

TRIBUNALES DE CONTRATOS Y ADMINISTRACIÓN LOCAL

*Miguel Ángel Bernal Blay**

La competencia para resolver los recursos especiales en materia de contratación pública y cuestiones de nulidad que se planteen en relación con contratos de Entidades locales viene determinada por las normas de las Comunidades Autónomas. Hasta el momento, lo ordinario ha sido que los órganos autonómicos creados para la resolución de esos recursos especiales asuman la competencia para resolver los recursos interpuestos contra los actos de las Corporaciones Locales que tengan sede en su territorio. Así sucede en Aragón, Madrid y Cataluña, y esa es, además, la regla a seguir en el supuesto de que no exista previsión expresa en la legislación autonómica, según se desprende del artículo 41.3 TRLCSP.

Frente a esa regla general, dos Comunidades Autónomas hasta el momento han introducido algunas especialidades. En el País Vasco (Disp. adic. 10 Ley 5/2010), si bien el ámbito en el que el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales ejerce su función comprende a las Administraciones locales integradas en el territorio de dicha Comunidad, existen dos excepciones. La primera, la de aquellos municipios de más de 50.000 habitantes que hayan creado su propio órgano competente para la resolución de los recursos de su ámbito local y sector público respectivo. La segunda, los recursos planteados contra contratos de las Diputaciones Forales, que de conformidad con el art. 3.2.g TRLCSP tienen la consideración de Administraciones públicas, lo cual ha sido interpretado en el sentido de considerar necesaria la creación en el seno de las mismas de un órgano administrativo encargado de la resolución de recursos en

* Profesor de Derecho Administrativo en la Universidad de Zaragoza y miembro del Observatorio de contratación pública.

materia de contratos públicos. Así, la provincia de Álava, mediante Decreto Foral 44/2010, de 28 de septiembre, aprobó la creación del Órgano Administrativo Foral de Recursos Contractuales; la de Guipúzcoa, mediante Decreto Foral 24/2010, de 28 de septiembre, la creación y regulación del Tribunal Administrativo Foral de Recursos Contractuales, y la de Vizcaya, mediante Decreto Foral 102/2010, de 29 de septiembre, la creación del Tribunal Administrativo foral de recursos contractuales.

Por su parte, la normativa autonómica andaluza (Decreto 332/2011, de 2 de noviembre por el que se crea el Tribunal Administrativo de recursos Contractuales de la Junta de Andalucía) contempla, al igual que la del País Vasco, la posibilidad de que las Entidades Locales constituyan sus propios órganos especializados e independientes para resolver los recursos y las cuestiones de nulidad (art. 10). Pero, a diferencia de lo que sucede en el País Vasco, no existe en la normativa andaluza ningún límite de población para la creación de estos órganos. Acogiéndose a esa posibilidad, el Ayuntamiento de Granada aprobó definitivamente el pasado 9 de febrero el Reglamento de Funcionamiento del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Granada, que entrará en vigor el próximo 2 de marzo (a los quince días de su publicación en el Boletín Oficial de la Provincia de Granada, que tuvo lugar el pasado 17 de febrero).

La lectura de este Reglamento, y en particular de las atribuciones que se encomiendan al Tribunal de Granada (art. 1), despierta algunas dudas sobre la adecuada configuración de dicho órgano. Y es que, junto a las clásicas atribuciones de estos órganos relativas a la resolución de recursos especiales, de cuestiones de nulidad y sobre las solicitudes de medidas cautelares, al Tribunal de Granada se atribuyen algunas otras, de carácter impropio, y sobre todo, desde nuestro punto de vista, incompatibles con la naturaleza independiente de este tipo de órganos. Recordemos que, aun cuando sean creados por las Entidades Locales, éstos órganos deben tener un

carácter especializado en materia de contratación pública y además, deben actuar con independencia (art. 2 de la Directiva 89/665/CEE del Consejo en lo que respecta a la mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos público, modificada por la Directiva 2007/66/CE). Las dudas sobre la compatibilidad con la independencia del órgano se manifiestan en relación con las atribuciones del Tribunal de Granada relacionadas en las letras d, e, f y g (no d) del artículo 1 de su Reglamento, que se refieren a:

d) Elaboración y propuesta de modificación de las instrucciones de contratación de los poderes adjudicadores que no tengan el carácter de Administraciones Públicas.

