

OBSERVACIONES QUE FORMULA LA CONFEDERACIÓN NACIONAL DE LA CONSTRUCCIÓN (CNC), AL ANTEPROYECTO DE LEY DE MODIFICACIÓN DE LAS LEYES 30/2007, DE 30 DE OCTUBRE, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO Y LEY 31/2007, DE 30 DE OCTUBRE, SOBRE PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN EN LOS SECTORES DEL AGUA, LA ENERGÍA, LOS TRANSPORTES Y LOS SERVICIOS POSTALES PARA SU ADAPTACIÓN A LA NORMATIVA COMUNITARIA

I. OBSERVACIONES DE CARÁCTER GENERAL.

En primer lugar ponemos de manifiesto que la actual Ley de Contratos del Sector Público es objeto de modificación, no sólo por el presente Anteproyecto, sino también por el Anteproyecto de Ley de Economía Sostenible que pretende variar otros aspectos de la Ley de Contratos del Sector Público como el régimen de modificación de los contratos, y que incluso pretende también dar una nueva redacción a artículos que están incluidos en el presente Anteproyecto; en concreto nos referimos al actual artículo 135 de la Ley de Contratos del Sector Público. Consideramos desde esta organización que esta circunstancia en nada facilita el desarrollo y la aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público ni tampoco ayuda para un eficaz y deseado desarrollo reglamentario.

En segundo lugar tal, y como resulta en la actual redacción de la Ley de Contratos del Sector Público, se continúa redactando el articulado con innumerables remisiones normativas en cada uno de los párrafos de cada artículo de la Ley. A título de ejemplo ya en el punto 1 del artículo 37 se efectúan siete remisiones a otros tantos artículos de la Ley de Contratos del Sector Público.

Tanto las innumerables remisiones que se hacen a lo largo del articulado del presente Anteproyecto, como los conceptos indeterminados que profusamente se utilizan, chocan frontalmente con los principios de buena regulación aplicables a las iniciativas legislativas y normativas de las Administraciones Públicas a las que se les exige seguridad jurídica, transparencia, accesibilidad, simplicidad y eficacia. Quizás el origen de esta utilización de conceptos jurídicos indeterminados venga de una

transposición de la Directiva 2007/66/CE demasiado fiel y sin la necesaria adaptación a los principios jurídicos de nuestra legislación.

Por último y como observación de carácter general, advertimos del peligro de ralentizar la licitación que supone todo cambio normativo, más aún los cambios normativos que introducen la creación de nuevos órganos administrativos. Una primera causa por la que se puede ralentizar la licitación, como se desarrollará posteriormente, es la amplitud de los legitimados para acceder al recurso; una segunda será la puesta en funcionamiento de estos nuevos órganos administrativos que deberán resolver el recurso especial en materia de contratación.

I. OBSERVACIONES AL ARTICULADO DEL BORRADOR.

PRIMERO.- Observaciones al artículo 37 relativo a los supuestos especiales de nulidad contractual.

El art. 37 dice:

“1. Los contratos mencionados en el artículo 310.1 de esta Ley serán nulos de pleno derecho en los siguientes casos:

a) Cuando el contrato se haya adjudicado sin cumplir previamente con el requisito de publicación del anuncio de licitación, en aquellos casos en que sea preceptivo, de conformidad con el artículo 126.

b) Cuando no se hubiese respetado el plazo de quince días hábiles previsto en el artículo 140.3 para la formalización del contrato.

c) Cuando a pesar de haberse interpuesto el recurso especial en materia de contratación a que se refieren los artículos 310 y siguientes, se lleve a efecto la formalización del contrato sin tener en cuenta la suspensión automática del acto de adjudicación en los casos en que fuera procedente, y sin esperar a que el órgano independiente hubiese dictado resolución sobre el mantenimiento o no de la suspensión del acto recurrido.

d) Tratándose de un contrato basado en un acuerdo marco del artículo 180 celebrado con varios empresarios que por su valor estimado deba ser considerado sujeto a regulación armonizada, si se hubieran incumplido las normas sobre adjudicación establecidas en el artículo 182.4.

e) Cuando se trate de la adjudicación de un contrato específico basado en un sistema dinámico de contratación en el que estuviesen admitidos varios empresarios, siempre que el contrato a adjudicar esté sujeto a regulación armonizada y se hubieran incumplido las normas sobre adjudicación de tales contratos establecidas en el artículo 186.”

