
Aspectes orgànics del recurs especial en matèria de contractació pública a les comunitats autònomes¹

Miguel Ángel Bernal Blay

Professor ajudant doctor de la Facultat de Dret de la Universitat de Saragossa

- 1. La necessitat d'un sistema de recursos especial, ràpid i eficaç en matèria de contractes públics**
- 2. La independència de l'òrgan encarregat de resoldre el recurs com a garantia de la seva eficàcia**
 - 2.1. El mandat d'eficàcia del recurs previst per la Directiva 89/665/CEE: configuració i requisits dels òrgans competents per conèixer dels recursos
 - 2.2. Les diferents opcions per articular la independència de l'òrgan encarregat de la resolució del recurs i la solució finalment adoptada per la LCSP
- 3. Els òrgans responsables de la resolució dels recursos en matèria de contractes públics**
 - 3.1. Antecedents pròxims
 - 3.2. Crònica d'òrgans de recurs creats
- 4. Característiques dels òrgans autonòmics creats per a la resolució dels recursos especials en matèria de contractació pública**
 - 4.1. Naturalesa unipersonal o col·legiada de l'òrgan encarregat de resoldre els recursos
 - 4.2. Competència temporal
 - 4.3. Competència subjectiva o institucional
 - 4.4. Composició dels òrgans
 - 4.5. Quota de representació de l'Administració local
 - 4.6. Les garanties d'independència: dedicació exclusiva i inamovibilitat
 - 4.7. Altres singularitats. Funcionament i suport tècnic. En especial, la repercussió dels costos del servei de tramitació i resolució dels recursos
- 5. Conclusions i reflexió final**

Resum

La necessitat d'adaptar el sistema de recursos en matèria de contractació pública previst en la Llei 30/2007 de contractes del sector públic al Dret de la Unió Europea, ha portat a afrontar la qüestió de l'atribució de la competència per al seu coneixement i resolució. La solució adoptada ha estat la creació d'un òrgan administratiu "central", habilitant les comunitats autònomes per a la creació dels seus propis òrgans, que coneixeran dels recursos contractuals plantejats en els seus respectius àmbits territorials. De moment, només tres comunitats autònomes han creat aquests òrgans, encara que altres tenen projectes o han autoritzat la seva creació. Aquest article dona compte de la manera com s'han configurat fins ara aquests òrgans, analitzant com les característiques dels mateixos garanteixen la seva independència per a la resolució dels recursos en matèria de contractació pública.

Paraules clau: *contractació pública; recurs especial en matèria de contractació pública; òrgans competents per a la resolució dels recursos especials en matèria de contractació pública.*

1. Aquest treball s'emmarca dintre de les activitats del Projecte d'investigació del MICINN sobre "Nuevos escenarios de la contratación pública: urbanismo, contratación pública y cooperación intersubjetiva" (DER 2009-12116).

Abstract

The need to adapt the system of administrative appeals in the field of public contracts established in Act 30/2007 to European Union Law brings the question of the competence for its resolution. The solution adopted is the articulation of a "centralized" administrative body and, at the same time, allowing the Autonomous Communities to create their own bodies that will decide the appeals falling under the area of their competence. Until now, only three Autonomous Communities have created these bodies, but other ones have already presented several projects or have authorized their creation. This article describes how these bodies have been articulated: it analyzes how their design guarantees their independence in order to decide the appeals in the field of public contracts.

Keywords: public contracts; public contracts review procedures; administrative appeals bodies.

1. La necessitat d'un sistema de recursos especial, ràpid i eficaç en matèria de contractes públics

Entre les fonts del Dret europeu dels contractes públics, les més conegudes són les directives europees que coordinen els procediments d'adjudicació dels contractes públics (2004/17/CE i 2004/18/CE, ambdues de 31 de març de 2004, relatives als contractes dels sectors especials i als d'obres, serveis i subministraments, respectivament). No tan conegudes, però no per això menys importants, són les del Consell 89/665/CEE, de 21 de desembre de 1989, i 92/13/CEE, de 25 de febrer de 1992, que tenen per objecte, respectivament, la coordinació de les disposicions legals, reglamentàries i administratives referents a l'aplicació dels procediments de recurs en matèria d'adjudicació dels contractes públics de subministraments, obres i serveis, i de contractes de les entitats que operin en els sectors de l'aigua, de l'energia, dels transports i serveis postals. En realitat, les directives 89/665/CEE i 92/13/CEE tenen per objecte garantir l'aplicació efectiva de les directives 2004/18/CE i 2004/17/CE, de manera que bé pot afirmar-se que constitueixen la garantia de la seva eficàcia.

No obstant això, les prescripcions de les directives "de recursos" han estat desconegudes en l'ordenament espanyol fins fa ben poc, circumstància que contrasta amb la transposició –és cert que incomplint els terminis establerts per tal de dur-la a terme– de les directives de coordinació dels procediments d'adjudicació.² En aquest sentit, cal recordar aquí que la Llei 13/1995, de 18 de maig, de contractes de les administracions públiques, tot i que responia a la necessitat d'adequació de la nostra legislació interna a l'ordenament jurídic comunitari,³ no incorporava de manera conscient el contingut de les directives 89/665/CEE i 92/13/CEE, justificant aquesta decisió –segons indicava l'exposició de motius– "*porque la materia de recursos que constituye su objeto es ajena a la legislación de contratos de las Administraciones Públicas, y respecto a la primera (Directiva), además, porque nuestro ordenamiento jurídico, en distintas normas procedimentales y procesales vigentes, se ajusta ya a su contenido*". Res més lluny de la realitat, com va posar de manifest el Tribunal de Justícia en condemnar el Regne d'Espanya en la Sentència de 3 d'abril de 2008 (As. C-444/06), precisament per entendre incomplertes les obligacions que li incumbien en virtut de la Directiva 89/665/CEE, "*al no prever un plazo obligatorio para que la entidad adjudicadora notifique la decisión de adjudicación de*

2. Recordeu que les directives 2004/18 i 2004/17 estableixen un termini de transposició "a més tardar el 31 de gener de 2006", i que la LCSP i LCSE no van ser promulgades fins el 30 d'octubre de 2007, i no van entrar en vigor fins el 30 d'abril de 2008.

3. L'entrada en vigor del Tractat de Lisboa el desembre de 2009 va implicar el canvi de denominació del "Dret comunitari" pel de "Dret de la Unió Europea". Es manté, en canvi, l'anterior denominació per referir-nos a les normes aprovades durant l'etapa d'existència de la Comunitat.

un contrato a todos los licitadores y al no prever un plazo de espera obligatorio entre la adjudicación de un contrato y su celebración”.

Potser anticipant-se a aquesta condemna, l'Exposició de Motius de la Llei 30/2007, de 30 d'octubre, de contractes del sector públic (LCSP) canviava el seu parer pel que fa a la necessitat de transposar la Directiva 89/665/CEE, i introduïa un nou recurs administratiu especial en matèria de contractació (article 37). Al mateix temps, la Llei 31/2007, de 30 d'octubre, de contractes en els sectors de l'aigua, l'energia, els transports i els serveis postals (LCSE) regulava un sistema de reclamacions en els procediments d'adjudicació de contractes en els sectors de l'aigua, l'energia, els transports i els serveis postals (articles 101 i següents). No obstant això, amb posterioritat a l'aprovació d'ambdues normes (recordem-ho, el 30 d'octubre de 2007), va ser aprovada una altra Directiva, la 2007/66/CE, d'11 de desembre, que introduïa modificacions substancials en les directives 89/665/CEE i 92/13/CEE.⁴ Entre altres raons,⁵ de la necessitat d'incorporar a l'ordenament espanyol els continguts d'aquesta nova norma europea, porta causa la Llei 34/2010, de 5 d'agost, de modificació de les lleis 30/2007, de 30 d'octubre, de contractes del sector públic, 31/2007, de 30 d'octubre, sobre procediments de contractació en els sectors de l'aigua,

l'energia, els transports i els serveis postals, i 29/1998, de 13 de juliol, reguladora de la jurisdicció contenciosa administrativa per adaptació a la normativa comunitària de les dues primeres.⁶

Aquesta norma incorpora diverses novetats respecte al recurs especial en matèria de contractació previst per la LCSP.⁷ En primer lloc, s'enuncia el seu caràcter potestatiu davant de la obligatorietat característica del recurs en la seva versió originària, atenent a l'opinió reiterada del Consell d'Estat.⁸ Com ja hem assenyalat en un altre lloc,⁹ aquest caràcter potestatiu del recurs especial en matèria de contractació comporta *de facto* l'obertura d'una doble via de recurs (administratiu especial o jurisdiccional) per a la impugnació d'acords presos en el si d'un procediment de contractació. Aquesta circumstància, sembla que admissible des del punt de vista europeu, no està exempta de dificultats pràctiques, tenint en compte les diferències processals existents en l'àmbit nacional en funció d'optar per la via administrativa o la judicial. D'aquestes diferències processals, la que s'adverteix amb major claredat és el termini per a la interposició dels recursos, 15 dies hàbils, computats de manera diferent en funció de l'acte que es recorri (article 314.2 LCSP), per al cas del recurs especial en matèria de contractació pública, o bé dos mesos comptats des de l'endemà de la publicació de la

4. Sobre el contingut d'aquesta Directiva, *vid.* B. NOGUERA DE LA MUELA, "El recurso especial en materia de contratación y las medidas cautelares en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público, a la vista de la Directiva 2007/66/CE, por la que se modifica la Directiva 89/665/CEE", a J. M. GIMENO FELIÚ (ed.), *El Derecho de los contratos públicos*, Monografía núm. X de la *Revista Aragonesa de Administración Pública*, especialment p. 299-312.

5. Adicionalment, s'ha de tenir en compte que la Comissió Europea va obrir un procediment d'infracció contra el Regne d'Espanya per incompliment de la Sentència del Tribunal de Justícia de les Comunitats Europees de 3 d'abril de 2008. Aquest procediment d'infracció es troba en l'origen de la reforma del règim de recursos en matèria de contractació pública.

6. En línia continuista, també la transposició de la Directiva 2007/66, d'11 de desembre, per la que es modifiquen les directives 89/665/CEE i 92/13/CEE, va patir de nou un considerable retràs, ja que havent-se d'incorporar les seves prescripcions a l'ordenament intern "a més tardar el 20 de desembre de 2009", no va ser fins el 9 de setembre de 2010 (moment d'entrada en vigor de la Llei 34/2010, de 5 d'agost) quan es va complir el mandat europeu.

7. Sobre el seu contingut pot consultar-se recentment, J. M. GIMENO FELIÚ, *Las reformas legales de la Ley 30/2007, de contratos del sector público*, Civitas, Col·lecció Cuadernos de la Cátedra de Derecho Local de Aragón, 2011; J. A. MORENO MOLINA, *La reforma de la Ley de contratos del sector público en materia de recursos. Análisis de la Ley 34/2010, de 5 de agosto*, La Ley, Madrid, 2010; I. GALLEGO CÓRCOLES, "Comentario a la Ley 34/2010, de 5 de agosto", a F. CASTRO ABELLA (coord.), *Contratación del sector público local*, La Ley, 2a ed., Madrid, 2010; i J. A. RAZQUIN LIZARRAGA, "El sistema especial de recursos en la contratación pública tras la reforma de la Ley de contratos del sector público", *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 25, 2010.

