

Contrato administrativo de servicios. Duración del procedimiento de adjudicación y recurso especial en materia de contratación

Julio Galán Cáceres

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

Extracto

El caso plantea cuestiones jurídicas de diversa índole en relación con un contrato de servicios en el que el riesgo financiero lo asume la contratista. Se analizan las vicisitudes expuestas en el relato de hechos sobre el procedimiento de adjudicación y sobre la decisión de la mesa de contratación, excluyendo a determinados contratistas. Igualmente: la procedencia o no de impugnar el pliego de cláusulas administrativas particulares aprobado en su día y si la legitimación para recurrir la adjudicación la tiene la UTE, en su conjunto, o, por el contrario, puede impugnar independientemente una empresa de la misma. Finalmente, se plantea si la contratista adjudicataria debe cumplir la prórroga pactada del contrato o no.

Palabras clave: contratos administrativos; contrato de servicios; duración; adjudicación.

Fecha de entrada: 02-05-2020 / Fecha de aceptación: 26-05-2020

Enunciado

El gerente del organismo autónomo XXX, dependiente del ministerio competente en materia de Cultura, desea celebrar un contrato para la prestación de servicios de cafetería en la sede de uno de sus museos a su cargo, en el que la contratista cobrará directamente de los ciudadanos los servicios prestados. Es de hacer constar que el contratista debía afrontar la totalidad de las obras importantes para el acondicionamiento del local al fin pretendido.

En el contrato se tendrán en cuenta para la adjudicación varios criterios y se utilizará el procedimiento restringido. La duración del contrato será por tres años prorrogables por otros tres y el valor estimado será de 240.000 euros, excluido el IVA.

En el procedimiento de adjudicación se produjeron, entre otras, las siguientes circunstancias:

- a) El órgano de contratación señaló el número mínimo de empresarios para invitar al procedimiento en cuatro.
- b) El plazo de recepción de solicitudes para la selección de candidatos se fijó en 8 días.
- c) Seleccionados los candidatos, se fijó el plazo para presentar proposiciones en 9 días.
- d) Se fijó como criterio de adjudicación que en las ofertas se hiciera indicación de las medidas de gestión medioambiental que el empresario podrá aplicar al ejecutar el contrato.

Entre otros, se presentaron los siguientes candidatos:

- a) Una sociedad anónima que no se encontraba clasificada.
- b) Una unión temporal de empresarios que no había formalizado su unión en escritura pública.
- c) Una sociedad de responsabilidad limitada cuyo representante legal olvidó la firma en la documentación presentada.
- d) Una sociedad anónima que, días antes, había sido declarada en concurso necesario de acreedores.
- e) Una entidad mercantil cuyos titulares habían sido condenados por un delito contra los derechos de los trabajadores.

La mesa de contratación, en su propuesta, excluyó a los licitadores descritos bajo las letras a) y b). La empresa a) interpuso ante esta exclusión recurso de reposición.

Por su parte, la sociedad anónima del apartado d) presentó recurso especial en materia de contratación contra el pliego de cláusulas administrativas particulares en el plazo de 15 días hábiles desde que se le notificó la adjudicación del contrato, que había recaído en el licitador a que se refiere el apartado c). El recurso fue presentado, haciendo uso de lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley 39/2015, en la oficina de asistencia correspondiente.

Resuelto recurso en sentido desestimatorio a sus pretensiones, solicitó la revisión de oficio por la vía del artículo 106.1, por la existencia de un vicio de nulidad en el procedimiento de contratación.

Por su parte, una empresa que formaba parte de la UTE, y que había quedado como segunda mejor oferta, presentó recurso contencioso-administrativo contra la adjudicación porque, en su opinión, su objeto social no guarda relación ninguna con el contenido del contrato. Este recurso no fue admitido por falta de legitimación, al estimarse que es, en su totalidad, la UTE la legitimada, la que tiene personalidad jurídica y no cada uno de sus miembros.

Adjudicado el contrato y transcurridos los cinco primeros años desde que se inició la ejecución del mismo, el contratista se niega a cumplir la prórroga pactada, debido a la mala situación económica por la que atravesaba.

