32.^a: Obligación de presentación de facturas en un registro administrativo e identificación de órganos.
- Ley 25/2013, de 27 de diciembre, de impulso a la factura electrónica y creación del registro contable de facturas del sector público.

Diferencia entre contratación electrónica y licitación electrónica

A menudo podemos encontrar que los términos contratación electrónica y licitación electrónica se usan indistintamente para referirse a los procesos de compra pública que rige la LCSP.

No obstante, puede entenderse que la contratación electrónica hace alusión a todo el procedimiento administrativo completo requerido para la preparación, adjudicación y ejecución de los contratos del sector público; y de otro lado, la licitación electrónica se corresponde con la fase concreta del procedimiento de presentación de ofertas y solicitudes de participación.

En la práctica, dada la desaparición de la modalidad manual de presentación de ofertas, se emplea el concepto licitación electrónica (a modo de sinécdoque o metonimia), para referirse al proceso completo de contratación. También veremos el uso del término contratación electrónica para aludir a los servicios de licitación electrónica para la presentación de ofertas y su evaluación.

2. Calcule e indique el valor estimado y el precio base de licitación.

A tenor del artículo 101 de la LCSP, el valor estimado en contratos de servicios será el pagadero, incluidas las prórrogas y el máximo de las modificaciones, sin IVA, es decir: $100.000 \times 3 = 300.000 \times 1,15 = 345.000$ euros.

Con respecto al presupuesto base de licitación, a tenor del artículo 100 de la LCSP, será el gasto máximo que se puede comprometer, incluido el IVA, es decir, 115.000 euros/año $\times 1,21 = 139.150$ euros/año.

3. Señale el tipo de procedimiento de licitación para la adjudicación del contrato.

No procede utilizar el procedimiento de adjudicación directa, previsto para los contratos menores en el artículo 118 de la LCSP y, por tanto, teniendo en cuenta el valor estimado del contrato que se eleva a la cantidad de 345.000 euros sería posible utilizar:

- El procedimiento abierto en el que, conforme al artículo 156, podrían tomar parte todos los empresarios que cumplan los requisitos exigidos y que está contemplado en el artículo 158 (no sería posible por razón del valor estimado la utilización de la modalidad de simplificado o supersimplificado).
- El procedimiento restringido contemplado en el artículo 160. En el procedimiento restringido cualquier empresa interesada podrá presentar una solicitud de participación en respuesta a una convocatoria de licitación. Solo podrán presentar proposiciones aquellos empresarios que, a su solicitud y en atención a su solvencia, sean seleccionados por el órgano de contratación. Los pliegos de cláusulas administrativas particulares podrán contemplar primas o compensaciones por los gastos en que

incurran los licitadores al presentar su oferta en contratos de servicios en los casos en los que su presentación implique la realización de determinados desarrollos.

- El procedimiento con negociación sin o con publicidad contemplado en los artículos 167 (con publicidad) y 168 (sin publicidad), siempre que fuese posible encuadrar el presente contrato en algunas de las modalidades que allí se contemplan, porque este es un procedimiento que solo puede utilizarse en los casos tasados expresamente en la ley.

Debemos añadir que, teniendo en cuenta el artículo 123, es posible la aplicación de la subasta electrónica articulada como un proceso electrónico repetitivo, que tiene 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 automatizados, debiendo velarse por que el mismo permita un acceso no discriminatorio y disponible de forma general, así como el registro inalterable de todas las participaciones en el proceso de subasta.

El apartado 2 de dicho artículo permite el empleo de la subasta electrónica en los procedimientos abiertos, en los restringidos y en las licitaciones con negociación, siempre que las especificaciones del contrato que deba adjudicarse puedan establecerse de manera precisa en los pliegos que rigen la licitación y que las prestaciones que constituyen su objeto no tengan carácter intelectual, como los servicios de ingeniería, consultoría y arquitectura. No podrá recurrirse a las subastas electrónicas de forma abusiva o de modo que se obstaculice, restrinja o falsee la competencia o que se vea modificado el objeto del contrato.

4. Indique el ajuste a derecho o no del órgano de contratación designado en el contrato y de la forma de adjudicación recogida en el contrato.

Es la disposición adicional segunda de la LCSP la que señala que

corresponden a los Alcaldes y a los Presidentes de las Entidades Locales las competencias como órgano de contratación respecto de los contratos de obras, de suministro, de servicios, los contratos de concesión de obras, los contratos de concesión de servicios y los contratos administrativos especiales, cuando su valor estimado no supere el 10 por ciento de los recursos ordinarios del presupuesto ni, en cualquier caso, la cuantía de seis millones de euros, incluidos los de carácter plurianual cuando su duración no sea superior a cuatro años, eventuales prórrogas incluidas siempre que el importe acumulado de todas sus anualidades no supere ni el porcentaje indicado, referido a los recursos ordinarios del presupuesto del primer ejercicio, ni la cuantía señalada.

Si excede de estos porcentajes y cuantías será competencia del pleno.

En este caso, los recursos ordinarios del presupuesto ascienden a la cantidad de 1.000.000 de euros y el valor estimado es de 345.000 euros, por tanto, es competencia del pleno municipal.

5. ¿Dónde debe publicarse la licitación y cuál sería el plazo de presentación de ofertas?

a) Publicación de la licitación

A tenor de lo dispuesto en el artículo 135, el anuncio de licitación para la adjudicación de contratos de las Administraciones públicas, a excepción de los procedimientos negociados sin publicidad, se publicará en el perfil de contratante. En los contratos celebrados por la Administración General del Estado, o por las entidades vinculadas a la misma que gocen de la naturaleza de Administraciones públicas, el anuncio de licitación se publicará además en el Boletín Oficial del Estado. Como no es el caso, puesto que se trata de la Administración local, deberá publicarse en el boletín oficial de la provincia o boletín oficial de la comunidad autónoma correspondiente.

