

El recurso especial en materia de contratación pública

Silvia Díez Sastre

Profesora Contratada Doctora de Derecho Administrativo
Universidad Autónoma de Madrid

RESUMEN

El Derecho de la contratación pública ha experimentado en las últimas décadas un profundo proceso de europeización. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la Comisión y las directivas europeas han creado un cuerpo de normas orientadas a garantizar la competencia en la fase de adjudicación de los contratos públicos para desarrollar el mercado interior. Con el fin de asegurar el cumplimiento de estas normas, las denominadas directivas de «recursos» obligan a los Estados miembros a crear un procedimiento de recurso que actúe en la «fase en que las infracciones aún pueden corregirse». Se trata de que las personas interesadas en un contrato puedan exigir el cumplimiento de las reglas de adjudicación. En España, la transposición de estas directivas ha cristalizado en la configuración de un procedimiento de recurso en vía administrativa, denominado «recurso especial». Los requisitos impuestos por el legislador para interponer este recurso, así como la regulación legal en torno a su tramitación, son el objeto de este trabajo. Se pretende, así, arrojar luz sobre el ajuste a las normas europeas y detectar las posibles disfunciones de una regulación caracterizada por su carácter incompleto y poco sistemático.

Palabras clave: contratación pública; recurso especial; procedimientos de recurso.

ABSTRACT

In the past decades, public procurement regulations have experimented a deep europeanization process. The Court of Justice, through its jurisprudence, the Commission and the European Directives have consolidated a new legal order, which aim is the development of the Internal Market through the warranty of competition rules in the awarding of public contracts. In order to guarantee the enforcement of these regulations, the so-called «remedies» Directives compel the Member States to design review procedures that protect bidders and guarantee that «decisions taken by the contracting authorities may be reviewed effectively and, in particular, as rapidly as possible». In Spain the implementation of these Directives has lead to the introduction of a new administrative remedy, the so-called «special remedy».

This work outlines an analysis of the legal provisions related to the new remedy from the point of view of European and national Law with the aim of finding possible legal disfunctions and contradictions.

Keywords: public procurement; special remedy; review procedures.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.—II. CONFIGURACIÓN LEGAL DEL RECURSO ESPECIAL: 1. Ámbito de aplicación. 2. Carácter exclusivo del recurso. 3. Carácter potestativo del recurso. 4. Objeto. 5. Legitimación. 6. Medidas provisionales. 7. Anuncio previo. 8. Iniciación del procedimiento. 9. Efectos suspensivos. 10. Tramitación del procedimiento. 11. Órgano competente. 12. Resolución del recurso.— III. NOTA BIBLIOGRÁFICA.

I. PLANTEAMIENTO

1. El Derecho de la contratación pública ha experimentado en las últimas décadas un profundo proceso de europeización. Con el fin de desarrollar el mercado interior, se han aprobado sucesivas directivas en materia de contratación pública con el objetivo fundamental de asegurar la competencia entre los interesados en un procedimiento de licitación de un contrato público¹. Los Estados miembros se han mostrado renuentes, en mayor o menor medida, hacia la transposición de estas directivas. Pues hay que tener en cuenta que en algunos casos —como en los países de tradición germánica— la adaptación al Derecho europeo suponía el abandono de la propia tradición jurídica nacional². Por esa razón, desde finales de los años noventa se han aprobado varias directivas con la finalidad exclusiva de asegurar el cumplimiento de las reglas de adjudicación de los contratos —son las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE, reformadas por la Directiva 2007/66/CE—. Con ese objetivo, *estas directivas, denominadas de «recursos», exigen la creación de un sistema de recursos ágil y eficaz para tutelar los derechos e intereses de los licitadores y candidatos* que participan en un procedimiento de adjudicación. Estos recursos deben operar en la fase precontractual, previa a la celebración del contrato, con el fin de garantizar su plena eficacia. No obstante, desde la Directiva 2007/66/CE también se exige la creación de un procedimiento de recurso poscontractual. Este recurso debe interponerse frente a la vulneración de determinadas garantías procedimentales orientadas a asegurar la eficacia de los recursos precontractuales —la publicación del anuncio de licitación, el plazo de espera entre la adjudicación y la celebración del contrato y el efecto suspensivo del recurso precontractual, fundamentalmente—. De este modo, se pretende cerrar un sistema de tutela a favor de los licitadores que impida a las entidades adjudicadoras escapar de la regulación europea en materia de contratación pública.

¹ En la actualidad, las directivas vigentes en esta materia son las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE. Con respecto a esta última ya está abierto un proceso de reforma.

² En este sentido, O. DÖRR, «Das europäisierte Vergaberecht in Deutschland», *JZ*, núm. 14, 2004, pp. 703-713, p. 703.

2. En España se ha considerado tradicionalmente que las exigencias europeas de protección de los licitadores frente a la adjudicación de los contratos se satisfacían con el sistema ordinario de recursos³. Por esa razón no se articuló ningún sistema específico de tutela de los licitadores en la fase precontractual. Regían las normas generales sobre los recursos administrativos de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas (en adelante, LRJPAC), así como las reglas de la jurisdicción contencioso-administrativa —encargada de revisar todos los procedimientos de adjudicación— contenidas en la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (en adelante, LJCA). La consecuencia de este modelo era la escasa eficacia de los procesos de recurso. Aunque teóricamente era posible anular un contrato debido a los vicios producidos en la fase de preparación y adjudicación, la lentitud en la resolución de los recursos impedía adjudicar finalmente el contrato a quien presentó la oferta económicamente más ventajosa. Así, por ejemplo, la impugnación de unos pliegos aprobados por un órgano que agotase la vía administrativa, suponía la apertura de un proceso contencioso-administrativo de varios años de duración —pues hay que tener en cuenta que la suspensión del procedimiento de adjudicación era más que improbable dados los largos plazos de tramitación del recurso contencioso-administrativo⁴—. En la misma línea, la posible impugnación de la adjudicación se realizaba, en su caso, tras la celebración del contrato, ya que los candidatos y licitadores no tenían conocimiento del sentido de la adjudicación hasta ese momento. Esto suponía que el posible procedimiento de recurso se prolongaba en el tiempo de forma paralela a la ejecución del contrato. Así que era habitual que el proceso culminase cuando la ejecución del contrato ya hubiese acabado o cuando se encontrase en una fase final, impidiendo u obstaculizando la restitución del interesado en su derecho a la tramitación legal del procedimiento de adjudicación o incluso en su derecho a la adjudicación del contrato —si la discrecionalidad del ente adjudicador se hubiera agotado a lo largo del procedimiento de adjudicación—. En todos estos supuestos *era frecuente, por tanto, que el licitador no obtuviese tutela o que, en su caso, obtuviese únicamente una compensación económica*, siempre que probase la concurrencia de los presupuestos exigidos para hacer surgir el deber indemnizatorio, normalmente, del ente adjudicador, conforme a las reglas de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

3. Esta situación ha cambiado radicalmente de la mano del legislador de contratos públicos con la aprobación, primero, de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP) —reformada en múltiples ocasiones y, especialmente, por la Ley 34/2010, que introdujo una nueva regulación en materia de recursos—, y finalmente, 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 (en

³ Así, la Exposición de Motivos de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, afirmaba que «el Derecho español se adapta ya a las exigencias y garantías procesales que contiene la directiva comunitaria».

⁴ J. M.^a BAÑO LEÓN, «El contencioso precontractual: las insuficiencias de la tutela jurisdiccional», en R. GÓMEZ-FERRER MORANT (dir.), *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, 2.^a ed., Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2004, pp. 329-363, p. 340.

adelante, TRLCSP)⁵. Con el fin de satisfacer plenamente los mandatos de las directivas de recursos y eludir las condenas por incumplimiento del Tribunal de Justicia, *el legislador ha introducido un recurso en materia de contratación pública que pretende acelerar la reacción frente a posibles infracciones de las normas de adjudicación*⁶. Este recurso se ha configurado como un recurso administrativo de carácter especial; de ahí su denominación legal, como «recurso especial». Asimismo, para cumplir con las exigencias de un procedimiento de recurso poscontractual, el legislador ha introducido la denominada «cuestión de nulidad», que también tiene la naturaleza de un recurso administrativo. Ciertamente, el legislador podría haber diseñado un recurso jurisdiccional especial como sucede en otras materias, como la protección de derechos fundamentales o la cuestión de ilegalidad. De hecho, ésta ha sido una opción defendida por parte de una autorizada doctrina⁷. Pero parece que el legislador reserva esas costosas vías especiales de garantía de tutela restitutoria para los derechos fundamentales, y entiende que es suficiente con garantizar algún tipo de tutela cuando están en juego derechos de contenido meramente económico, como los que entran en liza en el ámbito contractual. No obstante, este trabajo no pretende analizar el tipo de tutela dispensado finalmente con el nuevo recurso especial y la cuestión de nulidad —de carácter restitutorio y no meramente resarcitorio—⁸. El objetivo es analizar los perfiles legales del recurso especial, con vistas a determinar su ajuste a las exigencias europeas y a detectar los posibles problemas de aplicación e interpretación que plantea su implantación en la práctica. Para ello se tratan las siguientes cuestiones: el ámbito de aplicación del recurso, su carácter exclusivo y

⁵ El recurso especial regulado en la Ley 31/2007, de 30 de octubre, de Contratos en los denominados Sectores Especiales, no es objeto de estudio en este trabajo, aunque su regulación es muy similar a la contenida en el nuevo TRLCSP.

⁶ Antes de la aprobación de esta nueva normativa, el Tribunal de Justicia había condenado en varias ocasiones a España: SSTJ de 15 de mayo de 2003, C-214/00, As. *Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de España*, ponente: V. Skouris, abogado general: P. Léger; de 16 de octubre de 2003, C-283/00, As. *Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de España*, ponente: V. Skouris, abogado general: S. Alber; de 13 de enero de 2005, C-83/03, As. *Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de España*, ponente: J. Macarczyk, abogado general: J. Kokott; de 3 de abril de 2008, C-444/06, As. *Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de España*, ponente: J. Macarczyk, abogado general: E. Sharpston; de 22 de abril de 2010, C-423/07, As. *Comisión Europea contra Reino de España*, ponente: E. Juhász, abogado general: P. Mengozzi. En torno a ellas, B. NOGUERA DE LA MUELA, «El control de la contratación pública en el Derecho comunitario y en el ordenamiento jurídico-administrativo español. Breve apunte a propósito de las modificaciones introducidas en el TRLCAP por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social», en J. M.^a GIMENO FELIÚ (coord.), *Contratación de las Administraciones Públicas: análisis práctico de la nueva normativa sobre contratación pública*, Atelier, Barcelona, 2004, pp. 95-130, pp. 106 y ss.

⁷ Esta opción se defiende, entre otros, por J. M.^a BAÑO LEÓN, «Tutela judicial precontractual», en J. BERMEJO VERA y M. Á. BERNAL BLAY (dir. y coord.), *Diccionario de contratación pública*, Iustel, Madrid, 2009, pp. 678-689, p. 680; J. A. MORENO MOLINA, «La Ley 34/2010 y la adaptación en España del Derecho de la UE en materia de recursos en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 25, 2010, pp. 1-29, p. 15; M.^a LÓPEZ-CONTRERAS GONZÁLEZ, «El control de la adjudicación de los contratos públicos en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público. En especial, el recurso especial y las medidas cautelares», *Noticias de la UE*, núm. 298, 2009, pp. 71-82, p. 77.

⁸ Al respecto, me remito a mi publicación sobre *La tutela de los licitadores en la adjudicación de contratos públicos*, Marcial Pons, Madrid, 2012.

potestativo, su objeto, la legitimación exigida a los interesados, las medidas provisionales que pueden adoptarse, las reglas en torno a su tramitación, las características de los órganos encargados de conocer del recurso, así como el tipo de resolución que han de adoptar para resolver el recurso.

II. CONFIGURACIÓN LEGAL DEL RECURSO ESPECIAL

1. Ámbito de aplicación

4. Conforme a los arts. 40 y ss. del TRLCSP, el *recurso especial en materia de contratación puede interponerse en el marco de los procedimientos de adjudicación* de los siguientes contratos —con la condición de que se celebren por entes del sector público que tengan la condición de poder adjudicador—: *a) contratos sujetos a regulación armonizada* —que incluyen los contratos de obras, las concesiones de obras públicas, los contratos de suministro, de servicios, de colaboración entre el sector público y el sector privado, así como los contratos subvencionados y los acuerdos-marco, siempre que alcancen los umbrales determinados por las instituciones europeas⁹; *b) contratos de servicios* de las categorías 17-27 del anexo II del TRLCSP que tengan una cuantía igual o superior a 200.000 euros, y *c) los contratos de gestión de servicios públicos* que tengan un presupuesto de gastos de primer establecimiento superior a los 500.000 euros —excluido el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido— y cuya duración sea superior a cinco años.

5. Esta regulación va más allá de las determinaciones de las directivas de recursos, en la medida en que, junto a los contratos armonizados, incluye determinados contratos de gestión de servicios públicos —que no se regulan por las directivas de contratación y que, sin embargo, tienen una importancia asimilable a los contratos armonizados—; y ciertos contratos de servicios de las categorías 17 a 27 del anexo II TRLCSP que no están sujetos a plena regulación armonizada¹⁰. No obstante, parece que *introduce una discordancia con el Derecho europeo*. La Directiva 2007/66/CE regula los sistemas dinámicos de adquisición como susceptibles de impugnación por el recurso que se establezca en materia de contratación (art. 1.1). Sin embargo, el TRLCSP no los cita entre los contratos cuyos procedimientos de adjudicación pueden someterse a revisión mediante el recurso especial¹¹. De esta regulación podría derivarse, por tanto, un incumplimiento de los mandatos europeos.

⁹ En la actualidad, los umbrales están fijados en el Reglamento 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. Los umbrales generales son de: 5.000.000 de euros para contratos de obras, y 200.000 euros para los contratos de suministro y servicios.

¹⁰ Art. 21 Directiva 2004/18/CE.