Cuestiones planteadas:

1. Naturaleza del contrato. Opinión que le merece la procedencia de la duración y la prórroga del contrato. ¿Resulta ajustado a derecho que como criterio de adjudicación se estableciera indicación de las medidas medioambientales que el empresario aplicaría al ejecutar el contrato?
2. Analice las circunstancias de la adjudicación referidas en el relato de hecho.
3. Comente el ajuste a derecho de las ofertas presentadas.
4. Exponga los medios de defensa jurídicos con que cuentan a) y b), al haber sido excluidos por la mesa de contratación (todas las posibilidades de recursos posibles y, en su caso, los plazos para interponerlos).
5. Una de las empresas, solamente, que conformaban la UTE fue la que interpuso el recurso oportuno que no fue admitido por falta de legitimación. ¿Fue ajustada a derecho esta resolución judicial? Indique todos los medios de defensa a los que podría acudir esa empresa si no se le dieran la razón.
6. ¿Cómo se resolverá el recurso presentado por la sociedad a que se refiere el apartado d)? ¿Qué efectos producirá la presentación del recurso respecto al procedimiento? ¿Qué ocurrirá si el recurso se presenta en papel de forma personal mediante la representación de la empresa? ¿Cómo se resolverá la revisión de oficio solicitada?

7. ¿Cómo debe resolverse el recurso de reposición interpuesto por la empresa a que se refiere la letra a)?
8. ¿En qué caso nunca cabe este recurso? ¿Qué opinión le merece que, resuelto el recurso, plantee la revisión de oficio?
9. ¿Se podría negar el contratista a cumplir la prórroga pactada?
10. ¿Cómo podría reaccionar el órgano de contratación ante esta negativa? ¿Qué efectos inmediatos y posteriores produciría sobre el contratista?
11. ¿Era preciso otorgarle previamente a la contratista la concesión demanial para la utilización del bien?

Solución

1. Naturaleza del contrato. Opinión que le merece la procedencia de la duración y la prórroga del contrato. ¿Resulta ajustado a derecho que como criterio de adjudicación se estableciera indicación de las medidas medioambientales que el empresario aplicaría al ejecutar el contrato?

Respecto a la competencia para celebrar el contrato, habrá que estar a lo dispuesto en el artículo 323.2 de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público (LCSP): en caso de organismos autónomos le corresponde a los presidentes o directores de los organismos autónomos, a falta de disposición específica sobre el particular, recogida en las correspondientes normas de creación o reguladoras del funcionamiento de esas entidades.

Luego, el gerente, en principio, no es competente, salvo supuesto de delegación o que las normas de creación o reguladoras del organismo así lo prevean. Si no estamos ante uno de estos dos supuestos, el contrato será anulable, conforme al artículo 48 de la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común y, por tanto, convalidable por el presidente o director.

Se trata de un contrato de servicios definido en el artículo 15 de la LCSP 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.

Es un contrato en el que el riesgo financiero corre a cargo de la contratista, ya que el supuesto de hecho señala, de forma clara, que la contratista se cobrará de lo que obtenga de los ciudadanos por la prestación de sus servicios.

A tenor del artículo 22.1 b) de la LCSP, está sujeto a regulación armonizada, ya que su valor estimado supera los 214.000 euros.

En cuanto a la opinión sobre la duración de la prórroga del contrato, el artículo 29 de la LCSP señala que los contratos de suministros y de servicios de prestación sucesiva tendrán un plazo máximo de duración de cinco años, incluyendo las posibles prórrogas que en aplicación del apartado segundo de este artículo acuerde el órgano de contratación, respetando las condiciones y límites establecidos en las respectivas normas presupuestarias que sean aplicables al ente contratante.

Excepcionalmente, en los contratos de servicios se podrá establecer un plazo de duración superior al establecido en el párrafo anterior, cuando lo exija el período de recuperación de las inversiones directamente relacionadas con el contrato y estas no sean susceptibles de utilizarse en el resto de la actividad productiva del contratista o su utilización fuera antieconómica, siempre que la amortización de dichas inversiones sea un coste relevante en la prestación del servicio, circunstancias que deberán ser justificadas en el expediente de contratación con indicación de las inversiones a las que se refiera y de su período de recuperación. El concepto de coste relevante en la prestación del servicio será objeto de desarrollo reglamentario.

Por tanto, en principio, excede del plazo general de cinco años incluidas las prórrogas. Sin embargo, a tenor del párrafo segundo, y teniendo en cuenta que ha debido realizar obras importantes y el uso limitado, respecto a los usuarios del servicio, toda vez que se trata de una cafetería sita dentro de un edificio oficial, pudiera justificar que hubiere establecido el plazo de seis años de duración.