Como el contrato está sujeto a regulación armonizada, la licitación deberá publicarse, además, en el Diario Oficial de la Unión Europea, debiendo los poderes adjudicadores poder demostrar la fecha de envío del anuncio de licitación.

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

b) Plazo para presentación de las ofertas

Conforme al artículo 136 de la LCSP, los órganos de contratación fijarán los plazos de presentación de las ofertas y solicitudes de participación teniendo en cuenta el tiempo que razonablemente pueda ser necesario para preparar aquellas, atendida la complejidad del contrato, y respetando, en todo caso, los plazos mínimos fijados en esta ley.

Los órganos de contratación deberán ampliar el plazo inicial de presentación de las ofertas y solicitudes de participación, de forma que todos los posibles interesados en la licitación puedan tener acceso a toda la información necesaria para elaborar estas, cuando por cualquier razón los servicios dependientes del órgano de contratación no hubieran atendido el requerimiento de información que el interesado hubiera formulado con la debida antelación, en los términos señalados en el apartado 3 del artículo 138.

El artículo 137 permite la reducción de plazos si el expediente se hubiera tramitado como de urgencia.

Los plazos para la presentación de las ofertas dependen de los procedimientos de adjudicación utilizados. Así:

- En procedimiento abierto, conforme al artículo 156.1, de adjudicación de contratos sujetos a regulación armonizada, el plazo de presentación de proposiciones no será inferior a 35 días, para los contratos, entre otros, de servicios. Estos plazos podrán reducirse en los siguientes casos:

- a) Si el órgano de contratación hubiese enviado un anuncio de información previa, el plazo general de presentación de proposiciones podrá reducirse a 15 días. Esta reducción del plazo solo será admisible cuando el anuncio voluntario de información previa se hubiese enviado para su publicación con una antelación máxima de 12 meses y mínima de 35 días antes de la fecha de envío del anuncio de licitación, siempre que en él se hubiese incluido, de estar disponible, toda la información exigida para este.
 - b) Cuando el plazo general de presentación de proposiciones sea impracticable por tratarse de una situación de urgencia, en los términos descritos en el artículo 119, el órgano de contratación podrá fijar otro plazo que no será inferior a 15 días contados desde la fecha del envío del anuncio de licitación.
 - c) Si el órgano de contratación aceptara la presentación de ofertas por medios electrónicos, podrá reducirse el plazo general de presentación de proposiciones en 5 días.
- En procedimiento restringido, conforme al artículo 161.1 y 2, en los procedimientos de adjudicación de contratos sujetos a regulación armonizada, el plazo de presentación de las solicitudes de participación deberá ser el suficiente para el adecuado examen de los pliegos y de las circunstancias y condiciones relevantes para la ejecución del contrato, todo ello en atención al alcance y complejidad del contrato. En cualquier caso, no podrá ser inferior a 30 días, contados a partir de la fecha del envío del anuncio de licitación a la Oficina de Publicaciones de la Unión Europea.

Cuando el plazo general de presentación de solicitudes sea impracticable por tratarse de una situación de urgencia, en los términos descritos en el artículo 119, el órgano de contratación para los contratos de obras, suministros y servicios podrá fijar otro plazo que no será inferior a 15 días contados desde la fecha del envío del anuncio de licitación.

Sin perjuicio de lo establecido en el apartado 3 del artículo 135 respecto de la obligación de publicar en primer lugar en el Diario Oficial de la Unión Europea, en los procedimientos restringidos la publicación del anuncio de licitación en el perfil de contratante deberá hacerse con una antelación mínima equivalente al plazo fijado para la presentación de las solicitudes de participación en el apartado siguiente.

Luego, seleccionados los candidatos, conforme al artículo 164, el plazo general de presentación de proposiciones en los procedimientos restringidos relativos a contratos sujetos a regulación armonizada será el suficiente para la adecuada elaboración de las proposiciones, en función del alcance y complejidad del contrato. En cualquier caso, no será inferior a 30 días, contados a partir de la fecha de envío de la invitación escrita.

El plazo general previsto en el párrafo anterior podrá reducirse en los siguientes casos:

- a) Si se hubiese enviado el anuncio de información previa, el plazo general podrá reducirse a diez días. Esta reducción del plazo solo será admisible cuando el anuncio de información previa se hubiese enviado cumpliéndose los requisitos que establece la letra a) del apartado 3 del artículo 156.

- b) Cuando el plazo general de presentación de proposiciones sea impracticable por tratarse de una situación de urgencia, en los términos descritos en el artículo 119, el órgano de contratación podrá fijar otro plazo que no será inferior a diez días contados desde la fecha del envío de la invitación escrita.
 - c) Si el órgano de contratación aceptara la presentación de ofertas por medios electrónicos, podrá reducirse el plazo general de presentación de proposiciones en cinco días.
- Finalmente, respecto al procedimiento con negociación, conforme al artículo 66.1, la adjudicación recaerá en el licitador justificadamente elegido por el órgano de contratación, tras negociar las condiciones del contrato con uno o varios candidatos y, salvo que se dieran las circunstancias excepcionales que recoge el artículo 168 (sin publicidad), los órganos de contratación deberán publicar un anuncio de licitación. Conforme al artículo 169.2, serán de aplicación a la tramitación del procedimiento de licitación con negociación las normas contenidas en el apartado 1 del artículo 160, y en los artículos 161, 162, 163 y 164.1 relativos al procedimiento restringido. No obstante, en caso de que se decida limitar el número de empresas a las que se invitará a negociar, el órgano de contratación y los servicios dependientes de él, en todo caso, deberán asegurarse de que el número mínimo de candidatos invitados será de tres. Cuando el número de candidatos que cumpla con los criterios de selección sea inferior a ese número mínimo, el órgano de contratación podrá continuar el procedimiento con los que reúnen las condiciones exigidas, sin que pueda invitarse a empresarios que no hayan solicitado participar en el mismo, o a candidatos que no posean esas condiciones.

