



Acord de la Comissió Permanent de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de 30 de juliol de 2009

Informe 13/08, de 30 de juliol de 2009. Sistema de recursos en matèria de contractació: interpretació de l'article 37 de la Llei de contractes del sector públic i de l'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

Antecedents

1. La secretària general de la Conselleria de Salut i Consum ha formulat la consulta següent a aquesta Junta Consultiva:

Vista la sol·licitud del director general del Servei de Salut de les Illes Balears, per elevar a la Junta Consultiva de Contractació Administrativa la qüestió relativa al contingut del peu de recurs en els acords d'adjudicació provisional i la determinació dels casos en els que escau el recurs previst en l'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, procedim a la seva tramitació.

L'article 37 de la Llei 30/2007, de 30 d'octubre, de contractes del sector públic (LCSP) estableix que:

"1. Las decisiones a que se refiere el apartado 2 del presente artículo que se adopten en los procedimientos de adjudicación de contratos sujetos a regulación armonizada, incluidos los contratos subvencionados, contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II de cuantía igual o superior a 206.000 euros, o 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, deberán ser objeto del recurso especial en materia de contratación que se regula en este artículo con anterioridad a la interposición del recurso contencioso-administrativo, sin que proceda la interposición de recursos administrativos ordinarios contra los mismos. No se dará este recurso en relación con los actos dictados en procedimientos de adjudicación que se sigan por el trámite de emergencia regulado en el artículo 97.



2. Serán susceptibles de recurso especial los acuerdos de adjudicación provisional, los pliegos reguladores de la licitación y los que establezcan las características de la prestación, y los actos de trámite adoptados en el procedimiento antecedente, siempre que éstos últimos 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.

Los defectos de tramitación que afecten a actos distintos de los contemplados en el párrafo anterior podrán ser puestos de manifiesto por los interesados al órgano al que corresponda la instrucción del expediente o al órgano de contratación, a efectos de su corrección, y sin perjuicio de que las irregularidades que les afecten puedan ser alegadas por los interesados al recurrir el acto de adjudicación provisional.

3. El recurso podrá interponerse por las personas físicas y jurídicas cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso y, en todo caso, por los licitadores.

4. Sin perjuicio de lo que, para el ámbito de las Comunidades Autónomas, establezcan sus normas respectivas que, en todo caso, deberán atribuir esta competencia a un órgano cuyas resoluciones agoten la vía administrativa, serán competentes para resolver el recurso especial el órgano de contratación, cuando se trate de contratos de una Administración Pública, o el titular del departamento, órgano, ente u organismo al que esté adscrita la entidad contratante o al que corresponda su tutela, si ésta no tiene el carácter de Administración Pública. En este último caso, cuando la entidad contratante esté vinculada con más de una Administración, será competente el órgano correspondiente de la que ostente el control o participación mayoritaria."

Per altra banda, la Llei 3/2003, de 26 de març, de règim jurídic de l'Administració de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears, preveu, en l'article 66, la regulació del recurs especial en matèria de contractació, i disposa que:

"1. Contra els actes dels òrgans de contractació es pot interposar un recurs especial en matèria de contractació. Aquest recurs, al qual és aplicable el regim jurídic previst en la legislació bàsica per al recurs de reposició, té caràcter potestatiu, l'ha de resoldre la Junta Consultiva de Contractació i substitueix, a tots els efectes, el recurs de reposició.

2. El recurs es pot interposar davant l'òrgan de contractació o directament davant la Junta Consultiva de Contractació Administrativa. Si el recurs s'interposa davant l'òrgan de contractació, aquest l'ha de trametre a la Junta en el termini de deu dies, amb un informe jurídic i amb una còpia completa i ordenada de l'expedient de contractació. Si



s'interposa davant la Junta aquesta ha de requerir la remissió de l'expedient i l'informe corresponent a l'òrgan de contractació.

3. La competència de la Junta Consultiva per resoldre compren també la facultat de suspendre l'execució de l'acte impugnat i, si n'és el cas, l'adopció de mesures cautelars.

4. Els acords que adopti la Junta Consultiva són vinculants per a l'òrgan de contractació que dicta l'acte impugnat. "

Atès que en l'aplicació d'aquests dos preceptes trobam punts de fricció, plantejam davant la Junta Consultiva de Contractació Administrativa, d'acord amb l'article 15 del seu Reglament d'organització i funcionament, aprovat per Acord de Consell de Govern, de 10 d'octubre de 1997, les qüestions següents:

— En primer lloc, quin seria l'òrgan competent per resoldre, dins l'àmbit de la nostra Comunitat Autònoma, el recurs de l'article 37 de la LCSP, ja que, com hem vist, el punt 4 de l'article 37 es refereix a l'autoritat competent per a la resolució d'aquest recurs i disposa que "Sin perjuicio de lo que, para el ámbito de las Comunidades Autónomas, establezcan sus normas respectivas que, en todo caso, deberán atribuir esta competencia a un órgano cuyas resoluciones agoten la vía administrativa, serán competentes para resolver el recurso especial el órgano de contratación, cuando se trate de contratos de una Administración Pública...", i l'article 66 de la nostra Llei 3/2003 atribueix la competència del recurs especial en matèria de contractació a un òrgan específic les resolucions del qual esgoten la via administrativa.

— En segon lloc, si es considerassin diferents els recursos previstos en els articles esmentats, quan es podria interposar el de l'article 37 de la LCSP i quan el de l'article 66 de la Llei 3/2003.

— I en tercer lloc, quin seria el contingut del peu de recurs d'una resolució d'adjudicació provisional.

- 2. La secretària general de la Conselleria de Salut i Consum està legitimada per sol·licitar informes a la Junta Consultiva de Contractació, de conformitat amb l'article 12.1 del Decret 20/1997, de 7 de febrer, de creació d'aquesta Junta Consultiva, i l'article 15.1 del seu Reglament d'organització i funcionament, aprovat per Acord del Consell de Govern de 10 d'octubre de 1997. A l'escrit s'adjunta un informe jurídic emès pels Serveis Jurídics de la Conselleria de Salut i Consum, d'acord amb l'article 16.3 del Reglament. Per tant, es tenen els requisits previs d'admissió per poder emetre l'informe sol·licitat.*



Consideracions jurídiques

1. L'escrit de consulta planteja tres qüestions derivades de la coexistència en l'àmbit de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears de dues modalitats de recursos especials en matèria de contractació: el recurs regulat en l'article 37 de la Llei 30/2007, de 30 d'octubre, de contractes del sector públic (en endavant, LCSP), i el recurs previst en l'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.

En concret, es demana un informe sobre les qüestions següents:

- Quin és l'òrgan competent per resoldre, en l'àmbit de la nostra Comunitat Autònoma, el recurs de l'article 37 de la LCSP.
 - Quan es pot interposar el recurs de l'article 37 de la LCSP i quan el de l'article 66 de la Llei 3/2003.
 - Quin hauria de ser el contingut del peu de recurs d'una resolució d'adjudicació provisional.
2. L'origen del recurs especial en matèria de contractació es troba en la Directiva 89/665/CEE del Consell, de 21 de desembre de 1989, relativa a la coordinació de les disposicions legals, reglamentàries i administratives referent a l'aplicació dels procediments de recurs en matèria d'adjudicació dels contractes públics de subministrament i d'obres, també denominada Directiva de recursos, aplicable també als contractes de serveis en virtut de l'article 41 de la Directiva 92/50/CEE, de 18 de juny de 1992, relativa a aquests contractes. La Directiva té el fonament en l'article 95 del Tractat de la Comunitat Europea.

