

El sistema de recursos en materia de contratación en la LCSP.
Especial incidencia en el Recurso Especial

Especialidad jurídica : Contratación Administrativa. (Derecho Administrativo)

Nombre : Caridad Ruiz Barbadillo

E mail : cariruiz1@hotmail.com

Título: El sistema de recursos en materia de contratación en la Ley 30/07, de 30 de Octubre de Contratos del Sector Público. Especial incidencia en el Recurso Especial en materia de contratación.

**EL SISTEMA DE RECURSOS EN MATERIA DE CONTRATACION
EN LA LEY 30/07, DE 30 DE OCTUBRE DE CONTRATOS DEL SECTOR
PÚBLICO.
ESPECIAL INCIDENCIA EN EL RECURSO ESPECIAL.**

INTRODUCCIÓN:

Es objeto del presente estudio exponer de forma pormenorizada el régimen de recursos aplicable tanto a los contratos sujetos a regulación armonizada como a los que no, analizando individualizadamente el régimen jurídico y los efectos de cada uno de ellos, al ser estos sustancialmente diferentes.

1.- REGIMEN DE RECURSOS PARA LOS CONTRATOS NO SUJETOS A REGULACION ARMONIZADA.

Inicialmente la legislación de 1995 contenía escasas referencias a los recursos en materia de contratación administrativa. Solo cabía la posibilidad de interponer el recurso contencioso administrativo o el de alzada en el supuesto de que estuviéramos ante un acto de trámite cualificado o ante un recurso de reposición. En definitiva, había que acudir al régimen de recursos previsto en la LRJAP-PAC.

En la nueva Ley de Contratos del Sector Público no encontramos, curiosamente, un régimen de recursos aplicables a los contratos no sujetos a regulación armonizada, lo que lleva a preguntarnos cual es entonces el sistema previsto legalmente. A nuestro juicio habrá que acudir nuevamente al sistema tradicional u ordinario de recursos previsto en la citada norma.

El problema radica en que para los contratos no sujetos a regulación armonizada los plazos de interposición de recurso de reposición (o en su caso los de interposición del contencioso administrativo) no parecen compatibles con el curso del procedimiento previsto en la Ley de Contratos del Sector Público para la elevación de la adjudicación provisional a definitiva, ni con los efectos previstos en dicha norma.

Hemos de tener en cuenta que la adjudicación provisional se configura como un acto declarativo de derechos, de tal forma que la adjudicación definitiva del contrato resulta ser solamente un acto posterior a la adjudicación provisional tras la cual se acredita por el adjudicatario provisional el cumplimiento entre otras de sus obligaciones tributarias o la constitución de

garantía definitiva.

De este modo la adjudicación provisional se configura como un acto administrativo que pone fin a la vía administrativa y por lo tanto los recursos que proceden contra dichos actos son el de reposición o en su caso, directamente el contencioso administrativo.

Así pues, para que los actos agoten la vía administrativa procede interponer recurso de reposición en el plazo de un mes desde la notificación del acto de adjudicación provisional; y además la regla general es la no suspensión; por lo que, pese a quedar pendiente la resolución del recurso, transcurridos diez días después de pasados los quince (plazo de espera de elevación a definitiva la adjudicación provisional), que tiene el adjudicatario provisional para presentar la documentación requerida, se elevará a definitiva la adjudicación provisional. Contra esta adjudicación definitiva confirmatoria de la provisional si se ha interpuesto recurso contra la provisional será inadmisibles el recurso de reposición o contencioso en base a lo dispuesto en el artículo 28 de la LJCA.

Lo mismo sería aplicable contra los actos susceptibles de recurso de alzada con la especialidad de que éste tiene carácter obligatorio y su no interposición impediría reabrir el control mediante la notificación de la adjudicación definitiva.

No obstante lo anterior, debido a la incompatibilidad de plazos mencionada, cabe también la posibilidad de que cuando se eleve a definitiva la provisional (salvo que se decida hacer coincidir el plazo de elevación a definitiva con el del recurso administrativo), todavía esté vigente el plazo para interponer potestativo de reposición contra dicha adjudicación provisional, de modo que en este caso no cabrá negar el recurso correspondiente contra la adjudicación definitiva. En este caso no normal y aconsejable sería el licitador recurriera ambos actos administrativos, provisional y definitivamente.

Por ello y en atención a nuestro régimen ordinario de recursos, no se conseguirá en estos casos, en los contratos no sujetos a regulación armonizada, el objetivo que persigue la ley con el recurso especial del artículo 37 y que es, fundamentalmente, la paralización del procedimiento en el supuesto de plantearse la impugnación de la adjudicación provisional, evitando así que, pese a la controversia sobre tal cuestión, se formalice la adjudicación del contrato y con ello se perfeccione comenzando así su ejecución, con las dificultades que ello entraña para un cumplimiento efectivo de la resolución que se dictase en su día estimando el recurso y por lo tanto anulando la adjudicación del contrato.

Sin embargo al no ser el recurso ordinario de reposición de carácter

**El sistema de recursos en materia de contratación en la LCSP.
Especial incidencia en el Recurso Especial**

obligatorio, aún no habiéndose interpuesto contra la adjudicación provisional, provisional cabría siempre el recurso contencioso administrativo al interponerse contra un acto firme que pone fin a la vía administrativa, siendo el plazo para interponerlo el de dos meses, y por tanto con posterioridad a la adjudicación definitiva.

Por todo ello contra los actos de adjudicación provisional, contra el acto administrativo que valore los criterios de adjudicación se podrá interponer recurso potestativo de reposición o bien directamente recurso contencioso administrativo, sin que la interposición de cualquiera de estos recursos suspenda los efectos de la adjudicación provisional.

2.- REGIMEN DE RECURSOS A LOS CONTRATOS SUJETOS A REGULACION ARMONIZADA: RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACION.

