

La Dirección General del Mercado Interior y Servicios de la Comisión Europea, en escrito remitido a esta Comunidad Autónoma, señalan una presunta infracción en materia de contratación pública de algunos órganos de contratación, por una incorrecta aplicación de la Directiva 89/665/CE (en la versión modificada por la Directiva 2007/66/CE) al no respetar el plazo suspensivo entre la interposición del recurso especial contra el acto de adjudicación y la resolución del recurso (fondo y medidas provisionales) por un órgano independiente del poder adjudicador.

Trae causa la presente Instrucción del requerimiento de la Comisión de que, como medida de clarificación, se dé oportuno traslado a todos los órganos de contratación de la Comunidad Autónoma de Galicia de la situación que conlleva la ausencia de órgano independiente de resolución de recursos en nuestra Comunidad y de los efectos que se derivan de tal circunstancia.

A la vista de lo anteriormente expuesto, en virtud de la competencia atribuida en el artículo 2 párrafo 5 del Decreto 237/2007, del 5 de diciembre, por el que se crea esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa, respeto a elaborar las instrucciones que considere precisas para el avance y eficacia de la contratación de la Administración autonómica y su sector público, en la sesión de la Comisión Permanente celebrada el 27 de marzo de 2012, se acordó aprobar esta Instrucción con la finalidad de dar a conocer el alcance y efectos del régimen de transitoriedad previsto en el Texto Refundido de la Ley de contratos del sector público ante la falta de regulación en la Comunidad del órgano de resolución de recursos especiales y cuestión de nulidad previstas en el artículo 37 del dicho texto legal:

**INSTRUCCIÓN 1/2012 SOBRE ALCANCE Y EFECTOS DE LA INEXISTENCIA DE UN ÓRGANO DE RESOLUCIÓN DE RECURSOS ESPECIALES Y CUESTIONES DE NULIDAD EN LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE GALICIA, E INCIDENCIA PRÁCTICA DE ACUERDO CON EL RÉGIMEN SUPLETORIO ESTABLECIDO EN LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA SÉPTIMA DEL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO.**

## **1. INTRODUCCION**

El Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre) regula, en los artículos 40 a 49, un recurso especial en materia de contratación previo a la interposición del contencioso administrativo y de carácter potestativo.

Este recurso fue objeto de una sustancial revisión de su concepción original en la Ley 34/2010, de 5 de agosto, de *modificación de las Leyes 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, 31/2007, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa para la adaptación a la normativa comunitarias de las dos primeras*. El motivo de la modificación en este ámbito derivó de la necesidad de adecuar al derecho comunitario su deficiente transposición en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público, en concreto, en lo relacionado con el órgano encargado de su resolución.

En esta materia, la normativa comunitaria de referencia es la Directiva 89/665/CE del Consejo, del 21 de diciembre de 1989 (modificada por la Directiva 2007/66/CE), relativa a la *coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras*, que inició la exigencia de crear tribunales especiales, independientes del órgano adjudicador, que solucionaran la lentitud y falta de objetividad de la que adolecía el sistema de recursos administrativos tradicionales (alzada y reposición).

Al respecto, en el apartado 9 de su artículo 2 la Directiva señala lo siguiente:

*“Cuando los órganos responsables de los procedimientos de recurso no sean de carácter jurisdiccional, sus decisiones deberán ir siempre motivadas por escrito. Además, en su caso, deberán adoptarse disposiciones para garantizar que cualquier medida presuntamente ilegal adoptada polo órgano de recurso competente, o cualquier presunta infracción cometida en el ejercicio de las facultades que tiene conferidas, pueda ser objeto de un recurso jurisdiccional o de un recurso ante otro órgano jurisdiccional en el sentido del artículo 234 del Tratado CE, y que sea independiente en relación con el poder adjudicador y con el órgano de recurso.*

*El nombramiento de los miembros de esta instancia independiente y la terminación de su mandato estarán sujetos a las mismas condiciones aplicables a los jueces en lo relativo a la autoridad responsable de su nombramiento, la duración de su mandato y su revocabilidad. Como mínimo, el presidente de esta instancia independiente deberá poseer las mismas calificaciones jurídicas y profesionales que un juez. Esta instancia independiente adoptará sus decisiones después de realizar un procedimiento contradictorio y tales decisiones tendrán, por los medios que estipule cada Estado miembro, efectos jurídicos vinculantes.* “

Fue, finalmente, la citada ley 34/2010, de 5 de agosto, la que reguló el encargo de la resolución de estos recursos a una figura novedosa en la tradición administrativa contractual de nuestro país: un tribunal de carácter administrativo con los atributos de especialización e independencia funcional.

