

A Dirección Xeral do Mercado Interior e Servizos da Comisión Europea, en escrito remitido a esta Comunidade Autónoma, sinalan unha presunta infracción en materia de contratación pública de algúns órganos de contratación, por unha incorrecta aplicación da Directiva 89/665/CE (na versión modificada pola Directiva 2007/66/CE) ao non respectar o prazo suspensivo entre a interposición do recurso especial contra o acto de adxudicación e a resolución do recurso (fondo e medidas provisionais) por un órgano independente do poder adxudicador.

Trae causa a presente Instrución do requirimento da Comisión de que, como medida de clarificación, se dea oportuno traslado a todos os órganos de contratación da Comunidade Autónoma de Galicia da situación que conleva a ausencia de órgano independente de resolución de recursos na nosa Comunidade e dos efectos que se derivan de tal circunstancia.

A vista do anteriormente exposto, en virtude da competencia atribuída no artigo 2 parágrafo 5 do Decreto 237/2007, do 5 de decembro, polo que se crea esta Xunta Consultiva de Contratación Administrativa, respecto a elaborar as instrucións que considere precisas para a mellora e eficacia da contratación da Administración autonómica e o seu sector público, na sesión da Comisión Permanente celebrada o 27 de marzo de 2012, acordouse aprobar esta Instrución coa finalidade de dar a coñecer o alcance e efectos do réxime de transitoriedade previsto no Texto Refundido da Lei de contratos do sector público ante a falta de regulación na Comunidade do órgano de resolución de recursos especiais e cuestión de nulidade previstas no artigo 37 do devandito texto legal:

INSTRUCCIÓN 1/2012 SOBRE ALCANCE E EFECTOS DA INEXISTENCIA DUN ÓRGANO DE RESOLUCIÓN DE RECURSOS ESPECIAIS E CUESTIÓNS DE NULIDADE NOS PROCEDIMENTOS DE CONTRATACIÓN DA COMUNIDADE AUTÓNOMA DE GALICIA, E INCIDENCIA PRÁCTICA DACORDO CO RÉXIME SUPLETORIO ESTABLECIDO NA DISPOSICIÓN TRANSITORIA SÉTIMA DO TEXTO REFUNDIDO DA LEI DE CONTRATOS DO SECTOR PÚBLICO.

1. INTRODUCCION

O Texto Refundido da Lei de Contratos do Sector Público (aprobado polo Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de novembro) regula, nos artigos 40 a 49, un recurso especial en materia de contratación previo á interposición do contencioso administrativo e de carácter potestativo.

Este recurso foi obxecto dunha substancial revisión da súa concepción orixinal, na *Lei 34/2010, de 5 de agosto, de modificación das Leis 30/2007, de 30 de outubro, de Contratos do Sector Público, 31/2007, sobre procedementos de contratación nos sectores do auga, a enerxía, os transportes e os servizos postais, e 29/1998, de 13 de xullo, reguladora da Xurisdición Contencioso-administrativa para a adaptación á normativa comunitarias das dúas primeiras*. O motivo da modificación neste ámbito derivou da necesidade de adecuar ao dereito comunitario a súa deficiente transposición na Lei 30/2007, de 30 de outubro, de contratos do sector público, en concreto, no relacionado co órgano encargado da súa resolución.

Nesta materia, a normativa comunitaria de referencia é **a Directiva 89/665/CEE do Consello, do 21 de decembro de 1989** (modificada pola Directiva 2007/66/CE), **relativa á coordinación das disposicións legais, regulamentarias e administrativas referentes á aplicación dos procedementos de recurso en materia de adxudicación dos contratos públicos de subministracións e de obras**, que iniciou a esixencia de crear tribunais especiais, independentes do órgano adxudicador, que solucionaran a lentitude e falta de obxectividade da que adoeceía o sistema de recursos administrativos tradicionais (alzada e reposición).