L'objectiu d'aquesta Directiva era corregir la insuficiència i la heterogeneïtat dels mecanismes nacionals de garantia de la contractació pública, i animar les empreses europees a participar en la licitació dels contractes públics.

Amb aquesta finalitat, la Directiva de recursos, en l'article 1.1, obliga els estats membres a establir un sistema de recursos en matèria de contractació ràpid i eficaç contra les decisions adoptades per les entitats adjudicatadores quan hagin infringit el dret comunitari en matèria de contractes públics o les normes nacionals de transposició.

A més, l'article 2.1 de la Directiva estableix que els estats membres han de garantir la possibilitat d'adoptar mesures provisionals per corregir la infracció o



per impedir que es causin perjudicis als interessos afectats, incloses les mesures adreçades a suspendre el procediment d'adjudicació del contracte o l'execució de qualsevol decisió adoptada pels poders adjudicadors, d'anul·lar les decisions il·legals i d'indemnitzar per danys i perjudicis les persones perjudicades per la infracció.

D'acord amb les sentències del Tribunal de Justícia de la Unió Europea de 18 de juny de 2002 (assumpte C-92/00) i de 15 de maig de 2003 (assumpte C-214/00) el terme "decisions" no fa referència només als actes resolutoris, sinó que s'hi inclouen els actes de tràmit que decideixen el fons de l'assumpte, determinen la impossibilitat de continuar el procediment, produeixen indefensió o perjudici irreparable a drets o interessos legítims.

Si bé el legislador espanyol va incorporar les directives 93/36/CEE, 93/37/CEE i 92/50/CEE, sobre contractes de subministrament, obres i serveis, respectivament, mitjançant la Llei 13/1995, de 18 de maig, de contractes de les administracions públiques, no va considerar necessari incorporar el contingut de la Directiva 89/665/CEE, ja que, tal com va manifestar en l'exposició de motius, "nuestro ordenamiento jurídico, en distintas normas procedimentales y procesales, se ajusta ya a su contenido".

Ni la Llei 53/1999, de 28 de desembre, per la qual es modificà la Llei 13/1995, de 18 de maig, de contractes de les administracions públiques, amb la finalitat de transposar al dret espanyol la Directiva 97/52/CE, del Parlament i del Consell, de 13 d'octubre, ni el Reial decret legislatiu 2/2000, de 16 de juny, pel qual s'aprova el Text refós de la Llei de contractes de les administracions públiques (en endavant, TRLCAP), tampoc no varen incorporar el contingut de la Directiva de recursos.

Com a resultat de la manca de transposició de la Directiva de recursos i de la insuficiència del sistema espanyol de recursos en matèria de contractació pública, el Tribunal de Justícia de la Unió Europea va condemnar el regne d'Espanya mitjançant la sentència de 15 de maig de 2003 (assumpte C-214/00), que donà lloc a la reforma de la legislació de contractes per introduir-hi diverses millores en matèria de garanties dels licitadors.

Així, la Llei 62/2003, de 30 de desembre, de mesures fiscals, administratives i de l'ordre social va introduir un nou article 60 *bis* i la disposició addicional setzena al TRLCAP, relatiu, respectivament, a la possibilitat de sol·licitar l'adopció de mesures provisionals en un procediment d'adjudicació sense necessitat



d'interposar prèviament un recurs, i als recursos en matèria de contractes de les societats subjectes a aquesta Llei.

3. La Directiva 2004/18/CE del Parlament Europeu i del Consell, de 31 de març de 2004, sobre coordinació dels procediments d'adjudicació dels contractes públics d'obres, de subministrament i de serveis, refon en un únic text les directives 93/36/CEE, 93/37/CEE i 92/50/CEE, i disposa en l'article 81 que els estats membres han d'assegurar l'aplicació de la Directiva mitjançant mecanismes eficaços, accessibles i transparents, d'acord amb el que disposa la Directiva de recursos, i han d'establir la possibilitat de designar una agència independent.

La Llei de contractes del sector públic incorpora al dret nacional el contingut de la Directiva 2004/18/CE i, a més, pretén transposar la Directiva de recursos. En aquest sentit, l'exposició de motius manifesta que:

Amb la mateixa finalitat d'incorporar normes de dret comunitari derivat, s'articula un nou recurs administratiu especial en matèria de contractació, amb la finalitat de transposar la Directiva 89/665/CEE del Consell, de 21 de desembre de 1989, relativa a 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 i d'obres, tal com ha estat interpretada pel Tribunal de Justícia de la Unió Europea.

4. La Directiva 89/665/CEE va ser modificada per la Directiva 2007/66/CE, del Parlament Europeu i del Consell, d'11 de desembre de 2007, amb la finalitat de millorar l'eficàcia dels procediments de recurs en matèria d'adjudicació de contractes públics. El termini de transposició d'aquesta nova Directiva finalitza el 20 de desembre de 2009.

Aquestes directives preveuen l'existència d'un recurs específic, ràpid i eficaç, que impedeix la subscripció del contracte fins que es resolgui de forma expressa, i que garanteix l'aplicació efectiva de les directives comunitàries en matèria d'adjudicació de contractes, en particular, en la fase en què les infraccions encara poden corregir-se, tot això de conformitat amb les sentències del Tribunal de Justícia de la Unió Europea de 28 d'octubre de 1999 (assumpte C-81/98, *Alcatel*) i d'11 d'agost de 1995 (assumpte *Comissió/Espanya*).

La nova Directiva pretén donar solució als punts febles dels mecanismes de recurs dels estats membres, posats de manifest per la jurisprudència comunitària, entre d'altres, en les sentències del Tribunal de Justícia de la Unió



Europea de 28 d'octubre de 1999 (assumpte C-81/98, *Alcatel*), de 18 de juny de 2002 (assumpte C-92/00) i de 12 de desembre de 2002 (assumpte C-470/99).

En aquest sentit, la Directiva 2007/66/CE exigeix que hi hagi un període de paralització del procediment entre l'adjudicació del contracte i la seva formalització amb una durada suficient per permetre la interposició d'un recurs, i estableix una norma relativa a la perfecció dels contractes. En concret, la Directiva disposa que entre l'adjudicació i la signatura o formalització del contracte ha de transcórrer, en tot cas, un termini de deu dies, o quinze, segons el mitjà de notificació que s'hagi utilitzat, comptador des que es va notificar l'adjudicació a totes les parts interessades.

A més, amb l'objectiu de garantir la possibilitat d'interposar recursos, la Directiva estableix un termini per interposar el recurs que no pot ser inferior a deu dies comptadors des de l'endemà del dia en què s'hagi comunicat l'adjudicació del contracte al licitador o candidat interessat si la comunicació ha estat per fax o per mitjà electrònic, i d'un mínim de 15 dies, si s'han utilitzat altres mitjans.