2.1.- ANTECEDENTES:

El precedente legislativo de la Ley de Contratos del Sector Públicos lo constituye el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/00, de 16 de Junio.

En dicho texto legal se determinaba, en relación con el régimen de recursos Administrativos que regían en materia de contratación administrativa, la aplicación del régimen propio establecido por la Ley 30/92, de 26 de Noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Es decir, que en supuestos de impugnaciones en materia de contratación, se podía interponer el recurso de alzada frente a aquellas decisiones de la Administración contratante que no ponían fin a la vía administrativa, y el recurso de reposición (de carácter facultativo) respecto de aquellos actos que sí ponían fin a la vía administrativa.

Con la Directiva 18/04 de contratos públicos (junto con la Directiva 89/665/CEE) se produce un cambio trascendental respecto del régimen de recursos administrativos establecido y que se trasladó a la actual Ley de Contratos de Sector Público que hoy tenemos (en adelante, LCSP).

Hay que poner de manifiesto en este aspecto que el Estado español lo debió haber adaptado su legislación antes de 1 de Febrero de 2006 implantando el sistema de recursos administrativos que ya hoy se contiene en la LCSP. Al no cumplir con dicha obligación, el estado español se vio condenado por no haber extendido el sistema de recursos a las empresas

El sistema de recursos en materia de contratación en la LCSP.
Especial incidencia en el Recurso Especial

públicas como podremos ver mas adelante.

La Directiva citada, la 89/665/CEE en su artículo 1 establecía literalmente lo siguiente:

*“ En lo relativo a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos comprendidos en el ámbito de aplicación de las Directivas, los Estados Miembros tomarán las medidas necesarias para **garantizar las decisiones adoptadas por las entidades adjudicadoras puedan ser recurridas de manera eficaz y, en particular, lo más rápidamente posible** (....)*

*Los Estados miembros **garantizarán que, con arreglo a modalidades que podrán determinar los Estados miembros, los procedimientos de recurso sean accesibles, como mínimo, a cualquier persona que tenga o haya tenido interés en obtener un determinado contrato público de suministros o de obras y que se haya visto o pueda verse perjudicada por una presunta infracción**”*

A la vista de ello, la Comisión entendió que España no había cumplido su obligación, interponiendo una demanda con España, siendo condenada por STJUE de 15 de Mayo de 2003. Esta condena sirvió de “escarmiento” al Estado español dando lugar a una reforma total del sistema de recursos que hasta entonces venia establecida en la normativa en materia de contratación administrativa. Precisamente esta sentencia dio lugar a que se añadiera al TRLCAP el art 67.4 de la Ley 62/03, de 30 de Diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, una Disposición Adicional, la Decimosexta, que regulo los recursos en materia de contratos de las sociedades de conformidad con el apartado 1 del artículo 2. No obstante, esta reforma introducida fue considerada como insuficiente por la CEE.

La Directiva 89/665/CEE lo que exigía era:

- a) La necesidad de disponer de un sistema de recursos rápido y eficaz;
- b) Potenciar un sistema efectivo de medidas cautelares, y
- c) Establecer un régimen de indemnización de daños y perjuicios producidos como consecuencia de la indebida adjudicación.

No obstante, y como ya hemos dicho anteriormente, el contenido de dichas Directivas a juicio de la Comisión era insuficiente por lo que la propia Comisión presento una propuesta de modificación de las Directivas 92/13/ CEE y 89/665/CEE.

**El sistema de recursos en materia de contratación en la LCSP.
Especial incidencia en el Recurso Especial**

En dicha propuesta de modificación se estableció una distinción entre los recursos que pueden interponerse antes de la formalización del contrato (destinado a corregir a tiempo las infracciones en Derecho Comunitario que pudieran haberse cometido) y los recursos que pueden interponerse después de la firma del contrato, que se limitan por lo general a la indemnización de daños y perjuicios.

En principio, de conformidad con estas Directivas, cuando un órgano de contratación concluye un procedimiento de adjudicación, debe suspender la celebración del contrato por un plazo de al menos 10 días a partir de la fecha de notificación de la decisión de adjudicación motivada a los operadores económicos que hayan participado en el procedimiento de adjudicación.

Si el órgano de contratación celebra ilegalmente un contrato durante este plazo suspensivo, no producirá efectos, si bien para ello es necesario que un operador económico someta el asunto dentro de un plazo de prescripción de 6 meses a partir de la fecha en que se celebró efectivamente el contrato.

En definitiva, la LCSP, transpone el contenido de dicha Directiva creando el recurso especial en materia de contratación, el mecanismo de indemnización de daños y perjuicios y el sistema de medidas cautelares.

Por otra parte, no debe olvidarse que la Directiva 89/665/CEE concreta la obligación de los Estados miembros de organizar un sistema de garantía eficaz y rápido sobre la base de presentar reclamación ante una de las tres siguientes instancias:

- . Frente al poder adjudicador,
- . Frente a un organismo que puede ser administrativo o
- . Frente a un organismo jurisdiccional.

... y sin embargo, en ningún momento se exige que el órgano que resuelva el recurso sea un órgano administrativo. Por eso, el Art. 81 de la Directiva exige que los Estados designen una agencia independiente para la resolución de los recursos.

No obstante todo lo anterior, en el sistema de recursos de la LCSP se vulnera la finalidad de la Directiva comunitaria y la doctrina de la TJCE en sentencia 28 de Octubre de 1999 (Alcatel) y no se alcanza imparcialidad ya que el sistema de recursos no puede ni debe descansar en el mismo órgano de contratación.