En el artículo 37.1. se recogen cuáles van a ser los cinco supuestos en los que los contratos van a tener la consecuencia jurídica de ser nulos de pleno derecho; de estos cinco supuestos en los que se puede producir la nulidad del contrato administrativo todos pueden ser objeto de excepción.

La nulidad contractual en los supuestos establecidos en el artículo 37.1.b) cuando no se haya respetado el plazo de quince días para formalizar el contrato - y el supuesto establecido en el apartado 37.1.c)- cuando se lleve a cabo la formalización del contrato a pesar de haberse interpuesto el recurso, tal y como resulta del artículo 38.3. -pueden ser sustituidos por la imposición de sanciones alternativas.

También y en relación con los contratos adjudicados sin cumplir previamente con la publicación del anuncio preceptivo, se procede a la convalidación del contrato nulo en virtud de la publicación de un anuncio de transparencia previa voluntaria tal y como resulta del artículo 37.2 en el que se establece lo siguiente:

“2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, no procederá la declaración de nulidad a que se refiere este artículo en el supuesto de la letra a) si concurren conjuntamente las dos circunstancias siguientes:

*a) Que el órgano de contratación publique en el Diario Oficial de la Unión Europea un **anuncio de transparencia previa** voluntaria en el que se manifieste su intención de celebrar el contrato y que contenga los siguientes extremos:*

- identificación del órgano de contratación*
- descripción de la finalidad del contrato*
- justificación de la decisión de adjudicar el contrato sin el requisito de publicación del artículo 126*
- identificación del adjudicatario del contrato*
- cualquier otra información que el órgano de contratación considere relevante*

b) Que el contrato no se haya perfeccionado hasta transcurridos diez días hábiles a contar desde el siguiente al de publicación del anuncio.”

A este respecto consideramos que carece de sentido que se tipifiquen supuestos de nulidad contractual si acto seguido la misma norma y en el artículo siguiente se establecen excepciones a dicha nulidad si concurren determinadas circunstancias. Obviamente serán estas circunstancias excepcionales las únicas que un órgano de contratación tendrá en cuenta si lo único que pretende es la

licitación, adjudicación y ejecución de un contrato a cualquier coste, coste que además también está establecido en el artículo 38 como veremos a continuación.

SEGUNDO.- Observaciones al Artículo 38 relativo a las consecuencias jurídicas de la declaración de nulidad regulada en el artículo anterior.

El art. 38 dice:

“1. Las consecuencias jurídicas de la declaración de nulidad por las causas previstas en el artículo anterior serán las establecidas en el artículo 35.1 de esta Ley.

*2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el órgano competente para declarar la nulidad, podrá acordar el mantenimiento de los efectos del contrato, si, atendiendo las **circunstancias excepcionales** que concurran, considera que existen **razones imperiosas de interés general** que lo exijan. En tal caso, la declaración de nulidad deberá sustituirse por alguna de las sanciones alternativas siguientes:*

*a) La imposición **de multas al poder adjudicador por un importe que no podrá ser inferior al 5% ni superar el 20% del precio de adjudicación del contrato**. Cuando se trate de poderes adjudicadores cuya contratación se efectúe a través de diferentes órganos de contratación, la sanción alternativa recaerá sobre el presupuesto del departamento, consejería u órgano correspondiente que hubiera adjudicado el contrato.*

*b) La **reducción proporcionada** de la duración del contrato.*

*Para determinar la cuantía en la imposición de las multas, el órgano competente tomará en consideración **la reiteración, o el daño causado a los intereses públicos** o, en su caso, al licitador, de tal forma que éstas sean eficaces, proporcionadas y disuasorias.*

