

Informe 48/08, de 29 de enero de 2009. «Dudas respecto a qué recursos se pueden interponer en la adjudicación provisional en los contratos de regulación no armonizada».

Clasificaciones de los informes: 18. Otras cuestiones de carácter general.

ANTECEDENTES.

Por el Alcalde de Galdakao se formula la siguiente consulta:

«Con arreglo a lo previsto en el art 107.1 de la Ley 30/1992, podría considerarse que tanto los acuerdos de la Mesa de Contratación rechazando o inadmitiendo ofertas, como las resoluciones o acuerdos de adjudicación provisional de los contratos son actos de trámite cualificados, susceptibles, por tanto, de interponer contra ellos los recursos de alzada y potestativo de reposición, debiendo indicarse en la notificación de dichos actos administrativos tanto esta circunstancia como el órgano ante el que hubieren de presentarse los recursos así como el plazo para interponerlos, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 58 de dicha Ley.

Sin embargo, de la redacción del artículo 135.4 de la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público surgen dudas respecto de si caben los citados recursos respecto de la adjudicación provisional, al expresarse que ésta deberá elevarse a definitiva dentro de los diez días hábiles siguientes a aquél en que expire el plazo señalado (...) sin perjuicio de la eventual revisión de aquella en vía de recurso especial, conforme a lo dispuesto en el art 37 por lo que, al citar únicamente este recurso, parecería que ningún otro recurso, tampoco los administrativos ordinarios, fuera posible interponer -en los supuestos distintos a los citados en el propio art. 37 ya que, en estos casos, en el propio apartado 1 del art. 37 se excluye expresamente esa posibilidad-.

Por el contrario, para el supuesto de que se concluyese que las adjudicaciones provisionales de los contratos diferentes a los regulados en el art. 37 son susceptibles de recurso administrativo ordinario (no especial), y dados los plazos existentes para su interposición, se pudiera dar el caso de que éste se presentara una vez constituida la garantía definitiva e incluso dictada la adjudicación definitiva, con lo que cabría preguntarse si resultaría posible su eventual estimación y, en este caso, por las consecuencias de la misma, ya que para que la Administración dejara sin efecto la adjudicación definitiva parece que debiera o bien recurrirse ésta o acudir a la revisión de oficio.

Desearíamos por tanto conocer la fundada opinión de esa Junta respecto de cual es el régimen de impugnación -en su caso- de los actos previos a la adjudicación definitiva de los contratos, en particular, de los acuerdos de la Mesa de Contratación (especialmente, cuando el órgano de contratación es el Pleno, si cabría recurso de alzada ante el mismo, o recurso de reposición ante la propia Mesa) y los que determinen la adjudicación provisional de los contratos».

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. La consulta formulada por el Alcalde de Galdakao plantea dos cuestiones: Si contra los acuerdos de adjudicación provisional de los contratos no incluidos entre los susceptibles del recurso especial previsto en el artículo 37 de la Ley de Contratos del Sector Público, cabe la interposición de recurso administrativo.

Por otra parte se consulta también si, en el caso de que se concluya que es legalmente posible la interposición de recurso, cuál es el régimen de impugnación, en su caso, de los actos previos a la adjudicación definitiva de los acuerdos de las Mesas de Contratación y los que determinen la adjudicación provisional de los contratos.

2. Se fundamenta la duda a que responde la primera cuestión consultada en el hecho de que el párrafo tercero del artículo 135.4 dispone: "La adjudicación provisional deberá elevarse a definitiva dentro de los diez días hábiles siguientes a aquél en que expire el plazo señalado en el párrafo primero de este apartado, siempre que el adjudicatario haya presentado la documentación señalada y constituido la garantía definitiva, en caso de ser exigible, y sin perjuicio de la eventual revisión de aquélla en vía de recurso especial, conforme a lo dispuesto en el artículo 37". De la mención a la posibilidad de interponer el recurso previsto en el artículo 37, sin hacer referencia a la posibilidad de interponer los recursos ordinarios, podría deducirse "sensu contrario" que no cabe interponer más recurso que el especial en materia de contratación.

Tal interpretación, sin embargo, no puede admitirse por diversas razones.

En primer lugar, porque la referencia al recurso del artículo 37 de la Ley que hace el 135.4 tiene su justificación en el efecto suspensivo de la adjudicación que se deriva de la interposición de este recurso y no en el propósito del legislador de prohibir la interposición de recurso en los supuestos que no se hallen comprendidos dentro del artículo 37.1 citado.

Sentado lo anterior, debe entenderse que frente a la adjudicación provisional en los contratos no contemplados por el artículo 37.1 de la Ley de Contratos del Sector Público sólo pueden interponerse los recursos previstos en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; artículo 107 de la misma: "Contra las resoluciones y actos de trámite, si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos, podrán interponerse por los interesados los recursos de alzada y potestativo de reposición".

El carácter genérico de la proclamación hecha por este artículo unido al amplio ámbito subjetivo de aplicación de la Ley reguladora del Procedimiento Administrativo, atribuye al precepto mencionado el carácter de principio general aplicable en todas las materias propias del Derecho administrativo. Ello significa que no puede entenderse que existe una excepción a esta regla si la tal excepción no es expresa. En consecuencia, si para deducir su existencia es precisa una interpretación más o menos forzada de un artículo que ni siquiera tiene por objeto la regulación de los supuestos en que cabe interponer recurso contra los diferentes actos del procedimiento de adjudicación de un contrato público, habrá que considerar que tal excepción no existe.