8. En el seu Dictamen 514/2006, de 25 de maig, el Consell d'Estat suggeria suprimir o modificar (per exemple, substituint l'expressió "*deberán*" per "*podrán*") les expressions de l'article 37.1 LCSP que configuraven el recurs com d'obligada interposició per accedir a la via contenciosa. En altres paraules, "*debería configurarse este recurso especial en materia de contratación como un recurso potestativo*". En el posterior Dictamen 499/2010, de 29 d'abril, reitera de nou el seu criteri, en constatar que l'inici de l'apartat 1 del nou article 310 s'expressa en els termes següents: "*Serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación previo a la interposición del contencioso-administrativo los actos...*". La redacció projectada apunta cap a la configuració del recurs especial com un recurs potestatiu. Aquesta és la solució que el Consell d'Estat considera més encertada, com ja va subratllar l'any 2006, insistint, tanmateix, en el fet que s'havia de recollir en l'avantprojecte de forma clara i que no ofereixi cap dubte, indicant expressament que aquest recurs té caràcter potestatiu.

9. "Nueva configuración del recurso especial en materia de contratación pública. Comentario al Proyecto de Ley por el que se adapta la Ley de contratos del sector público a la Directiva 2007/66/CE, de 11 de diciembre de 2007", al núm. 100 de la *Revista Contratación Administrativa Práctica*, p. 31-44.

disposició impugnada o de la notificació o publicació de l'acte que posi fi a la via administrativa, si és exprés (article 46.1 de la Llei 29/1998, de 13 de juliol, reguladora de la jurisdicció contenciosa administrativa), per al cas d'interposar el recurs contenciós administratiu.

En segon lloc, s'aborda la determinació del moment a partir del qual comença el còmput del termini d'espera i del termini per interposar el recurs, i lligada a això, una nova regulació del contingut de les notificacions que s'han de fer als licitadors per comunicar amb suficient detall quin és el resultat de la licitació i les raons que han portat l'òrgan de contractació a adoptar una decisió en aquest sentit (nou apartat 4 de l'article 135). S'incorpora d'aquesta manera la doctrina del Tribunal de Justícia en la Sentència de 28 de gener de 2010 (As. C-406/08, Uniplex):

"30 Sin embargo, el hecho de que un candidato o licitador tenga conocimiento de que su candidatura u oferta ha sido rechazada no le sitúa en condiciones de interponer efectivamente un recurso. Tal información es insuficiente para permitir al candidato o licitador descubrir la posible existencia de una ilegalidad que pueda fundamentar un recurso.

"31 El candidato o licitador afectado solo puede formarse una opinión bien fundada sobre la posible existencia de una infracción de las disposiciones aplicables y sobre la oportunidad de interponer un recurso después de ser informado de los motivos por los que ha sido excluido del procedimiento de adjudicación de un contrato.

"32 De ello resulta que el objetivo de garantizar la existencia de recursos eficaces contra la infracción de

las disposiciones aplicables en materia de adjudicación de contratos públicos, señalado en el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 89/665, solo puede alcanzarse si los plazos establecidos para interponer estos recursos no comienzan a correr antes de la fecha en que el demandante tuvo o debiera haber tenido conocimiento de la alegada infracción de dichas disposiciones."

Així mateix, per donar solució a l'aparent contradicció que podia comportar pel caràcter universal del recurs el fet que els actes produïts entre l'adjudicació provisional i la definitiva quedessin fora de l'àmbit d'aplicació del mateix, s'acaba amb una de les principals novetats incorporades per la LCSP, el doble tràmit d'adjudicació, provisional i definitiva, refonent ambdós tràmits en un de sol i retardant –un gest que va ser qualificat pel Consell d'Estat com una *"transformación de la naturaleza antiformalista de los contratos del sector público"*– el moment de la perfecció del contracte fins a la formalització del mateix.

No obstant això, a partir d'ara centrarem la nostra atenció en una altra de les qüestions "pendents de resoldre" després de l'aprovació de la Directiva 2007/66, com és la relativa a la competència per resoldre el recurs, ja que la citada Directiva exigeix que s'atribueixi "a un òrgan independent". Recordem que la redacció original de l'article 37 LCSP no complia amb aquest requisit, en atribuir aquesta competència al mateix òrgan de contractació que dictés l'acte recorregut. La Directiva exigeix aquesta independència de l'òrgan encarregat de resoldre el recurs per garantir l'eficàcia del recurs interposat contra les infraccions legals que es produeixen en la tramitació dels procediments d'adjudicació.¹⁰

10. Tradicionalment, i de conformitat amb el marc normatiu vigent, està clar que la contractació administrativa és eminentment formalista. De fet, l'Administració no pot contractar verbalment (article 28 de la Llei), i l'inici de l'execució del contracte depèn, com a regla general, de la seva formalització. Ara bé, la forma escrita, tot i que obligatòria, no ostentava caràcter constitutiu. El contracte es perfeccionava amb l'adjudicació (definitiva, segons la Llei 30/2007 en la seva versió original), no amb la formalització, i des d'aquell mateix moment existia i obligava com a tal. L'incompliment de l'obligació de formalitzar el contracte no afectava ni la seva existència ni la seva validesa; i d'aquí es derivava que la falta de formalització del contracte per causes imputables al contractista fos determinant per a la seva resolució amb l'apoderament de la garantia. Se seguia, per tant, la regla general que els contractes es perfeccionen pel mer consentiment (articles 1.254 i 1.258 del Codi civil). Precisament per preservar el principi antiformalista que fins ara ha inspirat la legislació interna en la matèria, es va introduir l'any 2007 la dualitat adjudicació provisional/adjudicació definitiva. La Comissió Europea va concloure que aquest esquema no donava una resposta adequada a les exigències derivades de la Directiva de recursos i, per aquest motiu, a més a més de suprimir la dualitat adjudicació provisional/adjudicació definitiva, la regulació exigeix ara una determinada forma per tal que els contractes subscrits pels poders adjudicadors es perfeccionin: la formalització passa a ser, per tant, constitutiva del contracte. A partir d'aquesta regla, i quan es tracti de supòsits en els quals sigui procedent interposar el recurs especial, s'estableix que la formalització no es podrà efectuar abans que transcorrin quinze dies hàbils des que es remeti la notificació de l'adjudicació als licitadors i candidats; i únicament una vegada hagi transcorregut aquest termini (o quan s'acordi l'aixecament de la suspensió) l'òrgan de contractació requerirà l'adjudicatari per tal que formalitzi el contracte en un termini no superior a cinc dies a contar des del següent a aquell en el qual hagués rebut el requeriment (article 140.3 LCSP). La transcendència pràctica d'aquesta modificació afecta diferents nivells. Possiblement el més evident sigui el de la desaparició, com a causa de resolució dels contractes, de la seva falta de formalització.

2. La independència de l'òrgan encarregat de resoldre el recurs com a garantia de la seva eficàcia

2.1. El mandat d'eficàcia del recurs previst per la Directiva 89/665/CEE: configuració i requisits dels òrgans competents per conèixer dels recursos

Les directives de recursos sempre han imposat com a obligació als estats membres l'adopció de les mesures necessàries per garantir que les decisions acordades pels poders adjudicadors puguin ser recorregudes de manera eficaç i, en particular, el més ràpidament possible (article 1.1 Directiva 89/665).¹¹ Sobre l'eficàcia del recurs, Gimeno Feliú destacava que aquesta s'ha de mesurar des del punt de vista del recurrent, de manera que ha de permetre impedir la perfecció del contracte i l'inici de la seva execució fins que es resolgui el recurs.¹² La eficàcia d'aquest recurs apareix vinculada a la possibilitat d'obtenir, si es donen els requisits corresponents, l'anul·lació de la decisió de l'òrgan de contractació per la qual es decideix quin licitador subscriurà el contracte amb l'Administració, possibilitat que s'ha d'articular a través del procediment que els estats membres estan obligats a posar a disposició dels interessats.¹³

La manera en què s'ha de materialitzar l'eficàcia del recurs és a través de l'atribució de la competència per a la seva resolució a un òrgan independent de l'entitat que hagi dictat l'acte recorregut. A aquest caràcter independent de l'òrgan competent fa referència la Directiva 2007/66 en diverses ocasions. La primera, en el seu Considerant número 22, en assenyalar que "el òrgan de recurso independiente del poder adjudicador o de la entidad contratante" ha d'examinar tots els aspectes pertinents per establir si raons imperioses d'interès general requereixen que es mantinguin els efectes del contracte en els supòsits en què es declari la seva ineficàcia. Igualment, en l'apartat 3 del seu arti-

cle 2, es fa referència al fet que quan es sotmeti "a un órgano de primera instancia independiente del poder adjudicador" un recurs relatiu a una decisió d'adjudicació d'un contracte, els estats membres garantiràn que el poder adjudicador no pugui subscriure el contracte fins que l'òrgan que examini el recurs hagi pres una decisió sobre la sol·licitud de mesures provisionals o sobre el fons del recurs.

Entenem que les referències a la independència de l'òrgan que conté l'apartat 9 de l'article 2 de la Directiva, així com els requisits que s'hi recullen, no són d'aplicació als òrgans de naturalesa no jurisdiccional encarregats de resoldre els recursos. En efecte, aquest precepte assenyalava que:

"Cuando los órganos responsables de los procedimientos de recurso no sean de carácter jurisdiccional, sus decisiones deberán ir siempre motivadas por escrito. Además, en ese caso, deberán adoptarse disposiciones para garantizar que cualquier medida presuntamente ilegal adoptada por el órgano de recurso competente, o cualquier presunta infracción cometida en el ejercicio de las facultades que tiene conferidas, pueda ser objeto de un recurso jurisdiccional o de un recurso ante otro órgano jurisdiccional en el sentido del artículo 234 del Tratado CE, y que sea independiente en relación con el poder adjudicador y con el órgano de recurso."

"El nombramiento de los miembros de esta instancia independiente y la terminación de su mandato estarán sujetos a las mismas condiciones aplicables a los jueces en lo relativo a la autoridad responsable de su nombramiento, la duración de su mandato y su revocabilidad. Como mínimo, el presidente de esta instancia independiente deberá poseer las mismas cualificaciones jurídicas y profesionales que un juez. Esta instancia independiente adoptará sus decisiones previa realización de un procedimiento contradictorio y tales decisiones tendrán, por los medios que estipule cada Estado miembro, efectos jurídicos vinculantes."

11. Aquest és precisament l'objectiu de les directives de recursos, i així ho ha remarcat precisament el Tribunal de Justícia en la seva Sentència de 12 de desembre de 2002 (As. C-470/1999, Universale-Bau i altres, apartat 74). No convé oblidar, a més, que la Directiva també imposa als estats membres l'obligació de vetllar perquè les decisions dels òrgans responsables dels procediments de recurs, un cop adoptades, puguin ser executades també eficaçment (article 2.8 Directiva 89/665).

12. *Novedades de la Ley de contratos del sector público de 30 de octubre de 2007 en la regulación de la adjudicación de los contratos públicos*, Civitas, 2010, p. 312. I és que de poc serveix una posterior declaració d'incompliment si el contracte ha estat ja adjudicat, i en bona part de les ocasions, fins i tot executat, ja que aquesta resolució no podrà eliminar el perjudici patit per l'ordenament jurídic i pels licitadors (Interlocutòria del Tribunal de Justícia de 22 d'abril de 1994).

13. *Vid.* sentències de 28 d'octubre de 1999 (As. C-81/98, Alcatel Àustria i altres, apartat 43), i de 3 d'abril de 2008 (As. C-444/06, Comissió/Espanya, apartat 37).