6. Una empresa está disconforme con los pliegos reguladores del procedimiento de licitación por no prever un acto público para la apertura de las ofertas económicas. Indique qué recurso(s) podría interponer y plazo para ello.

En primer lugar, debemos señalar que el artículo 157.4 de la LCSP, referido al procedimiento abierto, señala que «en todo caso, la apertura de la oferta económica se realizará en acto público, salvo cuando se prevea que en la licitación puedan emplearse medios electrónicos». Este precepto, según los artículos 165 y 169, se aplicará también en caso de procedimiento restringido.

En segundo lugar, la aprobación de los pliegos del contrato, recogido en los artículos 121 y siguientes de la LCSP, tiene lugar, a tenor de lo dispuesto en los artículos 116 y 117 de la referida LCSP, con anterioridad a la aprobación del expediente de contratación, al que se unirán aquellos. Y estos pliegos, obviamente, se publicarán en el perfil del contratante con independencia de otros medios de publicación, abriéndose el plazo para presentar el recurso contra los pliegos.

En tercer lugar, como el contrato está sujeto a regulación armonizada y, además, tiene un valor estimado superior a los 100.000 euros, a tenor de lo dispuesto en el artículo 44.1

a), el único recurso administrativo que cabe contra sus distintos actos y resoluciones es el recurso especial en materia de contratación recogido en ese precepto.

Si interpone el contencioso-administrativo, el plazo será de dos meses desde la publicación de los pliegos (art. 46.1 LJCA).

En virtud del artículo 50.1 el plazo para interponer el recurso es de 15 días hábiles, que se computará, según el artículo 50.1 b), cuando el recurso se interponga contra el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales. El cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya publicado en el perfil de contratante el anuncio de licitación, siempre que en este se haya indicado la forma en que los interesados pueden acceder a ellos. Cuando no se hiciera esta indicación el plazo comenzará a contar a partir del día siguiente a aquel en que se le hayan entregado al interesado los mismos o este haya podido acceder a su contenido a través del perfil de contratante.

En el caso del procedimiento negociado sin publicidad, el cómputo del plazo comenzará desde el día siguiente a la remisión de la invitación a los candidatos seleccionados.

En los supuestos en que, de conformidad con lo establecido en el artículo 138.2 de la presente ley, los pliegos no pudieran ser puestos a disposición por medios electrónicos, el plazo se computará a partir del día siguiente en que se hubieran entregado al recurrente.

Con carácter general no se admitirá el recurso contra los pliegos y documentos contractuales que hayan de regir una contratación si el recurrente, con carácter previo a su interposición, hubiera presentado oferta o solicitud de participación en la licitación correspondiente, sin perjuicio de lo previsto para los supuestos de nulidad de pleno derecho.

Por tanto, ignoramos, porque el supuesto de hecho no lo especifica, si esa empresa había presentado oferta o solicitud de participación en la licitación correspondiente, en cuyo caso no se admitirá el recurso, al amparo de lo dispuesto en el artículo 50.1 b), y también ignoramos si el recurso se interpuso en el plazo previsto en ese precepto, por lo que no sabemos si fue extemporáneo o no y, por lo tanto, si estamos en presencia de un acto consentido por la propia empresa, en cuyo caso, no podrá recurrirlo con posterioridad.

Si no estamos en presencia de las excepciones comentadas en el párrafo anterior, el recurso será admitido y estimado, puesto que, como hemos significado, la apertura de las ofertas económicas se realizará en acto público, salvo cuando se prevea que en la licitación se pueden emplear medios electrónicos, encontrándonos ante un vicio de anulabilidad del artículo 48 de la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común (LPAC).

Con posterioridad a este recurso, en el caso de que fuese desestimatorio, tan solo cabría plantear recurso contencioso-administrativo, a tenor de lo dispuesto en el artículo 59.1 de la LCSP. Determinar el órgano competente para conocer de este recurso contencioso-administrativo dependerá de quien haya actuado resolviendo el recurso especial en materia de contratación: el Tribunal Superior de Justicia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, si en la comunidad autónoma correspondiente existiera tribunal especial para resolver el

referido recurso, y la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, si lo hubiera resuelto el Tribunal Administrativo Central de recursos contractuales (art. 45 LCSP).

7. La empresa que obtuvo el primer puesto en la clasificación justifica su solvencia técnica aportando certificado vigente de clasificación en el grupo P, subgrupo 1, categoría 3. Indique si sería correcto admitirla. Si no fuera correcto, ¿qué consecuencias se producirían si se le hubiera adjudicado el contrato?

Es el 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, en su artículo 37, el que se refiere a la clasificación de empresas contratistas de servicios.

El grupo P), subgrupo 1 se refiere a mantenimiento y reparación de equipos e instalaciones eléctricas y electrónicas.

El artículo 38 de ese real decreto se refiere a las categorías de clasificación en los contratos de servicios según su cuantía. La expresión de la cuantía se efectuará por referencia al valor estimado del contrato, cuando la duración de este sea igual o inferior a un año, y por referencia al valor medio anual del mismo, cuando se trate de contratos de duración superior.