En definitiva, y a modo de resumen, se puede concluir que los elementos de conflicto entre lo dispuesto en la Directivas y nuestra legislación son tres:

**El sistema de recursos en materia de contratación en la LCSP.
Especial incidencia en el Recurso Especial**

El primero - *delimitación del ámbito de aplicación subjetiva*. Por ello hoy tenemos el Art. 3 de la LCSP. En esta línea se cumple razonablemente lo dispuesto en la Directiva. Sobre este tema, la STJCE de 16 de Octubre de 2003, entendió que ésta había incumplido las previsiones de la Directiva 93-37-CEE del Consejo, de 14 de Junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras.

El segundo - *tipo de actuaciones susceptibles de impugnación*. España argumentó la existencia en nuestro ordenamiento jurídico del art. 107 de la LRJAP-PAC. En este aspecto el TJCE concluyó que la normativa española garantiza a los interesados la posibilidad de recurrir no solo contra los actos definitivos sino también los actos de trámite.

El tercer elemento - *el sistema de recursos previsto en materia de contratación*. Tanto la CEE como la STJCE de 3 de abril de 2008 se pronuncian desfavorablemente pues no se contempla un plazo obligatorio para que la entidad adjudicadora notifique la decisión de adjudicación de un contrato a todos los licitadores, porque no se prevé un plazo de espera obligatorio entre la adjudicación de un contrato y su celebración y porque se tolera que un contrato anulado continúe produciendo efectos jurídicos.

2.2- CONTENIDO DEL ART 38 LCSP

El artículo 37 de la LCSP, relativo a Recurso especial en materia de contratación establece expresamente que:

1. Las decisiones a que se refiere el apartado 2 del presente artículo que se adopten en los procedimientos de adjudicación de contratos sujetos a regulación armonizada, incluidos los contratos subvencionados, contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II de cuantía igual o superior a 211.000 euros, o contratos de gestión de servicios públicos en los que el presupuesto de gastos de primer establecimiento sea superior a 500.000 euros y el plazo de duración superior a cinco años, deberán ser objeto del recurso especial en materia de contratación que se regula en este artículo con anterioridad a la interposición del recurso, sin que proceda la interposición de recursos administrativos ordinarios contra los mismos. No se dará este recurso en relación con los actos dictados en procedimientos de adjudicación que se sigan por el trámite de emergencia regulado en el artículo 97.

2. Serán susceptibles de recurso especial los acuerdos de adjudicación provisional, los pliegos reguladores de la licitación y los

**El sistema de recursos en materia de contratación en la LCSP.
Especial incidencia en el Recurso Especial**

que establezcan las características de la prestación, y los actos de trámite adoptados en el procedimiento antecedente, siempre que éstos últimos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos.

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

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

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

En el supuesto de contratos subvencionados, la competencia corresponderá al titular del departamento, órgano, ente u organismo que hubiese otorgado la subvención, o al que esté adscrita la entidad que la hubiese concedido, cuando ésta no tenga el carácter de Administración Pública. En el supuesto de concurrencia de subvenciones por parte de distintos sujetos del sector público, la competencia se determinará atendiendo a la subvención de mayor cuantía y, a igualdad de importe, atendiendo a la primeramente concedida.

5. Salvo determinación expresa en contrario, la competencia para resolver el recurso especial en materia de contratación se entenderá

delegada conjuntamente con la competencia para contratar. No obstante, la facultad de acordar una indemnización por perjuicios no será susceptible de delegación, debiendo resolver sobre la misma, en todo caso, el órgano delegante; a estos efectos, si se estimase pertinente reconocer una indemnización, se elevará el expediente al órgano delegante, el cual, sin necesidad de avocación previa y expresa, resolverá el correspondiente recurso.

6. El plazo para interponer el recurso especial en materia de contratación será de diez días hábiles, contados a partir del siguiente a aquél en que se notifique o publique el acto impugnado. En el caso de que el acto recurrido sea el de adjudicación provisional del contrato, el plazo se contará desde el día siguiente a aquél en que se publique el mismo en un diario oficial o en el perfil de contratante del órgano de contratación, conforme a lo señalado en el artículo 135.4.

La presentación del escrito de interposición deberá hacerse en el registro del órgano de contratación o en el del órgano competente para la resolución del recurso. La subsanación de los defectos de este escrito deberá efectuarse, en su caso, en el plazo de tres días hábiles.

En el caso de que el procedimiento de adjudicación del contrato se tramite por la vía de urgencia prevista en el artículo 96, el plazo para la interposición del recurso será de siete días hábiles y el de subsanación, de dos días hábiles.

7. Si el acto recurrido es el de adjudicación provisional, quedará en suspenso la tramitación del expediente de contratación hasta que se resuelva expresamente el recurso, sin que pueda, por tanto, procederse a la adjudicación definitiva y formalización del contrato. No obstante, si el recurso se hubiese interpuesto contra el acto de adjudicación provisional de un acuerdo marco del que puedan ser parte un número no limitado de empresarios, el órgano competente para resolverlo podrá levantar la suspensión una vez transcurridos cinco días hábiles desde su interposición.

8. Interpuesto el recurso, se dará traslado del mismo a los restantes interesados, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, y se reclamará el expediente, en su caso, a la entidad, órgano o servicio que lo hubiese tramitado, que deberá remitirlo dentro de los dos días hábiles siguientes acompañado del correspondiente informe. Los licitadores tendrán, en todo caso, la condición de interesados en el procedimiento de recurso.

9. Una vez recibidas las alegaciones de los interesados, o transcurrido el plazo señalado para su formulación, el órgano competente deberá resolver el recurso dentro de los cinco días hábiles siguientes, notificándose la resolución a todos los interesados. 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.

La resolución del recurso estimará en todo o en parte o desestimará las pretensiones formuladas o declarará su inadmisión, decidiendo motivadamente cuantas cuestiones se hubiesen planteado. En todo caso, la resolución será congruente con la petición y, de ser procedente, se pronunciará sobre la anulación de las decisiones ilegales adoptadas durante el procedimiento de adjudicación, incluyendo la supresión de las características técnicas, económicas o financieras discriminatorias contenidas en el anuncio de licitación, anuncio indicativo, pliegos, condiciones reguladoras del contrato o cualquier otro documento relacionado con la licitación o adjudicación, sobre la retroacción de actuaciones, o sobre la concesión de una indemnización a las personas perjudicadas por una infracción procedimental.

