

Informe 18/2008, de 21 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Asunto: Sistema de recursos contra los actos de adjudicación en el marco de la nueva Ley de Contratos del Sector Público.

I. ANTECEDENTES

El Secretario General Técnico del Departamento de Presidencia del Gobierno de Aragón, se dirige a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, mediante oficio de fecha 1 de julio de 2008, solicitando de esta Junta informe sobre el régimen de recursos posibles contra los diferentes actos administrativos dictados en el curso de un procedimiento de contratación administrativa no sujeto a regulación armonizada, por separarse el mismo según la nueva Ley de contratos del Sector Público del sistema del recurso administrativo especial previsto en el artículo 37 LCSP.

El Pleno de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en sesión celebrada el 21 de julio de 2008, acuerda informar lo siguiente:

II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

I.- Competencia de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

De conformidad con el artículo 3.1 del Decreto 81/2006, de 4 de abril, del Gobierno de Aragón, por el que se crea la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón y se aprueba el Reglamento que regula su organización y funcionamiento, a esta Junta Consultiva de Contratación le corresponde informar, con carácter facultativo,

sobre las consultas elevadas a la misma en materia de contratación, por la Comunidad Autónoma de Aragón.

Por otro lado, la petición de informe ha sido formulada por órgano legitimado, tal y como exige el artículo 6.d) del citado Decreto.

II.- Régimen de recursos para los contratos sujetos a regulación armonizada.

La nueva Ley de Contratos del Sector Público introduce un recurso especial en materia de contratación, cuyo régimen jurídico se aborda en el artículo 37. La novedad de esta regulación radica en el hecho de que el régimen previsto para este llamado recurso administrativo especial en materia de contratación se aparta sensiblemente del general de los recursos administrativos en diversos aspectos que a continuación examinaremos. Frente al aparente avance que supone tal configuración (que venía siendo exigida con reiteración por la jurisprudencia comunitaria), sin embargo existe un importante elemento distorsionador de su aplicación, y que consiste en que el mencionado recurso sólo está previsto para determinados actos dictados por el órgano de contratación en el seno de procedimientos sujetos a regulación armonizada, pero no para esos mismos actos adoptados en contratos no sujetos a regulación armonizada.

El origen de este recurso se encuentra en la Directiva comunitaria 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación a los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos. La citada Directiva arbitra una serie de procedimientos de control/impugnación que tienen por fin controlar y corregir posibles incumplimientos de la normativa comunitaria de contratación pública. Su objetivo es, evidentemente, animar a la participación de las empresas europeas a licitar en los contratos públicos. El artículo 81 de la Directiva 2004/18 de 31

de marzo de 2004, insiste en la necesidad de incorporar un mecanismo de recurso rápido y eficaz, apuntando la posibilidad de que pueda sustanciarse en una agencia independiente.

El sistema previsto por las mismas presentaba no obstante ciertas debilidades, como lo eran la ausencia de plazos o de dispositivos especiales que permitieran la suspensión del procedimiento. Esto es lo que ha justificado la reforma de aquellas por la Directiva 2007/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de diciembre de 2007. En ella, la Unión Europea obliga a los Estados miembros a garantizar la existencia de mecanismos que posibiliten que las decisiones adoptadas por las entidades adjudicadoras en los procedimientos de adjudicación de contratos sujetos a regulación armonizada puedan ser recurridas de manera eficaz y lo más rápidamente posible. Es decir, se trata de establecer un régimen especial de reclamaciones en materia contractual que permita a los interesados solicitar por un procedimiento ágil, el control de aquellos actos de los poderes adjudicadores que se dicten durante el procedimiento administrativo de adjudicación de un contrato en tiempo útil para que las incidencias que puedan plantearse puedan tramitarse y resolverse antes de adoptarse la decisión de adjudicación. Estos recursos deberían permitir la suspensión del procedimiento de adjudicación (*así lo advierte la STJCE de 28 de octubre de 1999 (Alcatel)*); en segundo lugar, la anulación de la decisión ilegal adoptada y por último la obtención de una indemnización por los perjudicados.