Las categorías de los contratos de servicios serán las siguientes: - Categoría 3, cuando la cuantía del contrato sea igual o superior a 300.000 euros e inferior a 600.000 euros.

Como en este caso el valor estimado del contrato es de 345.000 euros justificó su solvencia con arreglo a derecho.

Lo primero que debemos señalar es que, de acuerdo con el artículo 77.1 b), en este caso no era precisa la clasificación del contratista obligatoriamente, porque se trata de un contrato de servicios, sin embargo, esto no impide que pueda estar clasificado. Es más, el propio precepto señala que

En el anuncio de licitación o en la invitación a participar en el procedimiento y en los pliegos del contrato se establecerán los criterios y requisitos mínimos de solvencia económica y financiera y de solvencia técnica o profesional tanto en los términos establecidos en los artículos 87 y 90 de la Ley como en términos de grupo o subgrupo de clasificación y de categoría mínima exigible, siempre que el objeto del contrato esté incluido en el ámbito de clasificación de alguno de los grupos o subgrupos de clasificación vigentes, atendiendo para ello al código CPV del contrato, según el Vocabulario común de contratos públicos aprobado por Reglamento (CE) 2195/2002, del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de noviembre de 2002. En tales casos, el empresario podrá acreditar su solvencia indistintamente mediante su clasificación en el grupo o subgrupo de clasificación y categoría de clasificación correspondientes al contrato o bien acreditando el cumplimiento de los requisitos específicos de solvencia exigidos en el anuncio de licitación o en la

invitación a participar en el procedimiento y detallados en los pliegos del contrato. Si los pliegos no concretaran los requisitos de solvencia económica y financiera o los requisitos de solvencia técnica o profesional, la acreditación de la solvencia se efectuará conforme a los criterios, requisitos y medios recogidos en el segundo inciso del apartado 3 del artículo 87, que tendrán carácter supletorio de lo que al respecto de los mismos haya sido omitido o no concretado en los pliegos.

En el caso de estar clasificado, no es preciso acreditar la solvencia técnica a tenor de lo dispuesto en el artículo 92 de la LCSP:

En todo caso, la clasificación del empresario en un determinado grupo o subgrupo se tendrá por prueba bastante de su solvencia para los contratos cuyo objeto esté incluido o se corresponda con el ámbito de actividades o trabajos de dicho grupo o subgrupo, y cuyo importe anual medio sea igual o inferior al correspondiente a su categoría de clasificación en el grupo o subgrupo. A tal efecto, en el anuncio de licitación o en la invitación a participar en el procedimiento y en los pliegos deberá indicarse el código o códigos del Vocabulario «Común de los Contratos Públicos» (CPV) correspondientes al objeto del contrato, los cuales determinarán el grupo o subgrupo de clasificación, si lo hubiera, en que se considera incluido el contrato.

Si no fuera correcta la clasificación de la contratista y, por tanto, no pudiera esta sustituir a la solvencia, debería acreditarse la misma por los medios que establece el artículo 90 de la LCSP.

Los efectos que se producirían sobre la adjudicación del contrato a una empresa que no acreditó su solvencia y que su clasificación no era suficiente para la realización del contrato serían la nulidad absoluta de dicha adjudicación, a tenor de lo establecido en el artículo 39.2 a) de la LCSP. Esto debía provocar la revisión del acto administrativo de la adjudicación por el órgano de contratación, a tenor del artículo 41 de la LCSP, produciéndose los efectos previstos en el artículo 42, que son, en concreto:

- La declaración de nulidad de la adjudicación, cuando sea firme, llevará en todo caso consigo la del mismo contrato, que entrará en fase de liquidación, debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo y, si esto no fuese posible, se devolverá su valor. La parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido.
- Si la declaración administrativa de nulidad de un contrato produjese un grave trastorno al servicio público, podrá disponerse en el mismo acuerdo la continuación de los efectos de aquel y bajo sus mismas cláusulas, hasta que se adopten las medidas urgentes para evitar el perjuicio.

8. Comente el ajuste a derecho del plazo de formalización del contrato y sus consecuencias jurídicas en caso de no serlo.

Este problema lo resuelve el artículo 153 de la LCSP que señala:

1. Los contratos que celebren las Administraciones Públicas deberán formalizarse en documento administrativo que se ajuste con exactitud a las condiciones de la licitación, constituyendo dicho documento título suficiente para acceder a cualquier registro público. No obstante, el contratista podrá solicitar que el contrato se eleve a escritura pública, corriendo de su cargo los correspondientes gastos. En ningún caso se podrán incluir en el documento en que se formalice el contrato cláusulas que impliquen alteración de los términos de la adjudicación.

En los contratos basados en un acuerdo marco o en los contratos específicos dentro de un sistema dinámico de adquisición, no resultará necesaria la formalización del contrato.

2. [...]

3. Si el contrato es susceptible de recurso especial en materia de contratación conforme al artículo 44, la formalización no podrá efectuarse antes de que transcurran quince días hábiles desde que se remita la notificación de la adjudicación a los licitadores y candidatos. Las Comunidades Autónomas podrán incrementar este plazo, sin que exceda de un mes. [Este es el supuesto que nosotros contemplamos, puesto que el contrato estaba sujeto a regulación armonizada].

Por lo tanto, no es ajustado a derecho que se estableciera el plazo de 10 días desde la adjudicación para la formalización del contrato, pero, teniendo en cuenta el artículo 63 de la Ley 39/2015, LPAC, el defecto del tiempo, por sí mismo, no implica la invalidez del contrato, sino que ha de causar una indefensión efectiva y real en el interesado para que alcance la naturaleza del vicio de invalidez, porque imaginemos que el contratista no pone objeción a este plazo y acude a la formalización del mismo, pues no hay vicio alguno y será una irregularidad no invalidante.