¹¹ Crítica con este desajuste con respecto al Derecho europeo, I. GALLEGO CÓRCOLES, «Comentario a la Ley 34/2010, de 5 de agosto, de modificación de las leyes 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía,

6. A nivel nacional, la Ley 34/2010, de reforma de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, aclaró el ámbito subjetivo de aplicación del recurso especial con respecto a la regulación anterior. Introdujo la exigencia de que *los procedimientos de adjudicación se refieran a las Administraciones públicas y otras entidades que tengan la condición de poderes adjudicadores*. En la redacción anterior esta mención no aparecía. De modo que podía interpretarse que cabía recurso especial en procedimientos de adjudicación de contratos de servicios en las categorías 17-27 del anexo II que podían celebrar entes del sector público que no eran poderes adjudicadores. Esta extensión del recurso especial para todos los contratos de servicios de este tipo, con independencia de la naturaleza del ente adjudicador, podía considerarse deseable para evitar la fragmentación de la regulación legal. Sin embargo, el legislador no fue coherente con esta intención. El resultado fue la existencia de discordancias en la sistemática de la LCSP, que en ningún momento preveía reglas procedimentales que garantizaran la eficacia del recurso frente a los procedimientos de adjudicación de este tipo de contratos celebrados por entes del sector público que no tenían la condición de poder adjudicador. De hecho, estas discordancias se han mantenido, parcialmente, en el TRLCSP, en la medida en que la aplicación de las reglas de preparación y adjudicación de los contratos se basa en la distinción entre contratos armonizados y no armonizados, fundamentalmente; mientras que el ámbito de aplicación del recurso especial no se apoya estrictamente en esta diferenciación. Un ejemplo en este sentido lo constituye la obligación de información a los licitadores del sentido de la adjudicación —fundamentalmente para garantizar la eficacia del recurso especial—. Esta obligación legal se proyecta únicamente sobre los contratos administrativos y los contratos privados armonizados, olvidando a los contratos de servicios no armonizados susceptibles de recurso especial, cuyas normas de preparación y adjudicación se regulan en las instrucciones internas de cada entidad adjudicadora (arts. 151.4 y 191 TRLCSP).

7. El ámbito de aplicación actual del recurso especial se centra, por tanto, en los contratos de carácter armonizado y otros contratos asimilados a éstos. El resultado es, así, *la convivencia de dos sistemas distintos de tutela de los competidores en función del tipo de contrato que está en juego*. Esta situación se ha criticado por la doctrina, que considera deseable ampliar la aplicación del recurso especial a todos los contratos del sector público¹².

los transportes y los servicios postales, y 29/1998, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para la adaptación a la normativa comunitaria de las dos primeras», en F. CASTRO ABELLA (coord.), *Contratación del sector público local*, 2.ª ed., La Ley, El Consultor, Alcobendas, 2010, pp. XIX-LXX, p. XXXVII.

¹² En este sentido se han manifestado, entre otros: L. Á. BALLESTEROS MOFFA, «Comentario a la Ley 34/2010, de 5 de agosto, de modificación de las leyes de contratación pública en materia de recursos, y de la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa», *Justicia Administrativa*, núm. 50, 2011, pp. 25-45, pp. 29, 45; J. M.ª BAÑO LEÓN, «Tutela judicial...», cit., p. 689; M. Á. BERNAL BLAY, «Reflexiones sobre el régimen de ejecución de los contratos públicos», en J. M.ª GIMENO FELIÚ (dir.), *Observatorio de Contratos Públicos 2010*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2011, cit., pp. 143-208; I. GALLEGO CÓRCOLES, «La contratación local ante las sucesivas reformas de la Ley de Contratos del Sector Público», *Anuario de Derecho Municipal 2010*, núm. 4, 2011, pp. 133-166, p. 148; J. M.ª GIMENO FELIÚ, «El nuevo sistema de recursos en materia de contratos públicos», en J. M.ª GIMENO FELIÚ (dir.), *Observatorio de Contratos Públicos 2010*, Civitas-Thomson Reuters,

En este sentido, la Ley Foral de Contratos Públicos de Navarra ha optado precisamente por una sistemática más sencilla y homogénea. La Ley prevé un sistema de reclamaciones único para procedimientos de adjudicación de contratos situados tanto por encima como por debajo de los umbrales europeos¹³. En Aragón, el legislador ha ampliado también recientemente el ámbito de aplicación del recurso especial a los contratos de obras de importe superior a 1.000.000 de euros y a los contratos de suministro y servicios de importe superior a 100.000 euros al entender que tienen carácter transfronterizo¹⁴; se avanza así hacia la homogeneización de los mecanismos de tutela en todos los contratos públicos. Esta situación se reproduce en otros países de nuestro entorno, que han ampliado el procedimiento de recurso europeo a todos los contratos celebrados por poderes adjudicadores con independencia de su cuantía. Es el caso, por ejemplo, de Francia y de Austria —donde el Tribunal Constitucional Federal declaró la incompatibilidad con la cláusula constitucional de igualdad de un régimen diferenciado de tutela en función de la cuantía del contrato¹⁵—. Ahora bien, a mi juicio, más allá de la posible conveniencia de simplificar el sistema de tutela de los licitadores en la contratación pública mediante la extensión del ámbito de aplicación del recurso especial, en España es discutible entender que la convivencia de modelos de recursos distintos es incompatible con el Derecho europeo o con los mandatos del Derecho constitucional nacional¹⁶.

2. Carácter exclusivo del recurso

8. La exclusividad del recurso especial determina su capacidad para sustituir a los recursos administrativos ordinarios en el ámbito de la Administración General del Estado. Así lo señala el art. 40.5 TRLCSP: «[n]o procederá la interposición de recursos administrativos ordinarios contra los actos enumerados en este artículo». *El candidato o licitador no puede elegir, por tanto, entre interponer un recurso administrativo de alzada*

Cizur Menor, 2011, pp. 211-258, p. 251; J. M. DÍAZ LEMA, «Contratos públicos versus contratos privados: ¿es conveniente mantener la duplicidad de la ley de contratos del sector público?», *REDA*, núm. 141, 2009, pp. 5-42, pp. 35 y ss.; J. A. MORENO MOLINA, «Las últimas reformas de la LCSP y en especial la Ley 34/2010, de 5 de agosto, de modificación de la LCSP, la Ley de contratos en los sectores especiales y la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa», *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 102, 2010, pp. 3-32, p. 22. También, M. PULIDO QUECEDO, *El nuevo Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales. Y la modificación de la Legislación de Contratos Públicos y de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa por la Ley 34/2010, de 5 de agosto*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, p. 81; y J. A. RAZQUIN LIZÁRRAGA, «El sistema especial de recursos en la contratación pública tras la reforma de la LCSP», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 25, 2010, pp. 1-52, p. 51.

¹³ F. J. VÁZQUEZ MATILLA, «Comentario a la Sentencia del TJCCCE de 3 de abril de 2008. La vulneración de la directiva sobre recursos y su incidencia en la normativa sobre contratación administrativa en Navarra», *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 45, 2008, pp. 149-181, p. 165.

¹⁴ Esta modificación al art. 17 de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, se ha producido por la Ley 3/2012, de 8 de marzo, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón.

¹⁵ Sentencia de 30 de noviembre de 2000, G 110/99 ua.

¹⁶ Al respecto, S. DÍEZ SASTRE, *La tutela...*, cit., pp. 300 y ss.

o reposición —en su caso— *o interponer el recurso especial*. Además, en ningún caso es posible —conforme al art. 44.1 LJCA— que la interposición de un recurso contencioso-administrativo contra la resolución de un recurso especial se condicione a la interposición de un recurso administrativo previo o de un requerimiento previo. No obstante, el TRLCSP abre a las Comunidades Autónomas la posibilidad de obligar a interponer un recurso administrativo previo al recurso especial en materia de contratación, a través de su legislación de desarrollo (art. 41.2, 2.º párr., TRLCSP). Esta opción está cubierta por la Directiva 89/665/CEE (art. 2.8) y la Directiva 2007/66/CE, que prevén la posibilidad de que se interponga recurso frente al poder adjudicador (art. 1.5). El problema es que estas directivas exigen que la interposición del recurso suspenda la posible celebración del contrato con los mismos plazos que se establecen cuando se interpone recurso frente a un órgano independiente del poder adjudicador. Así que *un recurso administrativo previo al recurso especial debería satisfacer la exigencia de paralización de la celebración del contrato*, cosa que no sucede con la actual regulación de los recursos administrativos en la LRJPAC.

9. En cualquier caso, la acumulación de todas las posibilidades de recurso previstas en la directiva parece reñida con la finalidad de «rapidez y eficacia» que se persigue por el Derecho europeo¹⁷. Lo más acorde con el Derecho europeo y con sus objetivos no parece ser el establecimiento de múltiples vías de recurso a favor de los licitadores, sino la configuración de un procedimiento de recurso que sea verdaderamente rápido y eficaz, que permita restituir la legalidad y tutelar, así, a los candidatos y licitadores. El hecho de que la directiva establezca varias posibilidades de configuración del procedimiento de recurso responde a la intención de ajustarse a las diversas realidades de los veintisiete Estados miembros, no a la voluntad de que se configuren todos los procedimientos de recurso a la vez, de forma sucesiva. En este sentido, hay que tener en cuenta que *un encadenamiento de procedimientos de recursos que obstaculizara la restitución final de la legalidad vulnerada podría considerarse contrario a las directivas* conforme a la exigente jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

3. Carácter potestativo del recurso

10. El recurso especial en materia de contratación se configuró con carácter obligatorio por el legislador en la versión originaria de la LCSP, en su art. 37. Ante una posible vulneración de las normas de adjudicación, los candidatos y licitadores debían interponer este recurso para, posteriormente, en su caso, acceder a la jurisdicción contencioso-administrativa. Esta caracterización del recurso especial fue objeto de múltiples críticas por la doctrina. El recurso especial se percibía más como una carga para los licitadores que como un instrumento de garantía de sus intereses. En concreto, los breves plazos —que exigían una gran diligencia por parte de los competidores— y la limitación de

¹⁷ En esta línea, I. GALLEGO CÓRCOLES, «La contratación...», cit., p. 144 (nota 32).

los lugares de presentación del recurso, se interpretaban como factores perjudiciales para los licitadores y los candidatos preteridos en una adjudicación¹⁸. Estas razones fueron el principal motivo de la reforma de la LCSP operada por la Ley 34/2010 que —con el fin de transponer al ordenamiento jurídico español la Directiva 2007/66/CE— modificó el carácter del recurso, haciéndolo potestativo (art. 40.6 TRLCSP). El Consejo de Estado avaló esta nueva regulación en su Dictamen 499/2010, de 29 de abril. Conforme a ella ya no es necesario interponer el recurso especial para acceder después a la vía contencioso-administrativa. *Ahora los licitadores y candidatos pueden optar entre interponer el recurso especial o el recurso contencioso-administrativo*. Lo que no cabe en ningún caso es la presentación simultánea de ambos recursos, pues como señala el actual art. 40.1 TRLCSP, el recurso especial es previo al recurso contencioso-administrativo¹⁹.

11. La modificación del carácter obligatorio del recurso parece responder a la voluntad del legislador español de aligerar los exigentes trámites del recurso especial. Si por alguna razón un candidato o licitador no quiere o ya no puede interponer el recurso especial —por el transcurso del breve plazo para su interposición—, siempre tendrá abierta la posibilidad de acudir frente a los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa. Parece dejarse en manos de los licitadores y candidatos el cumplimiento de los requerimientos europeos. Es claro que *el recurso contencioso-administrativo no satisface las exigencias de las directivas de rapidez y eficacia*: su plazo de interposición es mucho más dilatado: dos meses para actos expresos y seis meses para actos presuntos (art. 46.1 LJCA); la interposición del recurso no lleva anudado un efecto suspensivo automático —como se exige a nivel europeo cuando se impugna el acto de adjudicación—, y, además, su resolución tendrá un plazo mucho más prolongado. Eso se traduce en la práctica en que el recurso normalmente se resolverá cuando el contrato ya no exista o se encuentre en un avanzado estado de ejecución. De modo que la restitución de la legalidad será inviable, o dicho con las palabras de las directivas, el recurso se resolverá cuando la infracción no pueda corregirse²⁰.

12. Por supuesto, siempre cabe argüir que el Derecho europeo se cumple porque se da la posibilidad a los licitadores de disfrutar de todas las garantías de tutela. Si no disponen de ellas es porque así lo desean. Pero el espíritu de las directivas no busca en primer lugar proteger a los licitadores, sino garantizar el efecto útil del Derecho europeo.

¹⁸ En este sentido, de forma crítica con la regulación del recurso, M.^a GUINOT BARONA, «El nuevo recurso especial en materia de contratación y las medidas provisionales en la Ley de Contratos del Sector Público», *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 74, 2008, pp. 1-34, p. 2. También el Consejo de Estado criticó el carácter obligatorio del recurso en su Dictamen 514/2006, de 25 de mayo de 2006.

¹⁹ Entiende que cabe la interposición simultánea de ambos recursos M. Á. BERNAL BLAY, «Nueva configuración del recurso especial en materia de contratación pública. Comentario al Proyecto de Ley por el que se adapta la Ley de Contratos del Sector Público a la Directiva 2007/66/CE, de 11 de diciembre de 2007», *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 100, 2010, pp. 31-44, p. 35.

²⁰ Parece crítico con esta regulación del recurso especial como recurso potestativo J. A. MORENO MOLINA, *La reforma de la Ley de Contratos del Sector Público en materia de recursos. Análisis de la Ley 34/2010, de 5 de agosto*, La Ley, Getafe, 2010, pp. 95-96, 182-187. También, M. Á. BERNAL BLAY, «Nueva configuración...», cit., p. 33, e I. GALLEGO CÓRCOLES, «La contratación...», cit., p. 145.

Las directivas surgen para asegurar el cumplimiento de las reglas de adjudicación por parte de los Estados miembros. Su destinatario principal son, por tanto, los Estados, no los competidores. Esa es la razón que lleva a pensar que *no basta con poner a disposición de los competidores un mecanismo de recurso que satisfaga las exigencias europeas*. A mi juicio, las directivas tienen la firme voluntad de garantizar que el procedimiento de recurso que diseñan sea el que tutele necesariamente los posibles intereses contrapuestos en el procedimiento de adjudicación, con el fin de asegurar la restitución de las posiciones jurídicas vulneradas. Una interpretación distinta podría llegar a considerarse contraria a las normas europeas.