En la interpretació d'aquest precepte, el Tribunal de Justícia ha confirmat que els estats membres poden optar entre dues solucions a l'hora d'organitzar el sistema de control dels contractes públics. Una primera solució consistiria en atribuir la competència per conèixer dels recursos a òrgans de naturalesa jurisdiccional. Així mateix, també existiria l'opció d'atribuir aquesta competència, en primer terme, a organismes que no tenen aquesta naturalesa (jurisdiccional); en aquest cas, les resolucions adoptades pels organismes han de poder ser objecte bé d'un recurs jurisdiccional o bé d'un recurs davant d'un altre organisme, que, per garantir que el recurs sigui adequat, ha de complir els requisits específics que preveu el paràgraf segon de l'apartat 8 de l'article 2 de la Directiva 89/665 –ara l'apartat 9 d'aquest mateix article després de la modificació duta a terme per la Directiva 2007/66– (Sentència de 4 de febrer de 1999, As. C-103/97, *Josef Köllensperger*, apartat 29).

El fet que el segon paràgraf de l'apartat 9 de l'article 2 de la Directiva es refereixi a "... *esta instancia independiente* ..." (en singular) entenem que ho és al "... *órgano jurisdiccional* (també en singular) *en el sentido del artículo 234 del Tratado CE, que sea independiente en relación con el poder adjudicador y con el órgano del recurso*" i que ha de poder revisar (o ell mateix o un òrgan jurisdiccional) les decisions de l'òrgan encarregat de resoldre el recurs, quan s'hagi optat per atribuir la competència a un òrgan no jurisdiccional. Per tant, aquesta circumstància ens inclina a pensar que els requisits exigits en el paràgraf segon del precepte reproduït (mandat subjecte a les mateixes condicions aplicables als jutges pel que fa a l'autoritat responsable del seu nomenament, la durada del seu mandat i la seva revocabilitat, necessitat que el president tingui les mateixes qualificacions jurídiques i professionals que un jutge) no són aplicables als òrgans (als quals es refereix, aquesta vegada en plural, el paràgraf primer de l'apartat 9 de l'article 2 de la Directiva) de caràcter no jurisdiccional, que siguin responsables dels procediments de recurs, sinó únicament a l'òrgan jurisdiccional, en el sentit de l'article 234 del Tractat CE, que pugui revisar les decisions del primer a la conclusió del procediment de recurs.

Aquesta és, d'altra banda, la interpretació que va mantenir el Tribunal de Justícia quan va analitzar la compatibilitat amb l'apartat 8 de l'article 2 de la Directiva 89/665 del *Tiroler Landesvergabeamt* (Oficina d'Adjudicacions del *Land* del Tirol), òrgan col·legiat

creat per resoldre els recursos plantejats en el marc dels procediments d'adjudicació dels contractes públics en el *Land*. Formaven part d'aquest òrgan:

- com a ponent dels assumptes, un jurista, funcionari de l'Oficina d'Adjudicacions;
- un membre de la judicatura;
- un membre de la Cambra de Comerç del Tirol, un membre del Col·legi d'Arquitectes i Enginyers del Tirol i de Vorarlberg, un membre de la Cambra de treballadors i empleats del Tirol, i un membre de la Mancomunitat de municipis del Tirol, tots ells versats en qüestions relacionades amb l'adjudicació dels contractes públics.

Al seu costat, actuava en qualitat de president "*una persona versada en cuestiones relacionadas con la adjudicación de los contratos públicos*", sense més especificacions.

En opinió del Tribunal de Justícia, la composició d'aquest òrgan és compatible amb el que disposa l'apartat 8 de l'article 2 de la Directiva 89/665 (ara apartat 9). Sense entrar a analitzar la concurrència dels requisits continguts en el paràgraf segon d'aquest precepte (mandat subjecte a les mateixes condicions aplicables als jutges pel que fa a l'autoritat responsable del seu nomenament, la durada del seu mandat i la seva revocabilitat, necessitat que el president tingui les mateixes qualificacions jurídiques i professionals que un jutge), el Tribunal de Justícia ha recordat que aquesta disposició es refereix als organismes responsables dels procediments de recurs contra les resolucions adoptades pels organismes de base competents en matèria d'adjudicació dels contractes públics que entren en l'àmbit d'aplicació de la Directiva 89/665 (Sentència de 4 de febrer de 1999, As. C-103/97, *Josef Köllensperger*, apartat 27), i no és aplicable, per tant, a aquests organismes de base competents en matèria d'adjudicació dels contractes públics que no tenen naturalesa jurisdiccional.

Es pot concloure, per tant, que la independència de l'òrgan encarregat de resoldre els recursos en matèria de contractació no implica, segons el Dret de la Unió Europea, ni que la competència per al seu coneixement s'hagi d'atribuir necessàriament a un òrgan jurisdiccional, ni que els membres d'aquest òrgan estiguin subjectes a les mateixes condicions aplicables als jutges. Tampoc cal que el seu president, en cas de tractar-se d'un òrgan, tingui les mateixes qualificacions jurídiques i professionals que un jutge. És molt més important al nostre entendre, i aquí rau el veritable fonament de la independència, l'especialització per raó de la matèria

dels membres de l'òrgan, i així es dedueix de la Sentència del Tribunal de Justícia esmentada.

2.2. Les diferents opcions per articular la independència de l'òrgan encarregat de la resolució del recurs i la solució finalment adoptada per la LCSP

Un cop establerta la necessitat de modificar el règim del recurs especial en matèria de contractació pública, a l'hora d'atribuir la competència per a la seva resolució es van tenir en compte diverses alternatives, totes ajustades a les opcions que ofereix la Directiva. La solució de judicialitzar la resolució dels conflictes (opció preferida pel Consell d'Estat), atribuint la competència per conèixer dels mateixos a la jurisdicció contenciosa administrativa, va ser descartada des del mateix Ministeri de Justícia, en entendre que, de fer-ho, s'obriria la possibilitat que actes d'entitats de Dret privat fossin directament impugnats davant d'aquesta jurisdicció (en concret els recursos plantejats contra actes de poders adjudicadors que no tinguin la condició d'administracions públiques "a efectes de la LCSP"), amb el risc de desnaturalitzar aquesta jurisdicció. La raó aparent de fons per descartar l'opció jurisdiccional és la necessitat de donar prioritat al coneixement i resolució d'aquests recursos, d'impossible compliment amb els mitjans materials i humans de què disposa avui l'Administració de Justícia.

Des de la doctrina s'havien proposat altres solucions, com la de crear una sala especial dins del Tribunal Económico-administratiu Central, o atribuir la competència per conèixer dels recursos a les autoritats estatals o autonòmiques de defensa de la competència,¹⁴ opcions descartades perquè es tracta d'òrgans no especialitzats en matèria de contractes públics. L'opció de residenciar el coneixement dels recursos en les juntes consultives de contractació administrativa hauria

permès resoldre aquest problema d'especialització de l'òrgan per raó de la matèria.¹⁵

D'entre totes les solucions ofertes per la Directiva 2007/66, la que finalment es va imposar va ser la d'atribuir la competència per resoldre els recursos a un òrgan de naturalesa no jurisdiccional, sinó administrativa (tot i que la seva denominació pugui induir a pensar el contrari): el Tribunal Administratiu Central de Recursos Contractuals (TACRC).¹⁶ D'aquesta naturalesa no jurisdiccional participen així mateix els òrgans autonòmics, i també els que depenen dels òrgans constitucionals i estatutaris, creats, cada un en el seu respectiu àmbit, per a la resolució dels recursos que es plantegin en matèria contractual.

Al costat de la creació d'aquest Tribunal Administratiu Central, i com a conseqüència que, d'acord amb la Directiva 89/665, en el cas que s'opti per atribuir la competència per conèixer del recurs a un òrgan de naturalesa no jurisdiccional, s'han d'adoptar les mesures oportunes per tal de garantir que qualsevol decisió presumptament il·legal adoptada per l'òrgan del recurs competent pugui ser objecte d'un recurs jurisdiccional, o d'un recurs davant d'un altre òrgan jurisdiccional en el sentit de l'article 234 del Tractat CE que sigui independent en relació amb el poder adjudicador i amb l'òrgan del recurs, el sistema de recursos configurat en la LCSP no tanca la possibilitat d'interposar recurs contencios administratiu contra la resolució de l'òrgan encarregat de resoldre el recurs (Cfr: article 319.1 LCSP).¹⁷

3. Els òrgans responsables de la resolució dels recursos en matèria de contractes públics

3.1. Antecedents pròxims

L'existència d'un sistema de recursos *ad hoc* en matèria de contractes públics no era desconeguda en l'ordena-

14. Opció defensada per J. BERASATEGUI TORIZES en el seu treball sobre "El control administrativo independiente de la contratación pública", *Diario La Ley* núm. 6650, de 13 de febrer de 2007, i que el mateix autor va defensar en la seva compareixença al Congrés dels Diputats durant la tramitació parlamentària de la LCSP.

15. Aquesta és precisament, com veurem després, l'opció adoptada per les Illes Balears l'any 2003, que proposava estendre J. M. GIMENO FELIÚ, *Novedades de la Ley de contratos del sector público de 30 de octubre de 2007 en la regulación de la adjudicación de los contratos públicos*, Civitas, 2010, p. 332.

16. Sobre les diferents opcions plantejades en presentar diferents esmenes al Projecte de la futura Llei 34/2010, *vid.* PULIDO QUECEDO, *El nuevo Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales*, Aranzadi, 2010, p. 32-34.

17. "Contra la resolución dictada en este procedimiento solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo conforme a lo dispuesto en el artículo 10, letras k y l del apartado 1 y en el artículo 11, letra f de su apartado 1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa.

"No procederá la revisión de oficio regulada en el artículo 34 de esta Ley y en el Capítulo I del Título VII de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de la resolución ni de ninguno de los actos dictados por los órganos regulados en el artículo 311..."

ment espanyol amb anterioritat a la seva incorporació a la LCSP. Les Illes Balears van ser pioneres en establir un recurs, de caràcter potestatiu, residenciant la competència per resoldre'l a la Junta Consultiva de Contractació Administrativa (article 66 de la Llei 3/2003, de 26 de març, de règim jurídic de l'Administració de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears).¹⁸ Tres anys després, la Llei foral 6/2006, de 9 de juny, de contractes públics de Navarra, va incloure també, en l'article 210, una reclamació en matèria de contractació pública que els interessats poden interposar davant de la Junta de Contractació Pública.¹⁹ Cal assenyalar, a diferència del que després passaria en la LCSP, que tant el recurs balear com la reclamació navarresa poden interposar-se (respecte a aquells actes que són susceptibles de recurs) en el marc de qualsevol contracte públic, sense importar la seva quantia, circumstància, en canvi, determinant per acollir-se al sistema de recurs especial que deriva de la LCSP, que amb caràcter general només és possible interposar davant de contractes subjectes a regulació harmonitzada,²⁰ accentuant d'aquesta manera les diferències entre els "grans" licitadors i els "petits i mitjans".²¹ S'ha de veure encara si aquest sistema dual és conforme amb la Directiva

89/665, l'article 1.2 de la qual (després de la redacció donada per la Directiva 2007/66) assenyalava que "*los Estados miembros velarán porque no se produzcan discriminaciones entre las empresas que puedan alegar un perjuicio en el marco de un procedimiento de adjudicación de contrato a causa de la distinción que hace la presente Directiva entre las normas nacionales que transponen el Derecho comunitario y las demás normas nacionales*".²² Cal recordar a més que la Comissió, en la seva Comunicació interpretativa sobre el Dret comunitari aplicable en l'adjudicació de contractes no coberts o només parcialment coberts per les directives sobre contractació pública (2006/C 179/02, d'1 d'agost de 2006), després de reconèixer que, per als contractes que no entren en l'àmbit d'aplicació de les directives comunitàries de contractes públics, l'aplicació als mateixos dels principis generals de la contractació pública comporta igualment que les persones tenen dret a una protecció judicial efectiva dels drets que els confereix l'ordenament jurídic comunitari, i per tant, la possibilitat que puguin ser objecte de recurs, almenys les decisions que perjudiquin a una persona que estigui o hagi estat interessada a obtenir un contracte, disposa que els sistemes de recurs que s'estableixin no podran

18. Expressament s'estableix que la interposició d'aquest recurs substitueix, a tots els efectes, el recurs de reposició, i això és així en aplicació de l'article 107. 2 de la Llei 30/1992, de 26 de novembre, de règim jurídic de les administracions públiques i del procediment administratiu comú, que permet, mitjançant Llei, substituir el recurs de reposició, en àmbits sectorials determinats, quan la especificitat de la matèria així ho justifiqui, per altres procediments d'impugnació, reclamació, conciliació, mediació i arbitratge, davant d'òrgans col·legiats o comissions específiques no sotmeses a instruccions jeràrquiques, amb respecte als principis, garanties i terminis que la present Llei reconeixi als ciutadans i als interessats en tot procediment administratiu, respectant el seu caràcter potestatiu per a l'interessat.