La Directiva 2007/66 /CE estableix en l'article 2 *quinquies*, com a novetat, que un òrgan independent del poder adjudicador ha de declarar la ineficàcia del contracte en determinats casos.

5. Una de les principals novetats de la LCSP és la regulació d'un recurs *ad hoc* en matèria de contractació, que pretén incorporar al dret espanyol les exigències comunitàries: el recurs especial en matèria de contractació. L'article 37 de la LCSP configura un nou recurs exclusiu —ja que exclou els altres recursos en via administrativa ordinària— i obligatori —perquè és un requisit necessari per accedir posteriorment a la via contenciosa administrativa—, que pot finalitzar, si escau, amb l'anul·lació de les decisions adoptades durant el procediment d'adjudicació, la retroacció de les actuacions o la concessió d'una indemnització a les persones perjudicades per una infracció procedimental.

La regulació del nou recurs va ser criticada durant la tramitació de l'avantprojecte de llei, entre d'altres, pel Consell d'Estat i el Consell Econòmic i Social. Posteriorment també ha estat objecte de crítiques per la doctrina, entre altres motius, perquè és contrària a la jurisprudència comunitària i perquè no s'adequa enterament a la Directiva 2007/66/CE, tramitada simultàniament a la LCSP i adoptada poc després que s'aprovàs aquesta.



Passem a analitzar el recurs especial en matèria de contractació regulat en l'article 37 de la LCSP. En concret, i amb la finalitat de respondre a la consulta plantejada, és necessari destacar els apartats 1, 2 i 4 d'aquest article.

6. L'apartat 1 de l'article 37 regula els procediments en què es pot interposar el recurs especial en matèria de contractació en els termes següents:

Les decisions a què es refereix l'apartat 2 del present article que s'adoptin en els procediments d'adjudicació de contractes subjectes a regulació harmonitzada, inclosos els contractes subvencionats, contractes de serveis compresos en les categories 17 a 27 de l'annex II d'una quantia igual o superior a 206.000 euros¹, o contractes de gestió de serveis públics en què el pressupost de despeses de primer establiment sigui superior a 500.000 euros i el termini de durada superior a cinc anys, han de ser objecte del recurs especial en matèria de contractació que es regula en aquest article amb anterioritat a la interposició del recurs contenciós administratiu, sense que escaigui la interposició de recursos administratius ordinaris contra aquests. No es dóna aquest recurs en relació amb els actes dictats en procediments d'adjudicació que se segueixin pel tràmit d'emergència que regula l'article 97.

Així, el recurs especial en matèria de contractació es pot interposar contra determinats actes en els procediments d'adjudicació dels contractes següents:

- Contractes subjectes a regulació harmonitzada, inclosos els contractes subvencionats.
- Contractes de serveis compresos en les categories 17 a 27 de l'annex II d'una quantia igual o superior a 206.000 euros.
- Contractes de gestió de serveis públics en què el pressupost de despeses de primer establiment sigui superior a 500.000 euros i el termini de durada, superior a cinc anys.

Aquests dos darrers supòsits, relatius a contractes no subjectes a regulació harmonitzada, es van afegir durant el tràmit parlamentari de la LCSP, amb la intenció de permetre el recurs també en els contractes amb una importància econòmica i pràctica equivalent als contractes sotmesos a regulació harmonitzada.

¹ El Reglament (CE) núm. 1422/2007 de la Comissió, de 4 de desembre de 2007, va modificar les directives 2004/17/CE i 2004/18/CE del Parlament Europeu i del Consell pel que fa als llistats d'aplicació en els procediments d'adjudicació de contractes, substituint la xifra de 211.000 euros, inclosa en el text original de la Llei de contractes del sector públic, per la de 206.000 euros. Aquestes modificacions quedaren plasmades també en l'Ordre EHA/3875/2007, de 27 de desembre, per la qual es fan públics els llistats dels diferents tipus de contractes a efectes de la contractació administrativa a partir de l'1 de gener de 2008.



De fet, la redacció inicial d'aquest apartat en l'avantprojecte de Llei de contractes del sector públic, en què es limitava als contractes subjectes a regulació harmonitzada, va ser criticada pel Consell d'Estat en el Dictamen 514/2006, de 25 de maig de 2006, sobre l'avantprojecte de la Llei, en què posà de manifest que la rapidesa i l'eficàcia en la resolució de les incidències del procediment d'adjudicació s'hauria d'estendre a qualsevol tipus de contracte, estigui o no subjecte a regulació harmonitzada. En aquest sentit, el Consell d'Estat afirmà que:

La primera duda que plantea la regulación proyectada para el nuevo recurso especial y el nuevo sistema especial de medidas provisionales radica en su ámbito de aplicación. Con arreglo a los artículos 37.1 y 38.1 del anteproyecto, tales mecanismos son únicamente aplicables en los procedimientos de adjudicación de contratos sujetos a regulación armonizada, por lo que no se extenderán a los restantes contratos del sector público. A juicio del Consejo de Estado, esta distinción entre los mecanismos de control de uno y otro tipo de contratos no está suficientemente justificada y podría generar un cierto nivel de inseguridad jurídica, por lo que debería considerarse su extensión a todos los contratos.

La finalidad que se persigue con el nuevo recurso y el sistema especial de medidas cautelares es, en último término, garantizar que el control del procedimiento de adjudicación sea rápido y eficaz, de modo que las incidencias que puedan plantearse se tramiten y resuelvan antes de adoptarse la decisión de adjudicación. Esa conveniencia de rapidez y eficacia en la resolución de las incidencias del procedimiento de adjudicación resulta extensible a cualquier tipo de contrato, esté o no sujeto a regulación armonizada.

S'ha de dir que la Comunicació interpretativa de la Comissió Europea sobre el dret comunitari aplicable en l'adjudicació de contractes no inclosos o parcialment inclosos en les directives sobre contractació pública, d'1 d'agost de 2006, aconsella l'existència de recursos eficaços amb independència que el contracte estigui sotmès o no a les directives comunitàries.

7. Pel que fa als actes susceptibles de recurs, l'apartat 2 de l'article 37 estableix que:

Són susceptibles de recurs especial els acords d'adjudicació provisional, els plecs reguladors de la licitació i els que estableixin les característiques de la prestació, i els actes de tràmit adoptats en el procediment antecedent, sempre que aquests últims decideixin directament o indirectament sobre l'adjudicació, determinin la impossibilitat de continuar el procediment o produeixin indefensió o perjudici irreparable a drets o interessos legítims.



Els defectes de tramitació que afectin actes diferents dels que preveu el paràgraf anterior poden ser posats de manifest pels interessats a l'òrgan al qual correspongui la instrucció de l'expedient o a l'òrgan de contractació, als efectes de la seva correcció, i sens perjudici que les irregularitats que els afectin puguin ser al·legades pels interessats en recórrer contra l'acte d'adjudicació provisional.