## 2. REGULACIÓN DE LOS TRIBUNALES DE RECURSOS CONTRACTUAIS

De acuerdo con el artículo 41 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (aprobado por el RDL 3/2001, de 14 de noviembre):

*1. En el ámbito de la Administración General del Estado, el conocimiento y resolución de los recursos especiales de su administración estará encomendado a un órgano especializado que actuará con plena independencia funcional en el ejercicio de sus competencias. Este Tribunal conocerá también de los recursos especiales que se susciten de conformidad con el artículo anterior contra los actos de los órganos competentes del Consejo General del Poder Judicial, del Tribunal Constitucional y del Tribunal de Cuentas.*

*A estos efectos creara el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales que estará adscrito al Ministerio de Economía y Hacienda.*

*2. En el ámbito de las Comunidades Autónomas, así como en el de los órganos competentes de sus Asambleas Legislativas y de las instituciones autonómicas análogas al Tribunal de Cuentas y al Valedor del pueblo, la competencia para resolver los recursos especiales será establecida por sus normas respectivas, debiendo crear también un órgano independiente cuyo titular o, en caso de que fuera colegiado, por lo menos su Presidente ostente cualificaciones jurídicas y profesionales que garanticen un idóneo conocimiento de las materias de que deba conocer. El nombramiento de los miembros de esta instancia independiente y la terminación de su mandato estarán sujetos en lo relativo a la autoridad responsable de su nombramiento, la duración de su mandato y su revocabilidad a condiciones que garanticen su independencia e inamovilidad.*

Como alternativa a la creación de un tribunal propio, la norma señala que las Comunidades Autónomas podrán atribuir la competencia para la resolución de los recursos al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, para lo cual deberán celebrar el correspondiente convenio con la Administración General del Estado, en el que se estipulen las condiciones en que la Comunidad sufragará los gastos derivados de esta asunción de competencias.

*3. En el ámbito de las Corporaciones Locales, la competencia para resolver los recursos será “establecida por las normas de las Comunidades Autónomas cuando estas tengan atribuida competencia normativa y de ejecución en materia de régimen local y contratación”. En el supuesto de que no exista previsión expresa en la legislación autonómica, la competencia corresponderá “al incluso órgano a lo que las Comunidades Autónomas en cuyo territorio integran las Corporaciones Locales atribuyeran la competencia para resolver los recursos de su ámbito”.*

4. Cuando se trate de los recursos interpuestos contra actos de los **poderes adjudicadores que no tengan la consideración de Administraciones Públicas**, la competencia estará atribuida *“al órgano independiente que la ostente respeto de la Administración a que esté vinculada la entidad autora del acto recurrido. Si la entidad contratante estuviera vinculada con más de una Administración, el órgano competente para resolver el recurso será aquel que tenga atribuida la competencia respeto*

de la que ostente el control o participación mayoritaria y, en caso de que todas o varias de ellas, ostenten una participación igual, ante el órgano que elija el recurrente de entre los que resulten competentes conforme a las normas de este apartado”.

5. En los **contratos subvencionados** a que se refiere el último inciso del artículo 40.1 TRLCSP, la competencia corresponderá “al órgano independiente que ejerza sus funciones respecto de la Administración a que esté adscrito el ente u organismo que hubiera otorgado la subvención, o a lo que esté adscrita la entidad que la hubiera concedido, cuando esta no tenga el carácter de Administración Pública. En el supuesto de concurrencia de subvenciones por parte de distintos sujetos del sector público, la competencia se determinará atendiendo a la subvención de mayor cuantía y, a igualdad de importe, al órgano ante el que el recurrente decida interponer el recurso de entre los que resulten competentes conforme a las normas de este apartado. “

De lo expuesto cabe una primera conclusión: la normativa española, ante la doble posibilidad prevista en la Directiva de atribuir la competencia de la resolución de los recursos especiales a un órgano judicial o a un órgano de carácter administrativo, encomendó la misión a un **órgano administrativo especializado** descartando a los órganos judiciales.