19. El caràcter substitutiu d'aquesta reclamació (en clara al·lusió al mencionat article 107.2 LRJPAC) es remarca en l'apartat 5 del mateix precepte, que estableix que "*La interposició de la reclamación prevista en este artículo será de carácter potestativo y sustitutivo, sin perjuicio de la interposición de cuantas otras reclamaciones o recursos basadas en otros motivos se interpongan ante otros órganos*". Sobre aquesta reclamació pot consultar-se J. A. RAZQUIN LIZARRAGA, "Las reclamaciones y otras medidas de control en materia de contratación pública", a J. C. ALLI ARANGUREN (dir.), *Comentarios a la Ley foral de contratos públicos (Ley 6/2006, de 9 de junio)*, Govern de Navarra, Pamplona, 2006, p. 734-797, i també F. J. VÁZQUEZ MATILLA, "Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 3 de abril de 2008. La vulneración de la Directiva sobre recursos y su incidencia en la normativa sobre contratación administrativa en Navarra", a *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 45, 2008, p. 149-181.

20. Son recurribles també, de conformitat amb el que disposa l'article 310.1 LCSP, els contractes de serveis compresos en les categories 17 a 27 de l'Annex II LCSP el valor estimat del quals sigui igual o superior a 193.000 euros, i els contractes de gestió de serveis públics en els quals el pressupost de despeses de primer establiment, exclòs l'import de l'impost sobre el valor afegit, sigui superior a 500.000 euros, i el termini de duració, superior a cinc anys.

21. Tant el Consell d'Estat (dictàmens 514/2006 i 499/2010) com part de la doctrina, han considerat injustificada aquesta dualitat de sistemes de recursos. J. M. GIMENO FELIÚ la considera un evident incompliment del principi comunitari d'equivalència, *Novedades de la Ley de contratos del sector público de 30 de octubre de 2007 en la regulación de la adjudicación de los contratos públicos*, Civitas, 2010, p. 312-313. Per la seva part, J. M. BAÑO LEÓN apuntava el caràcter il·lògic del diferent tractament entre els diferents tipus de contractes, atès que la tutela efectiva sobre els principis de publicitat i lliure competència hauria de ser la mateixa en tots els contractes del sector públic, "Tutela judicial precontractual", a J. BERMEJO VERA (dir.) i M. A. BERNAL BLAY (coord.), *Diccionario de contratación pública*, Iustel, 2009, p. 688.

22. Sobre el règim de recursos aplicable als contractes no inclosos en el sistema especial de recurs, pot consultar-se l'informe de la JCCAragó núm. 18/2008, de 21 de juliol, el de la JCCA núm. 48/08, de 29 de gener de 2009, el de la JCCABalears núm. 13/08, de 30 de juliol de 2009, i el de la JCCACatalunya núm. 3/2010, de 26 de març.

ser menys eficaços que els aplicables a reclamacions similars fundades en el Dret nacional (principi d'equivalència), i, en la pràctica, no han d'impossibilitar o dificultar indignantment l'obtenció de la protecció judicial (principi d'eficàcia).

3.2. Crònica d'òrgans de recurs creats

Tal com hem conclòs anteriorment, l'atribució de la competència per resoldre el recurs especial en matèria de contractació al mateix òrgan que prèviament havia dictat l'acte recorregut (opció seguida per l'article 37 LCSP) resultava incompatible amb les directives de recursos. És per això que l'article 311 LCSP disposa la creació, en l'àmbit de l'Administració General de l'Estat (tot i que la seva competència es projecta també sobre els recursos especials que es suscitin contra els actes dels òrgans competents del Consell General del Poder Judicial, del Tribunal Constitucional i del Tribunal de Comptes), d'un òrgan especialitzat per al coneixement i resolució, entre d'altres,²³ dels recursos especials en matèria de contractació. A aquests efectes es crea el Tribunal Administratiu Central de Recursos Contractuals, que, tot i estar adscrit al Ministeri d'Economia i Hisenda, actua amb plena independència funcional en l'exercici de les seves competències.

D'altra banda, la Llei 34/2010 va introduir un nou paràgraf en la disposició addicional tercera de la Llei de contractes del sector públic, segons el qual, els òrgans competents de les Corts Generals establirien, si s'escau, l'òrgan que hagi de conèixer en el seu àmbit de contractació del recurs especial regulat en el Llibre VI d'aquesta Llei. Amb l'excusa del respecte al principi d'autonomia parlamentària, per Resolució de 18 de gener de 2011 del lletrat major de les Corts Generals mitjançant la qual es publica la de 21 de desembre de 2010, de les Meses del Congrés dels Diputats i del Senat (BOE de 25 de gener de 2011), ha estat creat el Tribunal de Recursos Contractuals de les Corts Generals, com a òrgan competent per conèixer del recurs especial en matèria de contractació quan aquest s'interposi contra actes relatius als contractes que pretenquin subscriure el Congrés dels Diputats, el Senat, les Corts Generals, la Junta Electoral Central i el Defensor del Poble.

En l'àmbit de les comunitats autònomes, així com en el dels òrgans competents de les seves assemblees legislatives i de les institucions autonòmiques anàlogues al Tribunal de Comptes i al Defensor del Poble, i també per a les ciutats autònomes de Ceuta i Melilla, la competència per resoldre els recursos s'ha d'establir per les seves normes respectives. Partint d'aquesta llibertat per procedir al disseny del sistema autonòmic de recursos contractuals, l'article 311.2 LCSP estableix dues possibilitats:

A) La primera, la creació d'un òrgan independent, de similars característiques al Tribunal Administratiu Central de Recursos Contractuals. Aquesta és l'opció seguida per Madrid (article 3 de la Llei 9/2010, de 23 de desembre, de mesures fiscals, administratives i de racionalització del sector públic), el País Basc (Disposició addicional vuitena de la Llei 5/2010, de 30 de desembre, de pressupostos generals de la Comunitat Autònoma del País Basc per a l'exercici 2011), i Aragó (article 17 de la Llei 3/2011, de 24 de febrer, de mesures en matèria de contractes del sector públic d'Aragó). Al costat de les anteriors, altres comunitats autònomes han autoritzat la creació d'un òrgan per a la resolució de recursos en matèria de contractació. Són els casos de Castella i Lleó (Disposició final setena de la Llei 19/2010, de 22 de desembre, de mesures financeres i de creació de l'ens públic Agència d'Innovació i Finançament Empresarial de Castella i Lleó), Galícia (article 38 de la Llei 15/2010, de 28 de desembre, de mesures fiscals i administratives), i les precoces Catalunya (Disposició addicional quarta de la Llei 26/2009, de 23 de desembre, de mesures fiscals, financeres i administratives) i Cantàbria (Disposició addicional primera de la Llei 1/2010, de 27 d'abril, per la qual es modifiquen la Llei 6/2002, de 10 de desembre, de règim jurídic del Govern i de l'Administració de la Comunitat Autònoma de Cantàbria, i la Llei 11/2006, de 17 de juliol, d'organització i funcionament del servei jurídic), que ja fins i tot abans de dictar-se la Llei 34/2010 va autoritzar als seus respectius governs per tal que, en el marc de la normativa bàsica que l'Estat adopti en aquesta matèria, creessin un òrgan independent per al coneixement i la resolució dels recursos especials en matèria de contractació. No obstant això, fins al 30 de juny de 2011 (data de tancament d'aquest article), només Aragó (de mane-

23. S'ha de recordar que a aquest mateix òrgan se li atribueix la competència per tramitar el procediment i resoldre la qüestió de nul·litat a la que es refereix l'article 37.1 LCSP (Cfr. article 39.1 LCSP).

ra transitòria), Madrid i País Basc, a més de crear-los, havien constituït efectivament aquests òrgans.²⁴

B) La segona opció és que les comunitats autònomes atribueixin la competència per a la resolució dels recursos al Tribunal Administratiu Central de Recursos Contractuals, subscriuint a aquest efecte el corresponent conveni amb l'Administració General de l'Estat (amb el Ministeri d'Economia i Hisenda, pel fet de ser el Ministeri al qual s'adscriu orgànicament el Tribunal), on s'estipulin les condicions en què la Comunitat Autònoma sufragui les despeses derivades d'aquesta assumpció de competències. De moment no hi ha notícia que cap Comunitat Autònoma hagi subscrit aquest conveni.

A les opcions anteriors encara s'hi hauria de sumar una tercera (C), que deriva de l'establiment d'un règim supletori aplicable als casos d'inactivitat autonòmica.²⁵ La Disposició transitòria segona de la Llei 34/2010 preveu un règim aplicable a les comunitats autònomes, mentre no hagin creat els seus propis òrgans encarregats de la resolució de recursos o qüestions de nul·litat, o subscrit un conveni per a la seva resolució mitjançant el Tribunal Administratiu Central. En aquests casos, la competència per a la resolució dels recursos continuarà encomanada als mateixos òrgans que la tinguin atribuïda amb anterioritat. És a dir, sobreviu "l'esperit" de l'article 37.4 LCSP en la redacció original per mantenir la competència de l'òrgan de contractació per resoldre el recurs (quan es tracti de contractes d'una Administració pública), o del titular del departament, òrgan, ens o organisme al qual estigui adscrita l'entitat contractant o correspongui la seva tutela (si aquesta no té el caràcter d'Administració pública).

Ara bé, en aquests supòsits, el procediment de tramitació dels recursos s'acomodarà al que disposen els articles 312 a 318 LCSP, o, si s'escau, els articles 103 a 108 LCSE, i a més, quan les resolucions no siguin totalment estimatòries, o quan sent-ho hagin comparegut en el procediment altres interessats diferents del recurrent, no

seran executives fins que siguin fermes o, si han estat objecte de recurs, fins que l'òrgan jurisdiccional competent no decideixi sobre la suspensió de les mateixes.

Encara que caracteritzat per la seva supletorietat i transitorietat, entenem que aquest sistema no s'ajusta a les directives de recursos, ja que tot i que s'estableix com a garantia la suspensió dels efectes de les resolucions d'adjudicació fins que siguin fermes o, si han estat objecte de recurs, fins que l'òrgan jurisdiccional competent no decideixi sobre la suspensió de les mateixes, no s'atribueix la competència per a la seva resolució a un òrgan independent de l'entitat contractant. L'articulació per part de les comunitats autònomes d'aquest sistema comporta un clar incompliment del Dret europeu de contractes públics per part del Regne d'Espanya.

