

EL RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN TRAS LA REFORMA DE LA LEY 30/2007, DE 30 DE OCTUBRE, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO POR LA LEY 34/2010

CARMEN MARÍA SALGUEIRO MOREIRA

Letrada de la Xunta de Galicia

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. ACTOS RECURRIBLES. III. CARÁCTER POTESTATIVO DEL RECURSO. IV. ÓRGANO COMPETENTE PARA LA RESOLUCIÓN DEL RECURSO. V. LEGITIMACIÓN. VI. MEDIDAS PROVISIONALES. VII. INICIACIÓN DEL PROCEDIMIENTO, PLAZO DE INTERPOSICIÓN Y EFECTOS DERIVADOS DE LA INTERPOSICIÓN DEL RECURSO. VIII. TRAMITACIÓN DEL PROCEDIMIENTO. IX. LA RESOLUCIÓN DEL RECURSO Y SUS EFECTOS.

I.- INTRODUCCIÓN.

La reforma de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP) operada por la Ley 34/2010, de 5 de agosto, aparece justificada por la necesidad de incorporar las previsiones de la Directiva 2007/66/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007, por la que se modifican las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEEE del Consejo en lo que respecta a la mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos. La mencionada Directiva 2007/66/CE pretende reforzar la eficacia de los recursos nacionales, poniendo remedio a “*una serie de puntos débiles en los mecanismos de recurso existentes en los Estados miembros*” (Considerando 3).

Entre las modificaciones efectuadas por la Ley 34/2010 en la LCSP destacan, por su importancia, la refundición de la adjudicación en un solo acto desapareciendo toda referencia a provisional y definitiva, la perfección del contrato mediante su formalización y la encomienda a órganos independientes del conocimiento y resolución del recurso especial y medidas provisionales en materia de contratación, así como de latramitación y resolución de la cuestión de nulidad contractual en los nuevos supuestos especiales que se establecen para contratos sujetos a regulación armonizada, y para contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del anexo II de la LCSP cuyo valor estimado sea igual o superior a 193.000 euros. Se modifican asimismo otros aspectos de la LCSP que afectan en menor medida que los mencionados a la tramitación de los expedientes, y se da nueva redacción a algunos artículos, sin alterar su contenido, para su adaptación a la nueva regulación.

Por lo que respecta, en concreto, al recurso especial en materia de contratación pública, se desplaza su regulación a un Libro independiente, el Libro VI, bajo la rúbrica “*Régimen especial de revisión de decisiones en materia de contratación y medios alternativos de resolución de conflictos*” (artículos 310 a 320). De esta forma, como señala el profesor Moreno Molina, “*se le otorga la relevancia que merece al régimen especial de revisión de decisiones en materia de contratación y se garantiza una mayor seguridad jurídica que si se hubiera fragmentado la regulación de la materia en diversos libros dentro de la compleja estructura de la LCSP.*”¹

A continuación procederemos a analizar las principales novedades introducidas por la Ley 34/2010 en la regulación del recurso especial en materia de contratación pública.

II.- ACTOS RECURRIBLES.

Como advierte el profesor Moreno Molina:² “*una de las características más destacadas del recurso especial es que no se aplica a todos los contratos del sector público, sino sólo a los que identifica el apartado 1 del artículo 310. En este punto no ha habido reforma alguna en la nueva regulación frente al ámbito de aplicación que establecía el artículo 37.1 de la LCSP, lo que merece ser criticado puesto que, como puso de manifiesto el Consejo de Estado en su dictamen 514/2006, la 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. Así lo ha señalado además la jurisprudencia del TJUE y la Comunicación interpretativa de la Comisión sobre el Derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos o sólo parcialmente cubiertos por las Directivas sobre contratación pública.*”

El recurso especial en materia de contratación sigue así limitando su ámbito de aplicación a los contratos sujetos a regulación armonizada, a los contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II de la Ley cuyo valor estimado sea igual o superior a 193.000 euros, a los contratos de gestión de servicios públicos en los que el presupuesto de gastos de primer establecimiento, excluido el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido, sea superior a 500.000 euros y el plazo de duración superior a cinco años y a los contratos subvencionados (artículo 310.1 LCSP).

Ahora bien, existen novedades en la enumeración de los actos que pueden ser objeto de recurso recogida en el artículo 310.2 de la LCSP. Así, por una parte, se mencionan expresamente como actos recurribles: “*los anuncios de licitación y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación*”; por otra, en relación con los actos de trámite susceptibles de recurso, se incluyen expresamente “*los actos de la Mesa de Contratación por los que se acuerde la exclusión de los licitadores.*”

¹Nota: MORENO MOLINA, José Antonio. *La reforma de la Ley de Contratos del Sector Público en materia de recursos. Análisis de la Ley 34/2010, de 5 de agosto*. Madrid: LA LEY, 2010.