Pero también es cierto que el artículo 99.2 de la LCSP señala que:

No podrá fraccionarse un contrato con la finalidad de disminuir la cuantía del mismo y eludir así los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que correspondan.

Y el apartado 3 señala que:

Siempre que la naturaleza o el objeto del contrato lo permitan, deberá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes, pudiéndose reservar lotes de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional cuarta.

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

Se trata con ello de favorecer a la pequeña y mediana empresa, pero la interpretación que cuando conviene el fraccionamiento no dependerá de las circunstancias de cada caso y en este, habida cuenta del gasto importante que ha debido soportar el contratista para adecuar el local a los fines previstos, así como lo limitado del número de usuarios del servicio, dada la ubicación de aquel, pudieran justificar el no fraccionamiento del objeto del contrato.

2. Analice las circunstancias de la adjudicación referidas en el relato de hecho.

a) El artículo 160.1 y 2 de la LCSP señala que:

1. En el procedimiento restringido cualquier empresa interesada podrá presentar una solicitud de participación en respuesta a una convocatoria de licitación.
2. Solo podrán presentar proposiciones aquellos empresarios que, a su solicitud y en atención a su solvencia, sean seleccionados por el órgano de contratación.

Por su parte el artículo 162.2 señala que:

El órgano de contratación señalará el número mínimo de empresarios a los que invitará a participar en el procedimiento, que no podrá ser inferior a cinco. Cuando el número de candidatos que cumplan los criterios de selección sea inferior a ese número mínimo, el órgano de contratación podrá continuar el procedimiento con los que reúnan 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.

De ello se deduce que, aunque lo normal es que el número mínimo que debe de invitar a participar en el procedimiento no podrá ser inferior a cinco, sin embargo es posible que el número de candidatos que cumplen los criterios de selección sea inferior a ese número y, por tanto, como ha ocurrido en este caso, no puede invitar a más de cuatro. Si esto es así no estamos en presencia de ningún tipo de vicio de invalidez. Si alguno que cumpliera los requisitos exigidos se hubiere visto excluido por este motivo, deberá probarlo para que se considere un vicio de anulabilidad o incluso de nulidad del artículo 47.1 a) de la Ley 39/2015, por vulnerar un derecho fundamental susceptible de amparo, como por ejemplo puede ser el principio de igualdad del artículo 14.

b) Respecto al plazo para la recepción de solicitudes para ser seleccionado.

El artículo 163.1 señala que:

Las invitaciones contendrán una referencia al anuncio de licitación publicado e indicarán la fecha límite para la recepción de ofertas; la dirección a la que deban enviarse y la lengua o lenguas en que deban estar redactadas; los documentos que, en su caso, se deban adjuntar complementariamente; los criterios de adjudicación del contrato que se tendrán en cuenta y su ponderación relativa o, en su caso, el orden decreciente de importancia atribuido a los mismos, si no figurasen en el anuncio de licitación; y el lugar, día y hora de la apertura de proposiciones.

Como vemos, la norma no establece plazo alguno para ello, en principio. Todo dependerá de la complejidad de los documentos a acompañar y de lo que se solicite, pues debe otorgarse

un tiempo suficiente para poder acreditar lo que se exige para tomar parte en la licitación de las empresas previamente seleccionadas. En el caso que comentamos ignoramos cuáles son esas exigencias y si los 8 días establecidos es plazo suficiente o no. De cualquier forma, no podemos olvidar lo dispuesto en el artículo 48 de la Ley 39/2015, en el sentido de que los defectos de términos y plazos son vicios de anulabilidad si así lo impone la naturaleza del término o el plazo. Por tanto, habría que probar que se ha producido una indefensión real y efectiva.

c) Seleccionado los candidatos, se fijó el plazo para presentar proposiciones en 35 días.

El artículo 164 de la LCSP señala:

1. 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 treinta 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 [que razones de interés público lo aconsejen], 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.

Por lo tanto, solo en el caso del apartado c) podría ser válido el plazo de nueve días para presentar ofertas. Aunque reiteramos el comentario realizado en el apartado anterior respecto a la infracción de plazos.