Se trata ésta de una atribución impropia de los órganos de recurso en materia de contratación pública, pues presenta un carácter eminentemente consultivo, frente a la naturaleza jurisdiccional de las actuaciones de los órganos de recurso. Además, sorprende esta atribución por cuanto el ámbito material a que se refiere queda excluido del que sería propio de la actuación del Tribunal, ya que las instrucciones de contratación de los poderes adjudicadores que no tienen la consideración de Administración pública a que se refiere el art. 191 del TRLCSP regulan la adjudicación de contratos no sujetos a regulación armonizada, y por tanto, contratos que, con carácter general, no son susceptibles de recurso especial. Decimos con carácter general porque sí que son susceptibles de recurso algunos contratos no sujetos a regulación armonizada, por ejemplo, determinados contratos de servicios y de gestión de servicios públicos (art. 40.1.b y .c TRLCSP). Respecto de éstos contratos, no sujetos a regulación armonizada pero sí susceptibles de recurso especial, entendemos que la participación del órgano de recurso en la elaboración de las instrucciones de contratación puede afectar a su independencia en el ejercicio de sus atribuciones de naturaleza jurisdiccional.

e) Emisión de informes y asesoramiento en materia de contratación, cuando sea requerido para ello por los órganos competentes del Ayuntamiento de Granada y entes del sector público municipal, todo ello sin perjuicio de lo establecido en el artículo 85.bis de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de bases de régimen local, y disposición adicional segunda del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

Se trata, de nuevo, de una atribución de carácter consultivo, impropia, por tanto, de los órganos de recurso. Cuesta creer el modo en que el Tribunal, respecto de esta función de emisión de informes y asesoramiento va a mantener posteriormente, en ejercicio de la función jurisdiccional, la debida independencia. Imagínese que en ejercicio de esta atribución el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Granada asesora a uno de los órganos de contratación del Ayuntamiento de Granada para determinar cuál es la oferta económicamente más ventajosa en un procedimiento de adjudicación. La interposición de un recurso especial en el marco de ese procedimiento inhabilitaría al Tribunal para su resolución, al contemplarse esa intervención previa en el procedimiento de adjudicación como causa de abstención en el procedimiento de recurso (art. 28.2.d de la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común).

f) Formular propuesta de coordinación en materia de contratación entre el Ayuntamiento de Granada y los entes del sector público municipal, dirigidos a la gestión de los recursos de forma eficiente.

Lo cierto es que resulta bastante difícil desentrañar el concreto alcance y significado de esta atribución, circunstancia que agrava la aparente incoherencia que se aprecia en sus términos, al referirse a «la propuesta de coordinación» (en singular), «dirigidos» (en plural) a la

gestión eficiente de los recursos. En cualquier caso, parece que la facultad de organización del modo en que hayan de gestionarse los recursos para garantizar su eficiencia corresponde en exclusiva al propio Tribunal, sin que haya de elaborar propuesta alguna sujeta a posterior aprobación de otro órgano. En definitiva, una nueva manifestación de la independencia de los órganos de recurso que podría verse afectada con el ejercicio de esta atribución, según aparece ahora configurada.

d) Cualquier otra competencia que le atribuya la normativa de la Unión Europea o la normativa estatal básica.

Se trata ésta de una cláusula de cierre que, en realidad, no atribuye ninguna competencia al Tribunal, sino que reenvía a las que le atribuye la normativa europea o estatal a los órganos de recurso. Curiosamente no se hace referencia a las competencias que le pueda atribuir la normativa autonómica (andaluza), que es precisamente la que ha habilitado la posibilidad de creación de este Tribunal en el seno del Ayuntamiento de Granada.

