



Consultivo

CIRCULAR Nº 3/2010

Asunto: Cuestiones relacionadas 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, de 30 de octubre, 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 adaptación a la normativa comunitaria de las dos primeras.

INTRODUCCIÓN

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, de 30 de octubre, 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 adaptación a la normativa comunitaria de las dos primeras, afecta, en lo que atañe a la Ley 30/2007, de 30 de octubre, no sólo al recurso especial que regulaba el artículo 37 de este texto legal, sino también a determinadas normas, de muy diferente contenido, en materia de contratación pública, entre las que destaca la supresión de la dualidad adjudicación provisional-adjudicación definitiva.

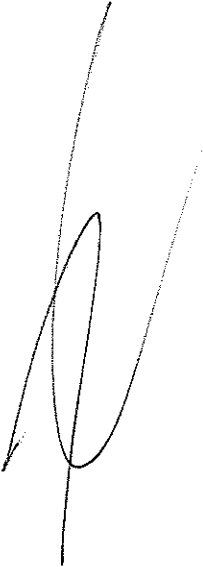
En relación con el recurso especial en materia de contratación, la Ley 34/2010, de 5 de agosto, incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2007/66/CE, de 11 de diciembre, que modifica las Directivas 89/665/CEE, de 21 de diciembre, y 92/13/CEE, de 25 de febrero. El carácter sustancial de la modificación operada por la Directiva 2007/66/CE, de 11 de diciembre, se traduce, como no podía ser de otra modo, en una importante reforma de la regulación que del recurso especial en materia de contratación hacía el artículo 37 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre.



La importancia de esta modificación aconseja que esta Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado elabore, como instrumento que facilite la función de asesoramiento jurídico a los órganos de contratación en aspectos relacionados con dicho recurso especial y, a la vez, posibilite la necesaria unidad de criterio, una circular en la que, aun sin una pretensión de exhaustividad, se aborden las principales cuestiones que suscita la reforma legislativa efectuada –a lo que se dedica el apartado A)–, sin entrar, por obvias razones, en aquéllas que deban ser resueltas por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, y sin perjuicio de que se examinen otras cuestiones ajenas al referido recurso, como son las concernientes al arbitraje y al concepto de órgano de contratación del artículo 135 –a lo que se dedica el apartado B)–.

A) Recurso especial en materia de contratación.

A.1. Derecho transitorio.



Los problemas de derecho transitorio que plantea la entrada en vigor de la Ley 34/2010, de 5 de agosto, tanto en lo que puede calificarse como cuestiones sustantivas (mantenimiento de la dualidad adjudicación provisional-adjudicación definitiva para los contratos cuyos procedimientos se hayan iniciado con anterioridad a la entrada dicho texto legal) como en lo que puede denominarse cuestiones formales o procedimentales (régimen de recurso contra los actos de adjudicación dictados con anterioridad y posterioridad a la entrada en vigor de la repetida norma legal), han sido abordados por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su reciente informe nº 45/10, de 28 de septiembre de 2010. “Acuerdo de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en relación con los supuestos de derecho transitorio que pueden derivar de la entrada en vigor de la Ley 34/2010, de 5 de agosto”.



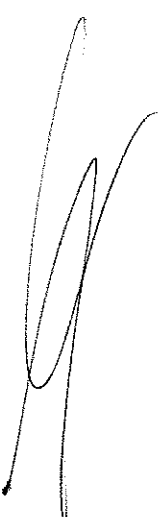
Dando por reproducidos aquí, para evitar reiteraciones innecesarias, las consideraciones que se recogen en el cuerpo de dicho informe, se formulan en el mismo las siguientes conclusiones:

“1. Los expedientes de contratación que de conformidad con la disposición transitoria primera de la Ley de Contratos del Sector Público deban considerarse iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 34/2010, de 5 de Agosto, se seguirán rigiendo por la primera en su redacción original, manteniéndose las adjudicaciones provisional y definitiva.

2. Contra la adjudicación provisional cabrá interponer el recurso especial previsto en el artículo 37 de la Ley de Contratos del Sector Público en su redacción original, siempre que se haya acordado antes de la entrada en vigor de la Ley 34/2010, de 5 de Agosto, aunque el plazo para interponerlo y su interposición efectiva tengan lugar con posterioridad a dicha fecha.

3. Contra la adjudicación provisional acordada con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 34/2010, de 5 de agosto, no cabrá la interposición del recurso especial regulado en los artículos 310 y siguientes de la Ley de Contratos del Sector Público salvo el caso en que deba entenderse que reúne los requisitos que, con arreglo a este artículo, permiten recurrir los actos de trámite.

4. Contra la adjudicación definitiva no cabrá en ningún caso la interposición del recurso especial regulado en el artículo 37 de la Ley de Contratos del Sector Público en su redacción anterior, pero sí la interposición del recurso regulado en los artículos 310 y siguientes de la nueva Ley siempre que tanto la adjudicación provisional como la definitiva se hayan acordado después de la entrada en vigor de la Ley 34/2010, de 5 de agosto, o, en caso contrario, si la definitiva se recurriera por infracción del ordenamiento jurídico derivada de la cumplimentación de los trámites previstos entre ambas adjudicaciones”.



A.2. Carácter potestativo del recurso especial en materia de contratación en el ámbito de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.


De acuerdo con el artículo 310 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), añadido por el artículo primero. Tres de la Ley 34/2010, de 5 de agosto, “serán susceptibles de recurso especial en materia



de contratación previo a la interposición del recurso contencioso, los actos relacionados en el apartado 2 de este mismo artículo, cuando se refieran a los siguientes tipos de contratos que pretendan concertar las Administraciones Públicas y las entidades que ostenten la condición de poderes adjudicadores:

- a) Contratos de obras, concesión de obras públicas, de suministro, de servicios, de colaboración entre el Sector Público y el Sector Privado y acuerdos marco, sujetos a regulación armonizada.
- b) Contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II de esta Ley cuyo valor estimado sea igual o superior a 193.000 euros y
- c) Contratos de gestión de servicios públicos en los que el presupuesto de gastos de primer establecimiento, excluido el importe del IVA, sea superior a 500.000 euros y el plazo de duración superior a cinco años.
Serán también susceptibles de este recurso los contratos subvencionados a que se refiere el artículo 17”.

Ahora bien, el apartado 6 del propio artículo 310 señala de forma clara que “el recurso especial regulado en este artículo y los siguientes tendrá carácter potestativo”.