Se fijó como criterio de adjudicación que en las ofertas se hiciera indicación de las medidas de gestión medioambiental que el empresario podrá aplicar al ejecutar el contrato. No puede fijarse como criterio de adjudicación del contrato el señalado, en primer lugar, porque el artículo 90.1 g) establece este criterio como de solvencia, que se ha de acreditar y exigir con anterioridad al acto de la adjudicación, y, en segundo lugar, porque de la natu-

raleza del contrato de servicios consistente en explotar una cafetería, en principio, no parece que tenga mucha relación con el criterio exigido.

3. Comente el ajuste a derecho de las ofertas presentadas.

a) Una sociedad anónima que no se encontraba clasificada.

En el artículo 77 b) de la Ley 9/2017 se establece que para los contratos de servicios no será exigible la clasificación del empresario. 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. Luego esta sociedad anónima podría presentar ofertas.

b) Una unión temporal de empresarios que no había formalizado su unión en escritura pública.

El artículo 69 de la LCSP no exige la escritura pública a las UTE hasta que se realice la adjudicación a su favor del correspondiente contrato.

c) Una sociedad de responsabilidad limitada cuyo representante legal olvidó la firma en la documentación presentada.

A tenor del artículo 81 del Reglamento de la Ley de Contratos, la mesa de contratación debió otorgarle hasta tres días hábiles para subsanar el defecto, y solo transcurrido este plazo sin subsanarlo, podría excluirle mediante resolución expresa.

d) Una sociedad anónima que, días antes, había solicitado la declaración de concurso de acreedores.

El artículo 71.1 c) considera incurso en causa de prohibición para ser contratista «haber solicitado la declaración de concurso voluntario, haber sido declaradas insolventes en cualquier procedimiento, hallarse declaradas en concurso, salvo que en este haya adquirido eficacia un convenio o se haya iniciado un expediente de acuerdo extrajudicial de pagos, estar sujetos a intervención judicial o haber sido inhabilitados conforme a la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, sin que haya concluido el período de inhabilitación fijado en la sentencia de calificación del concurso». Por lo tanto, en principio, esta incurso en causa de

prohibición salvo que se haya celebrado un convenio con los acreedores o se haya iniciado un expediente de acuerdo extrajudicial de pagos o estar sujetos a intervención judicial.

e) Una entidad mercantil cuyos titulares habían sido condenados por un delito contra los derechos de los trabajadores.

Esta causa de prohibición para ser contratista se contempla en el artículo 71.1 a) de la LCSP.

Pero ha de tratarse de una condena en firme y, por otra parte, no opera automáticamente, sino que exige el procedimiento oportuno para que se declare por la autoridad administrativa competente el tiempo de duración de la prohibición. Luego, en principio, salvo que esto ocurra, puede presentar ofertas para la adjudicación del contrato.

4. Exponga los medios de defensa jurídico con que cuentan a) y b), al haber sido excluidos por la mesa de contratación (todas las posibilidades de recursos posible y, en su caso, los plazos para interponerlos).

Como observamos claramente, las empresas a) y b) fueron excluidas indebidamente por la mesa de contratación, puesto que no estaban incurso en ninguna causa de prohibición para ser contratistas y en principio tenían la capacidad suficiente para poder ser adjudicatarias del contrato en cuestión.

Ante esta circunstancia, al ser un contrato sujeto a SARA sus opciones eran:

- Plantear directamente recurso contencioso-administrativo en el plazo de dos meses ante el Juzgado Contencioso-Administrativo competente, o bien,
- Plantear en primer lugar el recurso especial en materia de contratación a que se refieren los artículos 44 y siguientes de la Ley 9/2017, ante el oportuno Tribunal Central de Recursos Contractuales o similar de la Comunidad autónoma en el plazo de 15 días hábiles a contar desde el día siguiente a que tuvo lugar la notificación o desde que tuvo conocimiento de la infracción. Agotada la vía del recurso especial en materia contractual podría plantearse recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia, si la resolución la dictó el Tribunal de recursos contractuales de la comunidad autónoma (art. 11 de la Ley 29/1998, de la jurisdicción Contencioso-Administrativa –LJCA–) o ante la Audiencia Nacional si la resolución la dictó el Tribunal Central de recursos contractuales (art. 12 LJCA).
- Cabría el recurso especial en materia de derechos fundamentales regulado en los artículos 114 y siguientes de la LJCA si el recurso se funda únicamente en la infracción de ese tipo de derechos, como, por ejemplo, una infracción del principio de igualdad el artículo 14 del CE. El plazo para plantear el recurso sería de 10 días desde la notificación, a tenor de lo dispuesto en el artículo 115 de la LJCA. En este

caso, agotada la vía judicial ordinaria, cabría plantear recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, al amparo de lo expuesto en el artículo 53 de la CE. En este supuesto, el plazo sería de 20 días tras el agotamiento de la vía judicial ordinaria.

