

Informe 58/11, de 1 de marzo de 2012. Efectos de la suspensión consecuyente con la interposición del recurso especial.

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

ANTECEDENTES.

El Excmo. Ayuntamiento de Cáceres, por medio de su Alcaldesa, dirige escrito a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa solicitando se emita informe en los siguientes términos:

“1.- ANTECEDENTES:

Este Ayuntamiento de Cáceres está ultimando el expediente de contratación de la gestión del servicio público del ciclo integral del agua. El anuncio de licitación se publica en el B.O.E. nº 194, de 11 de agosto de 2.010, en el B.O. de la Provincia de Cáceres nº 153, de 10 de agosto, así como remitido en su momento al D.O. de las Comunidades Europeas. Es un contrato sujeto a regulación armonizada.

El Pleno de la Corporación (órgano de contratación), el día 13 de mayo del presente año acuerda la adjudicación provisional del contrato a favor de la empresa A. de conformidad con la propuesta de licitación presentada por la Mesa de contratación el día 28 de febrero de 2011. Frente a dicha adjudicación provisional se alzaron interponiendo recurso especial en materia de contratación el resto de las empresas licitadoras. Los recursos fueron desestimados por el mismo órgano en la sesión celebrada el 27 de julio posterior, elevándose a definitiva la adjudicación hasta entonces provisional toda vez que el adjudicatario había constituido la garantía y aportado la documentación correspondiente.

Frente a dicho acuerdo de adjudicación definitiva vuelve a interponer recurso especial en materia de contratación una de las empresas licitadoras que recurrió la adjudicación provisional, reproduciendo básicamente los mismos argumentos dedujo en el anterior y recordando que, resuelto el recurso, el procedimiento debía quedar suspendido hasta que el acuerdo deviniese firme o levantase la suspensión el órgano judicial competente para conocer del eventual recurso contencioso administrativo, en aplicación de la Disposición Transitoria segunda, apartado d) de la Ley 34/2.010, de 5 de agosto.

Este recurso especial en materia de contratación fue resuelto por el Pleno de la Corporación en la sesión celebrada el día 15 de septiembre de 2.011, acordando su total desestimación.

2.-CONSULTA:

La consulta se contrae a si es procedente o no el mantenimiento de la medida cautelar de suspensión del procedimiento, con amparo en la Disposición transitoria segunda, apartado d) de la Ley 34/2.010, de 5 de agosto, una vez resuelto el recurso especial en materia de contratación frente al acuerdo del Pleno del Ayuntamiento que resuelve la adjudicación definitiva del contrato, hasta que dicho acuerdo devenga firme o la medida sea expresamente levantada por el órgano judicial correspondiente, impidiendo así la formalización del contrato y el inicio de las prestaciones.

Esta consulta tiene su fundamento en las dudas o cautelas que, de proceder el mantenimiento de la medida cautelar de suspensión, pasamos a exponer:

a. -El expediente en cuestión se ha tramitado durante el período transitorio establecido por la Ley 34/2.010, de 5 de agosto, de tal forma que se han producido dos adjudicaciones (y no una adjudicación única), la provisional y la definitiva; esta última, de acuerdo con lo preceptuado en la redacción anterior a la norma expresada -arto 29- (aplicable al procedimiento), perfecciona el contrato. Por tanto, en este momento, el contrato ya existe, siendo su formalización un mero trámite formal que en modo alguno altera la relación contractual establecida en virtud de la adjudicación definitiva.

b.- Que por disposición de ese mismo régimen transitorio, se ha aplicado el régimen del recurso especial en materia de contratación regulado en los arts. 310 y siguientes de la Ley de Contratos del Sector Público (tras la introducción de los mismos por el Ley 34/2.010, antes citada). A los efectos que interesan señalamos, por un lado, que el arto 315 prescribe que si el acto recurrido es el de adjudicación, quedará en suspenso la tramitación del expediente de contratación y, por otro, que el arto 317, apartados 2 y 4, dispone que la resolución del recurso estimará en todo o en parte o desestimará las pretensiones formuladas o declarará su inadmisión, decidiendo motivadamente cuantas cuestiones se hubiesen planteado y que la resolución deberá acordar, también, el levantamiento de la suspensión del acto de adjudicación si en el momento de dictarla continuase suspendido, así como de las restantes medidas cautelares que se hubieran acordado.