Si la resolución del recurso acordase la adjudicación del contrato a otro licitador, se concederá a este un plazo de diez días hábiles para que cumplimente lo previsto en el artículo 135.4, segundo párrafo.

10. *Contra la resolución del recurso solo procederá la interposición de recurso contencioso-administrativo conforme a lo dispuesto en la Ley 29/98, de 13 de Julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa”.*

2.3.- ACTOS SUSCEPTIBLES DE RECURSO

Tal y como establece el art. 37.1 de la LCSP, son susceptibles de recurso especial en materia de contratación los siguientes contratos:

1.- Los contratos sujetos a regulación armonizada, incluidos los contratos subvencionados

El sistema de recursos en materia de contratación en la LCSP.
Especial incidencia en el Recurso Especial

2.- Los contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II de cuantía igual o superior a 211.000 euros,

3.- Y también los contratos de gestión de servicios públicos en los que el presupuesto de gastos de primer establecimiento sea superior a 500.000 euros y el plazo de duración superior a cinco años.

Como puede apreciarse gran parte de la contratación administrativa local queda fuera del ámbito de aplicación de este recurso especial, pues en los procedimientos de adjudicación de otros contratos del sector público que no sean de regulación armonizada o que no pertenezcan a alguna de las categorías antes expresadas, no cabrá interponer este recurso.

La limitación a esta cuestión ya fue objeto de crítica por parte del Consejo de Estado en su dictamen 514/06, al afirmar que:

“ (...) la finalidad que se persigue con el nuevo recurso y el sistema especial de medidas cautelares es, en último término, garantizar que el control del procedimiento de adjudicación sea rápido y eficaz, de modo que las incidencias que pueda plantearse se tramiten y resuelvan antes de adoptarse la decisión de adjudicación. Esta conveniencia de rapidez y eficacia en la resolución de las incidencias del procedimiento de adjudicación resulta extensible a cualquier tipo de contrato, esté o no sujeto a regulación armonizada. Por estas razones, y aun cuando las exigencias de la Directiva de recursos queden cumplidas con aplicar estos mecanismos de garantía a los contratos sujetos a regulación armonizada, sería conveniente valorar su extensión a todos los contratos comprendidos en el ámbito de aplicación del anteproyecto de ley”

Lo cierto es que la crítica que el Consejo de Estado elabora es coherente con la finalidad que la Directiva persigue ya que no resulta lógico que este sistema de recursos se aplique a los contratos sujetos a regulación armonizada y no a los no sujetos a regulación armonizada. No se entiende bien si lo que ha querido el legislador es huir del derecho administrativo para aquellos contratos no sujetos a regulación armonizada, en este caso no sería de extrañar que nuevamente recayera contra España una nueva condena que haga que se aplique de una vez todas la Directiva de forma estricta en esta materia.

2.4.- DECISIONES IMPUGNABLES

El sistema de recursos recogido en la LRJAP-PAC (arts. 107 y s.s.) prevé la posibilidad de recurrir los actos de trámite cuando decidan directa o

El sistema de recursos en materia de contratación en la LCSP.
Especial incidencia en el Recurso Especial

indirectamente el fondo del asunto, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos.

Como dijimos anteriormente, de conformidad con el TRLCAP este sistema de recursos no era susceptible de aplicación, sin embargo, con la redacción dada en el art. 37.2 de la nueva Ley de Contratos del Sector Público se acoge este concepto, ampliándose de este modo las posibilidades del licitador a la hora de recurrir. Así el art. 37.2 de la LCSP señala que serán impugnables por esta vía (siempre que se traten de contratos sujetos a regulación armonizada) los siguientes actos :

- . Los acuerdos de adjudicación provisional.
- . Los pliegos de cláusulas administrativas particulares (o en su caso, generales debidamente aprobados) y pliego de prescripciones técnicas.
- . Los actos de trámite siempre que éstos decidan directa e indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar con el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos.
- . Los defectos de tramitación diferentes a los citados en el anterior punto poniéndolo de manifiesto el interesado al órgano de contratación a efectos de su corrección sin perjuicio de que pueda ser alegado posteriormente por aquel al recurrir el acto de adjudicación provisional.

Fuera de este ámbito tendremos que acudir al régimen de recursos administrativos en general de la LRJAP-PAC. Es decir, que solo cabe la interposición del recurso especial en materia de contratación en determinadas decisiones tasadas por la Ley, y que son las citadas anteriormente.

De este modo, una vez celebrado el contrato, los actos administrativos de las fases de cumplimiento y extinción del contrato, ejercicio de prerrogativas, resolución de contratos... etc., podrán ser objeto de recursos administrativos ordinarios (de alzada o de reposición) pero no de este recurso especial.

Por otra parte y según el art 3.3 de la LCSP tampoco serán susceptibles de recurso especial las decisiones contractuales adoptadas por todos aquellos entes que, sin ser Administración Pública, tienen la consideración de poderes adjudicadores. En estos casos evidentemente no cabe recurso administrativo alguno, ni los ordinarios, ni el especial.

El sistema de recursos en materia de contratación en la LCSP.
Especial incidencia en el Recurso Especial

Ni tampoco son susceptibles de recurso las decisiones precontractuales adoptadas en procedimientos relativos a contratos del sector público que no estén sujetos a regulación armonizada, siempre que no pertenezca a algunas de las categorías antes mencionadas.