5. Una de las empresas, solamente, que conformaban la UTE fue la que interpuso el recurso oportuno que fue no admitido por falta de legitimación. ¿Fue ajustada a derecho esta resolución judicial? Indique todos los medios de defensa a los que podría acudir esa empresa si no se le dieran la razón.

El problema que se plantea es si cada uno de los integrantes de la UTE está para actuar individualmente en defensa de sus derechos para impugnar actuaciones administrativas adoptadas en la fase de adjudicación del contrato o, por el contrario, solo está legitimada la UTE como tal.

Al respecto, debemos señalar que el artículo 19.1 a) de la Ley de la Jurisdicción reconoce legitimación activa en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo a las personas físicas o jurídicas que ostenten un derecho o interés legítimo.

Identificar este interés legítimo consistente en obtener con el fallo estimatorio un beneficio o una ventaja o en evitar gracias a él un perjuicio o una desventaja. Apremiar su concurrencia es cuestión que se debe resolver caso por caso, atendiendo a las circunstancias concretas de cada litigio, sin que quepan reglas generales.

En este caso se trata de decidir sobre la legitimación activa de los integrantes de una unión temporal de empresas con el objeto de anular la adjudicación de un contrato administrativo y posterior adjudicación a la unión temporal, al haber quedado segundos en la licitación. No busca, pues, una indemnización para ella, sino la concesión para la unión temporal de la que formaba parte.

Pero pese a no pedirse aquí un resarcimiento sino, en último extremo, la adjudicación de la concesión, sí le asiste el interés legítimo, pues la eventual anulación de la adjudicación y la declaración de adjudicataria le colocaría, en cuanto integrante de esa unión temporal de empresas, en una posición activa o de ventaja y no es, en principio, relevante la actitud extraprocesal del resto de empresas que formaban parte de la unión temporal de empresas y, mucho menos, la presunción de cuál pudiera ser en el escenario de la hipotética estimación. Debe contar solamente la relación de la recurrente con el objeto del litigio y, en particular, la que se producirá de prosperar sus tesis.

Esa posición activa o de ventaja, cuyas consecuencias no es el caso de determinar ahora si supondría un beneficio para el recurrente, y en obtenerlo, precisamente, reside su interés, que es legítimo, concreto, material, no un mero interés por la legalidad, y este es un motivo suficiente para fundamentar la legitimación activa.

Entre otras muchas, la reciente STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 17 de febrero de 2020, rec. núm. 36/2018 (NCJ064589) así lo estableció siguiendo la doctrina jurisprudencial de otras muchas sentencias, tales como la de fecha 28 de febrero de 2005 (casación n.º 161/2002), 11 de julio de 2006 (casación n.º 410/2004), 13 de mayo de 2008 (casación n.º 1827/2006), 23 de julio de 2008 (casación n.º 1826/2006) y la sentencia 1327/2019, de 8 de octubre

Respecto a los medios de defensa que tendría esta empresa, debemos aclarar que antes de interponer el recurso contencioso-administrativo que no fue admitido, hubiera sido posible, como el contrato estaba sujeto a SARA, plantear recurso especial en materia de contratación ante el Tribunal de Recursos Contractuales, que era potestativo, pero al no hacerlo así, y si no se estimara su pretensión, ya en vía contencioso-administrativa, las distintas instancias procesales serían los siguientes:

- a) Contra la inadmisión del recurso contencioso-administrativo por falta de legitimación podría interponer recurso de apelación ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del correspondiente Tribunal Superior de Justicia (art. 10.2 LJCA), pues a tenor del artículo 80.1 c) de la LJCA, los autos dictados por los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo –que era el competente a tenor del artículo 8 LJCA para conocer, en primera instancia, del recurso planteado por la empresa– que declaren la inadmisión del recurso contencioso-administrativo son siempre susceptibles de apelación.
- b) Si este recurso de apelación se resolviera de forma desestimatoria, cabría recurso de casación ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, a tenor de los artículos 86 y siguientes de la LJCA, pues señala dicho precepto en su apartado 1 que:

Las sentencias dictadas en única instancia por los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo y las dictadas en única instancia o en apelación por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y por las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia serán susceptibles de recurso de casación ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo.