Així doncs, aquest recurs té un àmbit objectiu limitat, restringit a determinades decisions adoptades en la fase de preparació i d'adjudicació dels contractes. En concret, es pot interposar contra els acords d'adjudicació provisional, els plecs reguladors de la licitació i els que estableixin les característiques de la prestació, i els actes de tràmit, sempre que decideixin directament o indirectament sobre l'adjudicació, determinin la impossibilitat de continuar el procediment o produeixin indefensió o perjudici irreparable a drets o interessos legítims.

L'article 37 exclou expressament la possibilitat d'interposar recursos administratius ordinaris quan escaigui la interposició del recurs especial en matèria de contractació perquè es tracti dels actes i dels procediments d'adjudicació inclosos en el seu àmbit d'aplicació. En conseqüència, l'únic recurs administratiu que es pot interposar és el recurs especial en matèria de contractació, que es configura com a exclusiu, i que substitueix, en aquells supòsits, els recursos ordinaris en via administrativa prevists en la Llei 30/1992, de 26 de novembre, de règim jurídic de les administracions públiques i del procediment administratiu comú.

La Llei configura aquest recurs com un requisit previ necessari per poder interposar posteriorment el recurs contenciós administratiu, i li atorga, així, un caràcter obligatori i preclusiu, de manera que no és possible acudir a la via contenciosa administrativa si no s'ha interposat prèviament el recurs especial en matèria de contractació.

Contra la resolució del recurs només és procedent la interposició del recurs contenciós administratiu.

8. Pel que fa al règim de recursos contra els actes no inclosos en l'àmbit d'aplicació del recurs especial definit en l'article 37 de la LCSP, no s'estableix un sistema de recursos específics, sinó que, en el cas dels ens que tenen la condició d'**Administració pública** als efectes de la LCSP, s'ha d'acudir al sistema general de recursos de la Llei 30/1992. Per tant, es pot interposar el recurs administratiu que correspongui en cada cas, en funció de l'acte de què es tracti.



Així, contra els actes que no exhaureixen la via administrativa es pot interposar el recurs d'alçada, i contra els que sí que l'exhaureixen es pot interposar el recurs potestatiu de reposició, o bé directament el recurs contenciós administratiu. A més, es pot interposar el recurs extraordinari de revisió quan es produeixin les circumstàncies que preveu l'article 118.1 de la Llei 30/1992. Aquesta afirmació es matisa més endavant per al cas de l'acte d'adjudicació definitiva.

L'adjudicació provisional del contracte, que es configura com un acte declaratiu de drets, és un acte dictat per l'òrgan de contractació que pot posar fi a la via administrativa o no. Així, en l'àmbit de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears, els actes que dicten els òrgans de contractació de l'Administració territorial sempre exhaureixen la via administrativa, mentre que els actes de les entitats autònomes i dels altres ens de dret públic poden exhaurir-la o no, d'acord amb els articles 53.2, 58.4 i 64 de la Llei 3/2003, de 26 de març, de règim jurídic de l'Administració de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears.

En aquest mateix sentit s'ha pronunciat la Junta Consultiva de Contractació Administrativa del Ministeri d'Economia i Hisenda en l'Informe 48/2008, de 29 de gener de 2009, que ha entès que l'adjudicació provisional dels contractes no inclosos en l'article 37.1 de la LCSP és susceptible dels recursos ordinaris previstos en l'article 107 de la Llei 30/1992, el contingut del qual es considera un principi general aplicable a totes les matèries pròpies del dret administratiu.

No obstant això, el cert és que el sistema de recursos previst en la Llei 30/1992 no sembla compatible, quant als terminis d'interposició i de resolució i als seus efectes, amb la regulació de l'adjudicació provisional i l'elevació d'aquesta a definitiva.

Les consideracions anteriors són d'aplicació en el cas dels ens que tenen la consideració d'Administració pública a efectes de la LCSP, però s'han de matisar pel que fa a la **resta d'ens del sector públic**. Aquests ens, tot i que alguns d'ells tenen la consideració d'Administració pública als efectes de l'article 2.2 de la Llei 30/1992, no es regeixen per aquesta Llei quant a la impugnació dels seus actes en matèria de contractació, atès que no són actes administratius en cap cas, i, per tant, no poden ser objecte dels recursos i de les reclamacions que aquesta Llei regula.

Per determinar el règim d'impugnació dels actes no inclosos en l'àmbit d'aplicació del recurs especial definit en l'article 37 de la LCSP, s'ha d'acudir al



sistema general que resulta de la normativa reguladora de la contractació d'aquests ens, tenint en compte la naturalesa privada dels seus contractes, la jurisdicció competent per resoldre les incidències que hi puguin sorgir i si el contracte està subjecte a regulació harmonitzada o no.

En aquest sentit, cal indicar que l'adjudicació provisional (o única) dels contractes no inclosos en l'article 37 de la LCSP és impugnable directament davant la jurisdicció civil, sense la reclamació prèvia a la via civil que preveu la Llei 30/1992, tot això sense perjudici que l'entitat adjudicadora, amb la finalitat de garantir o millorar la tutela dels interessats en el procediment de contractació, pugui establir la possibilitat de presentar una reclamació davant l'òrgan de contractació, amb caràcter previ a la interposició de la demanda civil, i que es podria substanciar per mitjà d'un règim similar al del recurs de reposició.

9. L'apartat 2 de l'article 37 de la LCSP no preveu, entre els actes susceptibles de recurs especial, l'adjudicació definitiva del contracte.

L'adjudicació definitiva és, quan la dicta un ens que té la condició d'**Administració pública** als efectes de la LCSP, un acte administratiu que pot exhaurir o no la via administrativa i, en conseqüència, d'acord amb el sistema general de recursos que estableix la Llei 30/1992, podria ser objecte bé de recurs d'alçada o bé de recurs potestatiu de reposició o directament de recurs contenciós administratiu. No obstant això, cal tenir en compte l'especial naturalesa de l'adjudicació definitiva, atès que la LCSP la configura com un acte que, amb caràcter general, confirma i reproduïx l'acte d'adjudicació provisional.

Així, l'article 135.4 de la LCSP disposa que per elevar a definitiva l'adjudicació provisional han de transcórrer quinze dies hàbils comptats des de l'endemà d'haver-se publicat en el perfil de contractant o en un diari oficial. Durant aquest termini, l'adjudicatari ha d'acreditar que compleix determinats requisits necessaris perquè es produeixi l'adjudicació definitiva, però, a més, la resta de licitadors i qualsevol altre interessat poden exercir el dret a recórrer l'adjudicació provisional.

Una vegada finalitzat aquest termini, en els 10 dies hàbils següents, sempre que l'empresa hagi dut a terme els tràmits necessaris i sense perjudici de la possible interposició del recurs especial en matèria de contractació previst en l'article 37, l'adjudicació provisional s'eleva a definitiva.