No obstante lo anterior, debemos tener en cuenta que este recurso especial sustituye al de alzada o de reposición; es decir, que cuando el art 37 de la LCSP señala que : “ (...) *solo procederá la interposición de recurso contencioso-administrativo* (...) “ , lo que esta queriendo decir es que, contra estos actos susceptibles de impugnación solo cabe interponer este recurso, y, por lo tanto, no procede, además de éste, interponer el recurso de alzada o reposición, pues lo único que cabría es ir directamente a la vía contenciosa.

Es decir, que con todo esto, lo que se quiere poner de manifiesto es que una de las notas características de este recurso es que se trata de un recurso **preclusivo y exclusivo** ya que solo procederá la interposición de este recurso a la vía jurisdiccional cuando se haya agotado la vía administrativa, y, **exclusivo**, por cuanto no pueden interponerse otros recursos administrativos mas que éste, al estar diseñado especialmente para materia propia de la contratación administrativa, y como se verá, solo respecto de aquellos actos que la propia LCSP delimita.

Por tanto, y en su contrario, solo procederá acudir a la vía contenciosa cuando se haya agotado la vía administrativa mediante el recurso especial en materia de contratación, pues ello conllevaría inadmisibles no deseadas (siempre, claro esta, que el interesado haya sido claramente informado de las posibilidades impugnatorias).

En cuanto a los contratos privados celebrados por poderes adjudicadores (no Administración Pública) sujetos a regulación armonizada también procede este recurso especial contra los actos de adjudicación provisional. En este supuestos nos estamos refiriendo concretamente a contratos llevados a cabo por entes del sector publico que no tengan la consideración de Administración pero si de poder adjudicador. (Informe J. Consultiva de Aragón)

Por otra parte es importante destacar que el art 107.2 de la LRJAP-PAC prevé la posibilidad de que las leyes establezcan recursos administrativos especiales que sustituyan al recurso de alzada en ámbitos sectoriales determinados y cuando la especificidad de la materia así lo justifique, aunque impone que se respeten los principios, garantías y plazos establecidos en la Ley 30/92, lo que no ocurre en este caso.

2.5.- IMPUGNACION DE LOS ACTOS DE LA MESA DE

CONTRATACION

Con independencia de todo lo expuesto anteriormente, se plantea la posibilidad de es o no factible impugnar los actos de la Mesa de Contratación en la medida en que este es un órgano colegiado de asistencia y no resolutorio en sentido estricto. Con el nuevo recurso especial en materia de contratación se pueden impugnar determinados actos de trámite cualificados. En cualquier caso, lo que no cabe duda es que los actos de la Mesa de contratación tienen especial relevancia.

En esta materia se ha ido produciendo un cambio jurisprudencia pues anteriormente la jurisprudencia venía considerando que no cabía la posibilidad de impugnar los actos de la mesa de contratación.

Sin embargo, ahora cada vez es mas frecuente a raíz de la entrada en vigor de la LCSP utilizar el recurso de alzada en base a lo previsto en el art 111 de la LRJAP-PAC.

Y en este sentido se pronuncia el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa nº 48/08, de 29 de Enero concluye que:

“ (...) Ello nos lleva a la cuestión relativa a la competencia para resolver el recurso y consiguientemente a la clase de recurso que puede interponerse: alzada o reposición. A este respecto, tanto si los actos de trámite posteriores a la adjudicación provisional son dictados por la Junta de Contratación, cuando lo haya, como si lo son por la Mesa de Contratación, se trata de actos que no agotan la vía administrativa, por lo que deberán ser objeto de recurso de alzada ante el órgano que sea el superior jerárquico de la Mesa por estar ésta adscrita a él” .

Por tanto se puede decir que es factible jurídicamente interponer recurso de alzada ante el órgano de contratación por los actos preparatorios de la Mesa de Contratación por ejemplo en el supuesto de rechazo de una proposición por no acreditar los requisitos exigidos.

2.6.- LEGITIMACIÓN

En cuanto a la legitimación para interponer este tipo de recurso, la Directiva 89/665/CEE señala en su art. 1.3 que:

*“Los Estados Miembros **garantizarán que**, con arreglo a modalidades que podrán determinar los Estados miembros, **a cualquier persona que tenga o haya tenido interés en obtener un determinado contrato público de***

suministros o de obras y que se haya visto o pueda verse perjudicada por una presunta infracción. En particular, los Estados Miembros podrán exigir que la persona que desee utilizar tal procedimiento hay informado previamente al poder adjudicador de la presunta infracción y de su intervención al poder adjudicador de su intención de presentar recursos”

Ello quiere decir que los recursos deben ser accesibles a aquellos que tengan o hayan tenido interés en obtener la adjudicación de un contrato y se hayan visto perjudicadas o puedan serlo por la presunta infracción cometida.

En torno a esta cuestión, se ha pronunciado la STJCE de 12 de Febrero de 2004, que exige para poder impugnar la adjudicación haber participado en el procedimiento de licitación al considerar que no ha participado en el procedimiento de adjudicación no está en condiciones de prestar todos los servicios objeto de la licitación. No obstante esto, el Tribunal Supremo, a pesar de lo dicho anteriormente, no exige la participación del licitador para impugnar las bases. (Sentencia de 24 de Septiembre de 1992).

A pesar de lo controvertida que puede resultar esta cuestión, lo cierto es que, no obstante esto, el art 37.3 establece una legitimación más amplia que la señalada por la CEE al disponer lo siguiente:

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

Como se aprecia con la lectura del citado precepto, se introduce el concepto de “*interés legítimo*” y se abandona el aspecto formal de si se ha impugnado o no previamente los pliegos de condiciones, o si es o no licitador. Esta consideración del “legitimado” tiene así su fundamento directo en la jurisprudencia.