²Nota: MORENO MOLINA, José Antonio. *La reforma de la Ley de Contratos del Sector Público en materia de recursos. Análisis de la Ley 34/2010, de 5 de agosto*. Madrid: LA LEY, 2010.

Y, por último, desaparece la referencia a los acuerdos de adjudicación provisional que es sustituida por la de “*los acuerdos de adjudicación adoptados por los poderes adjudicadores.*” La razón del cambio estriba en la supresión de la dualidad entre adjudicación provisional y adjudicación definitiva, constituyendo dicha supresión, como se ha señalado más arriba, una de las principales novedades introducidas por la reforma, cuyo fundamento descansa en el dictamen motivado 260 2190/2002 de la Comisión Europea, dictado como consecuencia del incumplimiento por el Gobierno español de la sentencia del TJUE de 3 de abril de 2008. En dicho dictamen, la Comisión considera que el recurso contra la adjudicación provisional en la LCSP no equivale al recurso contra la adjudicación misma del contrato y no permite a los licitadores excluidos enjuiciar la corrección de todas las actuaciones posteriores a dicha adjudicación provisional, por lo que considera que se trata de un recurso ineficaz.

En consecuencia, con la reforma se da nueva redacción al artículo 135 de la LCSP y se introducen los ajustes oportunos en otros preceptos como es el caso del artículo 310.2 LCSP, tal y como acabamos de examinar.

Por otra parte, se siguen excluyendo del recurso especial los procedimientos de adjudicación que se sigan por el trámite de emergencia del artículo 97 de la Ley (art. 310.4 LCSP).

El TJUE ha insistido en la necesidad de “*garantizar la aplicación efectiva de las Directivas Comunitarias en materia de adjudicación de los contratos públicos, en particular, en la fase en la que las infracciones de dichas disposiciones aún pueden corregirse.*”³

Para terminar con el apartado relativo a los actos susceptibles de recurso especial en materia de contratación, resta por indicar que se mantiene el carácter exclusivo del recurso especial, de modo que contra dichos actos no cabe la interposición de recursos administrativos ordinarios, si bien se contempla como novedad la posibilidad de que las Comunidades Autónomas prevean la interposición de un recurso administrativo previo al recurso especial del artículo 310 LCSP (artículo 311.2, párrafo segundo, de la LCSP).

Finalmente, respecto de los actos que se dicten en los procedimientos de adjudicación de contratos administrativos no incluidos en el ámbito del recurso especial, se indica expresamente que podrán ser objeto de recurso conforme a las reglas generales de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.⁴

³TJUE de 28 de octubre de 1999, *Alcatel Austria y otros*, asunto C-81/1998. Reviste especial interés, así mismo, el estudio de la jurisprudencia comunitaria sobre las decisiones recurribles efectuado por el profesor Moreno Molina en su libro *La reforma de la Ley de Contratos del Sector Público en materia de recursos. Análisis de la Ley 34/2010, de 5 de agosto*. Madrid: LA LEY, 2010, páginas 99 y siguientes.

⁴Nota: Sobre el sometimiento de estos actos al régimen general de recursos ya se había pronunciado el Informe 48/2008, de 29 de enero de 2009, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa Estatal.

III.- CARÁCTER POTESTATIVO DEL RECURSO.

Conforme al artículo 310.6 LCSP: “*El recurso especial regulado en este artículo y los siguientes tendrá carácter potestativo.*”

Se sustituye así el carácter preceptivo que tenía el recurso especial en la redacción originaria de la LCSP, configurándolo ahora como potestativo. Esta novedad es fruto de la sugerencia efectuada por el Consejo de Estado en su dictamen número 499/2010, sobre el anteproyecto de Ley de reforma de la LCSP, ya apuntada en su anterior dictamen número 514/2006, de 25 de mayo de 2006, sobre el anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público.

El carácter potestativo del recurso especial supone la apertura de una doble vía de recurso para la impugnación de los actos previstos en el artículo 310 LCSP: administrativo especial o jurisdiccional. La elección de una u otra conlleva diferencias de importancia tales como las derivadas de los distintos plazos de interposición del recurso así como, en el caso de que el acto impugnado sea el de adjudicación, de la automaticidad de la suspensión de la tramitación del expediente de contratación, la cual, si bien está expresamente recogida para el supuesto de interposición del recurso especial (artículo 315 LCSP), no está tan clara para el caso de que se opte por la interposición del recurso contencioso-administrativo (artículos 129 y 130 Ley 29/1998, de jurisdicción contencioso-administrativa). Téngase en cuenta, en relación con este último aspecto, que tal suspensión automática o inmediata es precisamente una de las garantías de eficacia de los recursos que contempla la Directiva 2007/66/CE.