Ello no significa otra cosa que los interesados podrán acudir directamente a la vía contencioso-administrativa contra la decisión adoptada por el órgano de contratación respecto a los contratos de referencia, sin necesidad de pasar por el recurso especial que es resuelto por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales o por los Tribunales Administrativos Territoriales de Recursos Contractuales que, en su caso, se creen de acuerdo con la disposición adicional primera de la Ley 34/2010.

Esta previsión legal del artículo 310.6 de la LCSP resulta aplicable no sólo a los actos mencionados en el apartado 2 de dicho precepto y dictados por los órganos de contratación de las Administraciones Públicas en los contratos a que



se refiere el apartado 1, sino también a los actos (de preparación y de adjudicación) dictados por los órganos de contratación de los entes, organismos y entidades del sector público que ostenten la condición de poderes adjudicadores y cuyos contratos tienen siempre la consideración de contratos privados (artículo 20.1 de la LCSP), por lo que, a partir de la entrada en vigor de la Ley 34/2010, será posible interponer recurso contencioso-administrativo directo contra actos dictados por sociedades estatales regidas por el Derecho privado, sin la intervención previa de un órgano administrativo, como ocurría antes con el artículo 37.4 de la LCSP en su redacción originaria.

A.3. Admisión de recursos administrativos previos al recurso especial en el ámbito de las Comunidades Autónomas.

El artículo 311 de la LCSP, relativo al “Órgano competente para la resolución del recurso”, establece en su apartado 2 lo siguiente:

“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 Defensor del Pueblo la competencia para resolver los recursos será establecida por sus normas respectivas, debiendo crear un órgano independiente cuyo titular, o en el caso de que fuera colegiado al menos su Presidente, ostente cualificaciones jurídicas y profesionales que garanticen un adecuado conocimiento de las materias 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.

Las Comunidades Autónomas podrán prever la interposición de recurso administrativo previo al contemplado en el artículo 310”.

Esa última previsión habilita a las Comunidades Autónomas, a diferencia de la Administración General del Estado, para establecer, con carácter previo a la interposición del recurso especial del artículo 310, un recurso administrativo, dando así a un órgano administrativo autonómico la oportunidad de resolver sobre



la pretensión formulada antes de que la misma pueda ser analizada por el órgano independiente de necesaria creación a que se refiere el apartado 2 del propio artículo 310 a través del recurso especial que, en todo caso y de acuerdo con el artículo 310.6, tiene carácter potestativo.

A.4. Concepto de legitimados: criterios para precisar el alcance del artículo 312 de la LCSP, en el caso de terceros no licitadores.

El artículo 312 de la LCSP, bajo la rúbrica de “Legitimación”, dispone que “podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”. Dicho precepto es fiel trasunto del artículo 37.3 de la LCSP en su redacción originaria.

Para precisar el alcance de ese precepto en caso de terceros interesados no licitadores no existe ninguna pauta interpretativa en el mismo, por lo que habrá que tener en cuenta la doctrina jurisprudencial acerca del concepto de “interés legítimo”, mencionado en textos de la importancia de la Ley 30/192, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común –LFJ-PAC– (artículo 107.1, relativo a los recursos administrativos).

En este sentido, si el derecho –subjeto – es siempre reconocible, el interés legítimo, según reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, equivale a la titularidad de una posición de ventaja o de una utilidad jurídica por parte de quien ejercita la pretensión y que se materializaría, de prosperar ésta, en la obtención de un beneficio de índole material, jurídico o moral o en la evitación de un perjuicio, con tal de que la obtención del beneficio o evitación del perjuicio sea cierta y no meramente hipotética o eventual (sentencias de 19 de noviembre de 1993, 8 de abril de 1994 y 27 de enero de 1998, entre muchas otras).

A.5. Anuncio previo del recurso especial como trámite distinto al de interposición del recurso (artículo 314).

El artículo 314 de la Ley se refiere a la iniciación del procedimiento y al plazo de interposición del recurso, estableciendo en su apartado 1 que "todo aquel que se proponga interponer recurso contra alguno de los actos indicados en el artículo 310.1 y 2 deberá anunciarlo previamente mediante escrito especificando el acto del procedimiento que vaya a ser objeto del mismo, presentado ante el órgano de contratación en el plazo previsto en el apartado siguiente para la interposición del recurso".

El apartado 2, primer párrafo, continúa diciendo que "el procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 135.4".

La Directiva 2007/66/CEE, de 11 de diciembre, que sirve de base a la Ley 34/2010, establece en su artículo 1 que los "Estados miembros pueden exigir que la persona que desee interponer un recurso haya informado previamente al poder adjudicador de la presunta infracción y de su intención de presentar recurso, siempre que ello no afecte al plazo suspensivo a que se refiere el artículo 2 bis, apartado 2, ni a cualesquiera otros plazos de interposición de recurso conforme al artículo 2 quater". El legislador español ha optado por establecer el anuncio previo del recurso con carácter obligatorio.

Si bien es cierto que, tanto el anuncio de interposición del recurso como su interposición, deben realizarse en el mismo plazo, el de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado, es posible distinguir entre uno y otro, aunque el margen temporal entre el anuncio en cuestión y la interposición del recurso sea mínimo.

La necesidad de diferenciar claramente uno y otro y de que exista, en todo caso, ese anuncio previo de recurso se pone de manifiesto en el apartado 4 del



citado artículo 314 que obliga en todo caso al recurrente a acompañar al escrito de interposición del recurso “el justificante de haber dado cumplimiento a lo establecido en el apartado 1 de este artículo. Sin este justificante no se dará curso al escrito de interposición aunque su omisión podrá subsanarse de conformidad con lo establecido en el apartado siguiente” –letra e)–.

Es decir, aunque tenga que cumplimentarse esta exigencia en el mismo plazo que el establecido para la interposición del recurso, el anuncio previo en cuestión, que ha de formalizarse mediante escrito especificando el acto del procedimiento de contratación que vaya a ser objeto del recurso, es obligatorio, debiendo justificarse haber dado cumplimiento a esa exigencia al presentar el escrito de interposición del recurso, pues, de lo contrario, no se dará curso al mismo, aunque se trata de una omisión subsanable de acuerdo con el artículo 314.5 de la Ley.

A.6. Solicitud de medidas provisionales después de la interposición del recurso especial: plazo.

La Ley 34/2010 ha previsto la posibilidad de solicitar las medidas provisionales antes de interponer el recurso especial, en el mismo momento de su interposición o después de ésta.