Y, en su apartado 3:

Las sentencias que, siendo susceptibles de casación, hayan sido dictadas por las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia solo serán recurribles ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo si el recurso pretende fundarse en infracción de normas de Derecho estatal o de la Unión Europea que sea relevante y determinante del fallo impugnado, siempre que hubieran sido invocadas oportunamente en el proceso o consideradas por la Sala sentenciadora.

En este caso se fundamenta en infracción de normas del derecho estatal, como es la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público.

Muy importante es lo dispuesto en el artículo 88.1 para la admisión de este recurso, en el sentido de que el recurso de casación podrá ser admitido a trámite cuando, invocada una concreta infracción del ordenamiento jurídico, tanto procesal como sustantiva, o de la jurisprudencia, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo estime que el recurso presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia.

- c) Agotada la vía judicial ordinaria, sin que se reconozca su pretensión de legitimación para recurrir, tiene la posibilidad de acudir al recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional por la presunta vulneración del derecho fundamental contemplado en el artículo 24 de la CE, consistente en el derecho a la tutela judicial efectiva, pues se le ha producido una evidente indefensión contraria al ordenamiento jurídico, como ya hemos señalado con anterioridad.

6. ¿Cómo se resolverá el recurso presentado por la sociedad a que se refiere el apartado d)? ¿Qué efectos producirá la presentación del recurso respecto al procedimiento? ¿Qué ocurrirá si el recurso se presenta en papel de forma personal mediante la representación de la empresa? ¿Cómo se resolverá la revisión de oficio solicitada?

- a) Resolución del recurso

En el recurso interpuesto por la sociedad a que se refiere el apartado d), el relato de hechos se resolverá, casi con toda probabilidad, no admitiéndose, porque es cierto que a tenor de lo dispuesto en el artículo 44 de la Ley 9/2017, contra los pliegos de cláusulas administrativas particulares cabe interponer recurso especial en materia de contratación, a tenor del artículo 44.1.1 y 2 de la citada ley, que tenía legitimación a tenor de lo establecido en el artículo 48, pero el plazo de interposición de este recurso, a tenor del artículo 50.1, es de 15 días hábiles, y según el artículo 50.2, 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.

Lo lógico, por tanto, es que, habiéndose ya adjudicado el contrato, ese plazo para impugnar los pliegos había pasado en exceso y, por tanto, el recurso debió ser declarado extemporáneo o presentado fuera de plazo, a tenor del artículo 55 d) de la LCSP.

Al no haberse recurrido los pliegos en tiempo y forma, nos encontramos ante un acto consentido que, si es firme, ya no cabe recurso.

b) Efectos de la presentación del recurso.

Respecto a los efectos que produciría la interposición del recurso especial en materia de contratación, a tenor del artículo 50 de la LCSP, es que quedará en suspenso la tramitación del procedimiento cuando el acto recurrido sea el de adjudicación, salvo en el supuesto de contratos basados en un acuerdo marco o de contratos específicos en el marco de un sistema dinámico de adquisición, sin perjuicio de las medidas cautelares que con relación a estos últimos podrían adoptarse en virtud de lo señalado en el artículo 56.3.

c) Presentación del recurso en papel. Efectos.

En relación con qué ocurriría si el recurso se hubiera presentado en papel de forma personal por la representación de la empresa, debemos señalar que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 39/2015, al tratarse de persona jurídica, está obligada a relacionarse electrónicamente con la Administración.