4. Objeto

13. Dentro de los tipos contractuales que se vinculan al recurso especial, el TRLCSP determina los actos que podrán ser objeto del mismo²¹ (art. 40.2 TRLCSP): *a)* los anuncios de licitación, los pliegos y otros documentos que determinen las condiciones de la contratación; *b)* los actos de trámite del procedimiento, cuando deciden directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinan la imposibilidad de continuar con el procedimiento —como la exclusión de licitadores por la Mesa de Contratación— o producen indefensión o perjuicio irreparable de derechos e intereses legítimos, y *c)* los acuerdos de adjudicación. Por supuesto, *es posible que se vulneren las reglas de adjudicación más allá de estos actos*. En esos supuestos, la Ley prevé que los interesados se lo comuniquen al órgano que instruya el expediente o al órgano de contratación o que, en su caso, lo aleguen cuando recurran el acto de adjudicación (art. 40.3 TRLCSP). Además, el TRLCSP excepciona la posibilidad de interponer recurso especial en un caso concreto: los supuestos de tramitación del expediente con carácter de emergencia, tal como prevé el art. 113 TRLCSP, y acoge la nueva regulación sobre la modificación de los contratos —introducida por la Ley 24/2011, de 1 de agosto, de Contratos del Sector Público en los ámbitos de la defensa y la seguridad que transpone la Directiva 2009/81/CE, de 13 de julio, de coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos en los sectores de la seguridad y la defensa—.

14. Esta regulación general sobre el objeto del recurso especial plantea algunos problemas:

a) Con respecto a los *pliegos de cláusulas generales*, el Derecho europeo parece haber acabado con el debate planteado anteriormente en Derecho español en torno a su naturaleza jurídica —contractual o reglamentaria— y a sus posibilidades de impugnación. Conforme al Derecho vigente los actos previos a la adjudicación deben poder ser objeto de impugnación si se sospecha que han vulnerado normas de adjudicación del Derecho europeo y los pliegos son un elemento de control fundamental para detectar

²¹ S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. IV: *El contrato administrativo*, 1.ª ed., Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2008, p. 215.

criterios de adjudicación discriminatorios o que obstaculicen la competencia entre los licitadores.

b) La *impugnación de actos de trámite* también ha sido objeto de controversia²². De hecho la Comisión entendió que la regulación española tradicional que se refiere a la posibilidad de impugnación autónoma de actos de trámite cualificados vulneraba las directivas. El Tribunal de Justicia, sin embargo, consideró que la alegación de la Comisión no iba acompañada de suficientes pruebas en torno a la vulneración del Derecho europeo. De hecho, en la práctica jurisdiccional española, la posibilidad de impugnar ciertos actos de trámite ha permitido dirigirse contra actuaciones intermedias en el procedimiento de adjudicación como, por ejemplo, la modificación de las bases de un concurso²³. Parece, por tanto, que en esos casos cabe, sin duda, la impugnación mediante el recurso especial —como se ha aceptado ya en la práctica²⁴—. Esta misma interpretación debe trasladarse a los casos de cancelación de la licitación mediante renuncia y desistimiento —regulados en el art. 155 TRLCSP—. Se trata de actos que determinan la imposibilidad de continuar con el procedimiento, de modo que deberían ser objeto del recurso especial.

c) En tercer lugar, hay que tener en cuenta que la máxima garantía del procedimiento de recurso configurado por las directivas se refiere al acto de adjudicación. *La adjudicación debe ser plenamente controlable antes de la celebración del contrato con el fin de evitar la consolidación de una adjudicación ilegal que haga más difícil deshacer sus efectos*. Por eso, en ese caso, se establece la garantía del efecto suspensivo. En España, tras la consolidación de la adjudicación en un único acto con ocasión de la Ley 34/2010, los candidatos y licitadores deben tener conocimiento del sentido de la adjudicación a tiempo para interponer el recurso especial —o, en su caso, recurso contencioso-administrativo—. Además, en esos casos se paraliza la posibilidad de celebrar el contrato y la interposición del recurso especial produce un efecto suspensivo del procedimiento de adjudicación. De este modo se asegura la posible restitución de las posiciones jurídicas vulneradas. La impugnación de este acto no plantea, de entrada, ningún problema, salvo en los casos en que el contrato se declara desierto. Conforme al Derecho nacional la Administración puede declarar desierta una licitación si ninguna oferta se ajusta a sus preferencias. En estos casos no se está ante un acto de trámite, sino ante una adjudicación negativa, que no favorece a ninguno de los participantes en el procedimiento. Así que, a efectos de impugnación mediante el recurso especial, no hay que integrar este supuesto en el de los actos de trámite, sino en el del acto de adjudicación. Si es posible impugnar el acto de adjudicación positivo, habrá que poder impugnar también el acto de adjudicación negativo. Sólo de este modo se satisfacen las exigencias de tutela, tanto europeas como nacionales, que se proyectan sobre esta decisión del ente adjudicador.

²² J. M.^a BAÑO LEÓN, «El contencioso...», cit., p. 331.

²³ STS de 16 de diciembre de 2004, RJ 2005/814, ponente: Celsa Pico Lorenzo.

²⁴ En este sentido, por todas, las resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 177/2011, de 6 de julio de 2011, y 182/2011, de 13 de julio de 2011, que impugnan la decisión de excluir determinadas ofertas.

d) También hay que hacer referencia a una de las ausencias más llamativas del ámbito de aplicación del recurso especial, que se refiere a las *instrucciones internas de contratación* —reguladas en los arts. 191 y 192 TLCSP para ordenar la adjudicación de los contratos no armonizados de los poderes adjudicadores que no son Administración pública y de los contratos de los entes del sector público que no son poder adjudicador—. El legislador reserva el recurso especial a ciertos contratos cualificados por su objeto y su cuantía, excediendo incluso la tipología de los contratos armonizados. Esto podría justificar que las instrucciones internas de los entes del sector público que no son poder adjudicador se excluyan de la impugnación mediante el recurso especial. Pero no explica el vacío absoluto de regulación en torno a las posibilidades de impugnación de estos instrumentos. Esta falta de previsión legal es aún más problemática en el caso de las instrucciones internas de los poderes adjudicadores que no son Administración pública. Estas instrucciones pueden contener las reglas de adjudicación de los contratos que, no siendo armonizados, son objeto del recurso especial —me refiero, en concreto, a los contratos de servicios de las categorías 17 a 27 del anexo II del TRLCSP cuando su cuantía sea superior a 200.000 euros; a los contratos de gestión de servicios públicos cuando reúnen los requisitos de asimilación a los contratos armonizados y se celebran por una Mutua, y a los acuerdos marco susceptibles de recurso especial—. Es cierto que las instrucciones internas no forman parte del procedimiento de adjudicación. Son un *prius* del mismo. Pero el control de su ajuste a las normas y principios del TRLCSP no se prevé en la Ley. La inclusión dentro del ámbito de aplicación del recurso especial habría permitido realizar un control rápido y especializado de estos instrumentos de ordenación de la contratación pública y habría evitado, al mismo tiempo, la indefinición legal de cuál es la vía de impugnación adecuada en estos casos²⁵. El legislador ha perdido, así, la oportunidad de resolver este problema que ya ha debido afrontarse por la jurisprudencia. En este sentido, el Tribunal Supremo, en un pronunciamiento de fundamento discutible, se ha mostrado favorable a atribuir a los órganos de la jurisdicción civil el conocimiento de los recursos interpuestos contra las instrucciones internas de contratación²⁶.

e) Por último, hay que tener en cuenta un problema esencial en la práctica cotidiana de la contratación pública. El sistema de tutela de los licitadores se centra en las irregularidades cometidas en la fase de adjudicación. Sin embargo, *no ha establecido expresamente ninguna garantía para los supuestos en que, en fase de modificación del contrato, se demuestra que las reglas de adjudicación se violaron por el ente adjudicador*. En esos casos, cuando se pone de manifiesto que la modificación afecta a cuestiones esenciales del contrato se está ante una verdadera adjudicación de un contrato, como ha puesto de manifiesto la jurisprudencia europea²⁷. La reforma del régimen de modificación de

²⁵ M. Á. BERNAL BLAY, «Nueva configuración...», cit., p. 37.

²⁶ Al respecto, el ATS 5/2011, de 11 de abril. En torno a este pronunciamiento, S. DIEZ SASTRE, *La tutela...*, cit., §§ 379-380.

²⁷ SSTJ de 29 de abril de 2004, C-496/99 P, As. *Comisión de las Comunidades Europeas c. CAS Succhi di Fruta SpA*, ponente: R. Schintgen, abogado general: S. Alber, recurso de casación interpuesto contra una sentencia del Tribunal General; de 19 de junio de 2008, C-454/06, As. *pressetext Nachrichtenagentur GmbH c.*

todos los contratos del sector público —operada por la Ley 2/2011, de Economía Sostenible— se ha orientado en esta línea de protección del licitador. Pero no ha ido acompañada de una regulación *ad hoc* para el control de las modificaciones que pueden poner de manifiesto una vulneración de las reglas de adjudicación²⁸. Ha habido que esperar a la aprobación de la Ley 24/2011, de 1 de agosto, de contratos del sector público en el ámbito de la defensa y de la seguridad, para encontrar un tímido avance del legislador en este sentido. El nuevo párrafo introducido en el art. 40.2 TRLCSP señala que: «Sin embargo, no serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación los actos de los órganos de contratación dictados en relación con las modificaciones contractuales no previstas en el pliego que, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 105 a 107 sea preciso realizar una vez adjudicados los contratos tanto si acuerdan como si no la resolución y la celebración de nueva licitación»²⁹. A pesar de su imprecisa formulación —puesto que las modificaciones imprevistas se establecen únicamente en el art. 107 TRLCSP—, este precepto deja abierta la posibilidad de impugnar mediante el recurso especial las modificaciones excluidas en esta excepción. Serían aquellas modificaciones que se han previsto en los pliegos y que pueden poner al descubierto una nueva adjudicación del contrato. El legislador olvida, así, que, conforme al Derecho europeo, cualquier modificación que ponga de manifiesto una nueva adjudicación debería ser impugnabile por esta vía³⁰. Además, la impugnación mediante el recurso especial de un contrato inválido en estos casos rompe con el carácter precontractual de este remedio, pues los licitadores tendrán conocimiento de la modificación normalmente cuando ya se haya realizado. Habría que analizar, por tanto, la posibilidad de reconducir estos supuestos a la impugnación mediante la cuestión de nulidad, dirigida precisamente contra los contratos en cuya adjudicación se han vulnerado reglas esenciales para garantizar tutela a los licitadores. En este sentido, hay que llamar la atención sobre la reciente reforma aragonesa de la legislación de contratos con el fin de aumentar las garantías de los competidores en torno a las decisiones de modificación de los contratos. Conforme a la nueva regulación las modificaciones contractuales deben hacerse públicas y notificarse a los licitadores que fueron admitidos, con el fin de hacer posible la interposición de los mecanismos de recursos oportunos —recurso especial o cuestión de nulidad, en función de la existencia o no de un contrato ya formalizado—³¹.

Republik Österreich, ponente: J. N. Cunha Rodrigues, abogado general: J. Kokott, cuestión prejudicial planteada por el *Bundesvergabeamt* de Austria; de 13 de abril de 2010, C-91/08, As. *Wall AG c. Municipio de Fráncfort del Meno*, ponente: J. N. Cunha Rodrigues, abogado general: Y. Bot, cuestión prejudicial planteada por el *Landgericht Frankfurt am Main* de Alemania. En torno a esta jurisprudencia, *vid.* el Informe 3/2009, de 15 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón.

²⁸ Sobre esta cuestión, en detalle, J. M.^a GIMENO FELIÚ, «El régimen de la modificación de contratos públicos: regulación actual y perspectivas de cambio», *REDA*, núm. 149, 2011, pp. 29-54, pp. 44 y ss.

²⁹ Disposición final primera 8 de la Ley 24/2011.

³⁰ Al respecto, de forma crítica con la nueva regulación, I. GALLEGO CÓRCOLES, «Novedades en la regulación del recurso especial en materia de contratación: la discutible exclusión de las modificaciones contractuales *ex lege* de su ámbito de aplicación», diario *La Ley*, núm. 7.718, 2011, pp. 1-8.

³¹ En este sentido, el nuevo art. 12 bis de la Ley aragonesa de medidas en materia de contratos públicos.

5. Legitimación

15. La regulación de la legitimación para interponer el recurso especial se ajusta literalmente al sentido de las directivas de recursos. Podrá interponer el recurso «toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso» (art. 42 TRLCSP). Se trata de *una configuración muy amplia de la posibilidad de recurrir, exenta de formalidades y centrada en la posible lesión de la posición jurídico subjetiva del particular o de su esfera de intereses*. Además, el TRLCSP no se refiere literalmente a los licitadores sino a cualquier persona física o jurídica cuyos intereses se vean afectados o perjudicados por las decisiones impugnadas, entre las que se incluye, por supuesto, a los licitadores. Esta configuración de la legitimación para impugnar el procedimiento de adjudicación y su resultado supone un necesario abandono de la jurisprudencia más restrictiva en torno a la legitimación en materia de contratación. Antes de la aprobación de la Ley 30/2007, la jurisprudencia más tradicional entendía que la legitimación para impugnar las bases de la licitación era muy restringida. Por supuesto, exigía la concurrencia de un interés legítimo, pero, además, el interesado debía haber participado en el procedimiento. En la misma línea no podía impugnar las bases quien participó en la licitación y esperó a la adjudicación para realizar una objeción en torno a su resultado³².

16. Con respecto a la participación en el procedimiento, la jurisprudencia ha señalado en los últimos años que *el interés legítimo suele ir ligado a la participación en la licitación, porque quien no participa no suele resultar afectado en sus derechos e intereses, pero admite que la legitimación pueda determinarse de forma casuística abarcando otros supuestos*. Para la jurisprudencia la condición de interesado en los procedimientos competitivos no deriva de la genérica capacidad para participar en los mismos, sino de la actitud de los posibles concursantes respecto del concreto procedimiento de que se trate³³. Así, por ejemplo, la jurisprudencia admite la legitimación para impugnar el pliego de condiciones —no la adjudicación— a una empresa que puede participar en el concurso y que impugna unas cláusulas que la ponen en situación de desigualdad³⁴. Esta línea jurisprudencial se ha conectado con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva recogido en el art. 24 CE en la STC 119/2008³⁵.