El artículo 313.1 de la LCSP establece:

“Antes de interponer el recurso especial regulado en este Libro, las personas físicas y jurídicas, legitimadas para ello con arreglo a lo dispuesto en el artículo anterior, podrán solicitar ante el órgano competente para resolver el recurso la adopción de medidas provisionales.”

En el artículo 314.4 de la LCSP se dispone:

“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 anterior, cuya adopción se solicite.”

Finalmente, el artículo 316.4, segundo párrafo, in fine, de la LCSP preceptúa:

“Si las medidas provisionales se hubieran solicitado después de la interposición del recurso, el órgano competente resolverá sobre ellas en los términos previstos en el párrafo anterior sin suspender el procedimiento principal.”

Respecto del plazo para solicitar las medidas provisionales después de la interposición del recurso especial, hay que entender que dicha solicitud puede formularse en cualquier momento antes de que se dicte resolución, de acuerdo con la regulación del procedimiento administrativo general y, en concreto, de lo previsto en el artículo 72 de la LRJ-PAC.

A.7. Cumplimiento de plazos de los artículos 313.2 (medidas provisionales) y 316.2 (tramitación) en caso de órganos colegiados.

El artículo 313.2 de la LCSP establece en su segundo párrafo lo siguiente:

“El órgano decisorio, en el mismo día en que se reciba la petición de la medida provisional, comunicará la misma al órgano de contratación, que dispondrá de un plazo de dos días hábiles para presentar las alegaciones que considere oportunas referidas a la adopción de las medidas solicitadas o a las propuestas por el propio órgano decisorio”.

Por su parte, el artículo 316.2 dispone:

“Interpuesto el recurso, el órgano encargado de resolverlo lo notificará en el mismo día al órgano de contratación con remisión de la copia del escrito de interposición y reclamará el expediente de contratación a la entidad, órgano o servicio que lo hubiese tramitado, quien deberá remitirlo dentro de los dos días hábiles siguientes acompañado del correspondiente informe.”



La brevedad de los plazos reseñados responden a una de las características propias del recurso especial, que es precisamente el de la agilidad de trámites, de modo que la resolución pueda adoptarse en el tiempo más breve posible sin dejar de atender a la garantía de los derechos de los interesados, como destaca la Exposición de Motivos de la Ley 34/2010 en su párrafo sexto.

Desde el punto de vista estrictamente jurídico, nada es objetable a esta brevedad de plazos, sin perjuicio de que, desde una perspectiva práctica, puedan plantearse algunos problemas en cuanto a su cumplimiento, especialmente cuando se trate de órganos de contratación de carácter colegiado cuyo funcionamiento requiere unas formalidades de convocatoria y funcionamiento y respecto de los cuales la Ley no ha establecido especialidad alguna.

Por tanto, existiendo la obligación de cumplir los plazos legalmente previstos, los órganos de contratación colegiados habrán de prever soluciones prácticas que faciliten su cumplimiento, tales como la convocatoria a la mayor urgencia de sus reuniones o la delegación de su competencia en órganos unipersonales.

A.8. Recursos contra la adjudicación: ¿la suspensión es automática, o se acuerda automáticamente tras su solicitud como medida cautelar?

La LCSP se pronuncia sobre el recurso contra el acto de adjudicación en su artículo 315, para establecer que “una vez interpuesto el recurso, si el acto recurrido es el de adjudicación, quedará en suspenso la tramitación del expediente de contratación”.

La interpretación literal de este precepto lleva a concluir que, en el caso del recurso especial contra la adjudicación del contrato, la suspensión se producirá de forma automática. A esta misma conclusión conduce la redacción del artículo 37.1.c) al referirse al supuesto en que se lleve a efecto la formalización del



contrato sin tener en cuenta la “suspensión automática” del acto de adjudicación, expresión que se reitera también en el artículo 316.3, segundo párrafo.

Puesto que la Ley no prevé esta suspensión automática en estos otros casos los restantes actos susceptibles de recurso especial, hay que entender que sólo se producirá la suspensión del procedimiento cuando así lo acuerde el Tribunal a instancia del recurrente.

A.9. Suspensión en caso de recurso contra los pliegos (artículo 313.4).

Para este supuesto específico, el artículo 313.4 de la LCSP prevé que “la suspensión del procedimiento que pueda acordarse cautelarmente no afectará, en ningún caso, al plazo concedido para la presentación de ofertas o proposiciones por los interesados”.

La razón de este precepto es doble: De una parte, la suspensión es aplicable únicamente a la actividad de la Administración en el marco del procedimiento de contratación, no a la actividad de terceros ajenos a la Administración, como es el caso de la presentación de ofertas por los licitadores. Por otro lado, dado que el recurso puede ser eventualmente desestimado, es preferible mantener, en lo posible, las actuaciones válidamente realizadas por terceros, como es la presentación de ofertas o proposiciones, evitando tener que reproducirlas una vez desestimado el recurso, dejándolas sin efecto solamente en el caso de que ello constituya una exigencia derivada de su estimación.

A.10. Plazo de interposición del recurso especial: ¿15 días desde la “remisión”, o desde la recepción (con constancia documental) de la notificación del acto impugnado?. Dies a quo en el supuesto del artículo 314.2.b).

El artículo 314.2 prevé que “el procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles



contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 135.4”.

El legislador ha utilizado el término remisión como dies a quo, dando traslado así a una de las posibilidades previstas en el texto de la Directiva 2007/66/CE.

La razón de este sistema especial de cómputo del plazo puede encontrarse en la necesidad de hacer coincidir el cómputo del plazo entre la adjudicación y la formalización (artículo 140.3 de la LCSP) con el del plazo para la interposición del recurso especial contra la adjudicación, de modo que el plazo se compute siempre desde una misma fecha para todos los interesados.

No obstante, no puede olvidarse que el sistema de cómputo de plazos arraigado en el ordenamiento jurídico español (en concreto, en la LRJ-PAC), en coherencia con los principios de seguridad jurídica y defensa del administrado, es el de considerar dies a quo el de la fecha de notificación en forma del acto susceptible de recurso.

Por ello, y sin perjuicio de la interpretación de la norma conforme al sentido literal de sus palabras, debe tenerse en cuenta la posibilidad de que la jurisprudencia haga prevalecer sobre el mismo los principios generales antes citados.

En todo caso, la práctica aconseja que se proceda a la notificación del acto recurrible del modo más ágil posible, a fin de conciliar en lo posible la LCSP con la LRJ-PAC, lo que obligará a la Administración contratante a generalizar en la práctica el sistema de notificaciones electrónicas regulado en la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, para lo cual será conveniente exigir en los pliegos que los licitadores faciliten a la Administración una dirección de correo electrónico, tal y como prevé la nueva redacción del artículo 130.d) de la LCSP, para recibir las notificaciones en la misma fecha en que les sean remitidas, conciliando así el interés de la



Administración y de los licitadores en la tramitación ágil del procedimiento sin merma de las garantías de los particulares.