Junto a lo anterior, la configuración del recurso especial en materia de contratación como potestativo plantea la posibilidad de supuestos de sometimiento directo a la jurisdicción contencioso-administrativa (la cual, conforme a lo indicado en el artículo

1.1 de la Ley 29/1998, conoce “ *de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones públicas sujeta al Derecho Administrativo*”) de decisiones que no podrían tener la consideración de actos administrativos propiamente dichos, como sería el caso de las emanadas de los poderes adjudicadores que no son Administraciones Públicas (piénsese en entidades regidas por el Derecho Privado como sociedades mercantiles o fundaciones del sector público), no existiendo intervención previa de un órgano administrativo. Ello no acontecía bajo el régimen anterior toda vez que la necesidad de interponer el recurso especial en materia de contratación ante un órgano administrativo como requisito previo a la formulación del recurso contencioso (artículo 37. 1 LCSP en su redacción originaria) permitía subsanar el inconveniente conceptual que supone carecer inicialmente de un referente subjetivo de carácter jurídico público al que se pueda imputar el acto recurrido.

IV.- ÓRGANO COMPETENTE PARA LA RESOLUCIÓN DEL RECURSO.

Una de las limitaciones más importantes de la regulación del recurso especial en el artículo 37 de la LCSP fue la atribución de la competencia para la resolución del mismo al

órgano de contratación, convirtiéndolo en el equivalente a un recurso administrativo de reposición.⁵

El artículo 2 de la Directiva 89/665/CEE, en redacción dada por la Directiva 2007/66/CE, encomienda la resolución de los recursos a un órgano independiente del órgano de contratación, pudiendo el mismo tener carácter jurisdiccional o administrativo. En este último caso, el nombramiento de sus miembros y la terminación de su mandato estarán sujetos a las mismas condiciones aplicables a los jueces en lo relativo a la autoridad responsable de su nombramiento, la duración de su mandato y su revocabilidad, exigiéndose que, como mínimo, el presidente posea las mismas cualificaciones jurídicas y profesionales que un juez. Esta instancia independiente adoptará sus decisiones previa realización de un procedimiento contradictorio y tales decisiones tendrán efectos jurídicos vinculantes (artículo 2.9 de la Directiva 89/665/CEE, en redacción dada por la Directiva 2007/66/CE).

Tras la reforma, el legislador español ha optado por conferir la competencia a un órgano administrativo independiente, especializado, de nueva creación, denominado, en el ámbito de la Administración General del Estado, Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, adscrito al Ministerio de Economía y Hacienda. Dicho Tribunal conocerá también de los recursos especiales que puedan suscitarse contra los actos de los órganos competentes del Consejo General del Poder Judicial, del Tribunal Constitucional y del Tribunal de Cuentas.

Por lo que respecta a su composición, estará integrado por un Presidente y un mínimo de dos vocales (número que podrá incrementarse por vía reglamentaria cuando el volumen de asuntos lo aconseje). Todos ellos deberán ser funcionarios de carrera de cuerpos y escalas a los que se acceda con título de licenciado o de grado (en Derecho, para el caso del Presidente) y haber desempeñado su actividad profesional por tiempo superior a quince años, preferentemente en el ámbito del Derecho Administrativo relacionado directamente con la contratación pública. En caso de ser funcionarios de carrera incluidos en el ámbito de aplicación del Estatuto Básico del Empleado Público, deberán pertenecer a los cuerpos o escalas clasificados en el Subgrupo A1. Serán designados por el Consejo de Ministros, a propuesta conjunta de los Ministros de Economía y Hacienda y de Justicia.

En cuanto a su estatuto, se reconoce expresamente su carácter independiente e inamovible, no pudiendo ser removidos de sus puestos salvo por las causas tasadas previstas en el artículo 311 LCSP (asimilables a las previstas para los jueces y magistrados en el artículo 379 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial).

La duración de su mandato será de seis años improrrogables, previéndose una primera renovación parcial a los tres años del nombramiento.

⁵ A diferencia de la legislación estatal, en el ámbito autonómico la Ley 3/2003, de 26 de marzo, de Régimen Jurídico de la Administración de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares (artículo 66) y la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de contratos públicos (artículo 210), atribuyeron la resolución de los recursos administrativos en materia de contratación a sus respectivas Juntas Consultivas de Contratación.

Finalmente, la ley recoge una remisión, en lo que al régimen de constitución y funcionamiento del Tribunal se refiere, a la Ley 30/1992, contemplándose en la Disposición Adicional 2ª de la Ley 34/2010, la prestación de apoyo técnico y administrativo al Tribunal por parte de la Secretaría de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

En cumplimiento de lo dispuesto en la Disposición Transitoria 1ª de la Ley 34/2010, por Orden EHA/2237/2010, de 10 de agosto (BOE nº 198, de 16 de agosto) se convoca la provisión de puestos de Presidente y Vocales del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (dicha Orden fue posteriormente modificada por la Orden EHA/2532/2010, de 30 de septiembre, publicada en el BOE nº 238, de 1 de octubre). Y por Resoluciones de 15 de octubre de 2010 (BOE nº 251, de 16 de octubre) se publican los acuerdos del Consejo de Ministros en virtud de los cuales se nombra Presidente del Tribunal a D. Juan José Pardo García- Valdecasas y vocales a Dª Carmen Gomis Bernal y a D. José Santos Santamaría Cruz.