Per tant, l'adjudicació definitiva és un acte que, amb caràcter general, haurà de tenir el mateix contingut que l'adjudicació provisional, sense que la Llei prevegi la possibilitat d'introduir-hi modificacions, ja que, d'acord amb l'article 135.5, "quan no escaigui l'adjudicació definitiva del contracte al licitador que hagi resultat adjudicatari provisional perquè no compleix les condicions necessàries, abans de procedir a una nova convocatòria l'Administració podrà efectuar una nova adjudicació provisional al licitador o licitadors següents a aquell, per l'ordre en què hagin quedat classificades les seves ofertes".

Segons ha manifestat un sector de la doctrina, aquesta configuració especial de l'adjudicació definitiva té per objecte donar compliment a una de les característiques de la Directiva de recursos, que consisteix en el fet que no pot començar l'execució del contracte mentre no s'hagi resolt el recurs. Des d'aquest punt de vista, en principi l'adjudicació definitiva, com a tràmit formal que és, no seria susceptible de cap recurs administratiu ni contenciós. No obstant això, sí que podria ser objecte de revisió d'acord amb els articles 31 a 34 de la LCSP. En aquest sentit s'ha pronunciat la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Comunitat Autònoma d'Aragó, en l'Informe 18/2008, de 21 de juliol, en el qual manifesta que:

De la regulación de la LCSP se puede concluir que tras la adjudicación provisional y su posterior recurso se produce la adjudicación definitiva sin que proceda ya ningún recurso contra ésta en este aspecto, dado que la adjudicación definitiva se presenta, desde la perspectiva de la adjudicación, como un trámite formal y no de fondo, ya que la decisión propiamente dicha se adopta en la adjudicación provisional por el órgano competente.

Y es que la Directiva Recursos impide la formalización del contrato en tanto se sustancia el recurso, tal y como acaba de afirmar en la STJCE de 3 de abril de 2008, de condena al Reino de España al no prever un plazo obligatorio para que la entidad adjudicadora notifique la decisión de adjudicación de un contrato a todos los licitadores y al no prever un plazo de espera obligatorio entre la adjudicación de un contrato y su celebración.

De manera que contra el acto de adjudicación definitiva es inadmisibile recurso alguno por cuanto el mismo siempre será confirmatorio de la adjudicación provisional; ya que si no se dan los requisitos para elevar la provisional a definitiva (esto es, justificación documental y constitución de garantía definitiva), no hay un acto de adjudicación definitiva denegando la confirmación de la provisional, sino una nueva adjudicación provisional a favor del licitador que figurase en el correspondiente orden decreciente elaborado y propuesto por la mesa al órgano de contratación. Esta nueva adjudicación provisional será



otra vez notificada a todos los licitadores y susceptible de nuevo de recurso especial del artículo 37 LCSP.

No obstant tot això, el cert és que la regulació que conté la LCSP de les vies d'impugnació dels actes en matèria de contractació és clarament limitada i insuficient. Per tant, en els aspectes relatius al règim de recursos que no han estat regulats per la LCSP, cal considerar aplicable la Llei 30/1992.

Això és així quant a la impugnació de l'adjudicació definitiva del contracte, un acte respecte del qual cal tenir en compte el seu caràcter de resolució administrativa i, al mateix temps, la seva especial naturalesa, tal com ja s'ha exposat.

Atès el caràcter de resolució administrativa, cal considerar que l'adjudicació definitiva del contracte és susceptible dels recursos administratius prevists en l'article 107 de la Llei 30/1992. Si bé això sembla que és així, aquesta afirmació s'ha de matisar.

Aquesta Junta Consultiva considera que la regulació actual de la matèria permet distingir dos àmbits diferenciats en els quals els possibles motius d'impugnació també són diferents.

En el cas que el contracte estigui inclòs en l'àmbit d'aplicació de l'article 37.1 de la LCSP, atesa la configuració del recurs especial com un recurs obligatori per poder acudir a la via contenciosa administrativa, s'ha d'entendre que l'adjudicació definitiva és susceptible de recurs administratiu únicament per uns motius taxats, que en general només poden versar o referir-se a l'incompliment, per part de l'adjudicatari provisional, de les obligacions a què fa referència l'article 135.4 de la LCSP, però que no poden versar sobre motius de legalitat que afectin l'adjudicació provisional i que, per tant, s'haurien d'haver al·legat amb anterioritat, d'acord amb l'article 37.1. Així doncs, no es poden al·legar en el moment d'impugnar l'adjudicació definitiva les qüestions que, tot i que n'era obligatòria la impugnació en un moment determinat, no es varen impugnar.

Per tant, en aquests contractes es pot configurar un recurs "restringit", per uns motius molt concrets, tot això d'acord amb l'especial naturalesa que té l'adjudicació definitiva, la configuració del sistema de recursos en el dret administratiu i la regulació espanyola i comunitària actualment vigent.



En canvi, en el cas que el contracte no estigui inclòs en l'àmbit d'aplicació de l'article 37.1 de la LCSP, atesa la manca de limitacions de cap tipus i la normativa que regula el règim dels recursos administratius, l'adjudicació definitiva és susceptible de recurs administratiu per qualsevol motiu admès en dret.

Quant als **ens que no tenen caràcter d'Administració pública**, cal tenir en compte, com ja s'ha dit abans, que no es regeixen per la Llei 30/1992 atès que els actes que dicten en matèria de contractació no són actes administratius en cap cas. Per tant, s'ha de tenir en compte, molt especialment, quina és la jurisdicció competent en cada procediment, tal com s'exposa en la consideració 13 d'aquest Informe, perquè determinarà, en cada cas, quina és l'acció que correspon interposar per impugnar l'adjudicació definitiva.

Així, cal distingir dos supòsits, segons el tipus d'entitat adjudicadora:

– En el cas dels poders adjudicadors que no són Administració pública (article 3.3 lletres *b* i *c* de la LCSP):

– L'adjudicació definitiva de contractes harmonitzats és impugnable directament davant la jurisdicció contenciosa administrativa, tot això sense perjudici que l'entitat adjudicadora, amb la finalitat de garantir o millorar la tutela dels interessats en el procediment de contractació, pugui establir la possibilitat de presentar una reclamació davant l'òrgan de contractació, amb caràcter previ a la interposició del recurs contenciós administratiu, i que es podria substanciar per mitjà d'un règim similar al del recurs de reposició.

– L'adjudicació definitiva (o única) de contractes no harmonitzats és impugnable per mitjà d'una demanda judicial directament davant la jurisdicció civil, sense la reclamació prèvia a la via civil que preveu la Llei 30/1992, tot això sense perjudici que l'entitat adjudicadora, amb la finalitat de garantir o millorar la tutela dels interessats en el procediment de contractació, pugui establir la possibilitat de presentar una reclamació davant l'òrgan de contractació, amb caràcter previ a la interposició de la demanda civil, i que es podria substanciar per mitjà d'un règim similar al del recurs de reposició.

– En el cas dels ens del sector públic que no són poder adjudicador (article 3.1 de la LCSP), l'adjudicació definitiva de tots els contractes és impugnable per



mitjà d'una demanda judicial directament davant la jurisdicció civil, sense la reclamació prèvia a la via civil que preveu la Llei 30/1992, tot això sense perjudici que l'entitat adjudicadora, amb la finalitat de garantir o millorar la tutela dels interessats en el procediment de contractació, pugui establir la possibilitat de presentar una reclamació davant l'òrgan de contractació, amb caràcter previ a la interposició de la demanda civil, i que es podria substanciar per mitjà d'un règim similar al del recurs de reposició.