Tal es la fuerza expansiva del precepto que examinamos que el mismo legislador se ha visto obligado al regular el recurso especial en materia de contratación a establecer una norma que de manera expresa excluya la posibilidad de acudir al recurso de alzada o al de reposición, según los casos, cuando estemos ante figuras contractuales incluidas en la enumeración de contratos contra los que puede interponerse el recurso especial que regula el artículo 37 de la Ley de Contratos del Sector Público. En efecto, a tal fin el artículo 37.1 establece que "las decisiones a que se refiere el apartado 2 del presente artículo que se adopten en los procedimientos de adjudicación de contratos... deberán ser objeto del recurso especial en materia de contratación que se regula en este artículo con anterioridad a la interposición del recurso contencioso-administrativo, sin que proceda la interposición de recursos administrativos ordinarios contra los mismos".

En consecuencia, debe concluirse que el sistema de recursos establecido en la Ley de Contratos del Sector Público prevé que contra los contratos mencionados en el artículo 37.1 de la misma se puede interponer el recurso especial en materia de contratación y sólo éste, y contra los restantes contratos los recursos administrativos ordinarios, es decir los previstos en el artículo 107 de la Ley 30/1992.

A este respecto conviene, además, indicar que el recurso a interponer será normalmente el potestativo de reposición como previo al contencioso administrativo, pues por regla general las resoluciones dictadas por los órganos de contratación ponen fin a la vía administrativa.

Sin embargo, existe un supuesto en el que esto no es así. En efecto las Juntas de Contratación, tienen el carácter de órganos de contratación pero no ponen fin a la vía administrativa por lo que sus resoluciones, antes de ser impugnadas ante la jurisdicción contencioso administrativa, deberán ser objeto de recurso de alzada ante el superior jerárquico de la misma, debiendo entenderse por tal el órgano del que han recibido las competencias que tengan atribuidas.

3. La segunda cuestión se refiere, tal como hemos señalado al principio de este dictamen, al tratamiento jurídico que debe darse a los actos realizados por las Mesas de contratación con anterioridad a la adjudicación definitiva del contrato, así como a aquellos que en general determinan la adjudicación provisional.

En primer lugar debe ponerse de manifiesto, en contra de lo que parece decir la consulta, que los actos de adjudicación provisional del contrato no son propiamente actos de trámite ni se acuerdan por la Mesa de contratación.

Por el contrario, son actos resolutorios del procedimiento de adjudicación tal como se desprende del artículo 135 de la Ley de Contratos del Sector Público en sus apartados 4 y 5 en los que al hablar de la elevación a definitiva de la adjudicación provisional en ningún caso contempla la posibilidad de que ésta sea modificada por aquella, limitándose a admitir la posibilidad de que no se convierta en definitiva sólo en el caso de que el adjudicatario no cumpla las obligaciones complementarias que la Ley le impone a este efecto.

Con independencia de ello, o tal vez precisamente por ello, las adjudicaciones provisionales se acuerdan por el órgano de contratación, de conformidad con lo establecido en el artículo 135.3 de la Ley de Contratos del Sector Público.

De igual modo conviene indicar que entre la adjudicación provisional y la definitiva no existe ningún acto administrativo propiamente dicho, sino el mero transcurso de un plazo que en los casos contemplados en este informe no tiene más finalidad que permitir la presentación de la documentación complementaria contemplada en el precepto mencionado.

Sentado lo anterior, y en cuanto al régimen jurídico de los recursos que pueden interponerse contra los actos de trámite previos a la adjudicación provisional del contrato, fuera de aquellos casos en que se admite la interposición del recurso especial del artículo 37 de la Ley, procede señalar que serán los indicados en el artículo 107 de la Ley 30/1992 antes mencionado. Ello supone que el plazo de interposición de los recursos que tal artículo contempla será el de un mes (artículos 115.1 y 117.1) sin que por el mero hecho de interponerlos se suspenda la ejecución del acto administrativo impugnado.

Como consecuencia es posible, desde el punto de vista legal, que la resolución del recurso se dicte después de haber concluido el procedimiento de adjudicación del contrato e incluso, podría ocurrir que el contrato se encontrase al menos parcialmente ejecutado. Esta es una situación que sólo se puede evitar si el recurrente solicita la suspensión y el órgano de contratación encargado de resolver el recurso acordase concederla antes de resolver sobre el fondo.

Ello nos lleva a la cuestión relativa a la competencia para resolver el recurso y consiguientemente a la clase de recurso que puede interponerse: alzada o reposición. A este respecto, tanto si los actos de trámite anteriores a la adjudicación provisional son dictados por la Junta de Contratación, cuando la haya, como si lo son por la Mesa de contratación, se trata de actos que no agotan la vía administrativa, por lo que deberán ser objeto de recurso de alzada ante el órgano (Alcalde o Pleno, según los casos) que sea el superior jerárquico de la Mesa por estar ésta adscrita a él (art. 114 de la Ley 30/1992).

CONCLUSIÓN

La adjudicación provisional de los contratos no incluidos entre los que con arreglo al artículo 37.1 son susceptibles del recurso especial que el citado artículo regula, puede ser recurrida en la forma prevista en el artículo 107 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.