Ao respecto, no apartado 9 do seu artigo 2 a Directiva sinala o seguinte:

*“Cando os órganos responsables dos procedementos de recurso non sexan de carácter xurisdicional, as súas decisións deberán ir sempre motivadas por escrito. Ademais, nese caso, deberán adoptarse disposicións para garantir que calquera medida presuntamente ilegal adoptada polo órgano de recurso competente, ou calquera presunta infracción cometida no exercicio das facultades que ten conferidas, poida ser obxecto dun recurso xurisdicional ou dun recurso ante outro órgano xurisdicional no sentido do artigo 234 do Tratado CE, e que sexa **independente en relación co poder adxudicador e co órgano de recurso**.*

*O nomeamento dos membros desta **instancia independente** e a terminación do seu mandato estarán suxeitos ás mesmas condicións aplicables aos xuíces no relativo á autoridade responsable do seu nomeamento, a duración do seu mandato e a súa revogabilidade. Como mínimo, o presidente desta instancia independente deberá posuír as mesmas cualificacións xurídicas e profesionais que un xuíz. Esta instancia independente adoptará as súas decisións logo de realización dun procedemento contradictorio e tales decisións terán, polos medios que estipule cada Estado membro, efectos xurídicos vinculantes.* “

Foi, finalmente, a antedita lei 34/2010, de 5 de agosto, a que regulou a encomenda da resolución de estes recursos a unha figura novidosa na tradición administrativa contractual do noso país: un tribunal de carácter administrativo cos atributos de especialización e independencia funcional.

2. REGULACIÓN DOS TRIBUNAIS DE RECURSOS CONTRACTUAIS

De acordo co artigo 41 do Texto Refundido da Lei de Contratos do sector público (aprobado polo RDL3/2001, de 14 de novembro):

1. No ámbito da Administración Xeral do Estado, o coñecemento e resolución dos recursos especiais da súa administración estará encomendado a un órgano especializado que actuará con plena independencia funcional no exercicio das súas competencias. Este Tribunal coñecerá tamén dos recursos especiais que se susciten de conformidade co artigo anterior contra os actos dos órganos competentes do Consello Xeral do Poder Xudicial, do Tribunal Constitucional e do Tribunal de Contas.

A estes efectos crease o Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuais que estará adscrito ao Ministerio de Economía e Facenda.

2. No ámbito das Comunidades Autónomas, así como no dos órganos competentes das súas Asembleas Legislativas e das institucións autonómicas análogas ao Tribunal de Contas e ao Valedor do pobo, a competencia para resolver os recursos especiais será establecida polas súas normas respectivas, debendo crear tamén un órgano independente cuxo titular ou, no caso de que fose colexiado, polo menos o seu Presidente ostente cualificacións xurídicas e profesionais que garantan un axeitado coñecemento das materias de que deba coñecer. O nomeamento dos membros desta instancia independente e a terminación do seu mandato estarán suxeitos no relativo á autoridade responsable do seu nomeamento, a duración do seu mandato e a súa revogabilidade a condicións que garantan a súa independencia e inamovibilidade.

Como alternativa á creación dun tribunal propio, a norma sinala que as Comunidades Autónomas poderán atribuír a competencia para a resolución dos recursos ao *Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuais*, para o que deberán celebrar o correspondente convenio coa Administración Xeral do Estado, no que se estipulen as condicións en que a Comunidade sufragará os gastos derivados desta asunción de competencias.

3. No ámbito das Corporacións Locais, a competencia para resolver os recursos será “establecida polas normas das Comunidades Autónomas cando estas teñan atribuída competencia normativa e de execución en materia de réxime local e contratación”. No suposto de que non exista previsión expresa na lexislación autonómica, a competencia corresponderá “ao mesmo órgano ao que as Comunidades Autónomas en cuxo territorio integran as Corporacións Locais atribúsen a competencia para resolver os recursos do seu ámbito”.

4. Cando se trate dos recursos interpostos contra actos dos poderes adjudicadores que non teñan a consideración de Administracións Públicas, a competencia estará atribuída ao órgano independente que a ostente respecto da Administración a que estea vinculada a entidade autora do acto recorrido. Se a entidade contratante estivese vinculada con máis dunha Administración, o órgano competente para resolver o recurso será aquel que teña atribuída a competencia respecto da que

ostente o control ou participación maioritaria e, en caso de que todas ou varias delas, ostenten unha participación igual, ante o órgano que elixa o recorrente de entre os que resulten competentes conforme ás normas deste apartado.

5. Nos contratos subvencionados a que se refire o último inciso do artigo 40.1 desta Lei, a competencia corresponderá ao órgano independente que exerza as súas funcións respecto da Administración a que estea adscrito o ente ou organismo que tivese outorgado a subvención, ou ao que estea adscrita a entidade que a tivese concedido, cando esta non teña o carácter de Administración Pública. No suposto de concorrencia de subvencións por parte de distintos suxeitos do sector público, a competencia determinarase atendendo á subvención de maior contía e, a igualdade de importe, ao órgano ante o que o recorrente decida interpoñer o recurso de entre os que resulten competentes conforme ás normas deste apartado.