Debe recordarse que, además, las adjudicaciones han de publicarse en el perfil del contratante (artículo 42 de la LCSP), con los efectos que tal publicación conlleva conforme al artículo 59.6 de la LRJ-PAC.

Por lo que se refiere al cómputo del plazo para recurrir contra los actos de trámite, el artículo 314.2.b) dispone lo siguiente:

“Cuando se interponga contra actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación o contra un acto resultante de la aplicación del procedimiento negociado sin publicidad, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya tenido conocimiento de la posible infracción”.

En estos casos, el cómputo del plazo no suscita problemas de interpretación, sin perjuicio de que pueda plantearse en la práctica la cuestión relativa a la prueba por el interesado del momento en que se produjo esa circunstancia.

A.11. Posibilidad de que el órgano de contratación emita el informe sobre el recurso y las alegaciones sobre las medidas cautelares en un mismo acto, cuando el recurso especial se interponga ante dicho órgano de contratación.

El artículo 316.2 de la LCSP establece:

“Interpuesto el recurso, el órgano encargado de resolverlo lo notificará en el mismo día al órgano de contratación con remisión de la copia del escrito de interposición y reclamará el expediente de contratación a la entidad, órgano o servicio que lo hubiese tramitado, quien deberá remitirlo dentro de los dos días hábiles siguientes acompañado del correspondiente informe.

Si el recurso se hubiera interpuesto ante el órgano de contratación autor del acto impugnado, éste deberá remitirlo al órgano encargado de



resolverlo dentro de los dos días hábiles siguientes a su recepción acompañado del expediente administrativo y del informe a que se refiere el párrafo anterior.”

Y el artículo 313.2 dispone:

“El órgano competente para resolver el recurso deberá adoptar decisión en forma motivada sobre las medidas provisionales dentro de los cinco días hábiles siguientes, a la presentación del escrito en que se soliciten.

A estos efectos, el órgano decisorio, en el mismo día en que se reciba la petición de la medida provisional, comunicará la misma al órgano de contratación, que dispondrá de un plazo de dos días hábiles, para presentar las alegaciones que considere oportunas referidas a la adopción de las medidas solicitadas o a las propuestas por el propio órgano decisorio. Si transcurrido este plazo no se formularan alegaciones se continuará el procedimiento”.

De conformidad con estos dos preceptos, el órgano de contratación dispone de dos días hábiles para emitir tanto el informe sobre el recurso especial como sobre las medidas provisionales solicitadas por el recurrente.

Si las medidas se solicitaran en el escrito de interposición, ambos plazos se unifican en uno único de dos días hábiles contados desde que el Tribunal dé traslado al órgano de contratación del escrito de interposición.

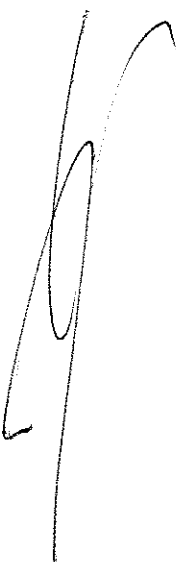
De la misma manera que cuando el escrito se interpone ante el órgano de contratación éste dispone de dos días para emitir su informe, hay que entender que el mismo plazo es aplicable para que se manifieste sobre las medidas provisionales solicitadas en dicho escrito, aun cuando la norma no lo disponga expresamente. Y ello con fundamento en un principio de economía procedimental que hace innecesario un posterior trámite de audiencia sobre la solicitud de medidas provisionales –de las que ya tiene conocimiento el órgano de contratación desde su presentación–, máxime teniendo en cuenta que, como señala el párrafo sexto de la Exposición de Motivos de la Ley 34/2010, el procedimiento de recurso debe constar de trámites ágiles que aseguren que su resolución se dicte en el tiempo más breve posible.



A.12. Recursos contra actos de exclusión de licitadores acordados por la Mesa de Contratación: interpretación sistemática de los artículos 310.2.b), 314.2.b) y 135.4.

El artículo 310.2.b) incluye expresamente entre los actos susceptibles del recurso especial en materia de contratación a los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que éstos 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, añadiendo que “se considerarán actos de trámite que determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento los actos de la Mesa de Contratación por los que se acuerde la exclusión de licitadores”.

Por su parte, el artículo 314.2, al regular el plazo de interposición del recurso especial, establece en su apartado 2 una regla general con arreglo a la cual, el procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 135.4. Pero añade que “no obstante lo dispuesto en el párrafo anterior: (...) b) Cuando se interponga contra actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación (...) el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya tenido conocimiento de la posible infracción”.



Dado que el artículo 310.2.b) califica expresamente como actos de trámite susceptibles de recurso especial los actos de la Mesa por los que se acuerde la exclusión de licitadores, parece lógico entender que, contra dichos actos de trámite, el cómputo del plazo para la interposición del recurso especial se iniciará de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 314.2.b), esto es, a partir del día siguiente a aquél en el que el licitador haya tenido conocimiento de su exclusión por la Mesa de Contratación. En suma, siendo el acuerdo de exclusión de licitadores por la Mesa de Contratación un acto de trámite cualificado, el día a quo en el plazo de interposición del recurso especial contra tales acuerdos tendría



que ajustarse, en principio, a la regla especial prevista para los recursos contra actos de trámite en el artículo 314.2.b).

Sin embargo, el artículo 135.4 parece admitir otra solución. Tras disponer que la adjudicación, que deberá ser motivada, se notificará a los candidatos o licitadores y, simultáneamente, se publicará en el perfil de contratante, el citado precepto señala que “la notificación deberá contener, en todo caso, la información necesaria que permita al licitador excluido o candidato descartado interponer, conforme al artículo 310, recurso suficientemente fundado contra la decisión de adjudicación”, añadiendo que, en particular, expresará los siguientes extremos:

“a) En relación con los candidatos descartados, la exposición resumida de las razones por las que se haya desestimado su candidatura. b) Con respecto de los licitadores excluidos del procedimiento de adjudicación, también de forma resumida, las razones por las que no se haya admitido su oferta.(...)”.