Por otra parte, conforme a lo señalado en la Disposición Adicional 1ª de la Ley 34/2010, a medida que el número de asuntos sometidos al conocimiento y resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales lo exija, se podrán constituir Tribunales Administrativos Territoriales de Recursos Contractuales con sede en cada una de las capitales de Comunidad Autónoma, los cuales tendrán competencia exclusiva para la resolución de los recursos a que se refiere el artículo 310 de la LCSP, interpuestos contra los actos de la Administración territorial del Estado o de los Organismos y Entidades dependientes del mismo con competencia en todo o parte del territorio de la correspondiente Comunidad Autónoma. Su régimen será el previsto para el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, si bien en cuanto a sus miembros, sólo se le exigirán diez años de antigüedad.

Para terminar con el ámbito estatal debe hacerse referencia al párrafo segundo de la Disposición Adicional 3ª LCSP, añadido por la Ley 34/2010, a tenor del cual: “ (...) *los órganos competentes de las Cortes Generales establecerán, en su caso, el órgano que deba conocer, en su ámbito de contratación, del recurso especial regulado en el Libro VI de esta Ley, respetando las condiciones de cualificación, independencia e inamovilidad previstas en dicho Título.*» En cumplimiento de dicha previsión, por Resolución de 18 de enero de 2011, del Letrado Mayor de las Cortes Generales (BOE nº 21, de 25 de enero de 2011) se publica la Resolución de 21 de diciembre de 2010, de las Mesas del Congreso de los Diputados y del Senado, por la que se crea el Tribunal de Recursos Contractuales de las Cortes Generales, como órgano competente para resolver el recurso especial en relación con los contratos que pretendan concertar el Congreso de los Diputados, el Senado, las Cortes Generales, la Junta Electoral Central y el Defensor del Pueblo.

Pasando ya al ámbito autonómico, cabe señalar que, respetando la potestad autonómica de autoorganización y dentro de los límites marcados por la Directiva, la Ley, en el ámbito de las Comunidades Autónomas, así como en el de los órganos competentes de sus Asambleas Legislativas y de las instituciones autonómicas análogas al Tribunal de Cuentas y al Defensor del Pueblo, contempla dos alternativas posibles:

- c. Atribución de la competencia para resolver el recurso especial a un órgano independiente, unipersonal o colegiado. El titular del órgano, en el primer caso, o al menos el Presidente, en el segundo, deberán poseer las cualificaciones jurídicas y profesionales que garanticen un adecuado conocimiento de la materia contractual. Además, siguiendo la dicción literal de la Directiva, se exige que el nombramiento de sus miembros y la terminación de su mandato estén sujetos, en cuanto a la autoridad responsable del nombramiento, duración del mandato y revocabilidad, a condiciones que garanticen independencia e inamovilidad.

Como se ha indicado anteriormente, la Ley mantiene el carácter exclusivo del recurso especial al vedar la posibilidad de interponer recursos administrativos ordinarios contra los actos enumerados en el artículo 310, si bien se introduce una excepción: la posibilidad de que las Comunidades Autónomas prevean la interposición de recurso administrativo previo. Se trata de una posibilidad expresamente prevista en la Directiva, la cual exige que, en tal caso, se garantice que *“la interposición del recurso conlleve la suspensión inmediata de la posibilidad de celebrar el contrato”* (artículo 1.5 de la Directiva 89/665/CEE). En consonancia con ello, para el caso de que en el ámbito autonómico se prevea la interposición de un recurso administrativo previo, la ley prevé que la ejecución de los actos de adjudicación impugnados quedará en suspenso hasta la resolución sobre el fondo y, si ésta no fuera totalmente estimatoria, la suspensión persistirá en los términos del artículo 315 LCSP (regulador de la suspensión automática de la tramitación del expediente de contratación como consecuencia de la interposición del recurso especial si el acto recurrido es el de adjudicación).

- d. Atribución de la competencia al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en cuyo caso deberá suscribirse el correspondiente convenio con la Administración General del Estado.

La misma opción se prevé para las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla.