Con respecto a las consecuencias jurídicas de esa irregularidad, dependerá. Al ser el plazo de 10 días que se fijó en el pliego no ajustado a derecho, en primer lugar, en tiempo y forma, se debió recurrir aquella cláusula, bien a través del recurso especial en materia de contratación, o bien, directamente, ante el juzgado de lo contencioso-administrativo. Si no lo hizo así, el acto es consentido y conforme, y como no es vicio de nulidad, al ser un defecto del plazo, ni se trató de cláusula oscura o no entendible, no cabe recurso posterior contra el acto de adjudicación, porque no es un supuesto que admita el recurso indirecto contra el pliego.

9. ¿Cuándo procedería la subrogación de trabajadores? En el caso de que procediese, ¿qué requisitos debe cumplir el órgano de contratación en la redacción de los pliegos de condiciones? ¿Qué consecuencias acarrearía si no se hace constar la posible subrogación?

La subrogación de trabajadores, a tenor de lo dispuesto en el artículo 130.1 de la LCSP, procedería cuando una norma legal, un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general imponga al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales.

Por ello, los servicios dependientes del órgano de contratación deberán facilitar a los licitadores, en el propio pliego, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir una exacta evaluación de los costes laborales que implicará tal medida, debiendo hacer constar igualmente que tal información se facilita en cumplimiento de lo previsto en el presente artículo.

A estos efectos, la empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato a adjudicar y que tenga la condición de empleadora de los trabajadores afectados estará obligada a proporcionar la referida información al órgano de contratación, a requerimiento de este. Como parte de esta información en todo caso se deberán aportar los listados del personal objeto de subrogación, indicándose: el convenio colectivo de aplicación y los detalles de categoría, tipo de contrato, jornada, fecha de antigüedad, vencimiento del contrato, salario bruto anual de cada trabajador, así como todos los pactos en vigor aplicables a los trabajadores a los que afecte la subrogación. La Administración comunicará al nuevo empresario la información que le hubiere sido facilitada por el anterior contratista.

Con respecto a los requisitos que debe cumplir el órgano de contratación en la relación de los pliegos de condiciones, a tenor del artículo 130.4, el pliego de cláusulas administrativas particulares contemplará necesariamente la imposición de penalidades al contratista dentro de los límites establecidos en el artículo 192 para el supuesto de incumplimiento por el mismo de la obligación prevista en este artículo.

Según el artículo 130.5, en el caso de que una vez producida la subrogación los costes laborales fueran superiores a los que se desprendieran de la información facilitada por el antiguo contratista al órgano de contratación, el contratista tendrá acción directa contra el antiguo contratista.

Finalmente, teniendo en cuenta el artículo 130.6, asimismo, y sin perjuicio de la aplicación, en su caso, de lo establecido en el artículo 44 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre –se refiere a la sucesión de la empresa–, el pliego de cláusulas administrativas particulares siempre contemplará la obligación del contratista de responder de los salarios impagados a los trabajadores afectados por subrogación, así como de las cotizaciones a la Seguridad Social devengadas, aun en el supuesto de que se resuelva el contrato y aquellos sean subrogados por el nuevo contratista, sin que en ningún caso dicha obligación corresponda a este último. En este caso, la Administración, una vez acreditada la falta de pago de los citados salarios, procederá a la retención de las cantidades debidas al contratista para garantizar el pago de los citados salarios, y a la no devolución de la garantía definitiva en tanto no se acredite el abono de estos.

Para acabar, hacemos referencias a algunas cuestiones interesantes a tener en cuenta, a tenor del Acuerdo 56/2017, de 25 de septiembre, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra:

1. La omisión en el PCAP de la información relativa al personal a subrogar constituye una vulneración de los principios rectores en materia de contratación pública, concretamente de los principios de transparencia y de igualdad de trato, no cabe

sino concluir que dicho defecto vicia el pliego objeto de impugnación de nulidad de pleno derecho.

2. El órgano de contratación de contratación debe responder de que la información facilitada por los licitadores sea toda la necesaria, pero ni puede ni debe asumir su veracidad, porque ello supondría trasladarle la responsabilidad que los licitadores tienen, conforme a su deber de diligencia, de contrastar la información que reciben para preparar sus ofertas. No obstante, en la reciente sentencia 91/2019 de 25 de abril del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 3 de Zaragoza, se reconoce el derecho a la indemnización del contratista por el ayuntamiento cuando por su actuación deficiente se han inducido los cálculos erróneos del licitador:

Se produce un enriquecimiento del Ayuntamiento de Tarazona, ya que EBONE licitó por debajo del coste, de tal forma que el Ayuntamiento no ha pagado realmente lo que cuesta el servicio, sino una cantidad muy inferior. No existe causa para este desplazamiento patrimonial, ya que esta cantidad no queda cubierta por el principio del riesgo y ventura del contrato, en la medida en que el desfase no se debe simplemente al riesgo que asume todo contratista de la Administración cuando concierta un contrato, sino que se trata de un desfase de costes de personal motivado por una información inadecuada, de la que objetivamente se ha visto beneficiado el Ayuntamiento de Tarazona, que, en última instancia, ha pagado por un Contrato de Servicios una cifra muy inferior a la que se deriva de los verdaderos costes del personal que EBONE hubo de subrogarse en aplicación del art. 120 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.