### 3. FUNCIONES DE LOS TRIBUNALES DE RECURSOS CONTRACTUAIS

Los tribunales se crean para resolver recursos especiales, resolver las cuestiones de nulidad en los supuestos del artículo 37.1 del TRLCSP y resolver sobre la adopción de medidas provisionales.

#### 3.1.- CONTRATOS Y ACTOS SUSCEPTIBLES DE SER OBJETO DE RECURSO ESPECIAL

El recurso especial podrá ser interpuesto en el seno de los contratos de las Administraciones Públicas y de las entidades que ostenten la condición de poder adjudicadores que a continuación se relacionan:

- a) Contratos de obras y concesión de obras públicas de importe igual o superior a 5.000.000 € sin IVA.
- b) de suministros de importe igual o superior a 200.000 € sin IVA,
- c) de servicios (cat. 1 a 16) de importe igual o superior a 200.000 € sin IVA,
- d) de todos los contratos de colaboración entre el Sector público y el Sector privado
- y) acuerdos marco sujetos a regulación armonizada (según se refiera a contratos marco de obras, suministros o servicios la cualidad de armonizados vendrá fijada polos importes antes citados);

f) Contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del anexo II de la LCSP con valor estimado igual o superior a 200.000 euros;

g) Contratos de gestión de servicios públicos en los que el presupuesto de gastos de primero establecimiento sea superior a 500.000 euros y el plazo de duración superior a cinco años;

h) y todos los contratos subvencionados a que se refiere el artículo 17 del TRLCSP.

**Con respecto a estos contratos, pueden ser recurridos los siguientes actos:**

a) los anuncios de licitación, los pliegos y documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación,

b) los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento (entre ellos el acuerdo de exclusión de licitadores de las Mesas de contratación) o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos,

c) los acuerdos de adjudicación adoptados por los poderes adjudicadores.

**3.2.- SUPUESTOS DE NULIDAD A RESOLVER POR EL TRIBUNAL.**

Los supuestos de nulidad se regulan en el artículo 37 del TRLCSP en referencia a los contratos armonizados y los de servicios categoría 17 a 27 con un valor estimado igual o superior a 200.000 €:

- Cuando el contrato se adjudique sin publicar anuncio previo en los casos en que sea perceptivo según el art. 142 y siempre que no concurran las causas de improcedencia de declaración de nulidad del apartado 2 del artículo 37.
- Cuando no se respete el plazo de 15 días para formalizar el contrato del artículo 156.3, impidiendo interponer recurso y con actuaciones procedimentales irregulares
- Cuando se formalice el contrato sin respetar la suspensión de los actos por mor de la interposición de un recurso especial
- Tratándose de un contrato basado en un acuerdo marco del artículo 196 celebrado con varios empresarios, por incumplirse las normas procedimentales sobre adjudicación establecidas en el párrafo segundo del artículo 198.4. y siempre que no concurran las causas de improcedencia de declaración de nulidad del apartado 3 del artículo 37.



- Cuando se trate de la adjudicación de un contrato específico basado en un sistema dinámico de contratación en el que estuvieran admitidos varios empresarios, por incumplirse las normas establecidas en el artículo 202 sobre adjudicación de tales contratos y siempre que no concurran las causas de improcedencia de declaración de nulidad del apartado 3 del artículo 37.

#### **4. EFECTOS DE LA INTERPOSICIÓN DE UN RECURSO ESPECIAL**

Como regla general de nuestro derecho administrativo la interposición en plazo de un recurso interrumpe el proceso de adquisición de firmeza del acto recurrido pero no suspende su eficacia salvo en los concretos supuestos en que una norma así lo establezca (artículo 94 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del PAC). Pues bien, encontramos en la regulación del recurso especial del TRLCSP uno de esos supuestos que excepcionan la regla ya que, sobre los efectos de la interposición cabe, en atención a la tipología de los actos recurridos, diferentes consecuencias según el acto recurrido sea el de adjudicación o cualquier otro.