Parece pues que la atribución de algunas funciones de carácter consultivo al Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Granada pueden hacer que no se cumpla el requisito de independencia que debe inspirar la actuación de los órganos de recurso en materia de contratación pública. Así lo exige la Directiva 89/665/CEE, que se infringe en el caso de no respetarse esa independencia. Esta cuestión no resulta baladí, pues debe recordarse que, ante una hipotética sanción al Reino de España por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea, la Disposición adicional primera de la Ley 2/2011, de Economía Sostenible, dispone la responsabilidad de aquellas Administraciones públicas que, debido al ejercicio de sus competencias, hayan dado lugar a esa sanción, que deberán asumir, en la parte que les sea imputable, las responsabilidades que se devenguen de tal incumplimiento.

Por otra parte, resulta ciertamente chocante que esas funciones consultivas que hemos analizado puedan ejercerse no sólo respecto del Ayuntamiento de Granada y los poderes adjudicadores vinculados al mismo, sino también respecto de otras Administraciones y Entidades públicas (no para poderes adjudicadores de naturaleza privada), superando la competencia del Tribunal de Granada el ámbito territorial del municipio en el que ha sido creado. En este sentido, el propio art. 1 del Reglamento señala en uno de sus últimos incisos que *Las Corporaciones Locales y Provinciales, así como las Entidades de Derecho Público que así lo deseen podrán recabar de éste Tribunal la emisión de Informes, Dictámenes y Asesoramiento Especializado en la materia de contratos de las Administraciones Públicas, mediando solicitud de un representante de la entidad interesada, que habrá de ser aceptada por el tribunal en plazo máximo de tres días desde su recepción, y mediando el ingreso del precio público que, en su caso, esté estipulado para éstas funciones.*

Una última cuestión llama la atención del Reglamento del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Granada, y se refiere a los contratos susceptibles de recurso ante dicho órgano. No sabemos si de forma voluntaria o no, pero el caso es que este ámbito no resulta del todo coincidente con el establecido en el art. 40.1 TRLCSP. En efecto, se aprecia una diferencia en relación con los recursos planteados respecto de contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II del TRLCSP, contratos que son susceptibles de recurso cuando su valor estimado resulte igual o superior a 200.000 euros (dice el art. 40.1 TRLCSP) o a 193.000 euros (según el art. 3.b del Reglamento de Funcionamiento del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Granada). Probablemente esta discrepancia se deba a la no actualización de la cuantía de 193.000 en el Proyecto de Reglamento, luego de haber sido modificada (y sustituida por la de 200.000 euros) la que aparecía en el art. 40.1 TRLCSP por la Orden EHA/3479/2011, de 19 de diciembre, por la que se publican los límites de los distintos tipos de contratos a efectos de la contratación

del sector público a partir del 1 de enero de 2012, como consecuencia de la aprobación del Reglamento (UE) número 1251/2011 de la Comisión, de 30 de noviembre de 2011, por el que se modifican las Directivas 2004/17/CE, 2004/18/CE y 2009/81/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que concierne a sus umbrales de aplicación en materia de procedimientos de adjudicación de contratos. Este aspecto no supone en sí mismo ninguna ilegalidad.

Lo único que significa es que la competencia del Tribunal de Granada se extiende en vía de recurso sobre contratos de valor estimado inferior al establecido en las Directivas de contratos para que resulten de aplicación, apartándose del criterio general seguido hasta ahora por el resto de Tribunales. Aunque, como señalábamos, parece que se trate más bien de una falta de actualización de los importes, debemos aplaudir esta iniciativa del Tribunal de Granada de ofrecer protección a los licitadores, incluso en contratos que se sitúen por debajo de los umbrales establecidos por la Directiva (aunque sólo sea por 7.000 euros).

Para terminar, entendemos que debería corregirse –se trata claramente de una errata- la referencia al órgano competente para conocer del recurso contencioso-administrativo que cabría plantear, en su caso, contra las resoluciones dictadas por el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Granada (art. 9.2 del Reglamento). La competencia no puede atribuirse al Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de *Granada* (sic.) sino de Andalucía.