En definitiva, se entiende que un recurso rápido y eficaz es aquel que se resuelve por órgano independiente, en un plazo breve (de días y en cómputo de días naturales) que impide el perfeccionamiento del contrato hasta su resolución expresa y que puede acordar medidas cautelares que garanticen la efectividad material de la resolución. En todo caso, como advierte la sentencia de 17 de septiembre de 1997, Dorsch Consult, corresponde al Derecho interno de cada Estado miembro designar el órgano jurisdiccional competente (en

sentido amplio) para resolver los litigios que se refieran a derechos individuales, derivados del ordenamiento jurídico comunitario, quedando entendido, no obstante, que los Estados miembros tienen la responsabilidad de garantizar, en cada caso, una protección efectiva de tales derechos.

Con la modificación de las Directivas lo que se ha buscado es incrementar la eficacia de los recursos, debiendo ajustarse los procedimientos de adjudicación de contratos públicos a las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE.

Por otro lado, la eventual limitación del recurso a los contratos armonizados no tiene justificación (de hecho la Comunicación interpretativa de la Comisión de 1 de agosto de 2006 aconseja la existencia de recursos eficaces al margen del importe del contrato):

“en el caso de los contratos cuya cuantía sea inferior a los umbrales de aplicación de las Directivas sobre contratación pública, se deberá tener en cuenta que, con arreglo a la jurisprudencia del TJCE, las personas tienen derecho a una protección judicial efectiva de los derechos que les confiere el ordenamiento jurídico comunitario (..)”.

El legislador español ha establecido en el artículo 37 LCSP la regulación de este recurso administrativo especial de contratación que pretende dar efectivo cumplimiento al derecho comunitario. Al mismo se refiere la Exposición de Motivos afirmando:

“Con la misma finalidad de incorporar normas de derecho comunitario derivado, se articula un nuevo recurso administrativo especial en materia de contratación, con el fin de trasponer la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, 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, tal y como ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea”.

Los rasgos fundamentales de este recurso especial son los siguientes:

-Desde el punto de vista de ámbito objetivo tiene una doble limitación. Por un lado, sólo son recurribles ciertas decisiones adoptadas en la fase de preparación y adjudicación de los contratos (de la fase previa a la perfección del contrato que tiene lugar por la adjudicación definitiva); y por otro, sólo cabe en el ámbito de los contratos sujetos a regulación armonizada (artículo 13 LCSP), así como también en los contratos subvencionados del artículo 17 LCSP, y los de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II de cuantía igual o superior de 206.000 euros, y los contratos de gestión de servicios públicos en los que el presupuesto de gasto de primer establecimiento sea superior a 500.000 euros y el plazo de duración superior a cinco años.

-Se le atribuye por la ley carácter obligatorio previo a la jurisdicción contencioso administrativa. De manera que en estos procedimientos de contratación, los pliegos reguladores de la licitación y los que establezcan las características de la prestación, la adjudicación provisional del artículo 135 LCSP, así como los diversos actos de trámite cualificados (actos de trámite que decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos) deberán ser objeto de impugnación a través de la interposición de este recurso administrativo especial, con anterioridad al recurso en vía contenciosa administrativa. Y ello porque la ley configura a este recurso con un carácter obligatorio y preclusivo, de manera que en el caso de no interponerse, no serán susceptibles dichos actos de recurso en vía contencioso directamente. Es por tanto, un recurso especial, alternativo (y, por ende, sustitutivo) a los ordinarios con fundamento en el artículo 107.2 Ley 30/1992.

-Otra característica principal de este recurso es su breve plazo para la interposición (con diferentes reglas para la determinación del “dies ad quem” para iniciar el cómputo del plazo según el acto recurrido); así como su efecto suspensivo respecto del procedimiento; debiendo resolverse con anterioridad a la elevación a definitiva de la adjudicación.

De acuerdo con todo lo expuesto, y respecto del acto que nos interesa según la solicitud de informe evacuada, en los procedimientos de contratos sujetos a regulación armonizada, la impugnación del acto de adjudicación provisional que se notifica a todos los licitadores (art.135 LCSP), deberá llevarse a cabo a través de este recurso administrativo especial en el plazo de diez días desde la publicación de la misma en el perfil del contratante, y no desde su notificación personal. La interposición de este recurso suspenderá el curso del procedimiento hasta la resolución del mismo (en breve plazo de cinco días tras alegaciones por cinco días de las partes y remisión del expediente en dos). En todo caso, transcurridos veinte días contados desde el siguiente a la interposición del recurso sin que se haya notificado la resolución, el interesado podrá considerarlo desestimado a los efectos de interponer recurso contencioso administrativo, sin perjuicio de la subsistencia de la obligación de resolver expresamente y del mantenimiento, hasta que ello se produzca, de la suspensión establecida.