En efecto:

- la interposición de un recurso especial contra los anuncios de licitación, los pliegos o documentos que establezcan las condiciones de la contratación, o los actos trámite descritos en el artículo 40.2.b) no provocan la paralización de la tramitación del expediente de contratación. Por lo tanto, la tramitación del procedimiento de resolución del recurso puede simultanearse con la continuación de la tramitación del procedimiento de licitación;
- sin embargo, la interposición de un recurso especial contra el acto de adjudicación provoca la suspensión automática de la tramitación del procedimiento (artículo 45 del TRLCSP y 1.5 de la Directiva 2007/66/CE) con el fin de evitar que la ejecución del acto derive en daños y perjuicios de difícil reparación en caso de ser estimado.

#### **5. EFECTOS DE LA RESOLUCIÓN DEL RECURSO ESPECIAL. ESPECIAL INCIDENTE LAS CONSECUENCIAS DE LA FALTA DE UN TRIBUNAL EN LA COMUNIDAD AUTÓNOMA**

Como quedó dicho, la ley prevé que se asigne la resolución de los recursos especiales y las cuestiones de nulidad a un órgano independiente del órgano de contratación.

Como previsión de su creación por el Consello de la Xunta, la Ley 15/2010, de 28 de diciembre de medidas fiscales y administrativas para la Comunidad Autónoma de Galicia autorizó, en su artículo 36, la creación del dicho órgano en los siguientes términos:

*“Se autoriza al Consello de la Xunta para que, a proposta de la Consellería de Hacienda y respetando la legislación estatal básica, cree un órgano colegiado independiente para el conocimiento y la resolución de las cuestiones de nulidad formuladas y de los recursos especiales en materia de contratación que se interpongan en relación con los procedimientos de contratación de la Administración General de la comunidad autónoma y de las entidades que integran o sector público autonómico, así como, de las corporaciones locales de Galicia y entidades de ellas dependientes. La creación del órgano no podrá suponer incremento del gasto público. ”*

A pesar de esta iniciativa, en estas fechas, el órgano aún no fue creado por lo que debemos acudir a la Disposición Transitoria 7ª del TRLCSP que dispone que, en tanto no regule ante quién deben interponerse los recursos especiales y las cuestiones de nulidad y los efectos de su interposición, se atenderá a las siguientes peculiaridades respecto al régimen general antes descrito:

- La competencia para resolver continuará encomendada **a los mismos órganos que la habían tenido encomendada hasta la actualidad** y sus resoluciones serán susceptibles de recurso contencioso-administrativo;
- Si las resoluciones de los recursos no son totalmente estimatorias o, aunque sean estimadas, hubiesen comparecido otros interesados distintos de los recurrentes, **no serán ejecutivas hasta que sean firmes o, si son recurridas, hasta que el órgano jurisdiccional competente decida sobre la suspensión.**

Considera la Comisión Europea que, consecuencia de lo anteriormente expuesto, es que en tanto en la Comunidad Autónoma no se ponga en práctica una de las dos opciones legalmente establecidas (creación de tribunal propio o convenio con el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales), los recursos contra los actos de adjudicación presentados ante los tribunales de la Jurisdicción administrativa en primera instancia tendrán carácter suspensivo de la celebración del contrato hasta que dichos órganos jurisdiccionales dicten resolución sobre el fondo o sobre las medidas provisionales.

Por lo tanto, a pesar de que el artículo 49 del TRLCSP señala que la resolución de un recurso especial es “directamente ejecutiva”, se constata que esta cualidad se reserva a las resoluciones emitidas por un tribunal de recursos y, por lo contrario, cuando son emitidas por los órganos de contratación ante la ausencia de tribunal, la Disposición Transitoria 7ª condiciona su ejecutividad a que hayan adquirido firmeza por el transcurso del tiempo sin que se haya interpuesto recurso contencioso-administrativo o, de ser interpuesto este recurso, a que el órgano jurisdiccional decida sobre el fondo y las medidas provisionales.

Santiago de Compostela, a 27 de marzo de 2012