Transitoriamente, en tanto una Comunidad Autónoma no haya determinado ante qué órgano se debe interponer el recurso especial, deberá estarse a las reglas previstas en la Disposición Transitoria 2ª de la Ley 34/2010, las cuales pueden sintetizarse del siguiente modo:

- Serán recurribles los actos mencionados en el artículo 310.2 LCSP, en redacción dada por la Ley 34/2010, cuando se refieran a alguno de los contratos que se enumeran en el apartado 1 del mismo artículo.
- La competencia corresponderá a los mismos órganos que la tuvieron atribuida con anterioridad.
- Los recursos se tramitarán conforme a los artículos 312 a 318 LCSP.
- Especial atención merece la regla prevista en el apartado d) conforme a la cual las resoluciones dictadas serán susceptibles de recurso contencioso-administrativo y cuando las mismas no sean totalmente estimatorias o cuando siéndolo hubiesen

comparecido en el procedimiento otros interesados distintos del recurrente, no serán ejecutivas hasta que sean firmes (esto es, haya transcurrido el plazo para recurrir sin haberse interpuesto recurso alguno) o, si hubiesen sido recurridas, “ *hasta tanto el órgano jurisdiccional competente no decida acerca de la suspensión de las mismas.*” La redacción de la norma plantea la cuestión de si dicha suspensión en el seno del recurso contencioso-administrativo debe entenderse producida de forma automática, sin necesidad de previa solicitud de parte instando la medida cautelar de suspensión. Esta es la interpretación defendida por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, en su Circular 1/2010, de 22 de septiembre, sobre “*novedades en la regulación de la contratación pública y la incidencia práctica. Transitoriedad*”. En la misma se contempla como consecuencia jurídica de la aplicación del régimen transitorio previsto en la Disposición Transitoria 2ª de la Ley 34/2010, “*la suspensión del expediente hasta que el Juez o Tribunal contencioso-administrativo la levante.*”

De mantenerse esta interpretación estaríamos ante una alteración del régimen general de las medidas cautelares en el seno del recurso contencioso-administrativo previsto en el Capítulo II, del Título VI de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa y ante una excepción a la regla general de ejecutividad de los actos administrativos, además de implicar un importante condicionamiento de la operatividad práctica de los contratos, al retrasarse el comienzo de la ejecución.

Para concluir con el ámbito autonómico, y ciñéndonos a la Comunidad Autónoma gallega, es obligada la cita del artículo 36 de la reciente Ley 15/2010, de 28 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas, el cual, bajo la rúbrica “ *Creación de un órgano colegiado independiente para el conocimiento y la resolución de los recursos especiales en materia de contratación*”, dispone:

Se autoriza al Consello de la Xunta para que, a propuesta de la Consellería de Hacienda y respetando la legislación estatal básica, cree un órgano colegiado independiente para el conocimiento y resolución de las cuestiones de nulidad formuladas y de los recursos especiales en materia de contratación que se interpongan en relación con los procedimientos de contratación de la Administración general de la Comunidad Autónoma y de las entidades que integran el sector público autonómico, así como de las corporaciones locales de Galicia y entidades de ellas dependientes. La creación de este órgano no podrá suponer incremento del gasto público.

En cuanto a las Corporaciones Locales, el artículo 311.3 LCSP prevé que la competencia para resolver el recurso especial se establezca por las normas de las Comunidades Autónomas cuando las mismas tengan atribuida competencia normativa y de ejecución en materia de régimen local y contratación y, en defecto de previsión autonómica, la competencia corresponderá al mismo órgano al que las Comunidades Autónomas en cuyo territorio se integran las Corporaciones Locales hayan atribuido la competencia⁶.

⁶Sobre la interpretación de este apartado es de interés el Informe 13/2010, de 22 de diciembre, de la Comisión Consultiva de Contratación Administrativa de la Junta de Andalucía, sobre órgano competente de las Corporaciones Locales para resolver el recurso especial en materia de contratación, en el que se concluye que: “ *la*

Finalmente, por lo que respecta a los poderes adjudicadores que no tengan la consideración de Administraciones Públicas y a los contratos subvencionados, se prevén reglas similares a las recogidas en la anterior redacción del artículo 37.4 LCSP (atribución de la competencia para resolver el recurso al órgano independiente que la ostente respecto de la Administración a que esté vinculada o adscrita la entidad) si bien es novedosa la introducción, como último criterio atributivo de competencia, de una suerte de fuero electivo extraño en materia de contratación pública.

V.- LEGITIMACIÓN.

La legitimación para recurrir se concibe en términos muy amplios al reconocerse a *“toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”* (artículo 312 LCSP; precepto que viene a ser fiel trasunto del artículo 37.3 LCSP en su redacción originaria).

Se sigue así la línea marcada por la Directiva 89/665/CEE la cual prevé que el recurso sea accesible *“como mínimo, a cualquier persona que tenga o haya tenido interés en obtener un determinado contrato y que se haya visto o pueda verse perjudicada por una presunta infracción”* (artículo 1.3).