El artículo 135.4 impone expresamente al órgano de contratación la obligación de notificar la adjudicación no sólo a los candidatos descartados, sino también a los licitadores excluidos, con el propósito declarado de que el licitador excluido pueda interponer recurso especial contra la adjudicación, incluyendo, también expresamente, en el contenido de la notificación de la adjudicación no sólo la información relativa a las causas por las que se haya desestimado la candidatura de los candidatos descartados (esto es, los admitidos a la licitación cuyas ofertas no han resultado seleccionadas), sino también la información relativa a las razones de inadmisión de las ofertas de los candidatos excluidos del procedimiento de adjudicación, en el acto de calificación de la documentación efectuado por la Mesa.

La rotundidad de los términos en los que aparece redactado el artículo 135.4 obliga a concluir que la Ley 34/2010 ha establecido, en la práctica, dos posibilidades de recurso contra los actos de exclusión de licitadores acordados por las Mesas de Contratación: el recurso especial contra el acto de trámite cualificado (artículo 310.2.b) que implica la exclusión acordada por la Mesa, que



podrá interponerse a partir del día siguiente a aquel en el que el interesado haya tenido conocimiento de la posible infracción (artículo 314.2.b), y el recurso especial contra el acto de adjudicación del contrato, que podrá interponerse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se notifique la adjudicación, de acuerdo con el artículo 314.2. Estas dos posibilidades no son acumulativas, sino que tienen carácter subsidiario y así, en el caso de que en su momento la Mesa de contratación notifique debidamente al licitador su exclusión del procedimiento, el plazo para el recurso especial contra la exclusión contará desde el conocimiento de la exclusión por parte del licitador; en cambio, si la Mesa de contratación no notifica formalmente la exclusión al licitador, éste podrá impugnarla en el recurso que interponga contra el acto de adjudicación, después de que éste le sea notificado con el contenido del artículo 135.4 de la LCSP.

Los Abogados del Estado que formen parte o asesoren a las Mesas o Juntas de Contratación constituidas en el ámbito del sector público estatal deberán velar por que la exclusión de licitadores se acuerde por aquéllas de forma expresa y motivada, mediante resolución debidamente notificada a los interesados, y con inclusión del correspondiente pie de recurso ajustado a lo dispuesto en el artículo 314.2.b) de la Ley.

Igualmente habrán de asesorar a los órganos de contratación sobre la necesidad de notificar la adjudicación de los contratos a todos los candidatos y licitadores, con el alcance y contenido previstos en el nuevo artículo 135.4

A.13. Plazo máximo para la resolución del recurso especial. Aplicación supletoria de la Ley 30/1992.

Ante la falta de indicación en la Ley 34/2010 del plazo máximo para resolver el recurso especial en materia de contratación, se ha de considerar aplicable el plazo de tres meses previsto con carácter general en el artículo 42.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las



Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, a la que remite el artículo 316.1 de la propia Ley 34/2010, debiendo entenderse que, transcurrido dicho plazo sin que se haya notificado la resolución expresa del recurso, el silencio será negativo (artículo 43.2 de la Ley 30/1992),

A.14. Procedencia de interponer recurso especial respecto de los contratos de servicios de las categorías 17 a 27 del Anexo II de la LCSP, de cuantía igual o superior a 193.000 € e inferior a 387.000 €, que pretendan adjudicar las entidades comprendidas en el ámbito de aplicación subjetivo de la Ley 31/2007, de 30 de octubre.

Para resolver adecuadamente la cuestión relativa a la posible interposición del recurso especial regulado en los artículos 310 y siguientes de la LCSP respecto de los contratos de servicios de las categorías 17 a 27 del Anexo II de dicho texto legal, de cuantía igual a superior a 193.000 € e inferior a 387.000 €, que se pretendan adjudicar por las entidades comprendidas en el ámbito de aplicación de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, denominada comúnmente Ley de Contratos de Sectores Excluidos (LCSE), debe partirse de unas consideraciones previas sobre el régimen jurídico de dos grupos de contratos que quedan excluidos del ámbito de aplicación de este último texto legal y que se recogen en un informe de este Centro Directivo de 14 de octubre de 2008 (ref. A.G. Entes Públicos 165/08).

1) Contratos excluidos del ámbito de aplicación de la LCSE por ser su cuantía inferior a los umbrales o límites establecidos en el artículo 16 de dicho texto legal.

El régimen jurídico aplicable a estos contratos resulta de la disposición adicional undécima, apartado 2, inciso final de la LCSP que establece lo siguiente:



“los contratos excluidos de la aplicación de la Ley sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, por la que se incorporan al ordenamiento jurídico Español la Directiva 2004/17/CE y la Directiva 92/13/CEE, que se celebren en estos sectores por los entes, organismos y entidades mencionados (se refiere a los entes, organismos y entidades que no tengan el carácter de Administraciones Públicas) se regirán por las disposiciones pertinentes de la presente Ley, sin que les sean aplicables, en ningún caso, las normas que en esta se establecen exclusivamente para los contratos sujetos a regulación armonizada”

En el citado informe de este Centro Directivo de 14 de octubre de 2008 se dice, a propósito de esta norma, lo siguiente:

“Acudiendo, pues, a la disposición adicional undécima, apartado 2, inciso final, de la LCSP, se observa, en una lectura atenta de este precepto, que el mismo se refiere a contratos que, celebrándose en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, quedan, sin embargo, excluidos de la LCSE, dado que el precepto legal alude a “contratos excluidos de la Ley sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales (...) que se celebren en estos sectores...”. Partiendo de esta premisa, la exclusión de dichos contratos del ámbito de aplicación de la LCSE –se considera el supuesto de contratos de obras, contratos de suministro y contratos que tengan por objeto servicios enumerados en el anexo II.A– ha de venir motivada no porque dichos contratos no se realicen en esos sectores, es decir, no porque se celebren para fines distintos de la realización de actividades mencionadas en los artículos 7 a 12 de la LCSE, dado que la disposición adicional que se analiza alude expresamente a contratos que se celebren en los sectores a que se refiere la LCSE, esto es, a contratos que se celebren para la realización de las actividades mencionadas en los artículos 7 a 12, sino por razón de la cuantía de tales contratos, es decir, por no ser su importe igual o superior a los indicados en el artículo 16. Así las cosas, y puesto que para estos contratos la disposición adicional undécima, apartado 2, inciso final, de la LCSP preceptúa que se regirán por las disposiciones de la LCSP sin que en ningún caso les sean aplicables las normas que en la propia LCSP se establecen para los contratos sujetos a regulación armonizada, puede sentarse una primera conclusión, cual es la de que los contratos (se sigue considerando el supuesto ordinario de contratos de obras, de suministro y los de servicios enumerados en el anexo II.A) que se celebren en los sectores incluidos en el ámbito de aplicación de la LCSE o, lo que es igual, que se celebren para la realización de las actividades mencionadas en los artículos 7 a 12 de dicho texto legal, pero que queden excluidos del mismo por razón de su cuantía



(no alcanzan los límites o umbrales establecidos en el artículo 16 de la LCSE), se someten al régimen de contratación dispuesto por la LCSP para los contratos no sujetos a regulación armonizada.