En el supuesto de desestimación expresa del recurso, la misma podrá ser recurrida mediante el correspondiente recurso contencioso administrativo (arts. 37.10 y 21.2 LCSP).

Del diseño establecido se deduce que tras la adjudicación provisional -y su confirmación vía recurso- se elevará a la adjudicación definitiva. De la propia regulación de los artículos 37 y 135 LCSP se deduce que la adjudicación provisional es el acto declarativo de derechos que será objeto de fiscalización y

que la elevación a definitiva tiene únicamente por objeto el cumplimiento de una de las características propias de los recursos de la Directiva, es decir, que no comience la ejecución en tanto se resuelve un recurso.

De modo que si bien la adjudicación definitiva que confirma la provisional es un acto administrativo que pone fin a la vía administrativa y que por lo tanto en principio, sería susceptible de recurso potestativo de reposición o directamente de recurso contencioso administrativo, según las reglas generales de medios de impugnación de los actos administrativos; atendiendo a esta peculiar configuración de la adjudicación definitiva como un acto de reproducción y confirmación de la provisional, resulta inadmisibles el recurso contencioso de conformidad con el sentido del artículo 28 de la LJCA. Así:

a) en el supuesto de no haberse recurrido la adjudicación provisional, no cabe duda de que la adjudicación definitiva, reproducción de aquella no es sino “un acto confirmatorio de otro anterior consentido y firme” (en términos del artículo 28 LJCA), y por lo tanto, no susceptible de recurso.

b) en el supuesto de haberse recurrido la adjudicación provisional, la inadmisión del recurso responde al hecho de no ser la adjudicación definitiva sino un acto reproducción de otro anterior definitivo y firme.

De la regulación de la LCSP se puede concluir que tras la adjudicación provisional y su posterior recurso se produce la adjudicación definitiva sin que proceda ya ningún recurso contra ésta en este aspecto, dado que la adjudicación definitiva se presenta, desde la perspectiva de la adjudicación, como un trámite formal y no de fondo, ya que la decisión propiamente dicha se adopta en la adjudicación provisional por el órgano competente. Y es que la Directiva Recursos impide la formalización del contrato en tanto se sustancia el recurso, tal y como acaba de afirmar en la STJCE de 3 de abril de 2008, de condena al Reino de España al no prever un plazo obligatorio para que la entidad adjudicadora notifique la decisión de adjudicación de un contrato a

todos los licitadores y al no prever un plazo de espera obligatorio entre la adjudicación de un contrato y su celebración. De manera que contra el acto de adjudicación definitiva es inadmisibles recurso alguno por cuando el mismo siempre será confirmatorio de la adjudicación provisional; ya que si no se dan los requisitos para elevar la provisional a definitiva (esto es, justificación documental y constitución de garantía definitiva), no hay un acto de adjudicación definitiva denegando la confirmación de la provisional, sino una nueva adjudicación provisional a favor del licitador que figurase en el correspondiente orden decreciente elaborado y propuesto por la mesa al órgano de contratación. Esta nueva adjudicación provisional será otra vez notificada a todos los licitadores y susceptible de nuevo de recurso especial del artículo 37 LCSP.

En todo caso, la adjudicación definitiva podrá ser objeto de revisión de conformidad con lo previsto en los artículos 31 a 34 LCSP. En atención a esta posibilidad, se recomienda por la Junta, incorporar en las notificaciones de los actos de adjudicación definitiva la mención a esta previsión de la Ley.

III.- Régimen de recursos contra los actos de adjudicación provisional y definitiva dictados en los contratos no sujetos a regulación armonizada.

En atención a la limitación objetiva del ámbito de aplicación del recurso especial del artículo 37 LCSP, contra los actos de adjudicación provisional, es necesario determinar cual es el sistema de recursos para los citados actos de adjudicación provisional y definitiva que sean adoptados en el curso de un procedimiento de contratación de los no sujetos a regulación armonizada.