En cuanto a la legitimación de terceros no licitadores debe tenerse presente el concepto amplio de legitimación manejado por nuestra Jurisprudencia. Resulta ilustrativa, en este punto, la STC 119/2008, de 13 de octubre, en la que precisamente se analiza si el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana vulneró el derecho a la tutela judicial efectiva de una empresa que no participó en la licitación al inadmitir el recurso contencioso-administrativo que interpuso contra el pliego de condiciones de un concurso. Recuerda el Tribunal que: *“(...) el interés legítimo se caracteriza 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, debiendo entenderse tal relación referida a un interés en sentido propio, cualificado y específico, actual y real. Se trata de la titularidad potencial de una ventaja o de una utilidad jurídica, no necesariamente de contenido patrimonial, por parte de quien ejercita la pretensión, que se materializaría de prosperar ésta (por todas, STC 52/2007, de 12 de marzo, F. 3)”* lo que lleva al Tribunal a concluir en el caso concreto que: *“resulta evidente en el presente caso que 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.”*

única interpretación posible en el ámbito de las Corporaciones Locales, dado que algún órgano ha de tener la competencia para la resolución de los recursos, es la de que en tanto la Comunidad Autónoma no determine el órgano competente ya sea en el ámbito de las Corporaciones Locales (artículo 311.3 primer párrafo) o en el de la propia Comunidad (artículo 311.3 segundo párrafo), el órgano competente para la resolución de los recursos en el ámbito de las Corporaciones Locales continuará siendo el mismo órgano que con anterioridad tuviera atribuida la competencia.”

Así mismo, sobre el concepto de legitimación a la luz de la Directiva, resulta ilustrativa la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 12 de febrero de 2004, asunto C-230/02, *Grossmann*), a tenor de la cual:

“27

(...) la participación en el procedimiento de adjudicación 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 haya visto perjudicada o puede verse perjudicada como consecuencia de dicha adjudicación.

28

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, en tal supuesto, el Tribunal de Justicia considera excesivo que se exija la presentación por la empresa supuestamente perjudicada de una oferta en el procedimiento de adjudicación del contrato controvertido a efectos de reconocerle legitimación para recurrir, cuando las posibilidades de que a dicha empresa se le adjudique el contrato son nulas debido a la existencia de tales características discriminatorias.

Ahora bien, esta legitimación a quienes no hayan presentado ofertas tiene límites impuestos por la diligencia debida y por los objetivos de rapidez y eficacia de los recursos que impone la Directiva (obsérvese que el Tribunal habla de “*derecho a ejercitar un recurso directamente contra dichas características*”). Ello lleva al Tribunal de Justicia a concluir en la sentencia anteriormente indicada que no se opone a la Directiva 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 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.*”

VI.- MEDIDAS PROVISIONALES.

La regulación de las medidas provisionales reproduce en lo sustancial la contenida en la redacción originaria del artículo 38 LCSP, de ahí que nos limitemos a destacar las principales novedades introducidas en la materia con motivo de la reforma operada por la Ley 34/2010:

- h) La legitimación para solicitar la adopción de medidas provisionales se configura por remisión al artículo 312 LCSP (legitimación para recurrir, examinada en el apartado anterior).
- i) La petición de medidas provisionales podrá formularse: a) con carácter previo a la interposición del recurso (artículo 313 LCSP), en cuyo caso, si con posterioridad a la solicitud de medidas y antes de recaer decisión sobre la misma se interpone el recurso especial, el órgano decisorio acumulará a éste aquélla, resolviendo sobre las medidas conforme a lo dispuesto en el artículo 316 LCSP; b) en el escrito de interposición del recurso (artículo 314.4 y 316.3 LCSP), o c) después de la interposición del recurso (y antes de que haya recaído resolución sobre el mismo), en cuyo caso el órgano competente resolverá sobre la petición sin suspender el procedimiento principal (artículo 316.3 LCSP).
- j) La competencia se traslada al órgano independiente competente para la resolución del recurso especial.
- k) Se amplía el plazo para adoptar la decisión de dos a cinco días hábiles.
- l) Al no ser ya el propio órgano de contratación el competente para decidir sobre la solicitud de medidas provisionales, se prevé como novedad un trámite intermedio consistente en la comunicación de la petición de medidas provisionales por parte del órgano decisorio al órgano de contratación el mismo día en que aquélla se reciba, con apertura de un plazo de dos días hábiles para alegaciones, transcurrido el cual continuará el procedimiento. Cabe destacar, así mismo, que las alegaciones del órgano de contratación podrán versar sobre la adopción de las medidas solicitadas por el interesado o *“las propuestas por el propio órgano decisorio.”*
- m) Frente a la regulación anterior, en la que se preveía expresamente que la petición debía entenderse denegada en caso de no recaer resolución expresa en plazo, tras la reforma no se contempla regla específica sobre el sentido del silencio.
- n) Se contempla expresamente el carácter irrecurrible de la resolución sobre petición de medidas provisionales, sin perjuicio de los recursos que procedan contra las resoluciones recaídas en el procedimiento principal.