A continuación reproducimos en extracto algunas sentencias que marcan esta línea jurisprudencia:

Así la STJCE de 12 de Febrero de 2004 afirma lo siguiente:

“(...) De lo anterior resulta que los Estados miembros no están obligados a garantizar que dichos procedimientos de recurso sean accesibles a cualquier persona que desee obtener la adjudicación de un contrato público, sino que pueden exigir que la persona interesada se haya visto perjudicada o pueda verse perjudicada por la infracción que alega.

**El sistema de recursos en materia de contratación en la LCSP.
Especial incidencia en el Recurso Especial**

En este sentido, como ha señalado la Comisión en sus observaciones escritas, la participación en el procedimiento de adjudicación de un contrato puede constituir en principio válidamente, con arreglo al artículo 1, apartado 3, de la Directiva 89/665 , un requisito cuyo cumplimiento se exija para determinar que la persona afectada tiene un interés en obtener el contrato de que se trate o puede verse perjudicada por el carácter supuestamente ilegal de la decisión de adjudicación de dicho contrato. Si no ha presentado una oferta, esta persona difícilmente puede demostrar que tiene interés en oponerse a esta decisión o que se ha visto perjudicada o puede verse perjudicada como consecuencia de dicha adjudicación.

No obstante, en el supuesto de que una empresa no haya presentado una oferta debido a la existencia de características supuestamente discriminatorias en la documentación relativa a la licitación o en el pliego de cláusulas administrativas, que le hayan impedido precisamente estar en condiciones de prestar todos los servicios solicitados, tendría derecho a ejercitar un recurso directamente contra dichas características, incluso antes de que concluya el procedimiento de adjudicación del contrato público de que se trate.

En efecto, por una parte, sería excesivo exigir que una empresa supuestamente perjudicada por las cláusulas discriminatorias existentes en la documentación de la licitación, antes de poder utilizar los procedimientos de recurso previstos por la Directiva 89/665 contra esas características, presente una oferta en el procedimiento de adjudicación del contrato controvertido, cuando sus posibilidades de que se le adjudique este contrato son nulas debido a la existencia de las citadas características. (...) “

“ (.....) En tales circunstancias la negativa a reconocer el interés en obtener el contrato de que se trate y, en consecuencia, el derecho a acceder a los procedimientos de recurso previstos por la Directiva 89/665, a una persona que no ha participado en el procedimiento de adjudicación del contrato, ni ha interpuesto un recurso contra la decisión de la entidad adjudicadora, en la que se fijan las características de la licitación, no puede menoscabar el efecto útil de dicha Directiva

Habida cuenta de todo lo anterior, procede responder a las cuestiones primera y tercera que los artículos 1, apartados 3 y 2, apartado 1, letra b), de la Directiva 89/665 deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a que después de la adjudicación de un contrato público, se considere que una persona no tiene derecho a acceder a los procedimientos de recurso previstos por dicha Directiva

El sistema de recursos en materia de contratación en la LCSP.
Especial incidencia en el Recurso Especial

cuando esta persona no ha participado en el procedimiento de adjudicación del citado contrato, debido a que no estaría en condiciones de prestar todos los servicios objeto de la licitación, como consecuencia de la existencia de características supuestamente discriminatorias en la documentación relativa a ésta, y contra las cuales, aun así no interpuso un recurso antes de la adjudicación del citado contrato”.

STJCE de 2 de Junio de 2005:

“ (...) Un órgano jurisdiccional nacional, ante el que un licitador solicita la anulación de un acuerdo por el que se cancela una licitación por ser contrario al Derecho comunitario, a declarar la admisibilidad de tal recurso de anulación y, de ser así, en qué condiciones

Dichas disposiciones de la Directiva 89/668 son incondicionales y suficientemente precisas para conferir un derecho a favor de un particular que éste puede invocar, en su caso, frente a una entidad adjudicadora como BIG.

En estas circunstancias, el órgano jurisdiccional competente debe dejar sin aplicar las normas nacionales que le impidan cumplir la obligación que de desprende de los arts 1, apartado 1 y 2, apartado 1, letra b) de la Directiva (...).”

O también la STS de 20 de Septiembre de 2004, en la que se afirma que:

“(...) Es cierto que, como regla general, ha de reconocerse legitimación para impugnar la adjudicación de un concurso a quienes han concurrido al mismo, y que quienes no han sido concursantes han de acreditar un interés legítimo en la impugnación para que les sea reconocido la indicada legitimación.

Pero, de acuerdo con la doctrina del TC y la Jurisprudencia de esta Sala que interpretó el invocado artículo 28 de la LJ, lo que otorga legitimación activa es la titularidad de cualquier interés legítimo en la anulación del acto administrativo impugnado, sin que pueda erigirse en exigencia formal ineludible para la impugnación de cualquier acto relacionado con un concurso en el que no se participa por las propias condiciones en que es convocado.

Con estas características y circunstancias de la demandante, para reconocer su legitimación para impugnar judicialmente no la adjudicación sino la misma convocatoria, no procede exigir

El sistema de recursos en materia de contratación en la LCSP.
Especial incidencia en el Recurso Especial

ineludiblemente su participación en un concurso cuyas condiciones y exigencias se estimaban contrarias al ordenamiento jurídico.

La no participación no se explica necesariamente por la falta de interés sino que cabe entender, como razona el Tribunal de instancia, que obedece a que, al tratarse inicialmente de un concurso de “ asistencia técnica², era un requisito para dicha participación contara con una preceptiva calificación empresarial que la demandante no poseía (...).”

Como puede apreciarse, los términos utilizados por el art 37.3 van más allá de la legitimación definida en la directiva comunitaria e incluso de la perfilada por la jurisprudencia del TS, ya que, no la limita a los que tengan interés en obtener la licitación, **sino a aquellos que se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso**, (concepto este mas amplio que el de “licitador”).

Si a este precepto se le diera una interpretación amplia, sostenida en sus propios términos literales, podría admitirse la legitimación, por ejemplo, a los propietarios de las viviendas afectadas por las obras públicas, objeto de contratación (pues no parece en principio que los excluya).