Es cierto que inicialmente la legislación de 1995 contenía también escasas referencias en relación con el régimen de los recursos administrativos procedentes en la materia, limitándose a señalar la posibilidad de interponer contencioso administrativo contra los acuerdos que pongan fin a la vía

administrativa, como son en todo caso los acuerdos del artículo 59 TRLCAP (tras la condena al Reino de España mediante STJCE de 15 de mayo de 2003 se incorpora un artículo 60 bis y una DA 16 para “fortalecer” el sistema). Por lo demás, resultaban de aplicación las reglas generales de los recursos administrativos de la ley 30/92, es decir, contra los actos de contratación que pusieran fin a la vía administrativa cabía interponer potestativamente recurso de reposición y recurso contencioso administrativo directamente. Sin embargo contra los actos de trámite cualificados del artículo 107 de la Ley 30/92, procedía el recurso administrativo de alzada.

En la nueva ley, no encontramos cita alguna respecto del régimen de recursos aplicable a los actos de adjudicación provisional en los contratos no sujetos a regulación armonizada. De manera que a los mismos les será de aplicación el régimen ordinario de recursos de conformidad con la Ley 30/92 y Ley reguladora de la jurisdicción contencioso administrativa. El problema surge por no ser equiparable nuestro sistema de recursos contra los actos administrativos, ni en cuanto a los efectos ni en cuanto a plazos, con el sistema previsto en la ley para la adjudicación provisional y sus plazos de elevación a definitiva.

La primera cuestión a dilucidar para determinar el recurso administrativo susceptible contra el acto de adjudicación provisional es la naturaleza jurídica del mismo. Para ello hay que tener en cuenta, como ya señalábamos en el apartado anterior, que la adjudicación provisional se configura en la nueva regulación contractual como un acto declarativo de derechos (a diferencia del acto de propuesta de adjudicación, que de conformidad con el apartado 2 del artículo 144, no crea derecho alguno a favor del licitador propuesto frente a la adjudicación). Esta naturaleza jurídica resulta evidente si tenemos en cuenta que incluso, según el artículo 135.3 LCSP, en los procedimientos negociados y de diálogo competitivo, la adjudicación provisional delimitará y fijará los términos definitivos del contrato.

Por otro lado, la adjudicación provisional es un acto dictado por el órgano de contratación, y no por lo tanto una simple propuesta de adjudicación elevada por la mesa al órgano de contratación. De modo que la adjudicación definitiva del contrato resulta ser solamente un acto posterior a la provisional tras la acreditación por el adjudicatario provisional de su estado de cumplimiento de obligaciones tributarias así como de constitución de la garantía definitiva. De modo que la adjudicación provisional es un acto administrativo que pone fin a la vía administrativa y por lo tanto el recurso procedente dentro de nuestro sistema ordinario de recursos (Ley 30/92 y LJCA), será potestativamente el de reposición o en su caso directamente el recurso contencioso administrativo.

Lo que sucede como ya advertimos inicialmente, es que ni los plazos de interposición ni de resolución, ni los efectos de la interposición del mismo parecen compatibles con el curso del procedimiento previsto en la ley para la elevación de la adjudicación provisional a definitiva:

En primer lugar, para los actos que agotasen vía administrativa, la interposición del recurso potestativo de reposición procede en el curso de un mes desde la notificación del acto de adjudicación provisional; y además la regla general es la no suspensión del acto por la interposición (artículo 111 de la Ley 30/92), de manera que pese a quedar pendiente la resolución del recurso, transcurridos diez días después de pasados los quince que tiene el adjudicatario provisional para presentar la documentación requerida, se elevará a definitiva dicha adjudicación provisional. Contra esta adjudicación definitiva confirmatoria de la provisional será inadmisibles el recurso de reposición o contencioso en base a lo dispuesto en el artículo 28 de la LJCA. Esta misma conclusión sería predicable contra actos susceptibles de recurso de alzada.

Por ello, en atención a nuestro régimen ordinario de recursos, no se conseguirá en estos casos de contratos no sujetos a regulación armonizada el objetivo que se persigue en la ley con el recurso especial del 37, que es fundamentalmente la paralización del procedimiento en el caso de plantearse una impugnación de la adjudicación provisional sobre la valoración de las ofertas, evitando así que pese a la controversia sobre tal cuestión, se formalice la adjudicación del contrato y con ello se perfeccione y comience su ejecución; con las dificultades que ello entraña para un cumplimiento efectivo de la resolución que se dictase en su día estimando el recurso y por lo tanto anulando la adjudicación del contrato.