D'altra banda, en l'àmbit de les corporacions locals, la competència per resoldre els recursos s'estableix per les normes de les comunitats autònomes, quan aquestes tinguin atribuïda competència normativa i d'execució en matèria de règim local i contractació. La regla general ha estat que els òrgans autonòmics creats assumeixin la competència per resoldre els recursos en matèria de contractació i qüestions de nul·litat, interposats contra actes de les corporacions locals que tinguin la seu al seu territori. Això succeeix a Aragó i Madrid, i aquesta és, a més, la regla a seguir en el cas que no hi hagi previsió expressa en la legislació autonòmica, segons que es desprèn de l'article 311.3 LCSP. Algunes especialitats davant d'aquesta regla general es presenten al País Basc, on, si bé l'àmbit en què l'Òrgan Administratiu de Recursos Contractuals exercirà la seva funció comprèn les administracions locals integrades al territori de la comunitat, hi ha dues excepcions. La primera, la dels municipis de més de 50.000 habitants que hagin creat el seu propi òrgan competent per a la resolució dels recursos del seu àmbit local i sector públic respectiu.²⁶ I la segona, els recursos plantejats contra contractes de les diputacions forals, que de

24. Catalunya va sotmetre a informació pública i a Dictamen de la Comissió Jurídica Assessora (núm. 398/10, de 16 de desembre) un Projecte de Decret de creació del Tribunal Català de Contractes del Sector Públic, que finalment no va ser aprovat. A la data de tancament d'aquest article (30.06.2011), la Disposició adicional quarta del Projecte de Llei de mesures fiscals i financeres en tramitació al Parlament de Catalunya disposa la creació de l'Òrgan Administratiu de Recursos Contractuals de Catalunya, amb una regulació pràcticament idèntica a la regulació d'aquest òrgan al País Basc.

25. L'establiment d'un règim supletori deriva de l'admissió per part del Tribunal Constitucional, expressament, del fet que l'Estat legisli amb caràcter supletori sobre matèries de competència autonòmica en els supòsits en els quals es tracti d'incorporar la normativa comunitària al Dret intern. *Vid.*, en aquest sentit, les sentències 213/1994, de 14 de juliol, i 79/1992, de 28 de maig.

26. Opció que entenem viable, ja que l'article 311.3 LCSP deixa llibertat a les comunitats autònomes per determinar la competència per a la resolució dels recursos plantejats contra les entitats locals. En tot cas s'haurà de garantir que els òrgans creats compleixin amb el requisit d'independència de l'entitat contractant. Com a curiositat, podem assenyalar que l'Avantprojecte de Llei que després es convertiria en la Llei 34/2010 preveia la creació de tribunals per resoldre els recursos de les administracions locals en l'àmbit de les diputacions provincials.

conformitat amb la disposició addicional trenta-tresena de la LCSP han d'ajustar llur contractació a les normes establertes en aquesta Llei per a les administracions públiques, la qual cosa ha estat interpretada en aquest punt en el sentit de considerar necessària la creació, al si d'aquestes, d'un òrgan administratiu encarregat de la resolució de recursos en matèria de contractes públics. Així, la província d'Àlaba, mitjançant Decret foral 44/2010, de 28 de setembre, va aprovar la creació de l'Òrgan Administratiu Foral de Recursos Contractuals, la de Guipúscoa, mitjançant Decret foral 24/2010, de 28 de setembre, la creació i regulació del Tribunal Administratiu Foral de Recursos Contractuals, i la de Biscaia, mitjançant Decret foral 102/2010, de 29 de setembre, la creació del Tribunal Administratiu Foral de Recursos Contractuals.

4. Característiques dels òrgans autonòmics creats per a la resolució dels recursos especials en matèria de contractació pública

4.1. Naturalesa unipersonal o col·legiada de l'òrgan encarregat de resoldre els recursos

Com ja hem vist, l'article 311.2 LCSP estableix que, en l'àmbit de les comunitats autònomes, la competència per resoldre els recursos és establerta per les seves normes respectives. En virtut de les seves competències en matèria d'organització de les institucions pròpies de cada Comunitat Autònoma, amb les úniques excepcions de l'Òrgan Administratiu de Recursos Contractuals de la Comunitat Autònoma del País Basc i el projectat Òrgan Administratiu de Recursos Contractuals de Catalunya,²⁷ la resta d'òrgans autonòmics creats han estat dotats d'una naturalesa col·legiada,²⁸ amb la denominació, en general (excepte el creat a la Diputació Foral d'Àlaba), de "Tribunal", pel fet de ser tres els membres que l'integren en tots els casos.²⁹ Cap de les normes de creació no tanca la possibilitat d'ampliar el

nombre de membres, quan el volum de treball que es generi ho requereixi.

El País Basc (i també la projectada regulació de l'òrgan a Catalunya) no descarta la substitució "de l'Òrgan" per un "Tribunal": "*En especial, y cuando el volumen y la especificidad de los asuntos competencia del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de País Vasco así lo requieran o aconsejen, el Gobierno Vasco, mediante el pertinente decreto, del que dará cuenta al Parlamento Vasco, podrá acordar la modificación del carácter unipersonal del órgano creado transformándolo en órgano colegiado como Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de País Vasco*" (apartat 14 de la Disposició addicional vuitena de la Llei 5/2010).

Al País Basc, i atès el caràcter d'unipersonal amb què es crea inicialment l'òrgan, per tal de donar continuïtat a les competències assignades a aquest, el Govern Basc, a proposta conjunta dels titulars dels departaments d'Economia i Hisenda i de Justícia i Administració pública, va designar en el mateix acte del nomenament del titular de l'òrgan la persona que, reunint els mateixos requisits exigits per al titular de l'òrgan, està cridada a substituir-lo amb caràcter temporal en els supòsits de vacant, absència o malaltia.

4.2. Competència temporal

No és pacífica la determinació de la competència temporal dels òrgans de resolució de recursos contractuals. En alguns casos es projecta des del moment de creació de l'òrgan, és a dir, des del dia de la publicació de la norma de creació en el Butlletí Oficial corresponent (així s'indica expressament en el cas del Tribunal de Madrid, i encara que es guardi silenci en la seva norma de creació, va ser el criteri adoptat a Aragó). Aquest criteri pot plantejar el dubte sobre a qui correspon la competència per conèixer els recursos presentats un cop

27. SUSANA DE LA SIERRA es mostra crítica amb l'opció de la unipersonalitat, advertint que si bé és cert que la Directiva del 2007 no es pronuncia de manera expressa al respecte, del seu article 9 sembla desprendre's que s'opta per un model de col·legialitat, ja que en tot moment es refereix "a los miembros del órgano" (en plural). "Un legislador impenitente: Derecho de la Unión y procedimiento en la contratación pública", *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 149, 2011, p. 107, nota núm. 36.

28. La naturalesa col·legiada, l'estableixen també les normes que autoritzen la creació dels òrgans competents per a la resolució de recursos en matèria de contractes públics de Cantàbria, Catalunya i Galícia.

29. Constitueix l'excepció l'Òrgan Administratiu Foral de Recursos Contractuals d'Àlaba, que a pesar de no denominar-se "Tribunal" està integrat per un president i dos vocals.

creat l'òrgan, però abans de la seva constitució. No hi va haver problema en el cas del Tribunal aragonès, atès que es va constituir el dia 11 de març de 2011, un dia després de la publicació en el Butlletí Oficial d'Aragó de la norma de creació i la designació dels seus membres. No obstant això, en el cas del Tribunal de Madrid sí que hi va haver un lapse temporal important entre la seva creació per la Llei 9/2010, de 23 de desembre, i la designació dels seus membres mitjançant l'Acord del Consell de Govern de 28 d'abril de 2011, circumstància que va obligar a preveure un règim transitori en la Llei de creació del Tribunal:

"DISPOSICIÓN TRANSITORIA PRIMERA. *Régimen transitorio hasta la constitución del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid.*

"Los recursos especiales en materia de contratación, las reclamaciones, las medidas provisionales y los supuestos especiales de nulidad que se interpongan o planteen desde el día de la publicación de esta Ley en el 'Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid', se presentarán ante el correspondiente órgano de contratación o entidad contratante, que no remitirá el expediente acompañado del correspondiente informe al Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid hasta su constitución.

"El Tribunal se constituirá en un plazo no superior a diez días desde la publicación del nombramiento de sus miembros en el 'Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid', iniciando sus funciones a partir del día siguiente al de su constitución."

Per evitar aquesta distorsió, la norma de creació de l'Òrgan Administratiu de Recursos Contractuals de la Comunitat Autònoma del País Basc demorava l'inici de les seves activitats fins al dia següent de la publicació del nomenament del seu titular, i en un sentit similar, la norma de creació del Tribunal Administratiu Foral de Recursos Contractuals de Guipúscoa assenyalava la seva competència per conèixer dels recursos "que se interpongan a partir de la fecha de su constitución".

4.3. Competència subjectiva o institucional

Una altra qüestió important és la relativa a la competència institucional dels òrgans encarregats de resoldre els recursos en matèria de contractes públics. El Tribunal Administratiu Central de Recursos Contractuals esten la seva competència no tan sols als òrgans de l'Administració General de l'Estat, també als recursos especials que se suscitin contra els actes dels òrgans competents del Consell General del Poder Judicial, del Tribunal Constitucional i del Tribunal de Comptes. Escapen a la seva competència els recursos presentats en el marc de contractes del Congrés dels Diputats, el Senat, les Corts Generals, la Junta Electoral Central i el Defensor del Poble, dels quals coneixerà el Tribunal de Recursos Contractuals de les Corts Generals.

En l'àmbit autonòmic, les seves respectives normes determinen l'abast subjectiu de les mateixes. Tant el Tribunal Administratiu de Contractes Públics d'Aragó com el Tribunal Administratiu de Contractació Pública de la Comunitat de Madrid, són competents per conèixer els recursos que es presentin en relació amb els contractes de l'Administració de la Comunitat Autònoma i l'Administració local, inclosos els seus respectius organismes i entitats dependents.³⁰ El mateix succeeix en el cas de l'Òrgan Administratiu de Recursos Contractuals de la Comunitat Autònoma del País Basc, si bé existeix la possibilitat, abans apuntada, que els municipis de més de 50.000 habitants puguin crear el seu propi òrgan competent per a la resolució dels recursos del seu àmbit local i sector públic respectiu. Idèntica prescripció es recull en la regulació de l'Òrgan Administratiu de Recursos Contractuals de Catalunya.

També haurien de ser competents els tribunals autonòmics per conèixer els recursos plantejats contra els contractes de les universitats que tinguin la consideració de poders adjudicadors³¹ i la seva seu es trobi a les respectives comunitats autònomes, encara que cal advertir que en aquest punt es fa referència únicament a les "universitats públiques" (Madrid) i "a la Universitat de Saragossa" (Aragó). Guarden silenci respecte

30. Es recull en aquest punt el criteri contingut en l'article 311.4 LCSP: "Cuando se trate de los recursos interpuestos contra actos de los poderes adjudicadores que no tengan la consideración de Administraciones Públicas, la competencia estará atribuida al órgano independiente que la ostente respecto de la Administración a que esté vinculada la entidad autora del acto recurrido. Si la entidad contratante estuviera vinculada con más de una Administración, el órgano competente para resolver el recurso será aquel que tenga atribuida la competencia respecto de la que ostente el control o participación mayoritaria y, en caso de que todas o varias de ellas, ostenten una participación igual, ante el órgano que elija el recurrente de entre los que resulten competentes con arreglo a las normas de este apartado."