Els motius que es poden al·legar per impugnar l'adjudicació definitiva dels contractes dels ens que no tenen caràcter d'Administració pública són, en cada cas, els mateixos que en el cas de les administracions públiques, en funció de si el contracte està inclòs o no en l'àmbit d'aplicació de l'article 37.1 de la LCSP.

Aquesta Junta Consultiva considera que el règim d'impugnacions resultant de la nova LCSP és força complex i dóna lloc a nombroses incoherències que dificulten la interpretació d'aquesta qüestió tan rellevant, per la qual cosa seria desitjable una modificació legal.

10. Pel que fa a l'òrgan competent per resoldre el recurs previst en l'article 37 de la LCSP, una qüestió que es planteja en la consulta adreçada a aquesta Junta Consultiva, l'apartat 4 de l'article 37 disposa que:

Sens perjudici del que, per a l'àmbit de les comunitats autònomes, estableixin les seves normes respectives que, en tot cas, han d'atribuir aquesta competència a un òrgan les resolucions del qual exhaureixin la via administrativa, són competents per resoldre el recurs especial l'òrgan de contractació, quan es tracti de contractes d'una Administració pública, o el titular del departament, òrgan, ens o organisme al qual estigui adscrita l'entitat contractant o al qual correspongui la seva tutela, si aquesta no té el caràcter d'Administració pública. En aquest últim cas, si l'entitat contractant està vinculada a més d'una Administració, és competent l'òrgan corresponent d'aquella que en tingui el control o la participació majoritària. (...)

El dubte que motiva la formulació d'aquesta consulta a la Junta Consultiva té l'origen precisament en l'advertiment que es preveu en la primera frase d'aquest apartat, en assenyalar que "Sens perjudici del que, per a l'àmbit de les comunitats autònomes, estableixin les seves normes respectives (...) són competents per resoldre el recurs especial (...)".

Atès que la normativa de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears ja havia previst, amb anterioritat a la LCSP, un recurs especial en matèria de



contractació, és a dir, un recurs amb denominació idèntica al recurs de l'article 37 de la LCSP, és raonable que pugui sorgir un dubte en relació amb la competència per resoldre aquest, ja que, *prima facie*, podria semblar que es tracta del mateix recurs. No obstant això, el cert és que aquesta Comunitat Autònoma no ha exercit aquesta potestat autoorganitzativa per atorgar la competència per resoldre el recurs especial en matèria de contractació previst en l'article 37 de la LCSP a cap òrgan diferent dels que esmenta l'apartat 4, sinó que, simplement, disposa d'un altre recurs, amb denominació idèntica, però amb fonament i regulació diferents, tal com s'explicarà més endavant.

Per tant, la competència per resoldre el recurs especial en matèria de contractació regulat en l'article 37 de la LCSP correspon, quan es tracta de contractes d'una Administració pública, a l'òrgan de contractació, o, quan l'entitat contractant no té aquest caràcter, al titular del departament, l'òrgan, l'ens o organisme al qual està adscrita l'entitat contractant o al qual correspon la seva tutela.

En el cas que no sigui possible aplicar la regla del darrer incís del primer paràgraf de l'apartat 4, és a dir, en el cas que l'entitat contractant estigui vinculada a més d'una Administració, però cap d'aquestes en tingui el control o la participació majoritària, s'ha de considerar que la competència per resoldre aquest recurs correspon al mateix òrgan de contractació, en concret, a l'òrgan rector de màxima jerarquia de l'entitat contractant. En aquest sentit s'ha pronunciat la Junta Consultiva de Contractació del Ministeri d'Economia i Hisenda en l'Informe 74/08, de 2 de desembre de 2008, en relació amb la competència per resoldre el recurs especial en matèria de contractació en el cas dels contractes adjudicats per la Federació d'Organismes o Entitats de Ràdio i Televisió Autònoms (FORTA), una entitat que no té la consideració d'Administració pública i que està adscrita a diferents administracions, la participació de les quals és paritària.

11. La Llei 3/2003, de 26 de març, de règim jurídic de l'Administració de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears va regular un recurs especial en matèria de contractació que va ser capdavanter en el dret espanyol. Amb aquesta regulació es varen incorporar les previsions de la Directiva 89/665/CEE al dret autonòmic de les Illes Balears, que establia que, amb la finalitat d'assegurar l'aplicació de la Directiva, els estats membres podien designar o establir una agència independent.

El fonament d'aquest recurs es troba en la mateixa Llei 3/2003, concretament en



l'article 59, que és l'article que materialitza en l'ordenament autonòmic les previsions de l'article 107.2 de la Llei 30/1992. Ambdós articles permeten substituir el recurs d'alçada i el recurs de reposició, en supòsits o en àmbits sectorials determinats, per altres procediments d'impugnació, reclamació, conciliació, mediació i arbitratge, davant òrgans col·legiats o comissions específiques no subjectes a instruccions jeràrquiques.

Per tant, atesa aquesta regulació preexistent, a partir de l'entrada en vigor de la LCSP, a la Comunitat Autònoma de les Illes Balears coexisteixen dues modalitats de recurs especial en matèria de contractació.

L'article 66 de la Llei 3/2003 regula el recurs especial en matèria de contractació en els termes següents:

- 1. Contra els actes dels òrgans de contractació es pot interposar un recurs especial en matèria de contractació. Aquest recurs, al qual és aplicable el règim jurídic previst en la legislació bàsica per al recurs de reposició, té caràcter potestatiu, l'ha de resoldre la Junta Consultiva de Contractació i substitueix, a tots els efectes, el recurs de reposició.*
- 2. El recurs es pot interposar davant l'òrgan de contractació o directament davant la Junta Consultiva de Contractació Administrativa. Si el recurs s'interposa davant l'òrgan de contractació, aquest l'ha de trametre a la Junta en el termini de deu dies, amb un informe jurídic i amb una còpia completa i ordenada de l'expedient de contractació. Si s'interposa davant la Junta, aquesta ha de requerir la remissió de l'expedient i l'informe corresponent a l'òrgan de contractació.*
- 3. La competència de la Junta Consultiva per resoldre comprèn també la facultat de suspendre l'execució de l'acte impugnat i, si n'és el cas, l'adopció de mesures cautelars.*
- 4. Els acords que adopti la Junta Consultiva són vinculants per a l'òrgan de contractació que dictà l'acte impugnat.*

Així, el recurs especial en matèria de contractació que regula l'article 66 de la Llei 3/2003 es configura com un procediment substitutiu del recurs de reposició en els casos en què sigui procedent, en relació amb una matèria específica, la contractació administrativa, en què les resolucions dels òrgans de contractació de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears poden exhaurir o no la via administrativa. La competència per resoldre aquest recurs correspon a la Junta Consultiva de Contractació Administrativa, l'òrgan consultiu específic de l'Administració de la comunitat autònoma i de la seva administració instrumental en matèria de contractació.