17. En el caso planteado en esta sentencia, la empresa «Aquagest Levante, S. A.», interpuso recurso de amparo contra el auto de 6 de julio de 2006 del Tribunal Supremo y contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana

³² J. F. MESTRE DELGADO, «El control de la adjudicación de los contratos públicos a tenor del Derecho comunitario europeo: Una nueva ordenación de las medidas cautelares (Comentario a la Directiva 89/665/CEE, de 21 de diciembre de 1989)», *Noticias CEE*, núm. 74, 1991, pp. 35-40, p. 39; J. M.^a BAÑO LEÓN, «El contencioso...», cit., p. 331.

³³ STS de 20 de julio de 2005, RJ 2005/6526, ponente: Octavio Juan Herrero Pina.

³⁴ STS de 5 de julio de 2005, RJ 2005/5205, ponente: Antonio Martí García.

³⁵ STC 119/2008, de 13 de octubre de 2008, ponente: María Emilia Casas Baamonde.

1632/2004 que inadmitieron su recurso contencioso-administrativo. Los hechos sucedidos con anterioridad eran los siguientes: Aquagest era la concesionaria para abastecer de agua a la localidad de Llíria (Valencia). La concesión finalizó por Acuerdo de 30 de enero de 2001 y se convocó un nuevo concurso. La convocatoria se recurrió en vía administrativa y después en vía contencioso-administrativa. Pero el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana inadmitió el recurso al entender que Aquagest no tenía legitimación por no haber participado en el concurso, lo que impedía apreciar la existencia de un interés legítimo digno de protección. Ante la negativa del Tribunal, Aquagest interpuso recurso de casación ante el Tribunal Supremo que se inadmitió con base en la misma argumentación. En esta situación la empresa Aquagest acudió en amparo al Tribunal Constitucional por vulneración de su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la justicia y de acceso a los recursos legalmente previstos. Su recurso se apoyaba, además, en la jurisprudencia del Tribunal Supremo que considera que la falta de participación en un concurso público no es motivo para negar legitimación al recurrente por falta de interés legítimo.

18. En el asunto planteado, el Tribunal Constitucional rechazó la vulneración del art. 24.1 CE en su vertiente de derecho de acceso a los recursos, pero admitió la violación del mismo precepto en su dimensión de derecho de acceso a la justicia. Según el Tribunal, las denegaciones de acceso a la jurisdicción deben controlarse de forma especialmente intensa por su trascendencia para la garantía de tutela efectiva. El art. 24.1 CE impone una interpretación amplia de las fórmulas procesales que atribuyen legitimación activa a las personas titulares de derechos e intereses legítimos, así que hay que aplicar los criterios del principio *pro actione* que conducen a la «interdicción de aquellas decisiones de inadmisión que por su rigorismo o por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón revelen una clara desproporción entre los fines que aquellas causas preservan y los intereses que sacrifican» (STC 88/1997, de 5 de mayo). En este sentido, afirma el Tribunal que en la jurisdicción contencioso-administrativa la idea de interés legítimo se interpreta como una «relación material unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión, de tal forma que su anulación produzca automáticamente un efecto positivo o negativo actual o futuro pero cierto». Con estas bases el Tribunal Constitucional analiza la decisión del TSJ de la Comunidad Valenciana que entendió que Aquagest no tenía un interés legítimo porque no había participado en el concurso y porque la condición de anterior concesionaria no le atribuía tampoco ningún interés. Para ello establece un control de razonabilidad y proporcionalidad —por formalismo, rigorismo o cualquier otra razón—. Al respecto señala el Tribunal que «resulta evidente que *en el presente caso negar la legitimación de la recurrente por el mero hecho de no tomar parte en el concurso que trató de recurrir, sin ponderar otras circunstancias, debe calificarse como lesiva a su derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de acceso a la jurisdicción*»³⁶. Ello es así porque la demandante tenía un ámbito de actuación relacionado directamente con el objeto del concurso y tenía un claro interés en lograr la anulación del pliego para participar en un

³⁶ La cursiva es mía.

concurso con un pliego ajustado a Derecho. Así pues, el Tribunal anula la Sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana y establece la obligación de retrotraer actuaciones, sin valorar si el contrato ya estaba ejecutado.

19. Más problemática es la jurisprudencia que impide la impugnación de las bases de la licitación por quien participó en ella y esperó a la adjudicación para realizar una objeción en torno a su resultado. Conforme a esta doctrina, la legitimación para impugnar las condiciones del contrato contenidas en los pliegos de cláusulas administrativas está ligada a la teoría del acto consentido. De forma que *cuando se participa en una licitación y se presenta una oferta sin impugnar previamente las bases, se aceptan implícitamente las condiciones de la licitación y no es posible impugnar posteriormente su resultado*, pues ello constituiría una infracción del principio de los actos propios³⁷. Sólo cuando existe un vicio de nulidad de pleno Derecho, cede esta teoría y se amplía la posibilidad de impugnar las bases del concurso³⁸. El juicio de ajuste a la regulación europea de esta interpretación es negativo —sin perjuicio de su conformidad con las exigencias constitucionales de tutela judicial efectiva establecidas a nivel nacional—. La imposibilidad general de impugnar las bases una vez que se ha presentado la oferta no cohonesta bien con las directivas de recursos, porque no siempre será sencillo detectar las posibles infracciones de las reglas de procedimiento antes de la presentación de las ofertas. Sobre esta cuestión sería conveniente establecer, por tanto, una regulación legal más precisa y garante de la seguridad jurídica de los interesados.

20. En este punto, hay que referirse, también, a la *legitimación de las Uniones Temporales de Empresas* (UTE). El Derecho europeo deja libertad a los Estados, admitiendo una interpretación más o menos restrictiva en torno a la legitimación de una sola de las empresas que forma parte de la UTE³⁹. En Derecho español, una parte importante de la jurisprudencia ha interpretado de forma generosa esta legitimación y admite que una de las empresas que participó en el procedimiento de adjudicación en el marco de una UTE recurra de forma individual⁴⁰. Y esa misma interpretación parece estar asumiéndose en relación con el recurso especial⁴¹.

³⁷ J. CUDERO BLAS, «El control jurisdiccional de la preparación y adjudicación de los contratos del sector público. Análisis de la jurisprudencia española y comunitaria. La Ley 30/2007, de 30 de octubre», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 18, 2008, pp. 1-60, pp. 31-32.

³⁸ M. VENTO TORRES, «La Directiva 665/89/CEE sobre vías de recurso en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos. Especial referencia a la adopción de medidas provisionales», *Revista Española de la Función Consultiva*, núm. 3, 2005, pp. 115-128, p. 121.

³⁹ STJ de 8 de septiembre de 2005, C-129/04, *As. Espace Trianon SA y Société wallonne de location-financement SA (Sofibail) c. Office communautaire et régional de la formation professionnelle et de l'emploi (FOREM)*, ponente: C. Gulmann, abogado general: C. Stix-Hackl, cuestión prejudicial planteada por el *Conseil d'État* de Bélgica. STJ de 4 de octubre de 2007, C-492/06, *As. Consorzio Elisoccorso San Raffaele y Elilombarda Srl, Azienda Ospedaliera Ospedale Niguarda Ca'Granda di Milano*, ponente: L. Bay Larsen, abogado general: Y. Bot, cuestión prejudicial planteada por el *Consiglio di Stato* de Italia.

⁴⁰ En torno a esta jurisprudencia, *vid.* J. A. MORENO MOLINA y F. PLEITE GUADAMILLAS, *La nueva Ley de Contratos del Sector Público. Estudio sistemático*, La Ley-Wolters Kluwer, Alcobendas, 2011, pp. 448 y ss.

⁴¹ En este sentido, valga de ejemplo la Resolución 105/2011 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

21. Por último, hay que hacer referencia a las fórmulas de control de la legitimación introducidas por el legislador. Con el fin de contrarrestar los posibles efectos perniciosos de tan amplia legitimación, la Ley ha previsto la posibilidad de controlar la temeridad o mala fe de los interesados que interponen el recurso especial. Al inadmitir o desestimar el recurso, *el órgano competente puede sancionar con una multa a quien interpuso el recurso o solicitó medidas provisionales de forma temeraria o con mala fe*. En función de la mala fe que aprecie el órgano y de los perjuicios derivados para el ente adjudicador y los demás competidores, las multas oscilarán entre los 1.000 y los 15.000 euros (art. 47.5 TRLCSP)⁴². Esta previsión legal de sanción para evitar la interposición abusiva del recurso especial se ha considerado una medida problemática en la doctrina. No hay que olvidar que la posibilidad de ser objeto de sanción puede constituir un mecanismo disuasorio de la utilización de los recursos legalmente establecidos. Ahora bien, más allá de la oportunidad de la medida, es preciso analizar su ajuste a Derecho. En concreto hay que discernir si esta regulación legal se ajusta a las exigencias constitucionales del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) y del derecho fundamental a la legalidad sancionadora (art. 25 CE).

22. El art. 24 CE reúne distintas vertientes de protección del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión. A los efectos que aquí interesan, parece que la imposición de una multa por la temeridad o mala fe en la interposición del recurso especial podría afectar a dos manifestaciones concretas del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva: *el derecho de acceso a la justicia y la garantía de indemnidad*. La posible imposición de multas por un uso inadecuado del recurso especial puede considerarse *a priori* una regulación legal que interfiere en el derecho de acceso a la justicia. El temor a ser sancionado puede llevar a las personas legitimadas por la Ley a autolimitar el uso del recurso especial mermando su eficacia. Sin embargo, hay que tener en cuenta que el derecho de acceso a la justicia es un derecho de configuración legal que no tiene carácter absoluto y que no protege una utilización inadecuada de los mecanismos de defensa. *La interposición abusiva de los remedios procesales de acceso a la justicia no cae dentro del ámbito de protección del art. 24.1 CE*. Así que no parece que la regulación legal sea incompatible con esta vertiente del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión. En línea con esta argumentación podría entenderse que la imposición de multas por la interposición del recurso especial constituye una posible vulneración de la garantía de indemnidad. De acuerdo con esta vertiente del art. 24.1 CE son contrarias a la Constitución aquellas actuaciones que impongan una consecuencia perjudicial en el ámbito de las relaciones públicas o privadas a aquel que ejerza legítimamente su derecho a la acción judicial. De este modo, vulnera la garantía de indemnidad que se despidan de su trabajo a quien recurre frente a su empresa, o que se cancele la beca pública de quien pleitea contra la Administración⁴³. De forma análoga

⁴² De hecho, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón ya ha impuesto la primera multa por interposición del recurso especial de mala fe (Acuerdo 11/2011, de 7 de julio de 2011).

⁴³ *Ex multis*: SSTC 54/1995, de 24 de febrero, ponente: Carlos de la Vega Benayas; 87/1998, de 21 de abril, ponente: Pedro Cruz Villalón; 191/1998, de 29 de septiembre, ponente: Álvaro Rodríguez Bereijo;

podría pensarse que es contrario a la garantía de indemnidad que se sancione a quien interpone un recurso, ejerciendo su derecho constitucionalmente garantizado a la tutela judicial efectiva. Sin embargo, como se ha señalado, la garantía de indemnidad se aplica únicamente a los casos en que se hace un uso adecuado del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. El tipo infractor definido en la Ley, consistente en interponer el recurso de forma temeraria o con mala fe, no puede considerarse un ejercicio legítimo del derecho de acceder a la justicia. Las hipótesis relativas a la incompatibilidad de la regulación legal de las multas por interposición del recurso especial con el art. 24.1 CE deben quedar, por tanto, descartadas.

23. Ahora bien, la escueta regulación prevista en la Ley en torno a la imposición de las sanciones puede plantear problemas desde el punto de vista del principio de legalidad sancionador en su vertiente material y de las garantías procedimentales ligadas al ejercicio de la actividad sancionadora de la Administración.

a) En primer lugar, podría pensarse que concurre un problema de indefinición legal del tipo infractor y de la sanción. Conforme al mandato constitucional del art. 25.1 CE, la conducta infractora debe estar definida de forma suficiente en sus líneas esenciales o, en otras palabras, el legislador debe fijar los criterios mínimos de antijuridicidad de la conducta infractora (principio de tipicidad). Y el TRLCSP sólo señala que deberá sancionarse a aquel que interponga el recurso especial con temeridad o mala fe. En efecto, la utilización de estos conceptos jurídicos indeterminados deja un cierto margen de valoración a los órganos competentes para imponer la sanción. Sin embargo, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, el empleo de conceptos genéricos es compatible con las exigencias del art. 25.1 CE: «[n]o vulnera la exigencia de *lex certa* que incorpora el art. 25.1 de la Constitución la regulación de los supuestos ilícitos mediante conceptos jurídicos indeterminados, siempre que su concreción sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia y permitan prever, por consiguiente, con suficiente seguridad, la naturaleza y las características esenciales de las conductas constitutivas de la infracción tipificada»⁴⁴. En concreto, *los conceptos de temeridad y mala fe parecen ofrecer suficientes criterios de identificación de la conducta infractora*. Actúa con temeridad quien interpone un recurso sin ningún tipo de apoyo argumentativo y actúa de mala fe quien tiene la clara voluntad de engañar al órgano competente en la resolución del recurso. La regulación legal no sería, por tanto, contraria al art. 25.1 CE. Aunque ello no obsta para entender que hubiera sido deseable una regulación del tipo infractor más concreta y definida. Con respecto a la sanción, parece que el legislador sí ha introducido suficientes criterios de concreción de la multa para satisfacer las exigencias del principio de legalidad sancionadora, ya que se

104/1999, de 14 de junio, ponente: Rafael de Mendizábal Allende; 265/2000, de 13 de noviembre, ponente: Guillermo Jiménez Sánchez; y 171/2005, de 20 de junio, ponente: Pascual Sala Sánchez.