31. S'ha de recordar aquí que una Universitat privada també pot tenir la condició de poder adjudicador i, per tant, seria possible interposar recurs especial en matèria de contractació pública contra alguns dels seus contractes. Com exemple paradig-

a la competència dels òrgans en relació amb els recursos contractuals dirigits contra les universitats tant la norma de creació de l'òrgan basc com la projectada regulació de l'òrgan català.

Igualment coneixen aquests òrgans els recursos plantejats en relació amb entitats que subscriuguin contractes subvencionats subjectes a regulació harmonitzada.

Els recursos que es presentin en relació amb contractes de les Corts d'Aragó, del Justícia d'Aragó i de la Cambra de Comptes (Aragó), així com de l'Assemblea de Madrid, la Cambra de Comptes i altres institucions i òrgans vinculats o dependents de l'Assemblea (Madrid), queden fora de la competència dels tribunals autonòmics (llevat que mitjançant conveni s'atribueixi a aquests la competència per conèixer aquests recursos). En allò que fa referència a les institucions aragoneses, la disposició addicional primera de la Llei 3/2011 remet a l'establiment, si s'escau, d'un òrgan comú per conèixer els recursos. En relació amb les madrilenyes, la Llei 9/2010 fa referència al fet que aquestes institucions *"establecerán, en su caso, el órgano que deba conocer, en su ámbito de contratación"*, sense que estigui clar si s'ha de tractar d'un òrgan comú, encara que tot apunta a que sí. Una peculiaritat en relació amb el règim de recursos especials de les assemblees legislatives autonòmiques es dona al País Basc, on, mentre no es reguli pel Parlament Basc i els organismes creats per aquesta institució l'òrgan competent per resoldre els recursos especials en matèria de contractació dins del seu respectiu àmbit, la Llei de creació de l'Òrgan Administratiu de Recursos Contractuals de la Comunitat Autònoma del País Basc atribueix a aquest òrgan la competència per conèixer aquests recursos. El Parlament català ha estat l'únic que, de moment, ha creat un Tribunal propi per a la resolució dels seus

recursos contractuals, seguint el precedent del Tribunal de Recursos Contractuals de les Corts Generals (Acord de la Mesa del Parlament de Catalunya d'1 de març de 2011).

4.4. Composició dels òrgans

Com a condició per al cas que les comunitats autònomes creïn un òrgan propi per conèixer dels recursos que s'interposin contra els seus contractes, l'article 311.2 LCSP assenyalava que *"su titular, o en el caso de que fuera colegiado al menos su presidente, debe ostentar cualificaciones jurídicas y profesionales que garanticen un adecuado conocimiento de las materias de 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"*. Els requisits exigits per aquest precepte de la LCSP s'assemblen als que la Directiva 89/665 exigeix en l'apartat 9 de l'article 2 per a altres òrgans diferents, per als organismes responsables dels procediments de recurs contra les resolucions adoptades pels organismes de base competents en matèria d'adjudicació dels contractes públics que entren en l'àmbit d'aplicació de la Directiva 89/665. No obstant això, no es tracta de requisits idèntics, i això perquè, com ja vam concloure, aquests requisits que assenyalava la Directiva no resulten d'aplicació directa a aquests organismes de base competents en matèria d'adjudicació dels contractes públics que no tenen naturalesa jurisdiccional. Per això no resulten encertades algunes crítiques que posen en dubte la compatibilitat dels requisits exigits en la LCSP amb la Directiva de recursos.³² La LCSP, amb bon criteri, no determina que el nomenament dels membres

màtic, pot consultar-se la Sentència del Tribunal de Justícia de 3 d'octubre de 2000 (As. C-380/98), que analitzava la condició de poder adjudicador de la Universitat de Cambridge.

32. Per a SUSANA DE LA SIERRA és, com a mínim, discutible si aquests requisits genèrics relatius a la formació del president són equivalents (como exigeix la norma europea) a les qualificacions "jurídiques i professionals" d'un jutge que per exercir la seva professió ha hagut de superar –com a regla general del sistema– unes proves públiques i competitives específiques més enllà de la titulació obtinguda i de la condició de funcionari públic. Queda per veure, per tant, com entendrà el Tribunal de Justícia –si és cridat a pronunciar-se– l'adequació al Dret de la Unió d'aquesta figura. L'article 311.2 fa referència a la garantia de la independència i la inamovibilitat dels membres d'aquesta instància independent (en relació amb el seu mandat i la seva revocabilitat), sense mencionar en cap cas l'estatut de la judicatura, que és el que ha de servir de paràmetre a aquests efectes, segons que estableix la Directiva. En funció de com s'acabin configurant aquestes instàncies, es podrà donar el cas que alguna Comunitat Autònoma vulneri el Dret de la Unió; "Un legislador impenitent: Derecho de la Unión y procedimiento en la contratación pública", *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 149, 2011, p. 108.

d'aquesta instància independent i la finalització del seu mandat estiguin subjectes a les mateixes condicions aplicables als jutges pel que fa a l'autoritat responsable del seu nomenament, la durada del seu mandat i la seva revocabilitat, ni exigeix que el president tingui les mateixes qualificacions jurídiques i professionals que un jutge. En el seu lloc, el que el precepte exigeix és que almenys el seu president tingui capacitats jurídiques i professionals que garanteixin un adequat coneixement de les matèries que hagi de conèixer, i que la durada del seu mandat i la seva revocabilitat estiguin subjectes a condicions que garanteixin la independència i inamovibilitat, requisits que recullen la interpretació jurisprudencial de l'article 2 de la Directiva de recursos (Sentència de 4 de febrer de 1999, As. C-103/97, *Josef Köllensperger*, apartat 27).³³

Els tribunals d'Aragó i de Madrid preveuen l'existència d'un president i de dos vocals, sense perjudici, com dèiem, de poder incrementar el nombre de vocals quan el volum d'assumptes sotmesos al seu coneixement ho aconselli.

La designació com a president (o titular de l'òrgan en el cas d'òrgans unipersonals) es realitza entre funcionaris de carrera "*de cuerpos y escalas del grupo A*" (Aragó), "*clasificados en el subgrupo A1*" (Madrid). No hi ha requisits de pertinença a cap cos o escala al País Basc. S'exigeix a més "*titulación en Derecho*" (Aragó), "*el título de licenciado o grado en Derecho*" (Madrid), "*licenciatura o el doctorado en Derecho*" (País Basc),

"*licenciatura en Derecho*" (Catalunya). Pel que fa a l'experiència professional, és comuna l'exigència d'un mínim de quinze anys (Aragó, País Basc i Catalunya, deu anys a Madrid) "*en la rama de Derecho Administrativo relacionada directamente con la contratación pública*" (Aragó), "*preferentemente en el ámbito del Derecho Administrativo relacionado directamente con la contratación pública*" (Madrid, País Basc i Catalunya). El País Basc assenyalava a més que aquesta experiència ha de ser "*en cualquiera de las Administraciones Públicas de la Comunidad Autónoma del País Vasco*".

Per a la designació dels vocals s'exigeix igualment la condició de funcionari "*de carrera de cuerpos y escalas del grupo A con la titulación en Derecho*" (Aragó). No obstant això, aquesta específica referència a la titulació no és unànime, i per això resulta paradoxal. Madrid, seguint en aquest punt el criteri del Tribunal Administratiu Central de Recursos Contractuals, no exigeix per ser vocal la titulació en Dret, sinó únicament la pertinença "*a cuerpos y escalas a las que se acceda con el título de licenciado o de grado*", per la qual cosa n'hi ha prou que hagin accedit al cos i escala a què pertanyin amb un títol de llicenciat o grau (qualsevol). D'altra banda, aquesta circumstància contrasta poderosament amb el fet d'exigir per ser vocal una experiència professional "*preferentemente en el ámbito del Derecho Administrativo relacionado directamente con la contratación pública*".³⁴ Pel que fa a l'experiència

33. És bastant discutible que l'exigència d'aquests mateixos requisits no es projecti sobre els membres del Tribunal de Recursos Contractuals de les Corts Generals. La seva norma de creació adverteix de la necessitat d'harmonitzar en la composició de l'òrgan tant els requisits de qualificació, independència i inamovibilitat exigits per la Llei, com la naturalesa parlamentària de l'òrgan que serà competent per revisar els actes de les Meses de les Cambres en matèria de contractació. Per aquest motiu s'opta per una composició mixta del Tribunal en la que estan presents un parlamentari de cada una de les Cambres (un diputat i un senador), designats per les Meses de les Cambres reunides en sessió conjunta, i l'interventor de les Corts Generals actuarà com a secretari en tots els recursos plantejats en relació amb els procediments de contractació duts a terme en el Congrés dels Diputats i el Senat. En el cas dels recursos plantejats en els procediments de contractació de les Corts Generals, la Junta Electoral Central i el Defensor del Poble, formarà part del Tribunal en el seu lloc i actuarà com a secretari, alternativament, l'interventor del Congrés dels Diputats o l'interventor del Senat. El diputat i el senador actuaran alternativament com a president i vocal en cada un dels recursos plantejats.

Sorpren que no s'exigeixi titulació mínima per a cap dels integrants del Tribunal, ni experiència en matèria de Dret Administratiu relacionat amb la contractació pública. La norma de creació entén que amb la presència en el Tribunal d'un funcionari de les Corts Generals es compleix el requisit legal de la qualificació jurídica, fet que resulta bastant discutible. Res no es diu, en canvi, sobre la independència de la entitat adjudicadora, que és la garantia que estableix la Directiva 89/665/CEE per tal d'assegurar l'eficàcia del recurs.

34. A més, en allò que fa referència als vocals del Tribunal Administratiu Central, a l'Annex en el que es relacionaven els llocs de treball la provisió dels quals es convocava (Ordre EHA/2237/2010, de 10 d'agost, per la que es convoca la provisió dels llocs de president i vocals del Tribunal Administratiu Central de Recursos Contractuals, BOE de 16 d'agost de 2010) no es va incloure per als vocals el requisit de ser llicenciat o graduat, sinó únicament el de l'experiència mínima de quinze anys. A la vista de les competències assumides pel Tribunal i de les característiques exigides per a l'exercici dels llocs de president i vocals, va ser necessari revisar les característiques d'aquests llocs, circumstàncies que van motivar la modificació de la inicial convocatòria mitjançant l'Ordre EHA/2532/2010, de 30 de setembre (BOE d'1 d'octubre de 2010), que, en canvi, presenta una contradicció en si mateixa, ja que si en el text de l'Ordre es remarca, modificant l'anterior, que "*los puestos de trabajo que se convocan podrán ser solicitados por los funcionarios de carrera, de cuerpo o escala para cuyo acceso sea requisito necesario el título de licenciado o grado en Derecho...*", no menciona aquest requisit específic de titulació "en Dret" quan relaciona, en l'Annex, els exigits als vocals del Tribunal.

professional, s'exigeixen deu anys en la "rama de Derecho Administrativo relacionada directamente con la contratación pública" (Aragó), i "preferentemente en el ámbito del Derecho Administrativo relacionado directamente con la contratación pública" (Madrid).

Una peculiaritat presenta a més la designació del president i els vocals en el cas del Tribunal d'Aragó, que es farà "previa información a las Cortes de Aragón". Igualment, es preveu la posada en coneixement de l'òrgan parlamentari de la decisió del Govern Basc de convertir l'Òrgan Administratiu de Recursos Contractuals en el Tribunal Administratiu de Recursos Contractuals de la Comunitat Autònoma del País Basc.