En concret, la resolució d'aquest recurs correspon a la Comissió Permanent de la



Junta Consultiva de Contractació Administrativa, d'acord així mateix amb el Decret 20/1997, de 7 de febrer, pel qual es crea aquesta Junta Consultiva, i el seu Reglament d'organització i de funcionament, aprovat per Acord del Consell de Govern de 10 d'octubre de 1997.

12. Per determinar quan s'ha d'interposar el recurs de l'article 66 de la Llei 3/2003 cal delimitar prèviament els actes contra els quals és procedent interposar el recurs potestatiu de reposició.

D'acord amb l'article 66, es pot interposar el recurs especial en matèria de contractació contra els actes dels òrgans de contractació. Aquest àmbit objectiu tan ampli inclou els actes administratius dictats en matèria de contractació que incorrin en qualsevol infracció de l'ordenament jurídic i contra qualsevol resolucions i actes de tràmit si decideixen directament o indirectament el fons de l'assumpte, determinen la impossibilitat de continuar el procediment i produeixen indefensió o perjudici irreparables a drets o interessos legítims.

L'aprovació de la Llei de contractes del sector públic ha retallat aquest àmbit d'aplicació tan extens, ja que regula un nou recurs en matèria de contractació en l'article 37 que s'ha d'interposar necessàriament contra determinats actes, els quals ja no són impugnables per mitjà de cap altre recurs administratiu ordinari, i, per tant, tampoc no són susceptibles del recurs en matèria de contractació davant la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de les Illes Balears.

En conseqüència, la delimitació dels actes i procediments susceptibles del recurs autonòmic s'ha de fer per exclusió i tenint en compte així mateix l'àmbit subjectiu d'aplicació de la LCSP, la consideració de l'entitat adjudicadora als efectes de la Llei 30/1992, la naturalesa administrativa o privada del contracte i la jurisdicció competent.

Per determinar les entitats els actes de les quals són susceptibles del recurs especial en matèria de contractació de l'article 66 de la Llei 3/2003 s'ha de tenir en compte si l'ens té la consideració d'Administració pública als efectes de la Llei 30/1992. Únicament els ens que tenen aquesta consideració i, a més, tenen la consideració d'Administració pública als efectes de la LCSP, dicten actes administratius susceptibles de ser impugnats mitjançant un recurs administratiu. En canvi, la resta d'ens no dicta actes administratius en matèria de contractació i, per tant, els seus contractes no són impugnables per mitjà del recurs especial en matèria de contractació davant la Junta Consultiva de Contractació Administrativa, perquè es tracta d'un recurs que substitueix el recurs de



reposició, i, com que no és procedent aquest, tampoc no ho és aquell.

Per tant, en principi, el recurs previst en la Llei 3/2003 és d'aplicació a l'Administració territorial de la Comunitat Autònoma, a les entitats autònomes i a la resta d'entitats de dret públic que són administracions als efectes de la LCSP i també de l'article 2 de la Llei 30/1992.

Si bé en matèria de contractació pública, i especialment en matèria de recursos, s'ha de fer una interpretació de la normativa que sigui conforme amb la jurisprudència i amb les directives comunitàries, en què té el fonament el recurs especial en matèria de contractació autonòmic, el cert és que l'àmbit d'aplicació del recurs especial autonòmic es redueix a determinats actes dictats pels ens que tenen la consideració d'Administració pública als efectes de la LCSP, sempre que siguin susceptibles d'impugnació per mitjà d'un recurs de reposició.

En conseqüència, una interpretació raonable i coherent del sistema condueix a entendre que, en principi, el recurs especial en matèria de contractació de l'article 66 de la Llei 3/2003 té un àmbit d'aplicació que s'estén a la part del sector públic autonòmic que té la consideració d'Administració pública als efectes de la LCSP quan dictin actes susceptibles d'un recurs de reposició, i que exclou, per tant, els consorcis que no tinguin caràcter autonòmic de conformitat amb l'article 85.4 de la Llei 3/2003.

Amb caràcter general cal afirmar que, per determinar si en un cas concret és procedent el recurs especial autonòmic, s'han de tenir en compte diversos factors, en concret, la qualificació de l'entitat contractant com a Administració pública, com a poder adjudicador que no té la consideració d'Administració pública, o com a ens del sector públic que no té el caràcter d'Administració pública ni de poder adjudicador; si es tracta d'un acte que exhaureix la via administrativa o no; si es tracta d'un acte o procediment inclòs o no en l'article 37.1 de la LCSP; si el contracte està subjecte a regulació harmonitzada o no; la fase del procediment en què es troba l'expedient de contractació; el caràcter administratiu o privat del contracte, i la jurisdicció competent per resoldre les incidències que hi puguin sorgir.

13. Per saber quins recursos o reclamacions es poden interposar contra els actes en matèria de contractació d'un ens determinat, s'ha d'analitzar prèviament quin és el règim jurídic aplicable als seus contractes i quina és la jurisdicció competent.



Els contractes del sector públic poden tenir caràcter administratiu o caràcter privat. L'article 19.1 de la LCSP disposa que tenen caràcter administratiu una sèrie de contractes, sempre que els subscrigui una Administració pública. L'apartat 2 d'aquest article disposa que:

Els contractes administratius es regeixen, quant a la preparació, adjudicació, efectes i extinció, per aquesta Llei i les seves disposicions de desplegament; supletòriament s'han d'aplicar les altres normes de dret administratiu i, si no, les normes de dret privat. No obstant això, als contractes administratius especials a què es refereix la lletra b) de l'apartat anterior els són aplicables, en primer terme, les seves normes específiques.

Pel que fa als contractes privats, l'article 20.1 de la LCSP estableix que són privats els contractes subscrits pels ens, els organismes i les entitats del sector públic que no tenen la condició d'administracions públiques i també determinats contractes subscrits per una Administració pública. L'apartat 2 d'aquest article disposa que:

Els contractes privats es regeixen, quant a la preparació i adjudicació, en defecte de normes específiques, per aquesta Llei i les seves disposicions de desplegament, i supletòriament s'hi han d'aplicar les altres normes de dret administratiu o, si s'escau, les normes de dret privat, segons que correspongui per raó del subjecte o entitat contractant. Pel que fa als seus efectes i extinció, aquests contractes es regeixen pel dret privat.

L'article 21 de la LCSP regula la jurisdicció competent en els termes següents:

- 1. L'ordre jurisdiccional contenciós administratiu és el competent per resoldre les qüestions litigioses relatives a la preparació, adjudicació, efectes, compliment i extinció dels contractes administratius. També correspon a aquest ordre jurisdiccional el coneixement de les qüestions que se suscitin en relació amb la preparació i adjudicació dels contractes privats de les administracions públiques i dels contractes subjectes a regulació harmonitzada, inclosos els contractes subvencionats a què es refereix l'article 17.*
- 2. L'ordre jurisdiccional civil és el competent per resoldre les controvèrsies que sorgeixin entre les parts en relació amb els efectes, compliment i extinció dels contractes privats. Aquest ordre jurisdiccional també és competent per conèixer de totes les qüestions litigioses que afectin la preparació i adjudicació dels contractes privats que siguin subscrits pels ens i les entitats sotmesos a aquesta Llei que no tinguin el caràcter d'Administració pública, sempre que aquests contractes no estiguin subjectes a una regulació harmonitzada.*



Així doncs, d'acord amb la nova Llei, la jurisdicció competent per resoldre les qüestions litigioses que se suscitin entre les parts depèn de la naturalesa jurídica de l'acte i del caràcter de l'entitat contractant.