3. En relación con la determinación del presupuesto del contrato, los convenios colectivos no vinculan a la Administración a estos efectos, si bien constituyen una fuente de conocimiento, aunque no la única, a efectos de determinar el valor de mercado.
4. La información que ha de facilitarse será toda la necesaria para hacer un cálculo correcto de los costes laborales que habrán de asumirse como consecuencia de la subrogación y para identificar los riesgos laborales que asume el adjudicatario y evaluar el coste de las eventualidades que con ocasión de los mismos puedan acaecer.
5. El impago es causa de resolución del contrato, durante la ejecución del contrato, de los salarios por parte del contratista a los trabajadores que estuvieran participando en la misma, o el incumplimiento de lo establecido en los convenios colectivos en vigor durante la ejecución del contrato. Aunque la resolución del contrato se producirá normalmente por el órgano de contratación de oficio o a instancia del contratista, en estos supuestos solo se acordará, con carácter general, a instancia de los representantes de los trabajadores en la empresa contratista, excepto cuando los trabajadores afectados por el impago de salarios sean trabajadores en los que procediera la subrogación de acuerdo con el artículo 130 y el importe de los salarios adeudados por la empresa contratista supere el 5 % del precio de adjudicación del contrato, en cuyo caso la resolución podrá ser acordada directamente por el órgano de contratación de oficio (arts. 212 y 221 LCSP).

10. ¿Podría un concejal del equipo de Gobierno, con dedicación exclusiva, formar parte de la mesa de contratación y cobrar por la asistencia a cada sesión?

Según la disposición adicional segunda de la Ley 9/2017,

la Mesa de contratación estará 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, o, en su caso, el titular del órgano que tenga atribuidas la función de control económico-presupuestario, 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. Los miembros electos que, en su caso, formen parte de la Mesa de contratación no podrán suponer más de un tercio del total de miembros de la misma. Actuará como Secretario un funcionario de la Corporación.

Por lo tanto, en principio no hay problema alguno, cumpliéndose los requisitos que hemos vistos en la referida disposición adicional segunda, en que un concejal del equipo de gobierno pueda formar parte de la mesa de contratación.

El hecho de que tenga dedicación exclusiva supone, según el artículo 75.1, que percibirá retribuciones por el ejercicio de sus cargos cuando lo desempeñe con dedicación exclusiva, en cuyo caso será dado de alta en el Régimen General de la Seguridad Social, asumiendo las corporaciones el pago de las cuotas empresariales que corresponda, salvo lo dispuesto en el artículo anterior.

En el supuesto de tales retribuciones, su percepción será incompatible con la de otras retribuciones con cargo a los presupuestos de las Administraciones públicas y de los entes, organismos o empresas de ellas dependientes, así como para el desarrollo de otras actividades, todo ello en los términos de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones públicas.

Según el artículo 75.3, solo los miembros de la corporación que no tengan dedicación exclusiva ni dedicación parcial percibirán asistencias por la concurrencia efectiva a las sesiones de los órganos colegiados de la corporación de que formen parte, en la cuantía señalada por el pleno de la misma.

Por tanto, no tenía derecho por la asistencia a la mesa de contratación en el caso de que fuese nombrado vocal de la misma por el órgano de contratación.

No hay que confundir lo anterior con lo dispuesto en el artículo 75.4, que señala que los miembros de las corporaciones locales percibirán indemnizaciones por los gastos efectivos ocasionados en el ejercicio de su cargo, según las normas de aplicación general en las Administraciones públicas y las que en desarrollo de las mismas apruebe el pleno corporativo.

11. Ajuste a derecho del desistimiento acordado por la Administración.

El artículo 152 de la LCSP se refiere a la decisión de no adjudicar o celebrar el contrato y desistimiento del procedimiento de adjudicación por la Administración, señalando:

1. En el caso en que el órgano de contratación desista del procedimiento de adjudicación o decida no adjudicar o celebrar un contrato para el que se haya efectuado la correspondiente convocatoria, lo notificará a los candidatos o licitadores, informando también a la Comisión Europea de esta decisión cuando el contrato haya sido anunciado en el Diario Oficial de la Unión Europea.
2. La decisión de no adjudicar o celebrar el contrato o el desistimiento del procedimiento podrán acordarse por el órgano de contratación antes de la formalización. En estos casos se compensará a los candidatos aptos para participar en la licitación o licitadores por los gastos en que hubiesen incurrido en la forma prevista en el anuncio o en el pliego o, en su defecto, de acuerdo con los criterios de valoración empleados para el cálculo de la responsabilidad patrimonial de la Administración, a través de los trámites del procedimiento administrativo común.
3. Solo podrá adoptarse la decisión de no adjudicar o celebrar el contrato por razones de interés público debidamente justificadas en el expediente. En este caso, no podrá promoverse una nueva licitación de su objeto en tanto subsistan las razones alegadas para fundamentar la decisión.
4. El desistimiento del procedimiento deberá estar fundado en una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación, debiendo justificarse en el expediente la concurrencia de la causa. El desistimiento no impedirá la iniciación inmediata de un procedimiento de licitación.

El artículo 122.1 de la LCSP señala que:

Los pliegos de cláusulas administrativas particulares deberán aprobarse previamente a la autorización del gasto o conjuntamente con ella, y siempre antes de la licitación del contrato, o de no existir esta, antes de su adjudicación, y solo podrán ser modificados con posterioridad por error material, de hecho o aritmético. En otro caso, la modificación del pliego conllevará la retroacción de actuaciones.