*De igual modo procederá para determinar **el porcentaje de reducción del plazo de duración previsto en el contrato**. En este caso, además **deberá determinarse la indemnización** que corresponda al contratista por el **lucro cesante** derivado de la reducción temporal del contrato, siempre que la infracción que motive la sanción alternativa no le sea imputable.”*

En primer lugar en el texto del artículo 38 se utilizan demasiados conceptos jurídicos indeterminados como “razones imperiosas de interés general”, “reducción proporcionada de la duración del contrato”, “intereses

públicos”, “*circunstancias excepcionales*” o también conceptos jurídicos de amplio desarrollo jurisprudencial y casuístico como el “*lucro cesante*”. Además no solamente se establecen conceptos jurídicos indeterminados sino que queda abierto a posteriores concreciones de la indemnización que pudiera corresponder a un contratista por el lucro cesante derivado de la reducción temporal del contrato; en definitiva, este artículo está pidiendo, él sólo, desarrollo reglamentario. Tal y como ya se advertía en las alegaciones previas se están utilizando conceptos y principios jurídicos indeterminados contenidos en la Directiva respecto a los que no se realiza ningún tipo de concreción ni determinación al incorporarlos al Derecho positivo español, adoleciendo de la necesaria seguridad jurídica.

En segundo lugar, en cuanto a la imposición de multas al órgano de contratación a consecuencia de la declaración de nulidad, en el apartado 2 del proyectado artículo 38 LCSP se establece la posibilidad del órgano competente de mantener los efectos de un contrato ante la declaración de nulidad, sustituyéndose la declaración de nulidad y la resolución del contrato por la imposición de sanciones alternativas como son multas al órgano de contratación por un importe que no podrá ser inferior al 5% ni superar el 20% del precio de adjudicación del contrato, o la “reducción proporcionada de la duración del contrato”, sin más regulación al respecto que el determinar que estas sanciones impuestas por el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales, han de resultar “... *eficaces, proporcionados y disuasorias*”, cuando en realidad este tope del 20% de incremento del precio de adjudicación se convierte en *el mayor coste* que supone al órgano de contratación la convalidación de un contrato nulo de pleno derecho.

Se sugiere, por tanto, una mayor concreción al regular estas sanciones, así como la advertencia de la responsabilidad en que puede incurrir el funcionario responsable de la infracción origen de la nulidad del contrato, de forma que pueda adecuarse a la naturaleza de cada contrato estimando conveniente, otra vez, un desarrollo reglamentario que realice una tipificación de los supuestos de hecho y concrete las cuantías y plazos sancionables, otorgando así una mayor seguridad jurídica a la aplicación de la norma.

En cuanto a la indemnización, ésta no debería limitarse al lucro cesante puesto que toda indemnización debe igualmente incluir los daños emergentes y, en

segundo lugar, debería darse audiencia en todo caso al adjudicatario o contratista, a fin de que el mismo pueda manifestar su opción, bien de continuar con la ejecución del contrato por estar de acuerdo con la indemnización que se fije a su favor, bien de resolver el contrato con la indemnización oportuna, si considera que dicha reducción de plazo altera sustancialmente las condiciones consideradas para licitar.

TERCERO .- Observaciones al Artículo 39 relativo a la interposición de la cuestión de nulidad.

El art. 39 dice:

“1. La cuestión de nulidad, en los casos a que se refiere el artículo 37.1, deberá plantearse ante el órgano previsto en el artículo 311 que será el competente para tramitar el procedimiento y resolverla.

2. Podrá plantear la cuestión de nulidad, en tales casos, toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por los supuestos de nulidad del artículo 37.

También para la interposición del recurso especial (artículo 312 LCSP) se dispone que podrán plantearlo o interponerlo “... *toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por los supuestos de nulidad del artículo 37.*”

A tenor de esta amplísima formulación, parece obvio que cualquier proveedor, subcontratista o cualquier técnico cuyos encargos estén sujetos a la condición de que el contrato sea adjudicado a una empresa determinada o tengan una expectativa cierta de participar en el mismo, podrían estar comprendidos en los supuestos contemplados y, por tanto, podrían estar legitimados para interponer la cuestión de nulidad o el recurso especial en materia de contratación. Esta posibilidad entraña, a nuestro juicio, un evidente riesgo de judicialización de los procedimientos por personas ajenas a la estricta e inmediata relación contractual.