De la lectura d'aquest article resulta que la jurisdicció contenciosa administrativa és competent per resoldre els recursos derivats dels actes següents:

- Els actes de preparació, adjudicació, efectes, compliment i extinció dels contractes administratius.
- Els actes de preparació i adjudicació dels contractes privats de les administracions públiques.
- Els actes de preparació i adjudicació dels contractes subjectes a regulació harmonitzada, inclosos els contractes subvencionats.

En canvi, la jurisdicció civil és competent per resoldre els litigis que sorgeixin entre les parts en relació amb:

- Els actes de preparació i adjudicació dels contractes privats no subjectes a regulació harmonitzada subscrits pels ens del sector públic que no tinguin la consideració d'Administració pública.
- Els efectes, el compliment i l'extinció dels contractes privats.

En conclusió, llevat de les especialitats que es deriven del recurs especial previst en l'article 37 de la LCSP i del tipus d'entitat adjudicadora, els recursos administratius només es poden interposar en els casos en què la jurisdicció competent sigui la jurisdicció contenciosa administrativa.

En el cas que el recurs procedent sigui el recurs de reposició i no es tracti d'un acte inclòs en l'àmbit d'aplicació del recurs especial definit en l'article 37 de la LCSP, s'ha d'interposar el recurs especial en matèria de contractació previst en l'article 66 de la Llei 3/2003 i l'ha de resoldre la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de les Illes Balears.

Quan el recurs procedent sigui el recurs d'alçada, com pot succeir en el cas de les entitats autònomes i d'altres ens de dret públic, s'ha interposar el recurs d'alçada impròpia previst en l'article 58.4 de la Llei 3/2003.

En els casos en què la jurisdicció competent sigui la jurisdicció civil, d'acord amb l'article 20.2 de la LCSP, que disposa que, en defecte de normes específiques, la preparació i l'adjudicació dels contractes privats es regeixen per la LCSP i les



seves disposicions de desplegament, i supletòriament per les altres normes de dret administratiu o, si s'escau, de dret privat, segons el que correspongui per raó del subjecte o l'entitat contractant, s'ha d'entendre que, respecte dels ens que no tenen la consideració d'Administració pública als efectes de la LCSP, atesa la seva naturalesa i el fet que els actes que dicten en matèria de contractació no són actes administratius (ni tan sols actes separables), no hi ha aplicació supletòria de la Llei 30/1992 pel que fa a la reclamació prèvia a la via judicial civil. Tot això sense perjudici, com ja s'ha dit abans, que l'entitat adjudicadora, amb la finalitat de garantir o millorar la tutela dels interessats en el procediment de contractació, pugui establir la possibilitat de presentar una reclamació davant l'òrgan de contractació, amb caràcter previ a la interposició de la demanda civil, i que es podria substanciar per mitjà d'un règim similar al del recurs de reposició.

Pel que fa als efectes, el compliment i l'extinció dels contractes privats, que es regeixen pel dret civil, s'ha de dir que si bé no s'indica expressament la supletòrietat del dret administratiu, el cert és que sembla raonable concloure que quan es tracti d'actes dictats per una entitat que té la consideració d'Administració pública als efectes de la LCSP i que està sotmesa a la Llei 30/1992, s'ha de presentar una reclamació prèvia a la via judicial civil davant l'òrgan de contractació. En canvi, quan es tracti d'un ens que no té caràcter d'Administració pública, no serà procedent la reclamació prèvia a la via judicial civil, sense perjudici que l'entitat consideri oportú establir la reclamació a què es fa referència en el paràgraf anterior.

14. La darrera qüestió que planteja la consulta és quin ha de ser el contingut del peu de recurs d'una resolució d'adjudicació provisional. La resposta a aquesta qüestió depèn de diversos factors, tal com ja s'ha argumentat.

Si l'adjudicació provisional s'ha dictat en un dels procediments d'adjudicació especificats en l'article 37.1 de la LCSP, el recurs procedent és el recurs especial en matèria de contractació que regula la LCSP, que ha de resoldre l'òrgan indicat en l'apartat 4 de l'article 37, sense que es pugui interposar directament el recurs contenciós administratiu ni cap altre recurs administratiu ordinari.

Si l'adjudicació provisional s'ha dictat en la resta de procediments no inclosos en l'article 37.1 de la LCSP, s'han de distingir diversos casos, segons la qualificació que tenguin l'entitat contractant als efectes de la LCSP:

- Si es tracta d'un ens que té la consideració d'Administració pública, cal



distingir dos supòsits:

– En el cas de l'Administració territorial de la Comunitat Autònoma, es pot interposar potestativament el recurs especial en matèria de contractació que regula l'article 66 de la Llei 3/2003 o bé directament el recurs contenciós administratiu.

– En el cas de les entitats autònomes i els altres ens de dret públic es pot interposar el recurs especial de l'article 66 de la Llei 3/2003 o el recurs d'alçada impròpia de l'article 58.4 de la Llei 3/2003, segons si l'acte exhaureix la via administrativa o no.

– Si es tracta d'un ens que no té la consideració d'Administració pública, es pot impugnar per mitjà d'una demanda judicial directament davant la jurisdicció civil, sense la reclamació prèvia a la via civil que preveu la Llei 30/1992, tot això sense perjudici que l'entitat adjudicadora, amb la finalitat de garantir o millorar la tutela dels interessats en el procediment de contractació, pugui establir la possibilitat de presentar una reclamació davant l'òrgan de contractació, amb caràcter previ a la interposició de la demanda civil, i que es podria substanciar per mitjà d'un règim similar al del recurs de reposició.

Conclusions

1. L'òrgan competent per resoldre el recurs especial en matèria de contractació regulat en l'article 37 de la LCSP, en l'àmbit de l'Administració de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears, és l'òrgan de contractació, quan es tracta de contractes d'una Administració pública, o el titular del departament, l'òrgan, l'ens o l'organisme al qual està adscrita l'entitat contractant o al qual en correspon la tutela, quan l'entitat contractant no té aquest caràcter.
2. Els casos en què es pot interposar el recurs especial en matèria de contractació regulat en l'article 37 de la LCSP s'enumeren en els apartats 1 i 2 d'aquest article, tal com s'indica en les consideracions jurídiques 6 i 7 d'aquest Informe. Els casos en què es pot interposar el recurs especial en matèria de contractació regulat en l'article 66 de la Llei 3/2003 s'indiquen en les consideracions jurídiques 11 a 13 d'aquest Informe.
3. El peu de recurs d'una adjudicació provisional és el que s'indica, per a cada cas, en la consideració jurídica 14 d'aquest Informe.