

Informe 54/11 de 1 de marzo de 2012. Duración del contrato en relación con las interposiciones de recursos. Cambio de una cláusula del pliego. Interpretación de la disposición transitoria segunda de la Ley 34/2010.

Clasificación de los contratos. 12.3 Expediente de contratación. Trámites. Cuestiones relativas a la duración de los contratos, plazos, prórrogas e impuestos. 14.6 Procedimientos y formas de adjudicación. Cuestiones relacionadas con la formalización de los contratos. 19. Recursos

ANTECEDENTES.

El Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de San Bartolomé, en Lanzarote formula ante esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa el siguiente escrito de consulta:

El Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de San Bartolomé, en Lanzarote, con CIF P 3501900 1, y domicilio a efectos de notificaciones en la Plaza León y Castillo, s/n, San Bartolomé, Lanzarote, con código postal 35550, y números de teléfono 92852.01:28/928;52:06.57, 928:52.06.58, y de fax 928.52.00.65, formula la siguiente pregunta a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, del Ministerio de Economía y Hacienda

ANTECEDENTES

Primero.- El "Ayuntamiento de San Bartolomé, en Lanzarote, ha tramitado expediente de contratación, mediante "procedimiento abierto y tramitación ordinaria, para la realización del "Servicio de iluminación: sonido y complementos de espectáculos para 108 actos desarrollados por el Ayuntamiento de San Bartolomé".

Segundo.- Dos sociedades limitadas presentaron ofertas para resultar adjudicatarios del contrato, Tecnosound Canarias, SLU y Hercio Luz y Sonido, S.L.

Finalmente, por Resolución número 743/2011, de 4 de mayo, se adjudica a la mercantil TECNOSOUND CANARIAS, SLU, el referido contrato.

Tercero.- Contra el acto de adjudicación del contrato, por la mercantil presentada a este procedimiento abierto y que no resultó adjudicataria, Hercio Luz y Sonido, SL, se interpuso recurso especial en materia de contratación regulado en el Art. 310 de la Ley 34/2010, de 5 de agosto, dentro del plazo legal correspondiente.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

I. Que la Disposición Transitoria Segunda, apartado d), de la Ley 34/2010, de 5 de agosto, señala literalmente lo siguiente:

"Las resoluciones dictadas en estos procedimientos serán susceptibles de recurso contencioso administrativo. Cuando las resoluciones no sean totalmente estimatorias o cuando siéndolo hubiesen comparecido en el procedimiento otros interesados distintos del recurrente, no serán ejecutivas hasta que sean firmes o, si hubiesen sido recurridas, hasta tanto el órgano jurisdiccional competente no decida acerca de la suspensión de las mismas."

II.- Que el recurso especial en materia de contratación presentado por la mercantil Hercio Luz y Sonido, SL fue desestimado mediante Resolución número 967/2011, de 2 de junio, por lo que concurre el supuesto de hecho de la norma detallada anteriormente, y se entiende que la resolución no es ejecutiva hasta que sea firme o, si hubiese sido recurrida, hasta tanto el órgano jurisdiccional competente no decida sobre la suspensión de la misma.

Que en virtud de lo anterior, con fecha 9 de junio de 2011, se formaliza contrato en documento administrativo con la mercantil adjudicataria, TECNOSOUND CANARIAS, SLU, si bien incluyendo una cláusula, la sexta, en la que se hace constar lo siguiente que se transcribe de forma literal:

"Sexta.- Duración del contrato,- La duración del contrato será de DOS (2) AÑOS desde que se inicie la prestación del servicio, todo ello teniendo en cuenta que en virtud a lo dispuesto en la disposición transitoria segunda, d) de la Ley 34/2010, de 5 de agosto, no podrá iniciarse lo prestación del servicio hasta tanto en cuanto transcurra el plazo de dos (2) meses de que dispone la mercantil Hercio Luz y Sonido, SL, para la interposición del correspondiente recurso contencioso-administrativo o, en su caso, si se interpone el mismo y se solicita la suspensión, (medida cautelar), de la resolución municipal de adjudicación, hasta tanto en cuanto se dicte el correspondiente auto judicial acerca de la procedencia o no de la suspensión de dicha resolución"

III.- Que no obstante lo anterior, el pliego de cláusulas administrativas que sirvió de base para la citación recogía en su 9.1 lo siguiente:

"El contrato tendrá un plazo máximo de vigencia de DOS (2) años, a contar desde el día hábil siguiente a la firma del mismo"