⁴⁴ Por todas: SSTC 69/1989, de 20 de abril; ponente: Fernando García-Mon y González-Regueras; 207/1990, de 17 de diciembre, ponente: Francisco Rubio Llorente; 116/1993, de 29 de marzo, ponente: Vicente Gimeno Sendra.

refiere de forma implícita a la gravedad de la mala fe y de forma explícita a los perjuicios ocasionados a los demás participantes y al órgano adjudicador. No obstante, podría haberse establecido una mejor definición de la cuantía de las sanciones en función de su gravedad.

b) Una vez constatada la compatibilidad de la regulación legal con las exigencias constitucionales del principio de legalidad sancionadora (art. 25.1 CE) hay que analizar si cumple con las garantías procedimentales impuestas al ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración. Según una reiterada jurisprudencia constitucional, la actividad sancionadora de la Administración debe someterse a las exigencias procedimentales previstas en el art. 24.2 CE, referido al procedimiento penal. Así que el acuerdo sancionador debe adoptarse mediante un procedimiento en el que el presunto inculpado «tenga la oportunidad de aportar y proponer las pruebas que estime pertinentes y alegar lo que a su derecho convenga»⁴⁵. De lo contrario, el temor a ser sancionado sin posibilidad de defensa puede influir en el ejercicio de los derechos. Pues bien, la regulación prevista en el art. 47.5 TRLCSP no prevé ninguna garantía procedimental a favor del recurrente. En concreto, no asegura la posibilidad de que el presunto infractor formule las alegaciones que considere pertinentes antes de la interposición de la sanción por el órgano competente. La ausencia del trámite de audiencia en la imposición de sanciones sólo se ha admitido por el Tribunal Constitucional en el ámbito de la «policía de estrados». Sólo cuando un órgano jurisdiccional impone las sanciones legalmente previstas para enderezar las incorrecciones disciplinarias acontecidas en el transcurso de un proceso judicial, entiende la jurisprudencia constitucional que es compatible con la Constitución que no quepa recurso jurisdiccional posterior ante la jurisdicción contencioso-administrativa ni un trámite de audiencia *ad hoc*⁴⁶. Las denominadas «sanciones de plano» se admiten porque el proceso judicial ofrece garantías suficientes para entender satisfechas las exigencias del art. 24 CE. En el caso de las sanciones derivadas de la interposición del recurso especial no concurre el presupuesto esencial sobre el que se apoya esta línea jurisprudencial. Los órganos competentes para resolver el recurso especial son órganos administrativos y no jurisdiccionales. En efecto, es posible que puedan considerarse órganos jurisdiccionales a los efectos del Derecho europeo, conforme al art. 263 TFUE; pero eso no significa que tengan naturaleza jurisdiccional a los ojos de la Constitución. De hecho la posibilidad de recurrir sus decisiones ante la jurisdicción contencioso-administrativa manifiesta inequívocamente su naturaleza administrativa y la necesidad de revisión posterior de sus decisiones en sede jurisdiccional. La *imposición de sanciones por estos órganos debe ir precedida, por tanto, del correspondiente trámite de audiencia*. En este sentido ha de interpretarse la regulación legal con el fin de adecuar su aplicación a la exigencia constitucional del art. 24.2 CE.

⁴⁵ En este sentido, la temprana STC 18/1981, de 8 de junio, ponente: Rafael Gómez-Ferrer Morant.

⁴⁶ SSTC 110/1990, de 18 de junio; 190/1991, de 14 de octubre; 205/1994, de 11 de julio, y 148/1997, de 29 de septiembre.

6. Medidas provisionales

24. La legislación tradicional de contratación administrativa preveía la adopción de medidas provisionales, incluyendo la suspensión de actos. Sin embargo, su efectividad en la tutela de los derechos e intereses de los licitadores y candidatos nunca se hizo evidente. Ello se debe, fundamentalmente, a la ineficacia de las medidas provisionales que no van acompañadas de un procedimiento sumario para que pueda ser realmente efectiva⁴⁷. *La ponderación de intereses en juego que precede a la decisión de mantenimiento o levantamiento de una medida cautelar*—como puede ser la suspensión de la celebración de un contrato— *rara vez será favorable al mantenimiento de la medida cuando se calcule que el procedimiento puede tener una larga duración*. Sólo en casos de graves ilegalidades puede imaginarse un sacrificio del interés público en la celebración del contrato en aras de la legalidad de la adjudicación. Esa es la razón por la que tradicionalmente no han existido medidas suspensivas cautelares verdaderamente efectivas⁴⁸.

25. Esta situación también ha cambiado de la mano del Derecho europeo. La garantía de subsanación de las infracciones en la fase en que aún pueden corregirse ha llevado a configurar un breve procedimiento de recurso que, para ser efectivo, debe prever la adopción de medidas cautelares que sí podrán mantenerse el tiempo suficiente como para garantizar una resolución legal del procedimiento de adjudicación antes de la celebración y ejecución del contrato. La LCSP asimiló en su día este reforzamiento de las garantías de tutela de los licitadores. Conforme a su nueva redacción —tras la Ley 34/2010—, las personas legitimadas para interponer el recurso especial pueden solicitar la adopción de medidas provisionales con anterioridad a la interposición del recurso (art. 43 TRLCSP). El órgano encargado de resolver al respecto es el mismo que conoce del recurso especial. *Estas medidas provisionales deben orientarse a corregir infracciones o impedir que se causen perjuicios* y pueden incluir la suspensión del procedimiento de adjudicación o de la ejecución de cualquier decisión de un órgano de contratación (art. 43.1 TRLCSP). No obstante, para la adopción de las medidas es posible que se exija la constitución de una garantía o caución suficiente para responder por los posibles perjuicios que pudiesen derivar de ellas. En ese caso, el órgano competente debe establecer por vía reglamentaria la cuantía y la forma de la garantía y las condiciones que rijan su devolución (art. 43.3 TRLCSP).

26. La solicitud de medidas provisionales se realiza mediante la presentación de un escrito. Ese mismo día el órgano competente comunica la solicitud al órgano de contratación que debe realizar las alegaciones oportunas en dos días hábiles. Si no formula alegaciones en ese plazo el procedimiento continúa y deberá resolverse en un plazo máximo de cinco días hábiles desde el día de presentación de la solicitud. La adopción de medidas provisionales no debe ir seguida necesariamente de la interposición del recurso

⁴⁷ J. M.^a BAÑO LEÓN, «El contencioso...», cit., p. 349.

⁴⁸ En este sentido, J. M.^a BAÑO LEÓN, «Tutela judicial...», cit., p. 683; «El contencioso...», cit., p. 331.

especial —esa era una de las tachas que apuntó la Comisión en el régimen español anterior a la Ley 34/2010⁴⁹—. *Las medidas provisionales pueden adoptarse de forma autónoma ponderando el riesgo para los intereses en juego y la gravedad de la infracción*. Su duración variará en función de las circunstancias: si se adoptan medidas provisionales antes de la interposición del recurso especial, decaerán automáticamente cuando en el plazo legalmente previsto no se presente el recurso (art. 43.5 TRLCSP); si, por el contrario, el interesado interpone recurso especial antes de que se resuelva sobre las medidas provisionales, la decisión sobre las medidas provisionales se adoptará en el marco más amplio de la tramitación del recurso (art. 43.2 TRLCSP). No obstante, la posibilidad de solicitar medidas provisionales autónomas no impide solicitar medidas provisionales cuando ya se está tramitando el recurso especial. En ese caso, el órgano competente resolverá al respecto siguiendo el mismo procedimiento descrito anteriormente y sin suspender el procedimiento principal (art. 46. 3 *in fine* TRLCSP).

27. *La decisión en torno a la adopción o no de las medidas provisionales solicitadas no es susceptible de recurso alguno conforme al TRLCSP*, sin perjuicio de que las resoluciones adoptadas en el procedimiento principal puedan recurrirse por la vía correspondiente (art. 43.2 *in fine* TRLCSP). Esta decisión se ha considerado una limitación al derecho a la tutela judicial efectiva⁵⁰. Pero es dudoso que se trate de una limitación prohibida constitucionalmente. Hay que tener en cuenta que la tutela cautelar cumple una función ancilar con respecto a la tutela restitutoria. Ayuda a garantizar la efectividad de la resolución recaída en el procedimiento principal. En el caso de la contratación pública —donde los plazos de los procedimientos son muy breves— la previsión de la impugnación autónoma de las medidas provisionales podría comprometer la rapidez del procedimiento y, al mismo tiempo, su eficacia, si la impugnación de las medidas provisionales no fuera acompañada, a su vez, de la paralización del procedimiento de adjudicación. La posibilidad de impugnar las decisiones recaídas en el procedimiento principal parece suficiente para salvaguardar el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la jurisdicción.

28. No obstante, en los supuestos en que la solicitud de medidas provisionales es autónoma y no se acompaña de un recurso especial posterior podría plantearse un problema de constitucionalidad. En esos casos, *la negación de recurso contra la decisión del órgano competente en torno a las medidas provisionales supondría una laguna de control de la actividad del órgano*, de carácter administrativo, que no es compatible con el principio de fiscalización plena de la actividad administrativa contenido en la Constitución (art. 106.1 CE)⁵¹. Una interpretación conforme al art. 24.1 CE, como derecho de acceso a la jurisdicción, exige, por tanto, que en esos casos sí se admita la posibilidad

⁴⁹ STJ de 15 de mayo de 2003, C-214/00, As. *Comisión c. Reino de España*, ponente: V. Skouris, abogado general: P. Lèger, recurso de incumplimiento planteado por la Comisión contra España [*vid. supra* § 176.a)].

⁵⁰ En este sentido, I. GALLEGO CÓRCOLES, «La contratación...», cit.

⁵¹ *Ex multis*: SSTC 66/1984, de 6 de junio, ponente: Jerónimo Arozamena Sierra; 197/1988, de 24 de octubre, ponente: Eugenio Díaz Eimil, y 31/2000, de 3 de febrero, ponente: María Emilia Casas Baamonde.

de interponer recurso ante la jurisdicción contencioso-administrativa⁵². Esa misma exigencia podría derivarse, además, del Derecho europeo que obliga a abrir la posibilidad de adoptar medidas provisionales autónomas. La imposibilidad de recurrir la decisión sobre esas medidas ante un órgano jurisdiccional podría entenderse también como una regulación contraria al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

7. Anuncio previo

29. Las directivas de recursos prevén la posibilidad de que los Estados exijan anunciar al poder adjudicador la intención de recurrir⁵³. El legislador español ha optado por introducir este requisito previo a la impugnación. *La interposición del recurso especial debe ir precedida de un anuncio previo por escrito* que deberá presentarse dentro del mismo plazo que se prevé para la interposición del recurso especial. En concreto, en ese escrito debe especificarse el acto que se va a impugnar (art. 44.1 TRLCSP). El cumplimiento de este requisito es necesario para poder interponer el recurso, pero no condiciona en absoluto los plazos del procedimiento que se inicia con la presentación del escrito de recurso ante el órgano competente (art. 44.2 TRLCSP). De hecho, con el escrito de interposición del recurso especial debe adjuntarse el justificante de haber dado cumplimiento a esta obligación de anuncio previo.

30. La Ley guarda silencio en torno al plazo que debe transcurrir desde el anuncio a la interposición del recurso. Por lo que *cabe entender que sería posible presentar el anuncio y el recurso a la vez*. También cabría interpretar el carácter «previo» del anuncio de forma más exigente y pensar que debe transcurrir un mínimo lapso de tiempo entre el anuncio y el recurso. En esta misma línea, el anuncio podría entenderse como una buena vía para activar la corrección de la posible infracción antes de entrar a tramitar el recurso. Pero al no establecerse ningún plazo concreto entre el anuncio y la interposición del recurso parece desvirtualizarse esa posibilidad. La omisión del deber de anuncio previo del recurso es subsanable. Se entiende que es un vicio más dentro de la presentación del escrito de recurso. Así pues, se requerirá al interesado para que en el plazo de tres días hábiles subsane la falta de anuncio previo. De lo contrario se entenderá que desiste de su petición conforme a la regla general del art. 42.5 LRJPAC (art. 44.5 TRLCSP).

31. Esta regulación se ajusta a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en torno a la «comunicación previa al órgano que dictó el acto impugnado» al interponer

⁵² Sobre la necesidad de interpretación conforme al art. 24 CE para promover la mayor efectividad del Derecho, STC 242/1991, de 16 de diciembre, ponente: José Gabaldón López.

⁵³ La Directiva 89/665/CEE admitía la posibilidad de que antes del recurso correspondiente los Estados miembros exigiesen que se «haya informado previamente al poder adjudicador de la presunta infracción y de su intención de presentar recurso» (art. 1.3 *in fine*). En el mismo sentido se pronunciaba la Directiva 92/13/CEE (art. 1.3 *in fine*). Además, la Directiva 2007/66/CE señala que en los casos en que se exija la información previa antes de interponer el recurso, no debe afectarse al plazo de espera entre adjudicación y celebración del contrato ni a los plazos de interposición del recurso (considerando 11 y art. 1.4).

un recurso contencioso-administrativo. Según el Tribunal, *la introducción de este requisito previo a la interposición del recurso contencioso-administrativo es constitucional siempre que sea subsanable*⁵⁴. De hecho, conforme a la práctica que se está consolidando en el TACRC y en el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, la propia presentación del recurso subsana la ausencia del anuncio previo, de modo que este trámite queda sin sentido⁵⁵. Ahora bien, el carácter potestativo del recurso y su carácter administrativo plantean la duda en torno a la constitucionalidad de un anuncio previo no subsanable que diera la oportunidad al ente adjudicador de subsanar los posibles vicios procedimentales antes de la interposición del recurso especial. La negación de un trámite de comunicación previa en la jurisdicción contencioso-administrativa tiene sentido con el fin de evitar posibles trabas en el derecho de acceso a la jurisdicción. Pero el recurso especial es un recurso administrativo y no obligatorio. Un anuncio previo preceptivo y verdaderamente previo maximizaría las posibilidades de tutela de forma más rápida. Sin embargo, la opción del legislador y la interpretación de los órganos competentes para conocer del recurso especial parece conducir a una desvirtualización de este trámite. La ausencia de plazo para interponer el anuncio, antes del recurso, y el carácter subsanable del trámite con carácter *ex post* da la pista en torno al vacío funcional de esta figura. *El anuncio previo no opera, por tanto, como un mecanismo eficaz para evitar la apertura de la vía de recurso*, que sería su única función lógica dentro del sistema de recursos en materia contractual.

8. Iniciación del procedimiento

32. *El procedimiento de recurso se inicia con la presentación de un escrito en el que el interesado debe hacer constar los siguientes elementos: el acto recurrido, las razones que fundamentan el recurso, los medios de prueba que quieran emplearse en el procedimiento, así como, en su caso, las medidas provisionales que se solicitan (art. 44.4 TRLCSP).* Junto al escrito de recurso, el interesado debe aportar la siguiente documentación: la acreditación de la representación del compareciente, la acreditación de legitimación del actor —cuando se le ha transmitido por herencia u otro título—, la documentación donde aparezca el acto que se recurre —copia de acto expreso, referencia del expediente o de la publicación—, los documentos en que funda su derecho, así como el justificante de haber satisfecho la obligación de anuncio previo. En el caso de que falte alguno de estos elementos, se requerirá al interesado para que lo subsane. El plazo para interponer el recurso no está definido a nivel europeo. La Directiva 2007/66/CE ha introducido una regulación mínima al respecto con el fin de asegurar la eficacia del recurso (art. 2 *quater*).