La anterior conclusión tiene, además, una justificación plenamente coherente con el sentido de la LCSE. Este texto legal establece, respecto de los contratos que se celebren en los sectores regulados por la misma, es decir, para la realización de las actividades mencionadas en sus artículos 7 a 12, un régimen de contratación más flexible que el que establece la LCSP (para los contratos sujetos a regulación armonizada). Así, en la Exposición de Motivos de la LCSE se dice:

'Tal y como se manifestaba en la anterior Ley 48/1998, de 30 de diciembre, el Derecho comunitario europeo ha previsto para los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, un régimen normativo distinto al aplicable a los contratos de las Administraciones Públicas. Este régimen singular en lo que concierne a determinados aspectos de la ordenación de su actividad contractual, entre ellos la selección del contratista, es menos estricto y rígido que el establecido en la Directiva 2004/18/CE, del Parlamento y del Consejo, de 31 de marzo de 2004 (...). La Comisión Europea estimó en su momento, ponderando, como se preocupó de señalar, razones políticas, estratégicas, económicas, industriales y jurídicas, que era oportuno introducir criterios originales o específicos en el campo contractual de los entonces denominados sectores excluidos, ya que éstos, en el contexto de los países comunitarios, están gestionados por entidades u organismos públicos o privados de manera indistinta'.

Pues bien, si los contratos que se celebren para la realización de las actividades mencionadas en los artículos 7 a 12 de la LCSE y cuya cuantía sea igual o superior a los límites establecidos en el artículo 16 de la misma quedan sometidos al régimen dispuesto por la propia LCSE, es decir, a un régimen más flexible o menos rígido que el que establece la Directiva 2004/18/CE o, lo que es igual, la LCSP para los contratos sujetos a regulación armonizada, lo coherente y lógico es entender que los contratos que se celebren para la realización de las actividades mencionadas en los artículos 7 a 12 de la LCSE, pero que no alcancen los límites o umbrales que establece el artículo 16 de dicha Ley (contratos que, por tanto, son de menor entidad o trascendencia) quedan sometidos no al régimen rígido que establece la LCSP para los contratos sujetos a regulación armonizada, sino al régimen menos rígido o más flexible que establece la LCSP para los contratos no sujetos a regulación armonizada (que es lo que precisamente establece la disposición adicional undécima, apartado 2, inciso final, de la LCSP). En efecto, sería un contrasentido que los contratos de cuantía inferior a las establecidas en el artículo 16 de la LCSE y que se celebren en los sectores regulados en la misma, es decir, que se celebren para la



realización de las actividades mencionadas en los artículos 7 a 12 se sometiesen a un régimen rígido o riguroso (el establecido en la LCSP para los contratos sujetos a regulación armonizada) cuando los contratos que se celebren en dichos sectores y de cuantía superior a las establecidas en el artículo 16 de la LCSE quedan sometidos a un régimen más flexible que el que establece la LCSP”.

2) Contratos excluidos del ámbito de aplicación de la LCSE por tratarse de contratos que, aun celebrándose por entidades comprendidas en el ámbito de aplicación de la LCSE, se conciertan para fines distintos de la realización de actividades mencionadas en los artículos 7 a 12 de dicho texto legal.

En relación con estos contratos, debe recordarse, como argumento que justifica la inaplicación de la LCSE a los mismos, que el artículo 18.1 de este texto legal dispone que “la presente ley no se aplica a los contratos o a los concursos de proyectos que las entidades contratantes celebren o organicen para fines distintos de la realización de las actividades mencionadas en los artículos 7 a 12...”.

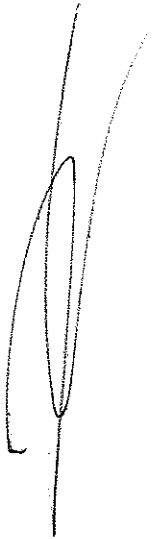
Respecto de los contratos de que ahora se trata, en el repetido informe de 14 de octubre de 2008 se dice lo siguiente en punto a su régimen jurídico:

“De la anterior conclusión y de la argumentación que le sirve de fundamento se infiere otra, relativa a los contratos que celebren las entidades comprendidas en el ámbito de aplicación de la LCSE, pero para fines distintos de la realización de las actividades mencionadas en los artículos 7 a 12 de dicho texto legal, esto es, al margen de los sectores regulados en la repetida Ley, y tal conclusión no puede ser otra que la de tener que someterse dichos contratos al régimen dispuesto por la LCSP según que la entidad contratante sea o no poder adjudicador y, en el primer caso, es decir, en el supuesto de que la entidad contratante sea poder adjudicador, que el contrato esté sujeto a regulación armonizada o no lo esté. Esta conclusión se fundamenta a tenor de lo dicho antes.

En efecto, si el régimen dispuesto por la LCSE es un régimen menos estricto y rígido que el establecido por la LCSP para los contratos sujetos a regulación armonizada (Directiva 2004/18/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004), y ello por razones políticas, estratégicas, económicas, industriales y jurídicas, según dice la Exposición de Motivos de la LCSE, lógico es que ese régimen más flexible se aplique a