Por otro lado, respecto a la forma de interposición se señala, en el apartado 1 e), que en el escrito de interposición se hará constar el acto recurrido, el motivo que fundamente el recurso, los medios de prueba de que pretenda valerse el recurrente y, en su caso, las medidas de la misma naturaleza que las mencionadas en el artículo 49, cuya adopción solicite, acompañándose también una dirección de correo electrónico «habilitada» a la que enviar, de conformidad con la disposición adicional decimoquinta, las comunicaciones y notificaciones, y en el 2, que la tramitación de los procedimientos de adjudicación de contratos regulados en la presente ley conllevará la práctica de las notificaciones y comunicaciones derivadas de los mismos por medios exclusivamente electrónicos.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, podrá utilizarse la comunicación oral para comunicaciones distintas de las relativas a los elementos esenciales de un procedimiento de contratación, siempre que el contenido de la comunicación oral esté suficientemente documentado. A este respecto, los elementos esenciales de un procedimiento de contratación incluyen: los pliegos de la contratación, las solicitudes de participación y las ofertas. En particular, las comunicaciones orales con los licitadores que puedan incidir sustancialmente en el contenido y la evaluación de las ofertas estarán documentadas de modo suficiente y a través de los medios adecuados, tales como los archivos o resúmenes escritos o sonoros de los principales elementos de la comunicación.

En el apartado 3 se establece que la presentación de ofertas y solicitudes de participación se llevará a cabo utilizando medios electrónicos, de conformidad con los requisitos establecidos en la presente disposición adicional, aunque en los apartados siguientes se contienen diversas excepciones.

Luego lo que el Tribunal de Recursos Contractuales debe hacer ante la presentación en papel, suponemos que en el plazo marcado por la ley, que le remite la oficina de asistencia donde fue presentada, es aplicar lo dispuesto en el artículo 51.2 de la LCSP:

Para la subsanación de los defectos que puedan afectar al escrito de recurso, se requerirá al interesado a fin de que, en un plazo de tres días hábiles desde el siguiente a su notificación, subsane la falta o acompañe los documentos preceptivos, con indicación de que, si así no lo hiciera, se le tendrá por desistido de su petición, quedando suspendida la tramitación del expediente con los efectos previstos en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. La presentación de documentación subsanada se hará, necesariamente, en el registro del órgano competente para la resolución del recurso.

Si en ese plazo no lo subsana y lo hace a través de medios electrónicos, el tribunal dictará resolución teniéndole por desistido del procedimiento.

7. ¿Cómo debe resolverse el recurso de reposición interpuesto por la empresa a que se refiere la letra a)?

Este recurso se resolverá no admitiéndose, a tenor de lo dispuesto en el artículo 44.5, que señala que contra las actuaciones mencionadas en el presente artículo, como susceptibles de ser impugnadas mediante el recurso especial, no procederá la interposición de recursos administrativos ordinarios. Como estamos en presencia de un contrato sujeto a SARA, el único recurso administrativo posible es el recurso especial en materia de contratación.

Entendemos que no es aplicable lo dispuesto en el artículo 115.2 de la Ley 39/2015, en el sentido de que el error en la calificación del recurso no es obstáculo para su tramitación si se deduce su verdadero carácter, porque el órgano competente para la resolución del mismo es un tribunal especializado y no el mismo órgano que ha dictado el acto susceptible de recurso.

8. ¿En qué caso nunca cabe este recurso? ¿Qué opinión le merece que, resuelto el recurso, plantee la revisión de oficio?

Según el artículo 44.2.4, no se dará este recurso en relación con los procedimientos de adjudicación que se sigan por el trámite de emergencia.

A tenor de lo dispuesto en el artículo 59.3, no procederá la revisión de oficio de los actos dictados por los órganos competente para la resolución del recurso.

9. ¿Se podría negar el contratista a cumplir la prórroga pactada?

La respuesta la encontramos en el artículo 29 2 de la LCSP que establece que:

El contrato podrá prever una o varias prórrogas siempre que sus características permanezcan inalterables durante el período de duración de estas, sin perjuicio de las modificaciones que se puedan introducir de conformidad con lo establecido en los artículos 203 a 207 de la presente Ley.

La prórroga se acordará por el órgano de contratación y será obligatoria para el empresario, siempre que su preaviso se produzca al menos con dos meses de antelación a la finalización del plazo de duración del contrato, salvo que en el pliego que rija el contrato se establezca uno mayor. Quedan exceptuados de la obligación de preaviso los contratos cuya duración fuera inferior a dos meses.

En ningún caso podrá producirse la prórroga por el consentimiento tácito de las partes.

La prórroga del contrato establecida en este apartado no será obligatoria para el contratista en los casos en que en el contrato se dé la causa de resolución establecida en el artículo 198.6 por haberse demorado la Administración en el abono del precio más de seis meses.