Por su parte, la Disposición transitoria segunda, apartado d) de la Ley 34/2010, de 5 de agosto, dispone lo siguiente:

"las resoluciones dictadas en estos procedimientos serán susceptibles de recurso contencioso-administrativo. Cuando las resoluciones no sean totalmente estimatorias o cuando siéndolo hubiesen comparecido en el procedimiento otros

interesados distintos del recurrente, no serán ejecutivas hasta que sean firmes o, si hubiesen sido recurridas, hasta tanto el órgano jurisdiccional competente no decida acerca de la suspensión de las mismas."

Consecuentemente, dudamos si podría entenderse que la desestimación total del recurso entra en el supuesto de hecho concreto que plantea el precepto antes transcrito ("resoluciones que no sean totalmente estimatorias o cuando siéndolas hubieren comparecido en el expediente otros interesados"), toda vez que el artº 217 de la LCSP habla de "estimación total o parcial, desestimación o inadmisión", como pronunciamientos posibles a la hora de resolver el recurso. Es decir, si dicho precepto habilitaría el mantenimiento de la suspensión únicamente cuando con ocasión de la resolución del recurso se modificara el acto recurrido (revocándolo en todo o en parte), y no en el resto de los casos (por ejemplo, con un pronunciamiento de desestimación total del recurso -que mantiene intacto el acto inicialmente dictado-, como es el caso planteado).

c.- Que el objeto del recurso especial en materia de contratación persigue que determinadas decisiones, entre ellas la adjudicación (que en la redacción dada por la Ley 34/2.010, no perfecciona el contrato), puedan ser revisables por un órgano específico y a través de un procedimiento sumario, antes de que pueda celebrarse el contrato (en este sentido, el artº 2.3 de la Directiva CE 2007/66); o lo que es lo mismo, en la dicción de la norma comunitaria, que no se pueda celebrar el contrato hasta que el órgano que examine el recurso haya tomado una decisión sobre la solicitud de medidas provisionales o sobre el fondo del recurso y aquí, volvemos a recordar que en el supuesto que examinamos ya se ha producido una adjudicación definitiva que ha perfeccionado el contrato y, por tanto, éste existe.

d.- Finalmente, mantener la medida de suspensión cautelar ante un contrato perfeccionado puede pugnar con la doctrina pacífica de nuestros Tribunales que expresan que no pueden suspenderse los actos ya ejecutados, como sería el caso planteado, ya que, volvemos a reiterar, la adjudicación definitiva perfecciona el contrato, con lo que éste existe y despliega sus efectos, por lo que no parecería que tuviera fundamento el mantenimiento de una suspensión cautelar. A ello hay que añadir el notorio perjuicio que supone para el interés público la demora, además incierta, de la iniciación de las prestaciones de un contrato existente de gestión de un servicio público; es más, esta demora pudiera suponer una causa de resolución del contrato por causa imputable a esta Administración contratante al amparo de! artº 206 d) de la LCSP, en la redacción anterior a 34/2.010, aplicable a este procedimiento

Dejamos, por tanto, planteada la anterior cuestión solicitándole, haciendo uso de las facultades que tiene la Corporación para dirigirse a esa Junta Consultiva de Contratación, la emisión del Informe que proceda sobre la consulta planteada".

CONSIDERACIONES JURIDICAS.

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

2. La cuestión que plantea se encuentra resuelta por otros informes de esta misma Junta Consultiva, así como por Resoluciones dictadas por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales. En este sentido, podemos reiterar aquí lo dispuesto dentro del Informe 54/11,, de 1 de marzo de 2012, en el que se resuelve esta cuestión en los siguientes términos:

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

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

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

El TACRC, en la resolución citada llega a esa conclusión tras analizar la compatibilidad de la disposición transitoria segunda con la Directiva 2007/66/CE, cuyo artículo 1.5 dispone que "los Estados miembros podrán

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

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

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

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

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

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

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

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

CONCLUSIONES.

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

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

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

CONCLUSION:

Por lo expuesto, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa considera que:

La conclusión del informe anterior puede hacerse extensiva al presente caso y en consecuencia, podemos considerar que resulta procedente el mantenimiento de la medida cautelar de suspensión del procedimiento, con amparo en la Disposición transitoria segunda, apartado d) de la Ley 34/2.010, de 5 de agosto, hoy Disposición transitoria séptima, d) del TR de la LCSP, una vez resuelto el recurso especial en materia de contratación frente al acuerdo del Pleno del Ayuntamiento que resuelve la adjudicación definitiva del contrato, hasta que dicho acuerdo devenga firme o la medida sea expresamente levantada por el órgano judicial correspondiente, quedando con ello en suspenso la formalización del contrato y el inicio de las prestaciones.