Se debería limitar la legitimación a licitadores directamente perjudicados y titulares de intereses legítimos, como son las organizaciones empresariales.

CUARTO.- Observaciones al Artículo 310 relativo al recurso especial en materia de contratación: Actos recurribles.

El art. 310 dice:

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

a) Contratos de obras, concesión de obras públicas, de suministro, de servicios, de colaboración entre el Sector Público y el Sector Privado y acuerdos marco, sujetos a regulación armonizada.

b) Contratos subvencionados a que se refiere el artículo 17 de esta Ley, cuando estén sujetos a regulación armonizada.

c) Contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del anexo II de esta Ley de cuantía igual o superior a 193.000 euros y

d) Contratos de gestión de servicios públicos en los que el presupuesto de gastos de primer establecimiento sea superior a 500.000 euros y el plazo de duración superior a cinco años.

2. Podrán ser objeto del recurso los siguientes actos:

a) Los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación,

b) Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que éstos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. Se considerarán actos de trámite que determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento los actos de la Mesa de Contratación por los que se acuerde la exclusión de licitadores.”

Existe una vía para evitar este recurso especial en materia de contratación en virtud de lo establecido en el artículo 310.4 consistente en seguir el trámite de emergencia en los procedimientos de adjudicación. De esta forma el órgano de contratación evita que sus decisiones puedan ser objeto de recurso,

por lo que consideramos que aun a pesar de estar en un trámite de emergencia, en el caso de que posteriormente y en virtud de recursos ordinarios se considerase que han existido infracción de procedimiento, se deberían establecer mecanismos que reparen las infracciones cometidas en relación a los que hubieran podido resultar perjudicados.

El apartado 4 del artículo 310 dispone que *"no procederá la interposición de recursos administrativos ordinarios contra los actos enumerados en este artículo"*. Por el contrario, el apartado 2 del artículo 311 del anteproyecto, faculta a las Comunidades Autónomas para la interposición de un recurso administrativo previo al contemplado en su artículo 310.

Esta posibilidad de recurso administrativo previo al recurso especial en materia de contratación -cuya posibilidad contempla además expresamente la Directiva en su artículo 1- se suprime sin embargo, tanto en el ámbito de la Administración General del Estado como en el de las Corporaciones Locales.

Esta supresión, que discrimina los contratos en cuanto al ámbito territorial de la Administración contratante, consideramos que no es conveniente ni justificada, por cuanto no obedece a ninguna medida impuesta por la Directiva. Ésta permite, sin ningún tipo de diferenciación en cuanto a ámbito territorial u órgano contratante, la posibilidad de que se pueda exigir un recurso administrativo previo.

La introducción, con carácter general, de un recurso administrativo "de reposición" previo al recurso especial ante el mismo órgano de contratación con plazos reducidos para su resolución, podría dar la oportunidad al órgano de contratación de reconsiderar la cuestión y subsanar con celeridad y de forma ágil los defectos denunciados, dejando al recurso especial sólo aquellas cuestiones sobre las que el órgano de contratación no estime procedente su rectificación. Ello evitaría que, en todo caso, deba interponerse el recurso especial aunque no sea imprescindible, ante la posibilidad de la estimación de este recurso previo de reposición por el propio órgano de contratación. Se evitaría así la consiguiente paralización del expediente de contratación y aportaría mayor agilidad y economía procedimental a los procedimientos de contratación.

En definitiva, sugerimos que se regule la interposición ante el propio órgano de contratación de un recurso administrativo previo al recurso especial contemplado en el futuro artículo 310 LCSP para todos los procedimientos de contratación independientemente del ámbito territorial al que pertenezca la Administración contratante, ampliando así el contenido del apartado 2 del artículo 311 tanto para la Administración General del Estado como para las Corporaciones Locales.