Do exposto cabe unha primeira conclusión: a normativa española, ante a dobre posibilidade prevista na Directiva de atribuír a competencia da resolución dos recursos especiais a un órgano xudicial ou a un órgano de carácter administrativo, encomendou a misión a un **órgano administrativo especializado** descartando aos órganos xudiciais.

3. FUNCIÓNS DOS TRIBUNAIS DE RECURSOS CONTRACTUAIS:

Os tribunais créanse para resolver recursos especiais, resolver as cuestións de nulidade nos supostos do artigo 37.1 do TRLCSP e resolver sobre a adopción de medidas provisionais.

3.1.- CONTRATOS E ACTOS SUSCEPTIBLES DE SER OBJETO DE RECURSO ESPECIAL.-

O recurso especial poderá ser interposto no seo dos contratos das Administracións Públicas e das entidades que ostenten a condición de poderes adjudicadores que de seguido se relacionan:

- a) Contratos de obras e concesión de obras públicas de importe igual o superior a 5.000.000 € sen IVA.
- b) de subministración de importe igual o superior a 200.000 € sen IVA,
- c) de servizos (cat. 1 a 16) de importe igual o superior a 200.000 € sen IVA,
- d) de todos os contratos de colaboración entre o Sector Público e o Sector Privado
- e) acordos marco suxeitos a regulación harmonizada (segundo se refira a contratos marco de obras, subministros ou servizos a calidade de harmonizados virá fixada polos importes antes citados);



- f) Contratos de servizos comprendidos nas categorías 17 a 27 do anexo II da LCSP con valor estimado igual ou superior a 200.000 euros;
- g) Contratos de xestión de servizos públicos nos que o orzamento de gastos de primeiro establecemento, sexa superior a 500.000 euros e o prazo de duración superior a cinco anos;
- h) e todos os contratos subvencionados a que se refire o artigo 17 do TRLCSP.

Con respecto a estes contratos, poden ser recorridos os seguintes actos:

- a) os anuncios de licitación, os pregos e documentos contractuais que establezan as condicións que deban rexer a contratación,
- b) os actos de trámite adoptado non procedemento de adxudicación, sempre que decidan directa ou indirectamente sobre a adxudicación, determinen a imposibilidade de continuar ou procedemento (entre eles ou acordou de exclusión de licitadores dás Mesas de contratación) ou produzan indefensión ou prexuízo irreparable a dereitos ou intereses lexítimos.
- c) os acordos de adxudicación adoptados polos poderes adxudicadores

3.2.- SUPOSTOS DE NULIDADE A RESOLVER POLO TRIBUNAL.-

Os supostos de nulidade regúlanse no artigo 37 do TRLCSP en referencia aos contratos harmonizados e os de servizos categoría 17 a 27 cun valor estimado igual ou superior a 200.000 €:

- Cando o contrato se adxudique sen publicar anuncio previo nos casos en que sexa perceptivo segundo o art. 142 e sempre que non concorran as causas de improcedencia de declaración de nulidade do apartado 2 do artigo 37.
- Cando non se respecte o prazo de 15 días para formalizar o contrato do artigo 156.3, impedindo interpoñer recurso e con actuacións procedimentais irregulares
- Cando se formalice o contrato sen respectar a suspensión dos actos por mor da interposición dun recurso especial
- Tratándose dun contrato baseado nun acordo marco do artigo 196 celebrado con varios empresarios, por incumprirse as normas procedimentais sobre adxudicación establecidas no parágrafo segundo do artigo 198.4. e sempre que non concorran as causas de improcedencia de declaración de nulidade do apartado 3 do artigo 37.



- Cando se trate da adxudicación dun contrato específico baseado nun sistema dinámico de contratación no que estivesen admitidos varios empresarios, por incumprirse as normas establecidas no artigo 202 sobre adxudicación de tales contratos e sempre que non concorran as causas de improcedencia de declaración de nulidade do apartado 3 do artigo 37.