IV.- Que la mercantil adjudicataria del contrato, TECNOSOUND CANARIAS, SLU, ha presentado escrito con número 9566/2011, de 14 de junio, de registro de entrada en este Ayuntamiento, en el que se solicita que se modifique la cláusula sexta del contrato formalizado en documento administrativo, en el sentido de que el mismo ha de iniciar su duración a contar desde el día hábil siguiente a su modificación, basándose tal petición en que dicha mercantil entiende que el Ayuntamiento ha interpretado erróneamente la Disposición Transitoria Segunda de la Ley

34/2010, de 5 de agosto, pues ésta se refiere únicamente a aquellas disposiciones que resuelven los recursos especiales en materia de contratación que estimen parcial o totalmente los mismos, pero no a las resoluciones desestimatorias tal y como ocurre con la resolución de desestimación del recurso especial por parte del Ayuntamiento, a la que se hace referencia en el apartado anterior.

CONSULTA

¿En el caso analizado, y al haber sido desestimado de forma íntegra el recurso especial en materia de contratación, cabe estimar la petición de Tecnosound Canarias SLU, en base a los argumentos reseñados, y dar comienzo a la ejecución del contrato de conformidad con lo dispuesto en la cláusula 9.1 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, o por el contrario el Ayuntamiento ha hecho una interpretación ajustada a derecho del contenido de la Disposición Transitoria Segunda de la Ley 34/2010, de 5 de agosto, y por lo tanto, resulta adecuado el contenido de la cláusula sexta del contrato?

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1. El Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de San Bartolomé formula ante esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa una consulta referida a la interpretación que deba darse a la Disposición Transitoria Segunda, apartado d) de la Ley 34/2010, de 5 de agosto, que regula el régimen de ejecutividad de las resoluciones en materia de contratación que hayan sido objeto de recurso, en el régimen transitorio previsto para el tiempo en tanto una Comunidad Autónoma no regule ante quién debe incoarse la cuestión de nulidad o interponerse el recurso especial en materia de contratación.

2. La cuestión ha sido ya abordada por esta Junta Consultiva en su informe 19/11, de 25 de noviembre, con ocasión de la consulta planteada en similares términos por el Excmo. Ayuntamiento de León.

El citado informe, esta Junta Consultiva haciendo suyos los argumentos expuestos por el Tribunal Central de Recursos Contractuales en su Resolución de 24 de febrero de 2011, señala que *“la interpretación correcta del apartado d) de la disposición transitoria segunda de la Ley 34/2010, de conformidad con lo dispuesto en la Directiva 2007/66/CE, consiste en entender que la interposición del recurso previsto en esta disposición comporta la suspensión automática de la adjudicación cuando sea este acto el recurrido, que, en el caso de interposición del recurso contencioso-administrativo, se mantiene hasta que el órgano de la Jurisdicción decida sobre la misma.”*

El TACRC, en la resolución citada llega a esa conclusión tras analizar la compatibilidad de la disposición transitoria segunda con la Directiva 2007/66/CE, cuyo artículo 1.5 dispone que *“los Estados miembros podrán exigir que la persona interesada interponga recurso en primer lugar ante el poder adjudicador. En tal caso, los Estados miembros velarán por que la interposición de dicho recurso conlleve la suspensión inmediata de la posibilidad de celebrar el contrato”*. Partiendo de ella, el TACRC, en su fundamento jurídico tercero, afirma que *“Esto es precisamente lo que ha hecho la citada disposición transitoria segunda para el caso de que las Comunidades Autónomas no tuvieran establecido el órgano independiente que deben crear de conformidad con lo dispuesto en el artículo 311, apartados 2 y 3, prever que en tales supuestos, los particulares interpongan previamente recurso ante el órgano de contratación y que su interposición comporte la suspensión automática de la adjudicación cuando sea este acto el recurrido (...) Lo que esta Disposición hace no es sino rebajar, por así decir, la condición del recurso administrativo que pasa a ser un mero recurso previo al contencioso, si bien, en aplicación del artículo 1.5 de la Directiva que antes se ha transcrito si se interpusiera contra la adjudicación deberá llevar a aparejada la suspensión del acto administrativo, tal como el mencionado precepto exige.”*

Continua señalando que *“el recurso especial regulado como núcleo fundamental de la Directiva 2007/66/CE, no es, en este régimen, el que se interpone ante el órgano administrativo, que por supuesto no tiene la condición de independiente, sino el que se puede interponer ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Ello se deduce del inciso de la letra d) de la Disposición Transitoria que se examina (...). Es decir que en este caso la interposición del recurso contencioso administrativo sí suspende, o por mejor decir, mantiene la suspensión, del acto administrativo impugnado a diferencia de lo que ocurriría si el órgano independiente ya se hubiera constituido”*.