No obstante lo anterior, la legitimación no es tan amplia como para convertirla en acción pública sin necesidad de acreditar interés legítimo concreto.

Podemos citar varios ejemplos, tales como las siguientes resoluciones:

.- STS de 14 de Octubre de 2003, donde se dice para que exista interés legítimo debe repercutir de manera clara y suficiente en la esfera jurídica de quien acude al proceso

.- STC 129/01 que niega legitimación a la Unión Sindical de Comisiones Obreras de Ávila para impugnar una concesión administrativa

.- STS de 11 de Febrero de 2003 que declara que los Diputados o Senadores no están legitimados activamente para impugnar la adjudicación de un contrato administrativo.

.- STS de 15 de Diciembre de 2003 donde considera que los Concejales disidentes están legitimados para interponer este recurso especial. No obstante, a pesar de esta interpretación comparto la opinión de algunos autores sobre que no están legitimados los Concejales disidentes están legitimados para interponer este recurso especial ya que la legitimación solo les correspondería a las personas que pueden obtener un beneficio o evitar la

acusación de un perjuicio en la esfera de sus derechos e intereses.

.- STS de 17 de Mayo de 2005 que niega la legitimación activa a un Comité de Empresa.

2.7.- ORGANISMO COMPETENTE PARA LA RESOLUCIÓN DEL RECURSO.

De la lectura del Art. 37 de la LCSP extraemos las siguientes consideraciones en relación al órgano competente para la resolución del recurso:

.- El órgano competente para resolver el recurso no es un órgano independiente, sino que se atribuya **AL PROPIO ÓRGANO DE CONTRATACIÓN**, cuando éste pertenezca a una entidad que tenga el carácter de Administración Pública.

No obstante lo anterior, cuando se trate de **CONTRATOS SUBVENCIONADOS**, o, cuando la entidad del sector público contratante sea una persona jurídico-privada, la resolución del recurso se atribuye **AL ÓRGANO ADMINISTRATIVO DE TUTELA O AL QUE SE HUBIESE OTORGADO LA SUBVENCIÓN**.

Para los contratos **CELEBRADOS POR ENTIDADES QUE NO SON ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**, le corresponde resolverlo al titular del departamento, órgano, ente u organismo al que esté adscrito la entidad contratante o al que se corresponda su tutela (esta pensando en poderes adjudicadores)

Para aquellos **CONTRATOS CELEBRADOS POR ENTIDADES VINCULADAS CON MÁS DE UNA ADMINISTRACIÓN** (consorcio administrativo o sociedad mixta) le corresponde al órgano que ostente el control o participación mayoritaria.

Para las Comunidades Autónomas, serán sus propias normas las que determinen el órgano competente para resolver el Recurso Administrativo Especial, pero debe tratarse de un órgano cuyas resoluciones agoten la vía administrativa.

. La competencia para resolver el recurso especial en materia de contratación se entiende delegada conjuntamente con la competencia para contratar. No obstante, no ocurre lo mismo cuando se trata de acordar la indemnización de daños y perjuicios, ya que sobre la misma debe resolver el

órgano delegante y no puede el delegado.

Así, si se estimase conveniente reconocer una indemnización, se elevará el expediente al órgano delegante, el cual, sin necesidad de avocación previa y expresa, resolverá el correspondiente recurso. No obstante, esta regla carece de carácter básico, pudiéndose aplicar supletoriamente la regulación estatal no básica.

2.8.- PLAZO Y LUGAR DE INTERPOSICIÓN DEL RECURSO

De conformidad con la normativa de aplicación, el plazo para interponer el recurso es de **diez días hábiles**, salvo que se tramite por urgencia, en cuyo caso, será de **siete días hábiles**.

Sorprende que en este caso la Ley haya querido concretar que el plazo sean de días hábiles y no de días naturales, tal como establece con carácter general la Disposición Adicional decimoquinta de la LCSP.

En caso de urgencia, tal y como hemos señalado, se reducen los plazos de forma que el plazo de presentación pasa a ser de 7 días hábiles y el de subsanación se reduce a 2 días hábiles.

Del escrito de interposición se dará traslado a todos los interesados (y por tanto a todos los licitadores) a fin de que formulen las alegaciones que tengan por conveniente, lo que plantea la cuestión de si los interesados que no alegaron pueden o no interponer recurso contencioso administrativo.

En el supuesto de que el acto recurrido sea el de la adjudicación provisional del contrato, el plazo se contará desde el día siguiente a aquél en que se publique el mismo en un diario oficial o en el perfil del contratante del órgano de contratación conforme establece el art. 135.3 y 4 de la LCSP.

A efectos del recurso, para algunos autores, la fecha relevante y que tenemos que tomar por cierta es la fecha de publicación.

Los medios que puede plantear este tipo de publicación en Internet, permite al órgano de contratación publicar la adjudicación provisional en el Diario Oficial correspondiente. No obstante para algunos autores les surge la duda sobre cuando se inicia el computo del plazo para recurrir, si desde la notificación, o desde la publicación.

Partiendo del principio pro actione, otros autores opinan que la solución debe ser la mas favorable al ejercicio de la acción por lo que se computará desde el último de estos actos producidos.

**El sistema de recursos en materia de contratación en la LCSP.
Especial incidencia en el Recurso Especial**

En cuanto al lugar de presentación, según la Ley deberá presentarse ante el órgano de contratación o en el órgano competente para la resolución del recurso siendo el plazo de subsanación de errores será de tres días hábiles.

Una vez interpuesto el recurso se dará traslado del mismo a los restantes interesados que tendrán un plazo de diez días para formular alegaciones (considerándose interesado todo aquel que cumpla con lo dispuesto en el Art. 30 de la LPC).