VII.- INICIACIÓN DEL PROCEDIMIENTO, PLAZO DE INTERPOSICIÓN Y EFECTOS DERIVADOS DE LA INTERPOSICIÓN DEL RECURSO.

Respecto de la iniciación del procedimiento, una primera novedad estriba en la exigencia de efectuar un anuncio previo. Se trata de una posibilidad prevista en el artículo 1.4 de la Directiva 89/665/CEE, que el legislador español ha configurado como requisito de carácter obligatorio.

El anuncio previo ha de presentarse ante el órgano de contratación dentro del plazo de interposición del recurso mediante escrito en el que se especifique el acto del procedimiento objeto de impugnación (artículo 314.1 LCSP).

Se trata de un requisito inexcusable. Así, entre la documentación que debe acompañarse al escrito de interposición del recurso figura el justificante del anuncio previo, sin el cual no se dará curso al escrito de interposición, si bien su omisión podrá subsanarse (artículo 314.4 e) LCSP).

Otras novedades interesantes consisten en la ampliación del plazo para la interposición del recurso, que pasa de diez a quince días hábiles (desapareciendo los plazos especiales para los contratos tramitados por vía de urgencia), y en la clarificación del *dies a quo* para su cómputo, que estará en función de cuál sea el acto impugnado.

b. Así, en primer lugar, si el acto recurrido es el acuerdo de adjudicación, el plazo se contará a partir del día siguiente a aquel en que se remita la notificación del mismo conforme a lo previsto en el artículo 135.4 LCSP (se elimina, pues, como *dies a quo*, en caso de recurso contra el acto de adjudicación, el de la publicación en un diario oficial o en el perfil del contratante). Interesa destacar la referencia al artículo 135.4 LCSP (regulador del contenido de la notificación de la adjudicación a los candidatos o licitadores) pues va a ser el cumplimiento de los trámites allí descritos lo que determinará efectivamente el inicio del plazo para la interposición del recurso contra el acto de adjudicación. Se trata, en definitiva, de cumplir la exigencia, prevista en la Directiva y recogida en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, de que el plazo establecido para interponer el recurso no comience a correr “antes de la fecha en que el demandante tuvo o debiera haber tenido conocimiento de la alegada infracción.”⁷

Por otra parte, frente a la regla general de nuestro Derecho Administrativo (cómputo del plazo a partir de la fecha de recepción de la notificación), se ha seguido el criterio de la Directiva (artículo 2 *quater*) de estar a la fecha de remisión de la misma; una opción que, sin perjuicio de los problemas que puede plantear (al no asegurar el conocimiento real del acto notificado), como aspecto positivo puede decirse que permite garantizar la simultaneidad de las notificaciones, lo que tiene importancia a efectos de la eventual interposición del recurso especial y de la ulterior formalización del contrato (mínimo quince días hábiles desde que se remita la notificación, pudiendo las Comunidades Autónomas incrementar este plazo, sin que exceda de un mes, conforme al artículo 140.3

⁷Sobre este extremo revisten interés las Sentencias del Tribunal de Justicia de 28 de enero de 2010 (asunto C-406/08, *Uniplex*) y la de 23 de diciembre de 2009 (asunto C-455/08, *Comisión Europea/Irlanda*).

LCSP), pues se garantiza que, respecto de todos los licitadores y candidatos, se ha respetado el plazo mínimo exigido en la ley (al ser el *dies a quo* para su cómputo el mismo respecto de todos ellos).⁸

A mayor abundamiento debe llamarse la atención del distinto criterio seguido en los artículos 314 y 140.3 LCSP respecto de los contratos susceptibles de recurso especial (*dies a quo* del cómputo del plazo: fecha de remisión de la notificación) y en relación con los restantes contratos, para los que el artículo 140.3 LCSP *in fine* prevé que la formalización del contrato deberá efectuarse no más tarde de los quince días hábiles siguientes a aquél en que se reciba la notificación de la adjudicación (*dies a quo*: fecha de la recepción de la notificación).

En segundo lugar, cuando el recurso se interponga contra los pliegos y demás documentos contractuales, el plazo se contará a partir del día siguiente a aquel en que los mismos hayan sido recibidos o puestos a disposición de los licitadores o candidatos en el supuesto del artículo 142 LCSP (precepto en el que se regula la información a los licitadores cuando no se haya facilitado el acceso a los pliegos y a cualquier documentación complementaria por medios electrónicos, informáticos o telemáticos).

Si se recurren actos de trámite o de aplicación del procedimiento negociado sin publicidad, el plazo para recurrir se contará desde el día siguiente a aquél en que se haya tenido conocimiento de la infracción. Este criterio que puede plantear en la práctica la cuestión relativa a la prueba del momento en que se produjo dicho conocimiento.