4. EFECTOS DA INTERPOSICIÓN DUN RECURSO ESPECIAL

Como regra xeral do noso dereito administrativo a interposición en prazo dun recurso interrompe o proceso de adquisición de firmeza do acto recorrido pero non suspende a súa eficacia salvo nos concretos supostos en que una norma así o estableza (artigo 94 da Lei 30/1992, de 26 de novembro, de Réxime Xurídico das Administracións Públicas e do PAC). Pois ben, atopamos na regulación do recurso especial do TRLCSP un deses supostos que excepcionan a regra xa que, sobre os efectos da interposición cabe, en atención a tipoloxía dos actos recorridos, diferentes consecuencias segundo o acto recorrido sexa o de adxudicación ou calquera outro.

En efecto:

- a interposición dun recurso especial contra os anuncios de licitación, os pregos ou documentos que establezan as condicións da contratación, ou os actos trámite descritos no artigo 40.2.b) non provocan a paralización da tramitación do expediente de contratación. Polo tanto, a tramitación do procedemento de resolución do recurso pode simultanearse coa continuación da tramitación do procedemento de licitación;
- sen embargo, a interposición dun recurso especial contra o acto de adxudicación provoca a suspensión automática da tramitación do procedemento (artigo 45 do TRLCSP e 1.5 da Directiva 2007/66/CE) co fin de evitar que a execución do acto derive en danos e prexuízos de difícil reparación en caso de ser estimado.

5. EFECTOS DA RESOLUCIÓN DO RECURSO ESPECIAL. ESPECIAL INCIDENCIA AS CONSECUENCIAS DA FALTA DUN TRIBUNAL NA COMUNIDADE AUTÓNOMA

Como quedou dito, a lei prevé que se asigne a resolución dos recursos especiais e as cuestións de nulidade a un órgano independente do órgano de contratación.

Como previsión da súa creación polo Consello da Xunta, a Lei 15/2010, de 28 de decembro de medidas fiscais e administrativas para a Comunidade Autónoma de Galicia autorizou, no seu artigo 36, a creación do devandito órgano nos seguintes termos:

“Autorízase ao Consello da Xunta para que, por proposta da Consellería de Facenda e respectando a lexislación estatal básica, cree un órgano colexiado independente para o coñecemento e a resolución das cuestións de nulidade formuladas e dos recursos especiais en materia de contratación que se interpoñan en relación cos procedementos de contratación da Administración Xeral da comunidade autónoma e das entidades que integran ou sector público autonómico, así como, das corporacións locais de Galicia e entidades delas dependentes. A creación do órgano non poderá supoñer incremento do gasto público. ”

A pesar desta iniciativa, nestas datas, o órgano aínda non foi creado polo que debemos acudir á Disposición Transitoria 7ª do TRLCSP que dispón que, en tanto non regule ante quen deben interpoñerse os recursos especiais e as cuestións de nulidade e os efectos da súa interposición, atenderase as seguintes peculiaridades respecto ao réxime xeral antes descrito:

- A competencia para resolver continuará encomendada **aos mesmos órganos que a tiveran encomendada ata a actualidade** e as súas resolucións serán susceptibles de recurso contencioso-administrativo.
- Se as resolucións dos recursos non son totalmente estimatorias ou, aínda que sexan estimadas, compareceran outros interesados distintos dos recorrentes, **non serán executivas ata que sexan firmes ou, se son recorridas, ata que o órgano xurisdiccional competente decida sobre a suspensión.**

Considera a Comisión Europea que, consecuencia do anteriormente exposto, é que en tanto na Comunidade Autónoma non se poña en práctica unha das dúas opcións legalmente establecidas (creación de tribunal propio ou convenio co *Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuais*), os recursos contra os actos de adjudicación presentados ante os tribunais da xurisdición administrativa en primeira instancia terán carácter suspensivo da celebración do contrato hasta que os devanditos órganos xurisdicionais diten resolución sobre o fondo ou sobre as medidas provisionais.

Polo tanto, a pesar de que o artigo 49 do TRLCSP sinala que a resolución dun recurso especial é *“directamente executiva”*, constátase que esta cualidade reservase ás resolucións emitidas por un tribunal de recursos e, polo contrario, cando son emitidas polos órganos de contratación ante a ausencia de tribunal, a Disposición Transitoria 7ª condiciona a súa executividade a que teñan adquirido firmeza polo transcurso do tempo sen que se teña interposto recurso contencioso-administrativo, ou, de ser interposto este recurso, a que o órgano xurisdiccional decida sobre o fondo e as medidas provisionais.

Santiago de Compostela, a 27 de marzo de 2012