QUINTO.- Respecto al órgano competente para la resolución del recurso en el artículo 311.

El art. 311 dice:

“1. En el ámbito de la Administración General del Estado, el conocimiento y resolución de los recursos a que se refiere el artículo anterior estará encomendado a un órgano especializado.

A estos efectos se crea el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales que estará adscrito al Ministerio de Economía y Hacienda y compuesto por un Presidente y el número de vocales que reglamentariamente se establezca.

Como órgano competente para el conocimiento y resolución de los recursos en el ámbito de la Administración General del Estado, se crea el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales adscrito al Ministerio de Economía y Hacienda, que estará compuesto por un Presidente y el número de vocales que reglamentariamente se establezca.

En el ámbito de las Comunidades y Ciudades Autónomas la competencia para resolver los recursos será establecida por sus normas respectivas, debiendo crear un órgano independiente cuyo titular, o en el caso de que fuera colegiado al menos su Presidente, ostente las mismas cualificaciones jurídicas y profesionales que un juez.

Por lo que se refiere a las Corporaciones locales la competencia corresponderá a un órgano independiente creado al efecto por las Diputaciones

Provinciales o por la Comunidad Autónoma cuando ésta esté integrada por una sola provincia. La designación del titular se efectuará por el Consejo de Ministros a propuesta del Presidente de la Diputación a través del Ministro de Economía y Hacienda y previo informe favorable del Consejo General del Poder Judicial, entre funcionarios juristas de reconocida competencia y con más de 10 años de ejercicio.

Por las razones que exponemos al comentar el régimen supletorio de las Comunidades Autónomas, y en previsión de que la creación de los órganos competentes para resolver el recurso especial que específicamente deberán crear las Comunidades Autónomas o Diputaciones provinciales se dilate indefinidamente, sugerimos que la Ley establezca que el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales conozca necesariamente de los recursos en el ámbito de las Comunidades Autónomas y Ayuntamientos en tanto no se creen los órganos autonómicos o provinciales correspondientes.

Por último manifestar que no existe justificación para establecer una experiencia inferior para titulares de órganos resolutorios del recurso especial en materia de contratación en el ámbito de las Corporaciones Locales; consideramos que debería exigirse igual grado de formación y experiencia en todos los ámbitos de la contratación susceptibles de recurso.

SEXTO.- Observaciones al Artículo 312 relativo a la legitimación.

El art. 312 dice:

“Podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso.”

Como ya dijimos al referirnos a la cuestión de nulidad, se sugiere, como medida de prudencia, que la legitimación en ambos casos se restrinja a aquellas personas directamente afectadas por el procedimiento y, en este sentido, no deberían sobrepasarse los requerimientos mínimos que el artículo 1.2 de la Directiva establece, limitando, por tanto, la legitimación *“... a cualquier persona*

que tenga o haya tenido interés en obtener un determinado contrato y que se haya visto o pueda verse perjudicada por una presunto infracción".

OCTAVA.- Observaciones al Régimen supletorio para las Comunidades Autónomas recogido en la Disposición Transitoria Segunda.

La Disposición Transitoria Segunda dice:

"En tanto una Comunidad Autónoma no regule ante quién debe incoarse la cuestión de nulidad prevista en los artículos 37 a 39 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, o interponerse el recurso contra los actos indicados en el artículo 310.1 y 2 de la misma y qué efectos derivarán de su interposición, serán de aplicación las siguientes normas:

a) Serán recurribles los actos mencionados en el artículo 310.2 de la Ley 30/2007, de 30 Octubre, de Contratos del Sector Público tal como queda redactado por esta Ley, cuando se refieran a alguno de los contratos que se enumeran en el apartado 1 del mismo artículo.

b) La competencia para la resolución de los recursos continuará encomendada a los mismos órganos que la tuvieran atribuida con anterioridad."