los contratos que se celebren para la realización de las actividades mencionadas en los artículos 7 a 12 de la propia LCSE, es decir, a los contratos que se celebren en el ámbito funcional de dicho texto legal; pues bien, siguiendo con este mismo razonamiento, carece de sentido y justificación que se apliquen las previsiones de la LCSE, es decir, el régimen más flexible o menos rígido que entraña este texto legal a contratos que, aun celebrados por las entidades a que se refiere el artículo 3 de la LCSE, se adjudican u otorgan para fines distintos de la realización de las actividades mencionadas en los artículos 7 a 12 de la LCSE –como dice el artículo 18.1 de este texto legal–, es decir, a contratos que se celebren para actividades que quedan al margen de la LCSE. En este supuesto cobra pleno sentido que se apliquen las normas de la LCSP, teniendo en cuenta la naturaleza de la entidad contratante –que sea o no poder adjudicador– y, de ser poder adjudicador, que el contrato esté sometido a regulación armonizada o no lo esté, y no que se apliquen exclusivamente las normas de la LCSP establecidas para los contratos no sujetos a regulación armonizada. En efecto, a los contratos de que ahora se trata no se les han de aplicar siempre y necesariamente las reglas establecidas por la LCSP para los contratos no sujetos a regulación armonizada, pues acudiendo, como argumento de derecho positivo, a la disposición adicional undécima, apartado 2, inciso final, de la LCSP, las normas de este texto legal establecidas para los contratos no sujetos a regulación armonizada sólo se aplican, según establece dicha disposición adicional, a los contratos que, no obstante estar excluidos de la LCSE, se celebran en los sectores que regula esta Ley, es decir, a contratos que se celebran para la realización de las actividades mencionadas en los artículos 7 a 12 de la propia LCSE, y en el caso que ahora se considera se trata de contratos que se celebren para fines distintos de la realización de las actividades mencionadas en los artículos 7 a 12 de la LCSE, es decir, se trata de contratos que se celebren al margen de la LCSE.”



Las consideraciones expuestas sobre el régimen jurídico aplicable a los contratos excluidos de la LCSE por razón de su cuantía (inferior a la establecida en el artículo 16 de la propia LCSE) y a los contratos excluidos de este texto legal por celebrarse para fines distintos de la realización de las actividades mencionadas en los artículos 7 a 12 permiten examinar ya la cuestión relativa a la procedencia de interponer el recurso especial regulado en los artículos 310 y siguientes de la LCSP respecto de los contratos de las categorías 17 a 27 del Anexo II, de cuantía igual o superior a 193.000€ e inferior a 387.000 €, concertados por entidades comprendidas en el ámbito de aplicación de la LCSE.



A los anteriores efectos, y siguiendo la distinción establecida, cabe diferenciar dos supuestos:

- 1) Contratos de las categorías 17 a 27 del Anexo II de la LCSP, de cuantía igual o superior a 193.000 € inferior a 387.000 €, que se celebren para la realización de las actividades mencionadas en los artículos 7 a 12 de la LCSE; y
- 2) Contratos de las indicadas categoría y cuantía que se celebren para fines distintos de la realización de dichas actividades.

1) Contratos de las categorías 17 a 27 del Anexo II de la LCSP, de cuantía igual o superior a 193.000 € inferior a 387.000 €, que se celebren para la realización de las actividades mencionadas en los artículos 7 a 12 de la LCSE.

Estos contratos quedan excluidos en todo caso del ámbito de aplicación de la LCSE por una razón estrictamente cuantitativa (ser su importe inferior al establecido en el artículo 16 a) de la propia LCSE).

Excluidos estos contratos de la LCSE por razón de su cuantía y puesto que se celebran para la realización de las actividades mencionadas en los artículos 7 a 12 de dicho texto legal, ha de entenderse, en aplicación de la disposición adicional undécima, apartado 2, inciso final de la LCSP, que estos contratos se rigen, como se ha razonado antes, por las prescripciones de la LCSP excluidas las relativas a contratos sujetos a regulación armonizada. Pues bien, si los contratos de ahora se trata se rigen por lo dispuesto en la LCSP para los contratos no sujetos a regulación armonizada, lo coherente con ello es entender que, respecto de dichos contratos, no cabe el recurso especial regulado en los artículos 310 y siguientes de la LCSP, ya que si no son aplicables las normas de la LCSP relativas a los contratos sujetos a regulación armonizada, tampoco será aplicable la norma de la LCSP –artículo 310.1.b)– que equipara determinados contratos (los contratos de servicios de las categorías 17 a 27 del Anexo II de cuantía igual o superior a 193.000 €) a los contratos armonizados a los efectos del recurso especial.



Dicho en otros términos, si en el régimen jurídico de los contratos sujetos a regulación armonizada quedan comprendidas las previsiones de la LCSP sobre el recurso especial regulado en sus artículos 310 y siguientes y si entre estas previsiones se encuentra la que permite la interposición de dicho recurso especial respecto de los contratos de servicios de las categorías 17 a 27 del Anexo II de ese texto legal de cuantía igual o superior a 193.000 €, dicho recurso especial no procederá respecto de esos contratos (de cuantía igual o superior a 193.000 € e inferior a 378.000 €) que se celebren para la realización de las actividades mencionadas en los artículos 17 a 12 de la LCSE desde el momento en que a estos contratos no le son aplicables las normas de la LCSP relativas a los contratos sujetos a regulación armonizada entre las que se encuentran comprendidas las normas relativas al repetido recurso especial y, a su vez, entre estas últimas, la relativa a la procedencia de recurso especial respecto de los contratos de servicios de las categorías 17 a 27 del Anexo II de la LCSP de cuantía igual o superior a 193.000 €.

2) Contratos de las categorías 17 a 27 del Anexo II de la LCSP, de cuantía igual o superior a 193.000 € e inferior a 387.000 €, que se celebren para fines distintos de la realización de las actividades mencionadas en los artículos 7 a 12 de la LCSE.

Como se ha indicado más arriba, y puesto que se trata de contratos que se celebran para actividades que quedan al margen de la LCSE, estos contratos han de someterse al régimen dispuesto por la LCSP según que la entidad contratante sea o no poder adjudicador y, en el primer caso, esto es, cuando la entidad contratante sea poder adjudicador, que el contrato este sujeto (por su objeto y cuantía) a regulación armonizada o no lo esté.

Pues bien, puesto que los contratos que se celebren para actividades que queden al margen de la LCSE han de someterse al régimen jurídico dispuesto por la LCSP según que la entidad contratante sea o no poder adjudicador y, de serlo, según que el contrato este sujeto o no a regulación armonizada, ha de afirmarse que a estos contratos les podrá ser de aplicación el régimen jurídico dispuesto



para los contratos sujetos a regulación armonizada y del que constituye una parte o elemento integrante del mismo el régimen del recurso especial regulado en los artículos 310 y siguientes de LCSP en el que se incluye la previsión de que son susceptibles de recurso especial los contratos de servicios de las categorías 17 a 27 del Anexo II de dicho texto legal cuya cuantía sea igual o superior a 193.000 €.

En consecuencia, respecto de los contratos de servicios de las categorías 17 a 27 del Anexo II de la LCSP, de cuantía igual o superior a 193.000 € e inferior a 387.000 €, que se celebren para la realización de actividades distintas de las mencionadas en los artículos 7 a 12 de la LCSE y en los que la entidad contratante ostente la condición de poder adjudicador, resulta admisible la interposición del recurso especial a que se refieren los artículos 13 y siguientes de la LCSP.