Sin embargo no siendo el recurso ordinario potestativo de reposición obligatorio, de no haberse interpuesto contra la provisional siempre cabrá el recurso contencioso por ser un acto firme que pone fin a la vía administrativa. Y el plazo para el recurso contencioso es de dos meses, es decir con posterioridad a la adjudicación definitiva.

Por ello contra los actos de adjudicación provisional dictados por el órgano de contratación y siempre que pongan fin a la vía administrativa, la impugnación del resultado de la valoración de los criterios de adjudicación, que resulta precisamente ser el contenido de la misma, se podrá llevar a cabo bien con la interposición potestativa del recurso de reposición y posteriormente contencioso administrativo; o bien directamente recurso contencioso administrativo. Lo que sucede es que con la regulación actual del procedimiento de adjudicación, la elevación a definitiva de la adjudicación provisional (es decir en diez días transcurridos los quince de publicidad de la provisional), se llevará a efecto con independencia de la interposición de los recursos, ya que estos no tienen efecto suspensivo inmediato.

IV.- Recursos contra los actos de adjudicación provisional y definitiva de los contratos privados celebrados por poderes adjudicadores no Administración pública, sujetos a regulación armonizada.

El diferente régimen jurídico del sistema de recursos contra la adjudicación provisional en los procedimientos contractuales se aplica, como ya hemos visto, según estemos ante actos dictados en el seno de contratos sujetos o no a regulación armonizada.

El recurso administrativo especial del artículo 37 está regulado dentro del título de la Ley relativo a disposiciones generales de los contratos del sector público. Por lo tanto, parece que con independencia de la naturaleza administrativa o privada de los contratos, cuando se trate de contratos sujetos a regulación armonizada de conformidad con el artículo 13, aunque sean privados, procede el citado recurso contra los actos de adjudicación provisional. Nos referimos a los contratos llevados a cabo por cualesquiera entes del sector público que no tengan la consideración de Administración pública, pero sí la de poder adjudicador. A estos contratos, privados de conformidad con el artículo 20 LCSP, se les aplican las reglas de adjudicación del Capítulo I, título I del Libro III, según previene el artículo 174. Dentro de estas normas se incluyen las relativas a la estructura del procedimiento en adjudicación provisional y definitiva, pero no está contenida en este título la regulación del recurso especial del artículo 37 LCSP.

No obstante la ubicación del artículo 37 en las disposiciones generales nos debe de llevar a la conclusión de su aplicación en el supuesto de contratos privados sujetos a regulación armonizada. A esta conclusión nos conduce también la regulación en el artículo 21 de la jurisdicción competente para el conocimiento de las cuestiones relativas a la preparación y adjudicación de los contratos privados de poderes adjudicadores que estén sujetos a regulación armonizada, que resulta ser la contencioso administrativa.

III. CONCLUSIONES

I.- En los contratos sujetos a regulación armonizada, la impugnación de la adjudicación provisional necesariamente deberá hacerse a través del recurso administrativo especial del artículo 37 LCSP, y contra su resolución cabrá interponer el recurso contencioso administrativo, sin que sea posible la interposición de éste directamente.

El acto de adjudicación definitiva confirmatorio de la provisional, pese a ser un acto que pone fin a la vía administrativa no será susceptible de recurso administrativo de reposición, o directamente contencioso administrativo, por ser mera reproducción del anterior de adjudicación provisional.

No obstante la adjudicación definitiva será en todo caso susceptible de revisión de conformidad con lo previsto en los artículos 31 a 34 LCSP.

II.- En los contratos no sujetos a regulación armonizada, la adjudicación provisional como acto declarativo de derechos, será susceptible de impugnación potestativamente a través del recurso administrativo de reposición o de alzada, y en todo caso, directamente a través del correspondiente recurso contencioso administrativo. Ambos recursos quedarán sometidos al régimen previsto para cada uno de ellos respectivamente en la ley 30/92 y en la LJCA. Contra el acto de adjudicación definitiva confirmatorio de la provisional, ponga o no fin a la vía administrativa no cabe recurso alguno; siendo únicamente susceptible de revisión de conformidad con lo previsto en los artículos 31 a 34 LCSP.

III.- El recurso especial contra la adjudicación provisional del artículo 37 LCSP será igualmente aplicable a los contratos sujetos a regulación

armonizada celebrados por poderes adjudicadores no Administración pública, pese a la naturaleza jurídica privada de los mismos.

Informe 18/2008, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón adoptado en su sesión de 21 de julio de 2008.