⁵⁴ SSTC 76/1996, de 30 de abril, ponente: Javier Delgado Barrio, y 89/1996, de 23 de mayo, ponente: Manuel Jiménez de Parga Cabrera. Expone detalladamente esta jurisprudencia constitucional, M. PULIDO QUECEDO, *El nuevo...*, cit., pp. 87 y ss.

⁵⁵ Así se señala expresamente en la Guía de Procedimiento ante el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón. Recurso Especial de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector público [punto 4.a)].

De hecho, *el plazo de interposición del recurso regulado en la directiva coincide con el plazo de espera obligatorio entre la adjudicación y la celebración del contrato*. Así que cuando un competidor pretenda impugnar el acto de adjudicación contará con un plazo durante el cual el contrato no podrá celebrarse. A lo que se suma que, una vez interpuesto el recurso, se produce también un efecto suspensivo obligatorio. Todo ello garantiza que el contrato no llegue a celebrarse hasta que se dé una respuesta en torno a la legalidad del procedimiento de adjudicación⁵⁶.

33. De acuerdo con la Ley, la presentación del escrito de recurso debe realizarse en un plazo de quince días hábiles (art. 44.2 TRLCSP) —lo que supone un aumento con respecto al anterior plazo de diez días hábiles contenido en el art. 37.6 LCSP, antes de la reforma de la Ley 34/2010—. *El legislador opta, de este modo, por fijar un plazo único* con independencia de los medios utilizados para informar a los licitadores y candidatos sobre el acto que es objeto de impugnación. En este sentido se ajusta al Derecho europeo, ya que los plazos fijados en las directivas tienen carácter mínimo y pueden ampliarse de forma razonable por los legisladores nacionales. Ahora bien, aunque se establece un único plazo de presentación del recurso, la Ley fija distintas reglas para computar ese plazo:

a) Cuando el acto objeto de recurso debe notificarse a los licitadores y candidatos, *el plazo de quince días hábiles se cuenta a partir del día siguiente a aquel en que se remite la notificación, conforme al art. 151.4 LCSP* (art. 44 TRLCSP). Esa remisión al art. 151.4 TRLCSP, referido al deber de información previa a los licitadores y candidatos sobre el acto de adjudicación, significa que este plazo se aplica, en primer lugar, a los casos de impugnación de la adjudicación. En esos supuestos, hay que recordar que se activa un plazo de espera de quince días desde la remisión de la notificación —ampliable por las Comunidades Autónomas hasta un mes (art. 156.3 TRLCSP)—. La garantía de ese plazo de espera por igual en todos los casos, para todos los licitadores y candidatos, explica precisamente que el *dies a quo* para computar el plazo de interposición del recurso y del plazo de espera sea el de la remisión de la notificación y no el de su recepción por cada uno de ellos⁵⁷. Ahora bien, a lo largo del procedimiento de adjudicación habrá otros actos que deberán notificarse a los licitadores y candidatos. En esos casos también se aplica el plazo de quince días que se computa del mismo modo, a partir del día de la remisión de la notificación y no de su recepción.

b) Para los actos que no deben notificarse, la Ley establece una serie de reglas específicas. En el caso de que se impugnen los pliegos u otros documentos que rijan la licitación, el plazo comienza a computarse desde el día siguiente a aquel en que se hayan recibido o se hayan puesto a disposición de los licitadores o candidatos para su conocimiento (art. 158 TRLCSP). Si pretende impugnarse un acto de trámite o un acto producido en el marco de un procedimiento negociado sin publicidad, el cómputo del plazo se inicia a partir del día siguiente a aquel en que se haya conocido la posible

⁵⁶ Arts. 1.5 y 2.3 de la Directiva 2007/66/CE en función del tipo de recurso: ante el propio poder adjudicador o ante un órgano independiente del poder adjudicador.

⁵⁷ I. GALLEGO CÓRCOLES, «La contratación...», cit., pp. 147 y ss.

infracción. Por último, cuando se trata de impugnar el anuncio de licitación, el plazo se computa a partir del día siguiente al de la publicación. Puesto que la publicación puede realizarse en varios lugares (perfil de contratante, *Boletín Oficial del Estado* —BOE—, *DOUE*) debería tomarse en cuenta la última fecha de publicación en aplicación del principio *pro actione*⁵⁸.

34. Junto al plazo de interposición del recurso especial, el TRLCSP establece el lugar en el que debe presentarse el escrito. De acuerdo con el art. 44.3 TRLCSP el escrito de recurso sólo puede presentarse en el registro del órgano de contratación o del órgano competente para resolver el recurso⁵⁹. Evidentemente, *esta regla es más estricta que la norma general contenida en la Ley 30/1992 y resulta gravosa para los licitadores no españoles*⁶⁰. Sin embargo, no es posible entender que se produce una vulneración del Derecho europeo. En primer lugar, el principio de equivalencia exige que los mecanismos procesales para el cumplimiento del Derecho europeo se correspondan con los del Derecho nacional. En este sentido, el legislador español establece la misma regulación para tutelar mediante el recurso especial los contratos armonizados como aquellos no armonizados que considera de especial envergadura (ciertos contratos de servicios y contratos de gestión de servicios públicos). No se produce, por ende, una mejora de la tutela de los competidores en los casos sometidos únicamente al Derecho nacional. En segundo lugar, hay que tener en cuenta que esta regulación está orientada precisamente a satisfacer las exigencias de las directivas, por lo que no puede apreciarse una vulneración del principio de efectividad. La sumariedad que preside la configuración del procedimiento del recurso especial —siguiendo las directrices europeas— es difícilmente compatible con la posibilidad de que el recurso se interponga ante el registro de otros órganos. Ello obligaría a una ampliación del plazo con el fin de permitir que el escrito llegase efectivamente al registro del órgano de contratación o del órgano competente —como sucede en el caso de la Ley 30/1992, que marca la iniciación del procedimiento en el momento de entrada de la solicitud en el registro del órgano competente⁶¹—. En este caso precisamente se garantiza la brevedad que persiguen las directivas con el fin de ofrecer una tutela restitutoria por lo que el principio de efectividad queda plenamente asegurado.

9. Efectos suspensivos

35. La Directiva 89/665/CEE negaba expresamente la obligación de que los procedimientos de recurso tuviesen efectos suspensivos obligatorios. Sin embargo, el legislador europeo ha cambiado de opinión, como refleja la Directiva 2007/66/CE. En la actualidad *los Estados deben anudar un efecto suspensivo obligatorio cuando se interpone un*

⁵⁸ *Ibid.*, p. 148.

⁵⁹ En el mismo sentido, el art. 37.6, 2.º párr., LCSP antes de la reforma de la Ley 34/2010.

⁶⁰ Art. 38.4 LRJPAC. En este sentido, M.ª GUINOT BARONA, «El nuevo...», cit., p. 8.

⁶¹ Art. 42.3.b) LRJPAC.

recurso ante el poder adjudicador, contra cualquier acto, o ante un órgano independiente del poder adjudicador, cuando el acto impugnado es la adjudicación.

36. La LCSP incorporó esta regulación, que se ha acogido por el TRLCSP. Cuando el recurso especial se dirige contra el acto de adjudicación se producen efectos suspensivos automáticos (art. 45 TRLCSP), de modo que se paraliza la tramitación del expediente de contratación. Esa suspensión debe mantenerse hasta que el órgano competente lo considere conveniente y, en su caso, en el momento de resolver sobre el fondo del asunto (art. 47.4 TRLCSP). *No es necesario, por tanto, que la suspensión se mantenga hasta el final del procedimiento de recurso* —como sucedía en la anterior regulación del art. 37 LCSP antes de la reforma de la Ley 34/2010—. El órgano puede valorar si conviene o no continuar paralizando la posibilidad de formalizar el contrato. En este sentido, parece que sería razonable admitir que las partes realizaran las alegaciones oportunas a favor o en contra del mantenimiento de la suspensión de la adjudicación del contrato para garantizar su derecho de defensa. A través de esta regulación el legislador asegura que no se produzca una consolidación de los intereses en juego contrarios a la garantía de la legalidad en la adjudicación mediante una «carrera al contrato». La consecuencia es una protección más sólida del derecho a que el procedimiento se tramite conforme a Derecho y a que sea adjudicatario el licitador que presente la oferta económicamente más ventajosa.

10. Tramitación del procedimiento

37. Una vez iniciado el procedimiento, hay que atender a la regulación legal de su tramitación en la que los plazos juegan un papel determinante. La eficacia del recurso en el control de las infracciones acaecidas en el procedimiento de adjudicación sólo se garantiza con unos plazos que sean lo más cortos posible. *La brevedad del procedimiento permite articular los principales intereses enfrentados*: el interés de los licitadores y el interés público en una adjudicación conforme a Derecho, de un lado; así como el interés del ente adjudicador en que no se retrase su funcionamiento por una larga demora en el procedimiento de adjudicación y el interés público en el buen funcionamiento del sector público, de otro lado. Sólo de este modo se garantiza la seguridad jurídica en el tráfico económico y también en la ordenación presupuestaria⁶². El transcurso del procedimiento se articula conforme a plazos de gran brevedad previstos en la Ley. En este sentido llama la atención que no se establezca ningún plazo que regule la presentación del anuncio previo y del escrito de recurso, de forma que su presentación pueda ser simultánea y que incluso el anuncio previo pueda presentarse una vez iniciado el procedimiento del recurso especial (*vid. supra* § 29).

38. En virtud del art. 46.2 TRLCSP, cuando el recurso se interpone ante el órgano competente para resolverlo, el mismo día de su presentación se notifica al órgano de contratación y se le requiere el expediente de contratación. La remisión del expediente debe realizarse en los dos días hábiles siguientes acompañado del correspondiente informe. Si,

⁶² J. M.^a BAÑO LEÓN, «El contencioso...», cit., p. 338.

por el contrario, el recurso se interpuso ante el órgano de contratación, éste tiene dos días hábiles desde su recepción para enviar el expediente y el informe y el escrito de recurso al órgano competente. *El plazo para remitir el expediente con el informe es igual con independencia del tipo de procedimiento de adjudicación y de su complejidad.* Esta excesiva brevedad puede llevar en la práctica al incumplimiento sistemático de este plazo. En los cinco días hábiles siguientes a la interposición del recurso —con independencia de ante quién se interpuso, el órgano de contratación o el órgano competente para resolver— se traslada el recurso a los restantes interesados y se les otorga un plazo de otros cinco días hábiles para formular alegaciones. En este caso no se determina si el plazo es de cinco días desde la recepción de la notificación con el recurso o desde su remisión. Además, en ese mismo plazo de cinco días para formular alegaciones —aunque no queda claro si se refiere a los cinco días hábiles para notificar a los interesados— el órgano resuelve sobre las medidas cautelares, si procede, y concede la audiencia correspondiente al órgano de contratación; además, también decide sobre la suspensión automática (art. 46.3 TRLCSP).

39. En este punto *se plantea un problema de desubicación temporal del trámite de subsanación del escrito de presentación del recurso.* La Ley señala que debe requerirse al interesado para que, en un plazo de tres días hábiles, subsane los defectos, indicándole que, de no hacerlo, se le tendrá por desistido con los efectos previstos en el art. 42.5 Ley 30/1992 (art. 44.5 TRLCSP). Esta regulación presenta algunos problemas.

a) En primer lugar *no se entiende bien en qué momento debe requerirse al interesado para proceder a la subsanación.* Dado que en los cinco días siguientes a la presentación del recurso hay que comunicar su interposición a los demás participantes, tendría lógica que la subsanación tuviese lugar en un momento anterior. De lo contrario, los demás participantes comenzarían a trabajar en la elaboración de sus alegaciones cuando la interposición del recurso puede no estar completa. Esta interpretación es posible cuando el recurso se interpone ante el órgano competente. Al recibir el recurso tiene dos días hábiles para recibir el expediente y el informe del órgano de contratación, así como dos días hábiles como máximo para requerir la subsanación al interesado. Sin embargo, cuando el recurso se interpone ante el órgano de contratación no tiene sentido que él mismo abra el plazo de subsanación, ya que está obligado a remitir el recurso con el expediente y su informe en el plazo de dos días. Además, la presentación del escrito de subsanación ante el órgano de contratación retrasaría el transcurso del procedimiento, lo que haría difícil lograr la subsanación antes de que se abriera el plazo de alegaciones para los demás participantes en el procedimiento. En este segundo caso, parece, entonces, que hay que interpretar que el órgano competente para resolver el recurso debe requerir al interesado para subsanar el mismo día en que recibe el recurso de manos del órgano de contratación.

b) En segundo lugar, *la remisión del legislador al art. 42.5 LRJPAC es, cuanto menos, confusa.* Este precepto regula los supuestos en que es posible suspender el transcurso del plazo máximo legal para resolver un procedimiento y notificar la resolución. Habría que remitirse, por tanto, a la regulación del desistimiento del procedimiento que —conforme a los arts. 42.1 y 71 LRJPAC— se produce una vez que transcurre el plazo para subsanar y se dicta resolución declarando esta circunstancia.

40. Cuando ha transcurrido el plazo de alegaciones de los interesados, es posible abrir un plazo de diez días hábiles para la práctica de las pruebas que se consideren pertinentes. A estos efectos, *no se establece ningún periodo intermedio máximo entre la finalización del plazo de alegaciones de los interesados y el inicio del periodo de prueba* (art. 46.4 TRLCSP). Lo único que establece la Ley es que la práctica de la prueba debe anunciarse con suficiente antelación a los interesados. Que debe ser suficiente es algo que deberá determinarse en su caso por vía reglamentaria, judicial o a través de los informes y recomendaciones de las Juntas Consultivas de Contratación Administrativa. En cualquier caso, la Ley señala que al finalizar el plazo de cinco días de alegaciones de los interesados o, en su caso, el plazo de prueba, el órgano competente tiene cinco días hábiles para resolver el recurso. Posteriormente la resolución se notificará a los interesados, sin que tampoco se prevea un plazo específico para llevar a cabo esa notificación (art. 47 TRLCSP).