Y en sus apartados 5 y 6:

5. La aprobación de los pliegos de cláusulas administrativas particulares corresponderá al órgano de contratación, que podrá, asimismo, aprobar modelos de pliegos particulares para determinadas categorías de contratos de naturaleza análoga.
6. La Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado deberá informar con carácter previo todos los pliegos de cláusulas administrativas particulares en que se proponga la inclusión de estipulaciones contrarias a los correspondientes pliegos generales.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa, adscrita al Ministerio de Hacienda y Función Pública, es el órgano consultivo específico de la Administración General del Estado, de sus organismos autónomos, agencias y demás entidades públicas estatales, en materia de contratación administrativa. Se regula por el Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, sobre régimen orgánico y funcional de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa. Pero, salvo que el PCAP contenga estipulaciones contrarias al PCAG, no es preceptivo su informe.

Respecto a la ausencia del informe del secretario-interventor, pese a que lo solicitó el alcalde, el artículo 3.1 a) del Real Decreto 128/2018, de 16 de marzo, por el que se regula el régimen jurídico de los funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional, señala que

la función de asesoramiento legal preceptivo comprende: a) La emisión de informes previos en aquellos supuestos en que así lo ordene el Presidente de la Corporación o cuando lo solicite un tercio de miembros de la misma, con antelación suficiente a la celebración de la sesión en que hubiere de tratarse el asunto correspondiente. Tales informes deberán señalar la legislación en cada caso aplicable y la adecuación a la misma de los acuerdos en proyecto.

Con respecto a las consecuencias jurídicas de la omisión de este informe, señalar que los informes del secretario y del interventor son relevantes, constituyen una muy apreciable garantía jurídica y económica en las actuaciones municipales, por ello su omisión puede originar la invalidez del acuerdo municipal. Así lo ha reconocido el Tribunal Supremo en algunos pronunciamientos. La resolución de la sala andaluza recuerda la sentencia del Supremo de 6 de marzo de 1989, que confirmó la nulidad de un acuerdo ante la falta del informe preceptivo del secretario. Pero hay que saber que tal asunto giraba sobre la modificación de una ordenanza municipal. Otros pronunciamientos judiciales, que también han invalidado acuerdos ante la omisión del capital informe del secretario, han versado sobre aprobación del planeamiento.

Los efectos de la existencia de vicios formales ha de ponderarse, porque una automática declaración de nulidad en todo caso resulta excesiva. Recordemos que la ley establece que para que los defectos formales consigan abatir la validez del acto administrativo, han debido impedir que alcance su fin o produzca indefensión. Cuando la Administración ha prescindido del procedimiento «total y absolutamente», entonces se sanciona con la declaración de nulidad radical. Ha sido la jurisprudencia la que ha ido valorando la relevancia de algunos trámites indispensables y esenciales. Y, siguiendo esa línea jurisprudencial, se llega a la declaración de nulidad ante la omisión del informe preceptivo del secretario o del interventor.

Sin embargo, tal consideración ha de matizarse en algunas situaciones. Hay que preguntarse: ¿hubieran contenido distinta opinión jurídica los informes del secretario y del interventor? Porque sabemos que el Tribunal Supremo, al construir su doctrina sobre la causa de nulidad de la falta de otros informes preceptivos, como es el caso del trascendental informe del Consejo de Estado, ha rechazado, sin embargo, tal alternativa cuando «es razonablemente previsible que, después de su intervención, el contenido de la nueva resolución habría de ser la misma» (sentencia de 16 de julio de 2002).

En conclusión, los informes de secretario e interventores son trascendentes en los procedimientos administrativos. Nos ofrecen a los ciudadanos una importante garantía de seriedad jurídica. Pero su omisión no ha de generar en todo caso y siempre la nulidad del acuerdo. Los vicios han de alojarse en cada caso en el seno del procedimiento administrativo y analizados en su contexto.

En este caso concreto, en el que ya se adjudicó el contrato y se está procediendo a la ejecución del mismo, salvo que exista otro vicio de invalidez, no deben retrotraerse las actuaciones.

Por otra parte, el concepto jurídico del desistimiento contractual, entendido como el derecho o potestad de la que dispone una o ambas partes en un contrato para rescindirlo o dejarlo sin efecto de forma unilateral, adquiere diferentes connotaciones y especiales particularidades dentro de la esfera de la contratación pública. ¿Cuáles son? Vamos a verlas.

Por otro lado, si nos desplazamos a lo largo de los diferentes preceptos de la LCSP donde se hacen constar las diversas causas específicas de resolución de cada tipo de contrato, veremos que el único contrato en el que se prevé el desistimiento como causa concreta de resolución es el contrato de obras, punto d) del artículo 245 de la LCSP. Por consiguiente, el desistimiento sería una de las causas susceptibles de causar la resolución del contrato de obras por parte de la Administración. A tal efecto, en el artículo 246 de la LCSP se especifica que en caso de desistimiento, una vez iniciada la ejecución de las obras, el contratista tiene derecho, por todos los conceptos, al abono del 6 % del precio de adjudicación de las obras dejadas de realizar en concepto de beneficio industrial, IVA excluido.

De todas formas, existe otro tipo de desistimiento referido a la totalidad de los contratos administrativos, entendido como la posibilidad que tiene el órgano de contratación de desistir del procedimiento antes de la formalización del contrato (art. 152 LCSP). Para que resulte procedente este desistimiento es necesario que, en primer lugar, el acuerdo se produzca con anterioridad a la formalización del contrato-requisito, que aquí no se cumple, porque dice el relato de hechos que el mismo se produce el mismo día de la adjudicación y notificación de la misma; en segundo lugar, que se acredite que se ha producido una infracción de carácter no subsanable de las normas de preparación del contrato o reguladoras del procedimiento de contratación –tampoco se cumple porque se puede añadir el informe que falta–, y por último, que se compense económicamente a los candidatos aptos para participar en la licitación o a los licitadores por los gastos en que hayan incurrido.