Hasta que la Comunidad Autónoma no se proceda a la creación del órgano ante el que deberá interponerse el recurso contra los actos indicados -sin que se contemple ningún límite temporal en cuanto a su creación- la competencia para la resolución del recurso especial seguirá atribuida a los mismos órganos que la tuvieran con anterioridad. Es decir, hasta que las Comunidades Autónomas no se doten del órgano específico, las cosas seguirán igual: el órgano de contratación o la Administración Pública que corresponda seguirá teniendo la competencia para la resolución del recurso especial tramitado conforme a los nuevos artículos 312 a 318 LCSP, y las facultades para resolver sobre las medidas provisionales, la resolución respecto a la procedencia de la suspensión del procedimiento, la decisión sobre la práctica de la prueba y la procedencia y la determinación de la indemnización que el mismo órgano contratante habrá de pagar al reclamante.

Este régimen transitorio de aplicación a las Comunidades Autónomas, tal y como queda articulado por el Anteproyecto, vulnera la Directiva objeto de transposición, que persigue el establecimiento de un recurso eficaz entre la decisión de adjudicación de un contrato y la celebración de éste, sin que existan obstáculos a la tutela judicial efectiva de los licitadores afectados, así como el otorgar la decisión sobre la concurrencia de una infracción legal en el procedimiento de adjudicación de un contrato del sector público a un órgano de recurso independiente del poder adjudicador.

Sugerimos por tanto, que mientras las Comunidades Autónomas no regulen ante quién debe interponerse el recurso especial, se le atribuya también la competencia para su resolución al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales creado para el ámbito de la Administración General del Estado, dado que a su vez se les permite, en los sucesivos apartados 2 y 3 de ese mismo artículo, atribuir la competencia a la citada Sala como régimen general.

NOVENO.- Al Artículo 10 relativo a las modificaciones de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.

Cuanto se ha dicho, referido a la regulación del contrato especial en materia de contratación para los contratos regidos por la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, es aplicable, con los cambios que correspondan, a los procedimientos de contratación en los sectores regulados por la Ley 31/2007, de 30 de octubre.

DECIMO.- Observaciones a las medidas cautelares de carácter provisional, los efectos derivados de la interposición del recurso y las suspensión del procedimiento (Artículos 313, 315, 316 y 317 LCSP)

El artículo 315 dispone que *“una vez interpuesto el recurso, si el acto recurrido es el de adjudicación, quedará en suspenso la tramitación del expediente de contratación.”*

La Directiva 2007/66/CE contempla que se ha de garantizar que el poder adjudicador no pueda celebrar el contrato hasta que el órgano de recurso haya tomado una decisión sobre la solicitud de medidas provisionales o sobre el fondo del recurso, estableciendo la conveniencia de prever un plazo suspensivo mínimo autónomo que no debe expirar antes de que el órgano de recurso haya adoptado una decisión sobre la interposición.

El anteproyecto articula, de acuerdo con la Directiva, un procedimiento de solicitud de medidas cautelares, previo a la interposición del recurso, otorgándole al órgano competente un plazo para adoptar la decisión al respecto de 5 días hábiles, disponiendo que si antes de dictar esta resolución se hubiese interpuesto el recurso, el órgano decisorio acumulará a éste la solicitud de medidas cautelares y resolverá sobre ellas en la forma prevista en el artículo 316 relativo a la tramitación del procedimiento de recurso.

Asimismo, el artículo 315 LCSP, en la redacción dada por el anteproyecto, otorga a la interposición del recurso el efecto de suspensión automática de la tramitación del expediente de contratación en caso de que el acto recurrido sea el de adjudicación, entendiéndose vigente ésta en tanto no se dicte resolución expresa acordando el levantamiento. Para que el órgano de recurso se pronuncie en este sentido, se le concede un plazo de cinco días hábiles siguientes a la interposición del recurso sin que se contemple efecto alguno ante el silencio del Tribunal en el plazo indicado.