10. ¿Cómo podría reaccionar el órgano de contratación ante esta negativa? ¿Qué efectos inmediatos y posteriores produciría sobre el contratista?

Si hubo el preaviso a que nos hemos referido en la pregunta anterior, no era obligatorio cumplir la prórroga prevista, sin que fuese precisa ninguna resolución ni aceptación por parte de la Administración.

En el caso de que no se hubieren producido el preaviso, del precepto del artículo 29.2 de la LCSP se deduce claramente que era obligatoria para la parte contratista. Si no hiciera frente a ella, incurriría en:

- Posibilidad de imposición de penalidades previstas en los artículos 192 (por incumplimiento parcial del objeto del contrato) o 193 (por demora en la ejecución del contrato, en su caso) y 194 (indemnización de daños y perjuicios en su caso). En todo caso, habría que estar respecto a las penalidades a lo establecido en el pliego de cláusulas administrativas particulares y de explotación.
- Resolución del contrato si se opta por la resolución por la demora del contratista según el artículo 195 de la LCSP. Exigirá un procedimiento sin otro trámite preceptivo de la audiencia de la contratista y si hay oposición por parte de este dictamen del Consejo de Estado.
- Resolución por incumplimiento de la obligación principal del contratista, recogida en el artículo 211.1 f) de la LCSP.
- Incautación de la garantía definitiva si se hubiese prestado, conforme al artículo 213.3 de la LCSP.

Conforme al artículo 212.1, la resolución del contrato se acordaría por el órgano de contratación, en este caso, de oficio, aunque se admite también la solicitud de la contratista como forma de iniciación y, en su caso, se abriría un procedimiento administrativo donde debe garantizarse la audiencia de la contratista que, previo los informes oportunos, en su

caso el del Consejo de Estado en los casos previstos, debería resolverse en el plazo de ocho meses, a tenor de lo establecido en el artículo 212.8 de la LCSP.

En cuanto a los efectos posteriores de esta extinción del contrato mediante resolución por incumplimiento de la obligación principal del contratista, sería la de estar incurso en causa de prohibición, a tenor del artículo 71.2 d), por haber dado lugar a la resolución del contrato por su culpa. La duración de la causa de prohibición, conforme a lo establecido en el artículo 72, se establecerá por el órgano de contratación a través de un procedimiento, no pudiendo exceder la duración de cinco años.

11. ¿Era preciso otorgarle previamente a la contratista la concesión demanial para la utilización del bien?

No era preciso con carácter previo concederle la concesión del dominio público, porque a tenor de lo dispuesto en el artículo 91.4 de la Ley 33/2003, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, las autorizaciones y concesiones que habiliten para una ocupación de bienes de dominio público que sea necesaria para la ejecución de un contrato administrativo deberán ser otorgadas por la Administración que sea su titular, y se considerarán accesorias de aquel. Estas autorizaciones y concesiones estarán vinculadas a dicho contrato a efectos de otorgamiento, duración y vigencia y transmisibilidad, sin perjuicio de la aprobación e informes a que se refieren los apartados anteriores de este artículo.

No será necesario obtener estas autorizaciones o concesiones cuando el contrato administrativo habilite para la ocupación de los bienes de dominio público.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Constitución española, arts. 14 y 24.
- Ley 29/1998 (LJCA), arts. 10.2, 12, 19.1, 86, 88.1, 114 y 115.
- Ley 33/2003 (LPAP), art. 91.4.
- Ley 39/2015 (LPAC), arts. 14, 47.1, 48 y 49.
- Ley 9/2017 (Contratos del Sector Público), arts. 15, 22, 29, 44, 48, 50, 51.2, 55, 56.3, 69, 71, 77, 87, 90, 99, 119, 156, 160, 162, 163.1, 164, 192, 193, 195, 203, 207, 212, 213 y 323.2.
- SSTS, Sala de lo Contencioso-Administrativo de 28 de febrero de 2005 (casación núm. 161/2002), 11 de julio de 2006 (casación núm. 410/2004), 13 de mayo de 2008 (casación núm. 1827/2006), 23 de julio de 2008 (casación núm. 1826/2006), 17 de febrero de 2020 (rec. núm. 36/2018) y 1327/2019, de 8 de octubre (casación núm. 5824/2017).