Los tribunales administrativos de recursos contractuales, doctrina y tribunales de justicia detentan criterios diferentes respecto a la interpretación de «infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación» sobre si debe venir referida a un vicio de anulabilidad (susceptibles de convalidación por parte de la Administración –arts. 48 y 52 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas; LPACAP–) o de nulidad de pleno derecho (no susceptibles de convalidación por parte de la Administración –art. 47 LPACAP–).

Por un lado, tanto el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón (Acuerdo núm. 11/2014) como el de Andalucía (Resolución núm. 59/2015) han entendido que no se puede admitir el desistimiento si este no se refiere a vicios de nulidad de pleno derecho, puesto que solamente estos son insubsanables. Esta misma postura defiende el Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público (TCCSP) en la Resolución núm. 214/2020, de 17 de junio, donde se expone que

la doctrina sostiene que no es suficiente cualquier ilegalidad o defecto de tramitación, sino que las irregularidades deben de ser constitutivas de un vicio de nulidad de pleno derecho, que impidan continuar el procedimiento o que comporten una valoración de las ofertas contraria a los principios rectores de la contratación pública, y que consten debidamente motivadas (entre muchas otras, las resoluciones 108/2017, 70/2017 y 142/2015 de este tribunal, las resoluciones del TACRC n.º 118/2020, 451/2018, 427/2017; 27/2017 y 1004/2015).

Por otro lado, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC), en su Resolución núm. 263/2012 adoptó una postura menos tajante, donde consideraba que el desistimiento

es una alternativa de revisión de la actuación administrativa específica, en relación con los medios generales previstos en la Ley para la revisión de los actos administrativos como la declaración de lesividad prevista en el artículo 103 de la Ley 30/1992, de 16 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común.

Por este motivo, el TACRC inclina su postura a admitir también el desistimiento cuando la infracción de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación no sea reconducible a los supuestos de nulidad de pleno derecho y se trate de vicios de anulabilidad, siempre que, por su naturaleza, no admitan subsanación dentro del curso del expediente de licitación. Resulta preciso citar, en la misma línea, la Resolución del mismo TACRC núm. 664/2017, de 14 de julio, la STSJ de Asturias de 31 de enero de 2014 (Roj STSJ AS 147/2014), el Informe 15/2009, de la Comisión Consultiva de Contratación Administrativa de la Junta de Andalucía y el Dictamen de la Abogacía del Estado de 18 de febrero de 2016.

Finalmente, cabe recordar que es doctrina del TCCSP que el desistimiento, como potestad discrecional de la Administración, debe cumplir con las finalidades que le son propias al servicio del bien común y del ordenamiento jurídico y siempre se ha de basar en los principios de racionalidad y proporcionalidad (entre otros, las sentencias del Tribunal Supremo de 16 de abril de 1999, rec. de casación núm. 35/1993) y de 21 de septiembre de 2006 (rec. contencioso núm. 102/2004) y, en todo caso, debe ser apreciado de forma restrictiva (resolución del TCCSP núm. 214/2020, de 17 de junio).

Así pues, la conclusión que debe extraerse de todo lo expuesto es:

- Que el desistimiento como causa de resolución propiamente dicha se encuentra prevista en la LCSP única y exclusivamente para los contratos de obras, que deberá tener lugar antes o después del inicio de las mismas. Será necesario que se alegue la existencia de una justa causa y además corresponderá el abono de la procedente compensación económica al contratista.
- En cambio, en el desistimiento entendido como la decisión del órgano de contratación de finalizar el contrato antes de su formalización, es necesario que se haya producido una infracción no enmendable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación. En consecuencia, la diferencia sustancial de ambos tipos de desistimiento es que: en el primero, debe tener lugar una vez el contrato ya se ha adjudicado y formalizado (antes o después del inicio de las obras), y en el segundo, es necesario que suceda antes de su formalización. En suma, cada uno está previsto para momentos procedimentales distintos. En relación con las características comunes, encontramos, en primer lugar, que en ambos desistimientos no es posible que la Administración resuelva el contrato sin invocar causa alguna a tal efecto, sino que debe adoptarse el desistimiento por razones de interés público (en el contrato de obras) o por razón de la existencia de una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o reguladoras del procedimiento de adjudicación (en el desistimiento genérico); y en segundo lugar, que los efectos en ambos serán idénticos, puesto que el contratista ya no estará obligado a seguir con la ejecución del contrato y se verá compensado económicamente por la Administración por los perjuicios causados a tal efecto.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Ley 7/1985 (LBRL), art. 75.
- Ley 39/2015 (LPAC), arts. 43, 47, 48, 52 y 63.
- Ley 9/2017 (LCSP), arts. 22, 24, 25.1, 27, 39, 41, 42, 45, 59, 66, 90, 101, 116, 117, 118, 119, 121, 122, 123, 130, 135, 136, 137, 138, 152, 153, 156, 157, 158, 160, 161, 162, 163, 164, 167, 168, 169, 216, 245, 308, 347, disp. adic. 2.^a, disp. adic. 15.^a, disp. adic. 16.^a y disp. adic. 17.^a
- Real Decreto 1098/2001 (Reglamento general de la Ley de contratos de las Administraciones públicas), art. 37.
- Real Decreto 128/2018 (Régimen jurídico de los funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional), art. 3.1.
- SSTS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 6 de marzo de 1989, 16 de abril de 1999, de 16 de julio de 2002 y de 21 de septiembre de 2006.
- Resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales núms. 263/2012, 1004/2015, 27/2017, 427/2017, 118/2020 y 451/2018.