41. La regulación en torno a la tramitación del procedimiento ha sido despojada por la Ley 34/2010 de las precisiones en torno al plazo máximo para resolver y notificar y el sentido del silencio —que anteriormente fijaba la LCSP⁶³—. El legislador de contratos se limita a establecer un catálogo de plazos concatenados cuya sucesión conduce a una duración irregular del procedimiento según los casos. De las distintas combinaciones de los plazos previstos puede deducirse que el plazo de resolución oscilará en torno a un mínimo de quince días —cuando no haya periodo de prueba— y un máximo indeterminado de hasta un mes —puesto que no se establece un plazo concreto entre el fin del periodo de alegaciones y la apertura del periodo de prueba—. Sin embargo, el silencio del legislador de contratos conduce a la aplicación de la Ley 30/1992 —como prevé el art. 46.1 TRLCSP—. Según esta Ley *el plazo máximo para resolver y notificar será de tres meses* (art. 42.3). Así que los intervalos entre los trámites legalmente previstos entre los que no se establecen plazos concretos pueden prolongarse hasta agotar ese plazo. Por otro lado, el silencio tendrá sentido negativo al tratarse de un procedimiento de impugnación de actos (art. 43.1, 2.º párr., LRJPAC). Este silencio se aplicaría al transcurrir los cinco días hábiles desde la finalización del plazo para realizar alegaciones o el periodo de prueba o el plazo general de tres meses para resolver. Esto supone un cambio más que notable con respecto al anterior plazo de veinte días hábiles. Hay que tener en cuenta que durante ese periodo podría prolongarse el efecto suspensivo hasta su levantamiento expreso por el órgano de recurso. De modo que, o bien se paraliza la celebración del contrato durante todo el plazo para garantizar la tutela de los interesados —lo que repercute directamente sobre el resto de participantes en el procedimiento, así como el ente adjudicador que ve paralizada su actividad por la imposibilidad inicial de celebrar el contrato—; o bien se levanta la suspensión difi-

⁶³ Art. 37.9 LCSP en su redacción anterior a la Ley 34/2010: «En todo caso, transcurridos veinte días hábiles contados desde el siguiente a la interposición del recurso sin que se haya notificado su resolución, el interesado podrá considerarlo desestimado a los efectos de interponer recurso contencioso-administrativo, sin perjuicio de la subsistencia de la obligación de resolver expresamente y del mantenimiento, hasta que ello se produzca, de la suspensión establecida en el apartado 7, en su caso».

cultando el restablecimiento de la legalidad una vez que se resuelva efectivamente el recurso interpuesto. Ninguna de las soluciones parece suficientemente equilibrada como para satisfacer los importantes intereses en juego. No se entiende, así, que el legislador haya extendido tanto el plazo para resolver, pudiendo haber establecido una regulación intermedia entre el anterior plazo, quizás demasiado breve, de veinte días hábiles, y el actual plazo de tres meses.

42. Por último, en este epígrafe, hay que realizar una breve referencia al cómputo de los plazos. Como se ha visto, los plazos se refieren a días hábiles, lo que supone una excepción a la regla general del TRLCSP de computar los plazos en días naturales (DA 15.^a). Se ha apuntado que es contrario a la regulación del art. 107.2 LRJPAC, que prescribe el «respeto a los principios, garantías y plazos de la presente Ley». Pues este precepto prevé la sustitución de los recursos administrativos ordinarios sólo si respetan los plazos y las normas generales de la ley básica de procedimiento administrativo, y, en este caso, los plazos son mucho más limitados⁶⁴. Sin embargo, en este contexto *la importancia de la brevedad de los plazos es fundamental para garantizar la tutela restitutoria* a los licitadores sin obstaculizar de forma desproporcionada el ejercicio de competencias públicas, que está directamente condicionado por la adjudicación de los contratos públicos. Este apartamiento de la regulación general se explica, entonces, por la especial finalidad del recurso, como garantía de tutela restitutoria.

11. Órgano competente

43. Antes de la reforma operada por la Ley 34/2010, la LCSP establecía una serie de parámetros para determinar el órgano competente para la resolución del recurso especial. Concretamente, determinaba que el órgano debía poner fin a la vía administrativa, puesto que tras la resolución del recurso especial tenía que poder acudir directamente a la jurisdicción contencioso-administrativa. Esta regulación se criticó por la doctrina al entender que se había creado un mecanismo equivalente al recurso de reposición. En esta misma línea, *la Comisión consideró que esta regulación era insuficiente ya que no garantizaba la independencia del órgano competente para entender del recurso*⁶⁵. Esta apreciación de la Comisión hay que situarla en el contexto del juicio concreto del sistema español de recursos, porque del texto de las directivas se desprende que la garantía de independencia se exige fundamentalmente a los órganos que conocen del recurso en segunda instancia y que, por tanto, deben reunir los atributos análogos a un órgano jurisdiccional. Sin embargo, esta interpretación se ha asumido por el legislador y la consecuencia ha sido la modificación de la LCSP mediante la Ley 34/2010, que se ha consolidado en el TRLCSP.

⁶⁴ Así, M.^a GUINOT BARONA, «El nuevo...», cit., p. 2.

⁶⁵ Dictamen motivado 260 2190/2002. Al respecto, J. A. MORENO MOLINA, «Las últimas reformas legislativas en materia de contratos públicos y el futuro próximo. Crónica de una avalancha normativa», en J. M.^a GIMENO FELIÚ (dir.), *Observatorio de Contratos Públicos 2010*, Civitas-Thomson, Cizur Menor, 2011, pp. 105-124, p. 118.

44. En la fase de enmiendas de esta Ley se realizaron algunas propuestas en torno a la competencia para resolver el recurso especial. Así, se planteó la posibilidad de que las Juntas Consultivas de Contratación fuesen las encargadas de la resolución de los recursos especiales. Ello se justificaba fácilmente debido a que se trata de órganos que ya están en funcionamiento y que se componen de expertos independientes en la materia que podrían cumplir perfectamente esta función. De hecho, esta posibilidad ya se había apuntado hace años por la doctrina⁶⁶. Sin embargo, finalmente *el legislador optó por crear un nuevo órgano: el denominado Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC)* —art. 41 TRLCSP—. A pesar de su denominación, el TACRC es un órgano de carácter administrativo. Le corresponde el conocimiento del recurso especial en el ámbito de la Administración General del Estado y de la adjudicación de contratos por el Consejo General del Poder Judicial, el Tribunal Constitucional y el Tribunal de Cuentas⁶⁷.

45. El legislador configura el TACRC como un órgano especializado, adscrito al Ministerio de Economía y Hacienda, que debe actuar con independencia funcional. *Esa independencia se proyecta sobre el régimen jurídico de nombramiento y permanencia en el cargo de sus miembros*. Tanto los vocales —un mínimo de dos— como el presidente del nuevo órgano han de ser funcionarios de carrera —en su caso, pertenecientes al Subgrupo A1 conforme a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público—, de cuerpo o escala para cuyo acceso sea necesario el título de licenciado o grado y que se hayan desempeñado profesionalmente en su actividad por un periodo superior a quince años, preferentemente en el ámbito del Derecho administrativo en relación directa con la contratación pública. Esta regulación admite, así, la posibilidad de nombrar como miembros del Tribunal a personas sin acreditar sus conocimientos jurídicos. En esos casos hay que tener en cuenta que hipotéticamente puede concurrir un incumplimiento del derecho al juez ordinario predeterminado por la Ley. En efecto, el Tribunal Constitucional afirma que la Constitución no señala un juez concreto⁶⁸. Pero los miembros del órgano competente para entender del recurso han de estar suficientemente cualificados en materia de contratación pública. Así se puso de manifiesto por el Tribunal Constitucional austriaco en relación con el nombramiento de un ingeniero como miembro del órgano de recurso competente; aunque el Tribunal de Justicia no se pronunció directamente sobre esta cuestión⁶⁹.

⁶⁶ Así, J. M.^a GIMENO FELIÚ, *El control de la contratación pública (las normas comunitarias y su adaptación en España)*, prólogo de J. BERMEJO VERA, Civitas, Madrid, 1995, p. 104. También a favor de esta posibilidad, L. Á. BALLESTEROS MOFFA, «Comentario a...», cit., p. 45.

⁶⁷ Sobre el proceso de decisión que lleva a la creación del nuevo Tribunal, *vid.* J. A. MORENO MOLINA, *La reforma...*, cit., pp. 110-114.

⁶⁸ STC 97/1987, de 10 de junio, ponente: Luis Díez-Picazo y Ponce de León.

⁶⁹ El asunto llegó al Tribunal de Justicia, que lo resolvió en la sentencia de 4 de febrero de 1999, C-103/97, *As. Josef Köllensperger GmbH & CO. KG, Atzwanger AG y Gemeindeverband Bezirkskrankenhaus Schwaz*, ponente: P. J. G. Kapteyn, abogado general: A. Saggio. Esta sentencia resolvió una cuestión prejudicial planteada por el *Tiroler Landesvergabeamt* de Austria.

46. Además, como se deriva de las causas de cese de los miembros, han de ostentar la nacionalidad española. El nombramiento corresponde al Consejo de Ministros a propuesta conjunta de los Ministros de Economía y Hacienda y Justicia y se realiza por una duración de seis años improrrogables —salvo en el caso de la primera renovación, que se llevará a cabo de forma parcial a los tres años del nombramiento, determinando por sorteo qué vocales deben ser cesados—⁷⁰. Una vez nombrados, los miembros del Tribunal serán independientes e inamovibles. Sólo podrán ser removidos de sus cargos por una serie de causas tasadas en la Ley: *a)* expiración del mandato; *b)* renuncia aceptada por el Gobierno; *c)* pérdida de la nacionalidad española; *d)* incumplimiento grave de sus obligaciones; *e)* condena a pena privativa de libertad o a inhabilitación absoluta o especial para empleo o cargo público por razón de delito, y *f)* incapacidad sobrevenida para el ejercicio de su función. El funcionamiento del nuevo Tribunal se regirá por las disposiciones contenidas en la LRJPAC para los órganos colegiados. Estas características pueden llevar a considerar a estos órganos como órganos jurisdiccionales a los efectos del Derecho europeo, por lo que no sería necesaria una segunda instancia jurisdiccional para satisfacer las exigencias de las directivas. Distinta es la necesidad de esa instancia a nivel nacional como consecuencia de la aplicación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

47. Como se ha mencionado, el nuevo Tribunal sólo se refiere a los procedimientos de adjudicación en el marco del Estado. Las Comunidades Autónomas (CCAA) —y también las ciudades de Ceuta y Melilla— deben determinar quién resuelve el recurso especial en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de los órganos y la Administración autonómica. De lo contrario, siguen siendo competentes los órganos previstos por la normativa anteriormente vigente conforme a las prescripciones de la disposición transitoria segunda de la Ley 34/2010. *El TRLCSP únicamente establece que el órgano debe ser independiente y no prejuzga su carácter unipersonal o colegiado*, pero obliga a que sus miembros garanticen un «adecuado conocimiento de las materias de que deba conocer». Además, cabe la posibilidad de que las CCAA —incluidas las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla— atribuyan el conocimiento de los recursos especiales al TACRC del Estado, mediante la celebración del correspondiente convenio en el que se establecerá la contribución de la Comunidad Autónoma a los gastos derivados del funcionamiento del Tribunal.

48. Las CCAA han comenzado a prever y crear sus órganos de resolución de recursos contractuales. En el caso de Andalucía, su Tribunal, de carácter unipersonal, comenzó a actuar en diciembre de 2011, conforme al Decreto 332/2011, de 2 de noviembre. Aragón ha creado el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos mediante la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón. También Cantabria, mediante la Ley 1/2010, de 27 de abril, autoriza al Gobierno a crear un órgano específico a estos efectos, que aún no se ha constituido. Antes de la Ley 34/2010, Cataluña previó en la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de medidas

⁷⁰ La composición del Tribunal puede consultarse en internet: <http://www.meh.es/es-ES/Servicios/Contratacion/TACRC/Paginas/Tribunal%20Administrativo%20Central%20de%20Recursos%20Contractuales.aspx>.

fiscales y administrativas, la creación de un órgano independiente para la resolución de los recursos especiales de contratación, pero aún no se ha constituido⁷¹. Castilla y León, por su parte, ha previsto la creación de un órgano autonómico de recursos en la Ley 19/2010, de 22 de diciembre, de Medidas Financieras y de Creación del Ente Público Agencia de Innovación y Financiación Empresarial. También Galicia tiene previsto constituir su órgano de recursos contractuales en virtud de la Ley 15/2010, de 28 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas. Madrid ha constituido ya el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, creado en la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público. Después de la aprobación de la Ley 34/2010 el gobierno de Navarra ha aprobado el Decreto Foral 24/2010, de 28 de septiembre, de creación del Tribunal Administrativo Foral de Recursos Contractuales. Por último, el País Vasco ha creado su órgano de recursos con carácter unipersonal en la Ley 5/2010, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales de 2011⁷².

49. En el caso de los entes locales, el órgano competente será el que determine la Comunidad Autónoma correspondiente —si tiene competencia normativa y de ejecución en materia de régimen local y contratación— (art. 41.3 TRLCSP). Si la legislación autonómica no establece ninguna previsión expresa, la competencia corresponderá al mismo órgano que resuelva sobre los recursos relacionados con procedimientos de adjudicación en su ámbito. La legislación remite, así, a los *legisladores autonómicos la decisión en torno a la competencia para resolver los conflictos de contratación a nivel local*. En este sentido hay que interpretar la eliminación de la posibilidad de las Diputaciones Provinciales de crear órganos independientes, tal como establecía el Anteproyecto de la Ley 34/2010 —sin perjuicio de la existencia de órganos de recurso independientes en las Diputaciones Forales vascas⁷³—. Y también, la tendencia autonómica a concentrar en sus propios órganos de recurso el conocimiento de los conflictos derivados de la contratación local⁷⁴. Hasta ahora sólo dos Comunidades Autónomas han admitido la creación de órganos de recurso a nivel local. Es el caso del País Vasco, donde se prevé la posibilidad de que los municipios de más de 50.000 habitantes creen sus propios órganos de recurso⁷⁵, y también de Andalucía, que realiza la misma previsión sin establecer ningún

⁷¹ Al respecto, J. A. MORENO MOLINA, *La reforma...*, cit., pp. 115-116.