Fins ara han estat designats els titulars dels òrgans competents per a la resolució dels recursos contractuals d'Aragó³⁵ (de manera transitòria), Madrid,³⁶ País Basc,³⁷ Guipúscoa,³⁸ Biscaia³⁹ i Àlaba.⁴⁰

D'altra banda, com que l'opció majoritària ha estat la creació d'òrgans administratius col·legiats, els correspon tenir un secretari (article 25.1 de la Llei 30/1992, de 26 de novembre, de règim jurídic de les administracions públiques i del procediment administratiu comú-LRJPAC). La LCSP, però, no fa referència a aquesta figura en determinar l'organització del Tribunal Administratiu Central, si bé la web d'aquest òrgan informa, en l'apartat "Organización",⁴¹ de l'existèn-

cia d'una Secretaria General "a la que corresponde la coordinación de la tramitación de los recursos presentados, así como su control y seguimiento, dictar los actos de trámite y de notificación e impulsar de oficio el procedimiento, así como aquellas otras tareas que le sean expresamente atribuidas por el presidente". Es desconeix, però, qui exerceix aquestes funcions.

Aragó és l'única Comunitat Autònoma que fa expressa referència a l'existència d'aquesta figura, atribuïnt les seves funcions al secretari de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Comunitat Autònoma d'Aragó. Res no es diu, però, a Madrid, si bé es pot entendre implícita l'existència de secretari en la remissió que s'estableix a les disposicions de la LRJPAC, pel que fa al règim de constitució i funcionament del Tribunal en tot allò no previst en la Llei de creació del Tribunal i les seves disposicions de desplegament.

4.5. Quota de representació de l'Administració local

Tots els òrgans creats assumeixen la competència per conèixer dels recursos que s'interposin contra els contractes de les administracions locals respectives (i del seu sector públic vinculat). Per aquesta raó, en la major

35. La designació dels seus membres es conté en l'Ordre de 9 de març de 2011, de la Conselleria de Presidència, per la que es va donar publicitat a l'Acord de 8 de març de 2011, del Govern d'Aragó, per el que es designaven els vocals de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Comunitat Autònoma d'Aragó que transitòriament desenvoluparien les funcions del Tribunal Administratiu de Contractes Públics d'Aragó. La composició del Tribunal es la següent: president: José M.ª Gimeno Feliú; vocals: María Asunción Sanmartín Mora, i Jesús Colás Tenas; secretària: Ana Isabel Beltrán Gómez. E-mail: tribunalcontratosaragon@aragon.es

36. La designació dels seus membres es recull en l'Acord de 28 d'abril de 2011, del Consell de Govern, pel que es nomena presidenta del Tribunal Administratiu de Contractació Pública de la Comunitat de Madrid la Sra. Elena Hernández Salguero, i vocals la Sra. María Juana Martínez Aníbal-Álvarez i el Sr. Juan Martínez Martínez (BOCM de 29 d'abril de 2011). E-mail: tribunal.contratacion@madrid.org

37. La designació dels seus membres (titular i suplent), la recull el Decret 103/2011, de 31 de maig. Com a curiositat es pot assenyalar en aquest cas que el mencionat Decret nomenava inicialment "l'Òrgan Administratiu" de Recursos Contractuals de la Comunitat Autònoma del País Basc, aspecte que va ser corregit posteriorment fent referència al nomenament "del titular d'aquest òrgan". Al marge del que s'ha dit, es designa el Sr. José Antonio Ausín Unzurrunzaga com a titular de l'Òrgan Administratiu de Recursos Contractuals de la Comunitat Autònoma del País Basc, i com a substitut, amb caràcter temporal, en els supòsits de vacant, absència o malaltia, el Sr. Francisco Javier Elola del Río.

38. Format pels tres membres designats per Acord del Consell de Diputats de 21 de desembre de 2010 (Butlletí Oficial de Guipúscoa número 249, de 30 de desembre): Sr. Juan Ramón Ciprián Ansoalde, president; Sra. M.ª Aranzazu Arana Learte, vocal, i Sra. María Yeregui Hernández, vocal secretària.

39. El Tribunal, l'integren, segons el Decret Foral de la Diputació Foral de Bizkaia, 136/2010, de 30 de novembre, de designació de president i vocals del Tribunal Administratiu Foral de Recursos Contractuals, el Sr. Joaquín Gastón Fernández de Arcaya (president), i els Srs. Antón Maturana Pérez i Adolfo Gironi Iturraspe, com a vocals. A més, en el mateix Decret es designen com a vocals suplents els Srs. Julen Eguiluz Olano, Itziar Arambarri León i María Ángeles Aransay Arroy.

40. Per Acord 764/2010, del Consell de Diputats, de 23 de novembre, es designen com a membres de l'Òrgan Administratiu Foral de Recursos Contractuals la Sra. Isabel Arcederillo Zaldúa (presidenta), i la Sra. María Jesús Iturriaga Sáez i el Sr. Eduardo López de Aguilera Díaz, com a vocals.

41. <http://www.meh.es/es-ES/Servicios/Contratacion/TACRC/Paginas/Organizacion.aspx>

part dels òrgans es preveu que un o diversos dels seus membres siguin designats en representació de l'Administració local. Així succeeix a Aragó, on l'article 18.4 de la Llei 3/2011 indica pel que fa a la composició del Tribunal "que al menos alguno de los vocales sea funcionario de la Administración local". Madrid no preveu la integració de representants de l'Administració local en el seu Tribunal. D'altra banda, el País Basc i Catalunya preveuen que, quan per raó del volum de treball s'hagi de substituir l'Òrgan Administratiu de Recursos Contractuals per un Tribunal, en el procediment de nomenament dels membres de l'òrgan s'ha de garantir la presència d'un vocal, com a mínim, designat a proposta de l'Associació de Municipis Bascos-Eudel, i de l'Associació Catalana de Municipis i la Federació de Municipis de Catalunya, respectivament.

4.6. Les garanties d'independència: dedicació exclusiva i inamovibilitat

Com a fórmula per garantir la independència de l'òrgan encarregat de resoldre els recursos en matèria de contractació, les normes per les quals es creen aquests òrgans disposen amb caràcter general un règim de dedicació exclusiva dels seus membres.⁴² És la manera de "garantizar su independencia, imparcialidad y total objetividad", assenyala la Llei de creació del Tribunal de Madrid.

L'adscripció orgànica de l'òrgan a un departament de la Comunitat Autònoma no altera la seva independència, ja que no s'integra en l'estructura jeràrquica de l'Administració. Per això, l'òrgan exercita les seves funcions amb objectivitat i imparcialitat, sense subjecció a cap vincle jeràrquic ni a instruccions de cap classe dels òrgans de les administracions públiques afectades.

Pel que fa a la durada del mandat, tots els òrgans creats fins ara estableixen una durada de sis anys.⁴³ Catalunya preveu que siguin cinc anys. Aragó i Madrid⁴⁴ estableixen la improrrogabilitat del mandat. El País Basc i Catalunya, en canvi, admeten que el titular

de l'òrgan pugui tornar a ser nomenat per períodes successius de la mateixa durada.

La inamovibilitat dels membres d'aquests òrgans mentre duri el seu mandat és una altra de les característiques que reforcen la seva independència. Entre les causes que, no obstant això, permeten la remoció dels membres de l'òrgan encarregat de resoldre els recursos, són comunes l'expiració del mandat (Aragó i Madrid assenyalen expressament que, cessat un vocal, aquest continuarà en l'exercici de les seves funcions fins que prengui possessió del seu càrrec el qui l'hagi de substituir, solució que Madrid disposa igualment per al cas de renúncia), la renúncia acceptada pel Govern de la Comunitat, l'incompliment greu de les seves obligacions, condemna a pena privativa de llibertat o inhabilitació absoluta o especial per a ocupació o càrrec públic per raó de delictes, i la incapacitat sobrevinguda per a l'exercici de la seva funció. Madrid i Catalunya afegeixen a les anteriors la pèrdua de la nacionalitat espanyola (prenent aquesta causa de la regulació del Tribunal Administratiu Central), i el País Basc i Catalunya inclouen també la mort i la pèrdua de la condició funcional o dels requisits que són necessaris per a la seva designació, entre les causes de remoció de membres de l'òrgan.

La constitució transitòria del Tribunal a Aragó, designant vocals de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Comunitat Autònoma d'Aragó com a membres fins que es constitueixi efectivament, podia plantejar problemes pel que fa a la seva independència, ja que la seva designació correspon al Govern d'Aragó d'entre els qui reuneixin els requisits exigits en aquesta norma per ser membre de l'esmentat Tribunal. Per garantir aquesta independència des del punt de vista funcional, es van introduir dues importants prescripcions que permeten salvar els dubtes sobre la independència d'aquests membres. En primer lloc –assenyala la disposició addicional tercera de la Llei 3/2011–, en tot cas s'ha de garantir la independència funcional dels vocals designats a aquest efecte, que no podran ser remoguts en l'exercici transitori d'aquestes funcions sinó per les causes previstes pels membres del

42. Una excepció al règim de dedicació en exclusiva, la trobem en l'Òrgan Administratiu Foral de Recursos Contractuals de la Diputació Foral d'Àlaba, on l'exercici d'aquests càrrecs es pot simultaniejar amb els llocs de treball als quals estan adscrits dintre de la Diputació Foral d'Àlaba.

43. En el cas del Tribunal de Recursos Contractuals de les Corts Generals, la duració del mandat del diputat i senador designats s'estendrà a tota la legislatura. El mateix succeeix en el cas del Tribunal de Recursos Contractuals del Parlament de Catalunya.

44. No obstant això, la primera renovació del Tribunal es farà de manera parcial als tres anys del nomenament. A aquest respecte, abans de complir-se el termini indicat es determinarà, mitjançant sorteig, el vocal que hagi de cessar.

Tribunal, sense perjudici que puguin ser remoguts com a membres de la Junta. En segon lloc, reforça més la independència de l'òrgan el fet que, expressament, es disposi que les persones designades a aquests efectes s'han d'abstenir de participar en qualsevol assumpte relacionat amb l'ens al qual pertanyin.

Sobre la qüestió de la retribució dels membres de l'òrgan encarregat de resoldre els recursos (una altra de les garanties de la seva independència), la veritat és que les normes de creació dels mateixos no van més enllà d'assenyalar que les retribucions dels seus membres es percebran amb càrrec als pressupostos de la respectiva Comunitat. En el cas d'Aragó, a més, per al període transitori en què les funcions del Tribunal les assumeixen tres membres de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa d'Aragó, es disposa una compensació mitjançant dietes per assistència.

Constitueix l'excepció en aquest punt el País Basc, que especifica la retribució del titular de l'Òrgan Administratiu de Recursos Contractuals de la Comunitat Autònoma del País Basc, i que ascendeix (per a l'exercici 2011) a una quantia de 67.083,41 euros, quantia que no inclou les despeses realitzades per raó del servei o per trasllat de residència.