A.15. Compatibilidad del recurso especial y la cuestión de nulidad (artículos 37.1.c) y 39.2).

El artículo 39.2 de la LCSP establece que el órgano competente para conocer de la cuestión de nulidad podrá inadmitirla “cuando el interesado hubiera interpuesto recurso especial regulado en los artículos 310 y siguientes sobre el mismo acto habiendo respetado el órgano de contratación la suspensión del acto impugnado la resolución dictada”. De esta previsión legal se deduce lo siguiente:

1º) En primer lugar, que la regla general es la imposibilidad de tramitar simultáneamente, respecto de un mismo acto impugnado, la cuestión de nulidad regulada en los artículos 37 y siguientes de la LCSP y el recurso especial en materia de contratación previsto en los artículos 310 y siguientes del mismo texto legal.

2º) En segundo término, que esta regla general presenta una excepción, a la que alude, *sensu contrario*, en el último inciso del artículo 39.2 de la LCSP (“...habiendo respetado el órgano de contratación la suspensión del acto impugnado y la resolución dictada”) y que se deriva de la posible concurrencia del supuesto de nulidad de los contratos al que se refiere el artículo 37.2.c) del texto



legal: “Los contratos sujetos a regulación armonizada a que se refieren los artículos 13 a 17, ambos inclusive, de esta Ley así como los contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II cuyo valor estimado sea igual o superior a 193.000 euros serán nulos en los siguientes casos: ... c) Cuando a pesar de haberse interpuesto el recurso especial en materia de contratación a que se refieren los artículos 310 y siguientes, se lleve a efecto la formalización del contrato sin tener en cuenta la suspensión automática del acto de adjudicación en los casos en que fuera procedente, y sin esperar a que el órgano independiente hubiese dictado resolución sobre el mantenimiento o no de la suspensión del acto recurrido”.

En efecto, en el caso de que el órgano de contratación haya formalizado el contrato sin respetar la suspensión del acto de adjudicación, producida automáticamente por la interposición de un recurso especial contra el acto de adjudicación o acordada por el órgano competente para resolver dicho recurso, el acto de formalización incurrirá en este motivo de nulidad de pleno derecho y será posible el planteamiento de la cuestión de nulidad, sin que obste a ello el hecho de que previamente se haya interpuesto un recurso especial. Por tanto, en este concreto supuesto la existencia del recurso especial no constituirá una causa de inadmisibilidad de la cuestión de nulidad, sino que, por el contrario, constituirá un presupuesto de hecho imprescindible para que pueda existir el motivo aducido en la cuestión de nulidad.

Por tanto, en este caso podrán existir simultáneamente y compatibilizarse la tramitación de la cuestión de nulidad y del recurso especial, con objetos diferentes aunque conectados, y el Tribunal deberá tramitarlos y resolverlos de forma independiente. En este sentido, debe tenerse en cuenta que es posible que la causa de nulidad aducida concorra realmente, y que por ello la cuestión de nulidad deba ser estimada, sin esperar a la resolución del recurso especial, aunque éste, a su vez, podría carecer de fundamento y deba ser desestimado en su momento.



B) Otras cuestiones

B.1. Arbitraje: alcance subjetivo de la previsión del artículo 320.

Se ha de entender que pueden recurrir a la vía del arbitraje (en relación con el cumplimiento, efectos y extinción de los contratos), conforme a las disposiciones de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, cualesquiera entes, organismos y entidades del sector público que no tengan el carácter de Administraciones Públicas, lo que incluye a las sociedades estatales, a las fundaciones del sector público estatal y, a tenor de lo dispuesto en el artículo 3.2. de la LCSP, a las entidades públicas empresariales.

B.2. Concepto y funciones del “órgano de contratación” en el artículo 135: interpretación según artículo 22 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, de desarrollo parcial de la LCSP, e informe de la JCCA 49/08. Dificultades de aplicación del plazo de 5 días para adjudicar el contrato desde la recepción de la documentación por el adjudicatario, especialmente en caso de órganos de contratación colegiados.

El nuevo artículo 135 se refiere en sus tres primeros apartados al “órgano de contratación”, manteniendo en este punto una terminología que ya empleaba el precepto en su primitiva redacción.

Debe tenerse en cuenta que, como ha señalado la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su informe 49/08, de 29 de enero de 2009, y como se desprende del artículo 22 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, de desarrollo parcial de la LCSP, el término “órgano de contratación” no siempre se emplea en el artículo 135 en un sentido técnico y preciso. Así, la clasificación de las proposiciones por orden decreciente según los criterios de adjudicación recogidos en el pliego o en el anuncio (artículo 135.1) y la reclamación al licitador que haya presentado la oferta más ventajosa de los documentos que se indican en el artículo 135.2 (documentación acreditativa de hallarse al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y con la Seguridad Social, de la

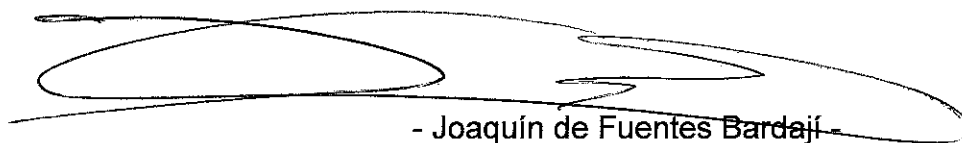


disposición efectiva de los medios que se hubiese comprometido a adscribir a la ejecución del contrato, y de la constitución de la garantía definitiva) son funciones propias de la Mesa de Contratación, mientras que la adjudicación del contrato (artículo 135.3), es un acto cuya competencia sí corresponde al órgano de contratación.

El artículo 135.3 dispone que el órgano de contratación deberá adjudicar contrato en el plazo de cinco días hábiles siguientes a la recepción de la documentación enviada por el licitador seleccionado, conforme a lo previsto en el artículo 135.2.

La brevedad de este plazo puede plantear problemas prácticos, especialmente cuando el órgano de contratación sea un órgano colegiado que habitualmente se reúna con periodicidad mensual (v.gr., Consejos de Administración de sociedades estatales). En tales casos, el cumplimiento del plazo de cinco días previsto para la adjudicación de los contratos puede facilitarse mediante el otorgamiento de las correspondientes delegaciones por parte del órgano de contratación.

Madrid, 19 de octubre de 2010.
EL ABOGADO GENERAL DEL ESTADO,



- Joaquín de Fuentes Bardají -

SR. ABOGADO DEL ESTADO-JEFE