El anteproyecto cumple con las disposiciones que establece la Directiva en cuanto a los efectos suspensivos de la tramitación del expediente. Sin embargo, no regula de forma adecuada las consecuencias que puede conllevar la recurrente pasividad de la Administración Pública española y de sus órganos judiciales, situación que no puede ser contemplada por la Directiva, pero que, de acuerdo a la tradición española y la amplia regulación en torno al silencio administrativo existente en nuestro ordenamiento jurídico, es necesario considerar.

La experiencia demuestra que no es improbable que, transcurrido el plazo señalado, exista una falta de resolución expresa por parte del órgano de recurso -en este caso el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales- ante

la acumulación de asuntos o insuficiencia de medios personales y materiales. Ello podría llevar a una injustificada paralización de procedimientos de contratación y constituirse en un importante obstáculo para el órgano de contratación a la hora de cumplir con eficacia los fines de interés público que le son inherentes. Piénsese en la situación que podría darse ante una posible interposición generalizada de recursos contra las adjudicaciones que, aún sin fundamento, podrían causar no obstante la paralización de los expedientes de contratación “sine die” ante una eventual pasividad del órgano competente para su resolución.

Por una razón de elemental prudencia, se estima pertinente, por tanto, que la Ley establezca la posibilidad de levantar los efectos suspensivos por la interposición del recurso especial frente al acto de adjudicación en caso de falta de resolución expresa por parte del órgano de recurso en el plazo de 5 días desde su interposición, sin perjuicio de las responsabilidades a que hubiera lugar y de lo que pueda decidir, en su caso, el órgano jurisdiccional:

- a) Sobre la resolución del recurso y el alcance del pronunciamiento del órgano competente de Artículo 317 LCSP relativo a la resolución del recurso.

El artículo 317 de la LCSP regula las cuestiones relativas a la resolución del recurso por parte del órgano competente estableciéndose en su apartado 4, que ésta deberá acordar, “...*el levantamiento de la suspensión del acto de adjudicación si en el momento de dictarla continuase suspendido, así como de las restantes medidas cautelares que se hubieran acordado.*”

Lo expuesto anteriormente, se establece sin que se contemplen efectos por la falta de resolución expresa, lo que conllevaría a una vigencia indeterminada tanto de la suspensión del acto de adjudicación, como de las medidas cautelares que se pudieran haber adoptado.

Remitiéndonos a lo expresado en el apartado anterior relativo a la arbitrariedad e inseguridad jurídica a la que conduciría esta situación, estimamos oportuno establecer un plazo máximo a partir de la interposición del recurso, tras el cual, en caso de que el Tribunal no haya notificado su resolución, el interesado podrá considerarlo estimado.

b) Sobre el alcance del pronunciamiento del órgano competente.

El párrafo 2º del apartado 2 del artículo 317 establece que *“si la resolución del recurso acordase la adjudicación del contrato a otro licitador, se concederá a este un plazo de diez días hábiles para que cumplimente lo previsto en el apartado 2 del artículo 135.”*

Consideramos arriesgado y contrario a la naturaleza, eminentemente jurídica, del futuro Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales que la Ley le abra la posibilidad de erigirse, por la vía de la estimación de los recursos interpuestos contra las adjudicaciones, en una segunda instancia adjudicadora de contratos administrativos. La competencia para la adjudicación del contrato, que corresponde legalmente al órgano de contratación que cuenta con los conocimientos técnicos y financieros necesarios, no debe trasladarse al Tribunal, que debería pronunciarse exclusivamente sobre la juridicidad de la resolución impugnada y sobre la anulación de las cláusulas contrarias a derecho, suspensión del procedimiento y derecho del recurrente, en su caso, a percibir indemnización. Pero no debe adjudicar el contrato en sustitución de una adjudicación ilegal.

En este sentido, se sugiere que la Ley incorpore la previsión de que, anulada la adjudicación del contrato realizada por el órgano de contratación, el Tribunal administrativo competente dictará resolución ordenando al órgano de contratación proceder a una nueva adjudicación del contrato, respetando los fundamentos jurídicos contenidos en dicha resolución.

Madrid, 5 de febrero de 2010