4.7. Altres singularitats. Funcionament i suport tècnic. En especial, la repercussió dels costos del servei de tramitació i resolució dels recursos

Per al funcionament dels òrgans encarregats de resoldre els recursos contractuals, les seves normes de creació no duen a terme més que, com a norma general, una genèrica remissió a l'obligació de, per part del Departament al qual s'adscriu orgànicament, prestar-los el suport tècnic i administratiu que necessitin (Madrid). A Aragó es preveu l'existència d'una unitat tècnica de suport al Tribunal, coincident amb la de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Comunitat Autònoma d'Aragó, que es dotarà del personal tècnic i administratiu necessari amb coneixements adequats sobre la matèria (de manera transitòria, la unitat administrativa de suport a la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Comunitat Autònoma d'Aragó

donarà suport tècnic i administratiu a l'exercici de les funcions del Tribunal). Fins i tot s'assenyala l'obligació d'incloure en els pressupostos anuals de la Comunitat Autònoma d'Aragó les quantitats necessàries per assegurar l'adequat i eficaç funcionament del Tribunal Administratiu de Contractes Públics d'Aragó (Disposició addicional cinquena de la Llei 3/2011). El País Basc i Catalunya assenyalen l'obligació de l'Administració de la Comunitat Autònoma de garantir la disponibilitat dels mitjans personals i materials que l'òrgan administratiu necessiti per al seu funcionament adequat.

Per les seves notificacions i comunicacions, les normes de creació d'aquests òrgans aposten per la utilització dels mitjans electrònics. Algunes d'elles (Madrid), reproduint en aquest punt el criteri imposat al Tribunal Administratiu Central (Disposició addicional tercera de la Llei 34/2010, de 5 d'agost). Així, les comunicacions entre el Tribunal i els òrgans de contractació o les entitats contractants s'han de dur a terme, sempre que sigui possible, per mitjans informàtics, electrònics o telemàtics. Les notificacions als recurrents i altres interessats intervinents en els procediments s'efectuaran per via telemàtica sempre que ho demanin o quan ho haguessin admès durant la tramitació del procediment d'adjudicació, en el cas d'haver intervingut en ell. En qualsevol cas, aquestes notificacions han de complir amb els requisits que estableix l'article 28.2 de la Llei 11/2007, de 22 de juny, d'accés electrònic dels ciutadans als serveis públics. Per aquesta raó la pràctica d'aquestes notificacions es subjecta al fet que els interessats disposin d'una adreça electrònica en el sistema de Notificacions Telemàtiques de la Comunitat de Madrid.

Més prudent en la qüestió de les notificacions és Aragó, "*que implementará progresivamente los medios electrónicos en los procedimientos tramitados ante dicho Tribunal*", garantint en tot cas el dret al recurs dels interessats. Minva aquesta possibilitat, però, el fet que aquesta comunitat no compti encara amb un sistema de notificacions electròniques.

En relació amb la utilització dels mitjans electrònics per difondre l'activitat del Tribunal, només a Aragó es fa referència a la creació d'una seu electrònica del Tribunal (a la qual actualment s'accedeix a través de la seu electrònica de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa).⁴⁵ Des d'allà es posen a disposició de

45. http://www.aragon.es/OrganosConsultivosGobiernoAragon/OrganosConsultivos/JuntaConsultivaContratacionAdministrativa/AreasTematicas/Tribunal_Administrativo_Contratos_Publicos?channelSelected=880b37e90bcee210VgnVCM200002f551bacRCD

qualsevol persona les resolucions del Tribunal aragonès, cal significar que va ser el primer òrgan que va publicar les seves resolucions, fins i tot abans que el propi Tribunal Administratiu Central, que ho va fer només uns dies més tard des de la seva seu electrònica.⁴⁶ Al costat de les resolucions, Aragó ha publicat dues guies pràctiques per facilitar la tasca dels qui siguin part en els procediments substanciats davant del Tribunal aragonès (una sobre el recurs especial i una altra sobre la qüestió de nul·litat).

El Tribunal de Madrid encara no té seu electrònica, encara que des de la pàgina web de la Comunitat de Madrid s'informa de la seva composició i dades de contacte, sense que s'hagin fet públiques (fins ara) les seves resolucions.⁴⁷

Finalment, pel que fa a la possibilitat de repercutir els costos de tramitació i resolució dels recursos, singular i excepcional és, en aquest sentit, la Llei 9/2011, que crea la "*Tasa por la realización de actividades competencia del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid*".⁴⁸ El fet imposable d'aquesta taxa, el constitueix:

a) La tramitació i resolució dels recursos especials en matèria de contractació i de les reclamacions a què es refereixen els articles 310 de la Llei 30/2007, de 30 d'octubre, de contractes del sector públic, i 101 de la Llei 31/2007, de 30 d'octubre, sobre procediments de contractació en els sectors de l'aigua, l'energia, els transports i els serveis postals, i

b) La tramitació del procediment i la resolució de les qüestions de nul·litat contractual en els supòsits especials establerts en els articles 37 de la Llei de contractes del sector públic, i 109 de la Llei sobre procediments de contractació en els sectors de l'aigua, l'energia, els transports i els serveis postals.

L'import de la taxa s'ha establert en 600 euros. Correspon el seu abonament (meritació) quan es remeti l'expedient al Tribunal Administratiu de Contractació Pública de la Comunitat de Madrid, amb independèn-

cia que el recurs especial, la reclamació o la qüestió de nul·litat es presentin davant del mateix Tribunal o davant de l'òrgan de contractació o entitat contractant. Els obligats al pagament d'aquesta taxa (subjectes passius) són les entitats contra les quals es dirigeixen els recursos i qüestions de nul·litat, llevat de la pròpia Administració de la Comunitat Autònoma de Madrid:

a) Els ens, organismes i entitats del sector públic de la Comunitat de Madrid que no tinguin la consideració d'administracions públiques d'acord amb la delimitació establerta per l'article 3.2 de la Llei 30/2007, de 30 d'octubre, de contractes del sector públic;

b) Les universitats públiques de l'àmbit territorial de la Comunitat de Madrid i els seus organismes vinculats o dependents;

c) Les entitats locals de l'àmbit territorial de la Comunitat de Madrid i els seus ens, organismes i entitats vinculats o dependents;

d) Les entitats contractants de l'àmbit territorial de la Comunitat de Madrid subjectes a la Llei 31/2007, de 30 d'octubre, sobre procediments de contractació en els sectors de l'aigua, l'energia, els transports i els serveis postals, i

e) Les entitats que subscriuguin contractes subvencionats subjectes a regulació harmonitzada a què es refereix l'article 17 de la Llei de contractes del sector públic.

No obstant això, estan exemptes del pagament de la taxa les entitats locals de la Comunitat de Madrid la població de les quals no superi els 5.000 habitants,⁴⁹ i els seus ens, organismes i entitats vinculades o dependents. Respecte dels ens, organismes i entitats del sector públic de la Comunitat de Madrid que no tinguin la consideració d'administracions públiques, així com de les entitats locals de la Comunitat de Madrid la població de les quals no superi els 20.000 habitants i els seus ens, organismes i entitats vinculades o dependents, s'aplicarà una bonificació del 50 per 100 de la quantia de la taxa.

46. <http://www.meh.es/es-ES/Servicios/Contratacion/TACRC/Paginas/Tribunal%20Administrativo%20Central%20de%20Recursos%20Contractuales.aspx>

47. http://www.madrid.org/cs/Satellite?cid=1142625383104&idConsejeria=1109266187242&idListConsj=1109265444710&language=es&pagenome=ComunidadMadrid%2FCM_Presentacion_FA%2FfichaConsejeria_Organismo

48. *Vid.* la seva regulació concreta en el Decret legislatiu 1/2002, de 24 d'octubre, pel qual s'aprova el text refós de la Llei de taxes i preus públics de la Comunitat de Madrid. Sobre la seva aplicació, *vid.* l'Ordre de 21 de març de 2011, de la Conselleria d'Economia i Hisenda, per la qual es dicten les normes per a l'aplicació de la taxa per a la realització d'activitats competència del Tribunal Administratiu de Contractació Pública de la Comunitat de Madrid (BOCM de 26 d'abril de 2011).

49. Es prendrà com a referència el nombre d'habitants que es reculli en els censos municipals en vigor l'1 de gener de l'any corresponent.

5. Conclusions i reflexió final

Al costat del Tribunal Administratiu Central de Recursos Contractuals, poques són de moment les comunitats autònomes que s'han dotat d'un òrgan propi per a la resolució dels seus recursos contractuals i, per tant, compleixen amb les directives de recursos en matèria de contractes públics. Resulta estrany que no s'hagi generalitzat (o almenys fomentat) aquesta solució, ja que el règim supletori articulat pel legislador estatal és manifestament contrari a les directives europees, perquè no atribueix el coneixement dels recursos a un òrgan independent de l'entitat contractant. No s'ha de descartar l'obertura de procediments d'infracció contra el Regne d'Espanya davant del Tribunal de Justícia.

A les comunitats autònomes que ja han creat els seus òrgans de resolució de recursos contractuals, es pot afirmar que en el disseny de les competències d'aquests òrgans autonòmics s'ha optat per seguir un model conservador, reproduint en bona mesura el mateix esquema utilitzat pel Tribunal Administratiu Central per part de la LCSP després de la seva reforma duta a terme per la Llei 34/2010, de 5 d'agost. Potser la preocupació no per complir, sinó per no incomplir amb les directives de recursos, ha fet perdre de vista la finalitat del sistema de garanties en matèria de contractes públics que persegueix el Dret europeu en el seu conjunt. Resulta estrany en aquest sentit que cap Comunitat Autònoma s'hagi atrevit a separar-se del criteri "central" i hagi optat per ampliar l'àmbit del recurs especial en matèria de contractació pública als "petits contractes" que no entren dins l'àmbit d'aplicació de les directives. Ja hi ha antecedents sobre aquest aspecte dignes de menció (Illes Balears i Navarra), i és la manera d'atorgar la protecció que necessiten les petites i mitjanes empreses, que són les que, al cap i a la fi, mouen la nostra economia.⁵⁰

No obstant això, no per això s'ha de menystenir l'important pas que representa la creació d'aquests òrgans per a la protecció dels operadors econòmics que participen en els procediments d'adjudicació. La independència i l'especialització d'aquests òrgans són, sens dubte, la millor garantia per tal que els recursos plantejats davant dels mateixos puguin ser eficaços.

Tot i així, al nostre entendre cal donar una immediata solució a dues qüestions. La primera, la publicitat de les resolucions dictades per aquests òrgans encarregats de resoldre els recursos contractuals. D'entre els òrgans autonòmics creats, fins ara només Aragó (a més del Tribunal Administratiu Central) fa públiques les seves resolucions, equiparades, segons la seva norma de creació i pel que fa a l'obligació de respecte pels òrgans de contractació, a la jurisprudència comunitària i a l'emanada de la resta de tribunals. Aquesta pràctica, la de fer públiques les resolucions, s'hauria d'estendre a la resta d'òrgans creats, per contribuir a la conformació d'una doctrina administrativa en matèria contractual la difusió de la qual serveixi per millorar les pràctiques dels òrgans de contractació.

I en segon lloc, la determinació d'un procediment per a la solució dels eventuais conflictes que puguin sorgir entre els òrgans autonòmics, o entre el Tribunal Administratiu Central i un òrgan autonòmic. No està prevista, i som conscients de la dificultat d'establir-la, una instància "de cassació" per a la unificació de la doctrina emanada dels diferents òrgans. De moment, l'única manera de suplir aquesta absència de "segona instància" és acudir a la jurisdicció contenciosa administrativa, que serà la que assumeixi per via de recurs aquest paper de revisió de les decisions dels òrgans encarregats de la resolució dels recursos contractuals. ■

50. Una altra opció, que ja hem defensat en un altre lloc ("Reflexiones sobre la ejecución de los contratos públicos", a J. M. GIMENO FELIÚ, *Observatorio de contratos públicos*, 2010, Civitas, 2011), hagués estat l'ampliació del recurs a qüestions que no es manifesten en les fases de preparació i adjudicació, sinó en la fase d'execució.