3. En definitiva, y de acuerdo con lo expuesto, la interposición de recurso especial en materia de contratación comporta la suspensión automática de la adjudicación, y una vez resuelto el recurso la resolución del mismo no será ejecutiva hasta que sea firme por el transcurso del plazo de dos meses para la interposición del recurso contencioso-administrativo, o bien, en el caso de interposición de dicho recurso, hasta que el órgano de la Jurisdicción decida sobre la suspensión solicitada. La única excepción a esta regla de la suspensión automática del acto recurrido contemplada por el precepto,

interpretado *a sensu contrario*, es el supuesto de que la resolución del recurso especial sea totalmente estimatoria del recurso y no hubiesen comparecido en el procedimiento otros interesados distintos del recurrente.

Por lo tanto, y aplicada la citada doctrina a la consulta formulada, al haber sido desestimado de forma íntegra el recurso especial en materia de contratación formulado contra el acto de adjudicación, ello comporta la suspensión automática de ésta hasta que la resolución del recurso sea firme o bien, en el caso de interposición de recurso contencioso-administrativo, hasta que decida sobre la suspensión el órgano de la Jurisdicción.

4. En su virtud, suspendida la eficacia del acto de adjudicación, y hasta tanto no se levante, no podrán ejecutarse los actos subsiguientes a la adjudicación, incluida la formalización del contrato. En este sentido el artículo 140 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, modificado por la Ley 34/2010, cuya redacción se ha incorporado al artículo 156 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, establece unos plazos para la formalización de contrato teniendo en cuenta la posibilidad de la suspensión del contrato, de forma que si la adjudicación resulta suspendida no resulta posible requerir al adjudicatario para la formalización del contrato.

En este sentido, el apartado 3 prevé que *“Si el contrato es susceptible de recurso especial en materia de contratación conforme al artículo 40.1, 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”* -plazo que podrá ser incrementado por las comunidades autónomas, sin que exceda de un mes-, cuestión que se completa en el párrafo siguiente señalando que *“El órgano de contratación requerirá al adjudicatario para que formalice el contrato en plazo no superior a cinco días a contar desde el siguiente a aquel en que hubiera recibido el requerimiento, una vez transcurrido el plazo previsto en el párrafo anterior sin que se hubiera interpuesto recurso que lleve aparejada la suspensión de la formalización del contrato. De igual forma procederá cuando el órgano competente para la resolución del recurso hubiera levantado la suspensión.”*

En consecuencia, respecto a la consulta formulada sobre el contenido de la cláusula sexta del contrato, referida a su plazo de duración, que condiciona el inicio de la prestación del servicio hasta tanto en cuanto transcurra el plazo para la interposición del correspondiente recurso contencioso-administrativo o, en su caso, si se interpone el mismo y se solicita la suspensión, hasta tanto en cuanto se dicte el correspondiente auto judicial acerca de la procedencia o no de la suspensión, cabe afirmar que los efectos de la suspensión de la resolución de adjudicación van más allá de lo dispuesto en esta cláusula ya que, de acuerdo con lo expuesto, se extienden a la propia formalización del contrato, que no debería haberse realizado.

5. Todo lo anterior se entiende teniendo en cuenta que el ámbito de aplicación territorial de esta Disposición es el de las Comunidades autónomas así como el de las entidades locales incluidas dentro de las mismas.

CONCLUSIONES.

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende lo siguiente:

1. En el régimen supletorio previsto para las Comunidades Autónomas por la Disposición Transitoria Segunda de la Ley 34/2010, de 5 de agosto, de acuerdo con su letra d), la interposición de recurso especial en materia de contratación comporta la suspensión automática de la adjudicación hasta que la resolución del recurso sea firme por el transcurso del plazo de dos meses para la interposición del recurso contencioso-administrativo, o bien, en el caso de interposición de dicho recurso, hasta que el órgano de la Jurisdicción decida sobre la suspensión solicitada. La única excepción a esta regla es el caso de que la resolución del recurso especial sea totalmente estimatoria del recurso y no hubiesen comparecido en el procedimiento otros interesados distintos del recurrente.

2. Suspendida la eficacia del acto de adjudicación, y en tanto no transcurra el plazo de dos meses desde la resolución del recurso o bien se pronuncie el órgano jurisdiccional sobre la suspensión, no podrán ejecutarse los actos subsiguientes a la adjudicación, incluida la formalización del contrato, por lo que el contrato objeto de consulta no debería haberse formalizado.