⁷² En torno a las características de los nuevos órganos autonómicos de recursos, *vid.* la detallada exposición de M. Á. BERNAL BLAY, «Aspectos orgánicos del recurso especial en materia de contratación pública en las Comunidades Autónomas», *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 26, 2011, pp. 7-26, pp. 15 y ss.

⁷³ El Decreto Foral 44/2010, de 28 de septiembre, creó en Álava el Órgano Administrativo Foral de Recursos Contractuales; el Decreto Foral 24/2010, de 28 de septiembre, crea y regula en Guipúzcoa el Tribunal Administrativo Foral de Recursos Contractuales, y el Decreto Foral 102/2010, de 29 de septiembre, crea el Tribunal Administrativo foral de recursos contractuales en Vizcaya.

⁷⁴ Ésta es la solución admitida en la Comunidad de Madrid, que ha establecido el pago de una tasa por la utilización del Tribunal autonómico para resolver conflictos derivados de la contratación de los entes locales. Art. 3.5.c) de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público.

⁷⁵ DA 8.ª, apartado 2, Ley 5/2010, de 23 de diciembre, de Presupuestos del País Vasco para 2011.

límite poblacional⁷⁶. Por el momento, esta posibilidad sólo se ha utilizado en el caso del Ayuntamiento de Granada, que ha aprobado recientemente el Reglamento de Funcionamiento de su Tribunal Administrativo de Contratos Públicos⁷⁷. El Tribunal granadino se configura como un órgano de naturaleza colegiada con, al menos, tres miembros nombrados por el alcalde. Sus funciones se equiparan a las del TACRC en cuanto al conocimiento de los recursos especiales y las cuestiones de nulidad previstas en el TRLCSP y en la Ley 31/2007, de Contratos en los denominados Sectores Especiales. En este sentido, el Reglamento municipal asume la regulación establecida por la legislación estatal para la tramitación de estos recursos. Ahora bien, llama la atención la atribución al Tribunal de funciones complementarias a éstas que pueden poner en entredicho la imparcialidad exigida por el Derecho europeo al órgano de recurso nacional. El Tribunal de Granada debe participar en la elaboración de instrucciones internas de contratación, y puede actuar, en general, como órgano consultivo de los entes adjudicadores del municipio, de la provincia y de otras entidades locales que así lo requieran —ampliando, así, de forma discutible, su radio de actuación más allá del término municipal—. Esta amplitud de funciones se ha criticado ya en la doctrina, puesto que la tarea de asesoramiento a los entes adjudicadores es difícilmente compatible con el mantenimiento de una posición imparcial en la resolución de recursos que afectarán precisamente a la legalidad de los procedimientos de adjudicación tramitados por esos mismos entes⁷⁸. La creación de órganos de recurso a nivel municipal debe garantizar, por tanto, la suficiente distancia con las entidades adjudicadoras como para entender que su actuación es verdaderamente independiente e imparcial.

50. Por último, en el caso de los *recursos contra actos de poderes adjudicadores que no son Administración pública*, el art. 41.4 TRLCSP establece que *es competente el órgano que resuelva los recursos referidos a la Administración a la que se vincule la entidad*. Si el ente se vinculase a más de una Administración, habrá que atender al órgano competente para resolver el recurso de la Administración que tenga un control o participación mayoritaria en la entidad. Si la participación o control es igual, el recurrente podrá elegir entre los órganos competentes. Así en el caso de una Administración mixta con participación del Estado y de una Comunidad Autónoma, el recurrente podrá acudir frente al TACRC o ante el correspondiente órgano autonómico. Esta misma regla se aplica para determinar la competencia en contratos subvencionados (art. 41.5 TRLCSP).

12. Resolución del recurso

51. Una vez transcurridos los plazos previstos para la tramitación del recurso especial, debe dictarse una resolución expresa. Su contenido podrá ser de inadmisión,

⁷⁶ Art. 10 del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

⁷⁷ Publicado en el *BOP* el pasado 17 de febrero de 2012.

⁷⁸ En este sentido, M. Á. BERNAL BLAY, «Tribunales de contratos y Administración local», publicado el pasado 27 de febrero de 2012, en *Observatorio de Contratos Públicos: www.obcp.es*.

declaración del desistimiento del recurrente, desestimación total o parcial, estimación total o parcial y en su caso imposición de sanción por la existencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso. En todos los supuestos, *el sentido de la decisión debe estar adecuadamente motivado*, dando respuesta a las cuestiones planteadas —conforme al principio de congruencia y el deber general de motivación de los actos que resuelvan recursos administrativos—⁷⁹. La resolución podrá anular las decisiones ilegales impugnadas, retrotraer actuaciones, acordar la adjudicación a otro licitador e incluso —si lo solicita el interesado— determinar la obligación de indemnizar por los daños y perjuicios causados. En el caso de que la resolución imponga la adjudicación del contrato a otro licitador se le concederá un plazo de diez días hábiles para cumplimentar los requisitos previstos en el art. 151.2 TRLCSP. Todas estas decisiones podrán ser cumulativas y dependerán de la prueba de la concurrencia de la ilegalidad, de la posición jurídica del interesado y, en su caso, de la causación de daños. No obstante, hay que tener en cuenta que el recurso especial se configura, fundamentalmente, como un mecanismo de garantía de tutela restitutoria, por lo que serán escasos los supuestos en que se aprecie la existencia de daños resarcibles. Además, en su caso, la resolución deberá pronunciarse en torno a la suspensión del acto de adjudicación si aún se mantuviese, en torno al resto de medidas provisionales y sobre la devolución de las posibles garantías constituidas (art. 47.4 TRLCSP).

52. *El legislador guarda silencio en torno a la densidad del control* que puede ejercer el TACRC, pues, en principio, sería posible que pudiese llevar a cabo un control de legalidad absoluto, sin vinculación a las pretensiones del interesado. En la práctica, se observa una asunción de los criterios de control tradicionales empleados por la jurisdicción contencioso-administrativa. Así, por ejemplo, en la revisión de la valoración de criterios que incluyen un juicio de valor, el TACRC opta por realizar un control negativo apoyándose en los elementos formales, el principio de interdicción de arbitrariedad y la posibilidad de error material⁸⁰.

53. Por último, hay que señalar que *la resolución del recurso especial será directamente ejecutiva y contra ella sólo cabrá recurso contencioso-administrativo*. No hay que plantear un previo requerimiento o recurso administrativo (art. 44.1 LJCA) y tampoco cabe interponer un nuevo recurso especial contra la resolución del órgano de recurso que, por ejemplo, decide adjudicar el contrato al interesado. Además, se excluye la posibilidad de revisión de oficio, así como la fiscalización de los órganos de control financiero de las Administraciones a las que se adscriban (art. 49 TRLCSP). Esta regulación se explica por el interés del legislador en mantener la independencia en la resolución del recurso especial⁸¹.

⁷⁹ Arts. 47.2 TRLCSP (art. 317.2 LCSP) y 54.1.b) LRJPAC. En este sentido, I. GALLEGO CÓRCOLES, «Comentario a...», cit., p. XLVIII.

⁸⁰ Resolución TACRC 176/2011, de 29 de junio de 2011.

⁸¹ En torno al debate parlamentario sobre la introducción de este precepto en la LCSP, *vid.* M. PULIDO QUECEDO, *El nuevo...*, cit., pp. 102 y ss.

III. NOTA BIBLIOGRÁFICA

- BALLESTEROS MOFFA, L. A.: «Comentario a la Ley 34/2010, de 5 de agosto, de modificación de las leyes de contratación pública en materia de recursos, y de la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa», *Justicia Administrativa*, núm. 50, 2011, pp. 25-45.
- BAÑO LEÓN, J. M.: «El contencioso precontractual: las insuficiencias de la tutela jurisdiccional», en R. GÓMEZ-FERRER MORANT (dir.), *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, 2.ª ed., Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2004, pp. 329-363.
- «Tutela judicial precontractual», en J. BERMEJO VERA y M. Á. BERNAL BLAY (dir. y coord.), *Diccionario de contratación pública*, Iustel, Madrid, 2009, pp. 678-689.
- BERNAL BLAY, M. A.: «Nueva configuración del recurso especial en materia de contratación pública. Comentario al Proyecto de Ley por el que se adapta la Ley de Contratos del Sector Público a la Directiva 2007/66/CE, de 11 de diciembre de 2007», *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 100, 2010, pp. 31-44.
- «Reflexiones sobre el régimen de ejecución de los contratos públicos», en J. M.ª GIMENO FELIÚ (dir.), *Observatorio de Contratos Públicos 2010*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2011, cit., pp. 143-208.
- «Aspectos orgánicos del recurso especial en materia de contratación pública en las comunidades autónomas», *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 26, 2011, pp. 7-26.
- «Tribunales de contratos y Administración Local», publicado el pasado 27 de febrero de 2012, en *Observatorio de Contratos Públicos*: www.obcp.es.
- CUDERO BLAS, J.: «El control jurisdiccional de la preparación y adjudicación de los contratos del sector público. Análisis de la jurisprudencia española y comunitaria. La Ley 30/2007, de 30 de octubre», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 18, 2008, pp. 1-60.
- DÍAZ LEMA, J. M.: «Contratos públicos versus contratos privados: ¿es conveniente mantener la duplicidad de la ley de contratos del sector público?», *REDA*, núm. 141, 2009, pp. 5-42.
- DÍEZ SASTRE, S.: *La tutela de los licitadores en la adjudicación de contratos públicos*, Marcial Pons, Madrid, 2012.
- DÖRR, O.: «Das europäisierte Vergaberecht in Deutschland», *JZ*, núm. 14, 2004, pp. 703-713.
- GALLEGO CÓRCOLES, I.: «Comentario a la Ley 34/2010, de 5 de agosto, de modificación de las leyes 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y 29/1998, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para la adaptación a la normativa comunitaria de las dos primeras», en F. CASTRO ABELLA (coord.), *Contratación del Sector Público Local*, 2.ª ed., La Ley, El Consultor, Alcobendas, 2010, pp. XIX-LXX.
- «La contratación local ante las sucesivas reformas de la Ley de Contratos del Sector Público», *Anuario de Derecho Municipal 2010*, núm. 4, 2011, pp. 133-166.
- «Novedades en la regulación del recurso especial en materia de contratación: la discutible exclusión de las modificaciones contractuales *ex lege* de su ámbito de aplicación», *diario La Ley*, núm. 7718, 2011, pp. 1-8.
- GIMENO FELIÚ, J. M.: *El control de la contratación pública (las normas comunitarias y su adaptación en España)*, prólogo de J. BERMEJO VERA, Civitas, Madrid, 1995.
- «El nuevo sistema de recursos en materia de contratos públicos», en J. M.ª GIMENO FELIÚ (dir.), *Observatorio de Contratos Públicos 2010*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, pp. 211-258.

- «El régimen de la modificación de contratos públicos: regulación actual y perspectivas de cambio», *REDA*, núm. 149, 2011, pp. 29-54.
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S.: *Tratado de Derecho Administrativo*, t. IV: *El contrato administrativo*, 1.ª ed., Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2008.
- GUINOT BARONA, M.: «El nuevo recurso especial en materia de contratación y las medidas provisionales en la Ley de Contratos del Sector Público», *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 74, 2008, pp. 1-34.
- LÓPEZ-CONTRERAS GONZÁLEZ, M.: «El control de la adjudicación de los contratos públicos en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público. En especial, el recurso especial y las medidas cautelares», *Noticias de la UE*, núm. 298, 2009, pp. 71-82.
- MESTRE DELGADO, J. F.: «El control de la adjudicación de los contratos públicos a tenor del Derecho comunitario europeo: Una nueva ordenación de las medidas cautelares (Comentario a la Directiva 89/665/CEE, de 21 de diciembre de 1989)», *Noticias CEE*, núm. 74, 1991, pp. 35-40.
- MORENO MOLINA, J. A.: «La Ley 34/2010 y la adaptación en España del Derecho de la UE en materia de recursos en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 25, 2010, pp. 1-29.
- *La reforma de la Ley de Contratos del Sector Público en materia de recursos. Análisis de la Ley 34/2010, de 5 de agosto*, La Ley, Getafe, 2010.
- «Las últimas reformas de la LCSP y en especial la Ley 34/2010, de 5 de agosto, de modificación de la LCSP, la Ley de contratos en los sectores especiales y la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa», *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 102, 2010, pp. 3-32.
- «Las últimas reformas legislativas en materia de contratos públicos y el futuro próximo. Crónica de una avalancha normativa», en J. M.ª GIMENO FELIÚ (dir.), *Observatorio de Contratos Públicos 2010*, Civitas-Thomson, Cizur Menor, 2011, pp. 105-124.
- MORENO MOLINA, J. A., y PLEITE GUADAMILLAS, F.: *La nueva Ley de Contratos del Sector Público. Estudio sistemático*, La Ley-Wolters Kluwer, Alcobendas, 2011.
- NOGUERA DE LA MUELA, B.: «El control de la contratación pública en el Derecho comunitario y en el ordenamiento jurídico-administrativo español. Breve apunte a propósito de las modificaciones introducidas en el TRLCAP por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social», en J. M.ª GIMENO FELIÚ (coord.), *Contratación de las Administraciones Públicas: análisis práctico de la nueva normativa sobre contratación pública*, Atelier, Barcelona, 2004, pp. 95-130.
- PULIDO QUECEDO, M.: *El nuevo Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales. Y la modificación de la Legislación de Contratos Públicos y de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa por la Ley 34/2010, de 5 de agosto*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010.
- RAZQUIN LIZÁRRAGA, J. A.: «El sistema especial de recursos en la contratación pública tras la reforma de la LCSP», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 25, 2010, pp. 1-52.
- VÁZQUEZ MATILLA, F. J.: «Comentario a la sentencia del TJCEE de 3 de abril de 2008. La vulneración de la directiva sobre recursos y su incidencia en la normativa sobre contratación administrativa en Navarra», *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 45, 2008, pp. 149-181.
- VENTO TORRES, M.: «La Directiva 665/89/CEE sobre vías de recurso en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos. Especial referencia a la adopción de medidas provisionales», *Revista Española de la Función Consultiva*, núm. 3, 2005, pp. 115-128.