Si la resolución del recurso acordase la adjudicación del contrato a otro licitador, se concederá a éste un plazo de diez días hábiles para que cumplimente lo previsto en el art. 135.4 de la LCSP. (plazo durante el cual el adjudicatario debe presentar la documentación acreditativa de su aptitud para contratar o la efectiva disposición de los medios que se hubiesen comprometido a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato, así como constituir la garantía procedente).

En cuanto a los efectos de la interposición del recurso, es importante comentar tiene efectos suspensivos, afirmando el art 37.7 de la LCSP que:

“ (.....) quedará en suspenso la tramitación del expediente de contratación hasta que se resuelva expresamente el recurso, sin que pueda, por tanto, procederse a la adjudicación definitiva y formalización del contrato (....)”.

Esta norma estatal (sin tener por qué) ha ido más lejos de lo que obligaba la normativa comunitaria ya que lo que está recogía expresamente que:

“(....) Por si mismos, los procedimientos de recurso no deberán tener necesariamente efectos suspensivos automáticos en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos a los que se refieran”

Algunos autores manifiestan que esto es correcto y adecuado ya que normalmente el perjudicado no muestra interés en el proceso jurisdiccional que resulte desfavorable a la Administración por cuanto hasta ahora el recurso tiene por resultado que, ejecutado y extinguido el contrato, ya no interesa al contratista o recurrente. No obstante lo anterior esto no es compartido por el que suscribe pues nuestro sistema ya preveía la adopción de medidas cautelares a través del LRJAP-PAC, siendo desproporcionada a nuestro juicio dicha medida suspensiva.

2.9.- RESOLUCIÓN DEL RECURSO

El órgano competente para la resolución dispone tras el trámite de audiencia de 5 días hábiles para pronunciarse.

Los aspectos más destacables en relación a la resolución del recurso son los siguientes:

1. El órgano de contratación es también el competente para resolver el recurso.

2. Si se trata de una entidad que esta vinculada o adscrita o tutelada por alguna Administración Pública, la competencia para resolver el recurso viene atribuida al titular del departamento, órgano, ente u organismo al que se adscriba o tutele la entidad contratante. En cualquier caso, habrá que estar a la norma reguladora interna que marque el camino orgánico adecuado.

3. Si se trata de contratos subvencionados, la resolución de la impugnación corresponde al órgano concedente de la subvención, y en caso de pluralidad de subvenciones, corresponderá a quien haya otorgado la de mayor cuantía será el competente. En caso de igualdad de cuantía en las subvenciones, es el criterio temporal el que prima, es decir, quien primero haya concedido la subvención.

2.10.- EL SILENCIO ADMINISTRATIVO

El recurso podrá entenderse desestimado si transcurrido el plazo de 20 días hábiles desde la interposición no se ha recibido resuelto o notificado la resolución adoptada.

No obstante esto hay que poner de manifiesto que la desestimación presunta del recurso no enerva la eficacia suspensiva de la interposición del mismo en el caso de que el acto impugnado sea la ejecución provisional. Es decir, obviamente se ha de tener que resolver expresamente el recurso para poder continuar con la tramitación del procedimiento de adjudicación. (Art 39.7 LCSP).

3.- LA NUEVA DIRECTIVA 2007/66/CEE, DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, POR LA QUE SE MODIFICAN LAS DIRECTIVAS

89/665/CEE Y 92/13/CEE DEL CONSEJO EN LO QUE RESPECTA A LA MEJORA DE LA EFICACIA DE LOS PROCEDIMIENTOS DE RECURSO EN MATERIA DE ADJUDICACIÓN DE CONTRATOS PUBLICOS

La finalidad de esta Directiva es introducir en las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE los matices indispensables a fin de conseguir los objetivos marcados por la legislación comunitaria.

El plazo de transposición de esta Directiva finaliza el 29 de Diciembre de 2009 y de ahí su importancia.

Como quiera que hay una ausencia de plazo para permitir un recurso eficaz entre la decisión de adjudicación de un contrato y la celebración de éste. Esto conduce a la firma urgente del contrato por los poderes adjudicadores y las entidades contratantes, que desean con ello hacer irreversibles las consecuencias de la decisión de adjudicación. Para ello se establece un plazo suspensivo mínimo durante el cual se suspenda la celebración del contrato, independientemente de que dicha celebración se produzca o no en el momento de la firma del contrato.

La Directiva solo prevé plazos suspensivos mínimos. Los Estados miembros tienen la libertad de introducir o mantener plazo superiores a dichos plazos mínimos y para decidir el plazo, si se utilizan acumulativamente diversos medios de comunicación.

El plazo suspensivo debe dar a los licitadores afectados el tiempo suficiente para examinar la decisión de la adjudicación del contrato y evaluar si interpone o no recurso.

Esta Directiva necesariamente modificará la LCSP a fin de impedir infracciones graves en materia de suspensión del procedimiento de adjudicación, los controles deben considerarse ineficaces y por tanto preverse como causa de invalidez de los contratos, que además habrá de sujetarse a un plazo de prescripción de ejercicio de la acción de ineficacia, o establecer sanciones administrativas. Por otro lado, para el caso de otros incumplimientos de requisitos formales, establecer sanciones que consistan en la imposición de multas o en una reducción de la duración del contrato. La regulación de la invalidez de los contratos en la LCSP que remite a la general de invalidez de los actos administrativos resulta insuficiente.

El sistema de recursos en materia de contratación en la LCSP.
Especial incidencia en el Recurso Especial

Bibliográfica:

- .Contratación del Sector Público Local. La Ley. Diversos autores
- .Contratos del Sector Público. Bosch. Diversos autores
- .Revista de Contratación Administrativa Practica.
- .D. José María Gimeno Feliú
- .Aspectos prácticos y novedades de la contratación pública. La Ley.
Diversos autores

[Revista Jurídica de España – ir a portada](#)