Por otra parte, de una interpretación sistemática de los artículos 310.2.b) (previsión expresa de los actos de exclusión de licitadores acordados por la Mesa de Contratación entre los actos de trámite susceptibles de recurso especial) , 314.2.b) (determinación del *dies a quo* del cómputo del plazo para recurrir los actos de trámite) y 135.4 LCSP (contenido de la notificación del acuerdo de adjudicación, en el que se incluye, respecto de los licitadores excluidos, la exposición resumida de las razones por las que no se haya admitido su oferta) parecen desprenderse dos posibilidades de recurso contra los actos de exclusión de licitadores acordados por las Mesas de Contratación: el recurso especial contra dicho acto de trámite cualificado, que podrá interponerse a partir del día siguiente a aquel en el que el interesado haya tenido conocimiento de la posible infracción (artículo 310.2.b) en relación con artículo 314.2.b) LCSP) y el recurso especial contra el acuerdo de adjudicación del contrato, que podrá interponerse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se notifique la adjudicación (artículo 314.2 LCSP). Parece que estas dos posibilidades deberían entenderse como no acumulativas, sino de carácter subsidiario, en función de la existencia o no, respectivamente, de una notificación, de forma expresa y motivada, del acto de exclusión.⁹

⁸Nota: En este sentido se pronuncia el dictamen del Consejo de Estado nº 499/2010, de 29 de abril, sobre el Anteproyecto de ley de modificación de las Leyes 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público y 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales para su adaptación a la normativa comunitaria.

⁹En este sentido se pronuncia la Circular de la Abogacía General del Estado nº 3/2010, sobre cuestiones relacionadas con la Ley 34/2010, de 5 de agosto, de modificación de la Leyes 30/2007, de 30 de octubre, de

Finalmente, si el recurso se interpone contra el anuncio de licitación, el cómputo del plazo se iniciará desde el día siguiente a su publicación.

En cuanto al escrito de interposición, el artículo 314 LCSP, en su apartado 4, regula su contenido (acto recurrido, motivos del recurso, medios de prueba y, en su caso, solicitud de medidas provisionales) así como la documentación que ha de acompañarse al mismo (la acreditativa de la representación y legitimación del recurrente, la copia o el traslado del acto que se recurra, los documentos en que funda su derecho y el justificante del anuncio previo).

Se contempla un trámite de subsanación de solicitudes similar al del artículo 71 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, si bien el plazo de subsanación se fija en tres días hábiles y se prevé, entretanto, la suspensión de la tramitación del expediente con remisión al artículo 42.5 de la referida Ley 30/1992.

El principal efecto derivado de la interposición del recurso, cuando el acto recurrido sea el acuerdo de adjudicación, es la suspensión automática de la tramitación del expediente de contratación (artículo 315 LCSP). Ahora bien, frente al régimen anterior, en el que, si el recurso se dirigía contra el acto de adjudicación provisional , el artículo 37.7 LCSP preveía el mantenimiento de la suspensión hasta la resolución expresa del recurso (a excepción del supuesto de recurso contra el acto de adjudicación provisional de un acuerdo marco del que pudiera ser parte un número no limitado de empresarios, en cuyo caso podía levantarse la suspensión transcurridos cinco días hábiles desde su interposición) con la nueva redacción del recurso especial se hace extensiva a todos los contratos la posibilidad de levantar la suspensión de la tramitación del expediente, si el acto recurrido es el de adjudicación, dentro de los cinco días hábiles siguientes a la interposición del recurso (artículo 316.3, párrafo segundo, LCSP).

En relación con los restantes actos susceptibles de recurso especial, su suspensión sólo se producirá cuando así lo acuerde el órgano competente para resolverlo a instancia del recurrente.

VIII.- TRAMITACIÓN DEL PROCEDIMIENTO.

Respecto al procedimiento en sí, la Ley efectúa una remisión general a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, con las siguientes especialidades:

- Interpuesto el recurso, el órgano encargado de su resolución lo notificará en el mismo día al órgano de contratación, con remisión de copia del escrito de interposición y reclamará el expediente de contratación, que deberá remitirse en plazo de los dos días hábiles siguientes acompañado del correspondiente informe. Si el recurso se interpone ante el órgano de contratación, éste deberá

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, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para adaptación a la normativa comunitaria de las dos primeras.

remitirlo al competente para resolver dentro de los dos días hábiles siguientes a su recepción acompañando el expediente y el correspondiente informe.

- Dentro de los cinco días hábiles siguientes a la interposición del recurso, el órgano competente para su resolución dará traslado del mismo a los demás interesados con plazo de cinco días hábiles para alegaciones. De forma simultánea a este trámite, decidirá, en el plazo de cinco días hábiles, sobre las medidas cautelares en su caso solicitadas y, si el acto impugnado fuera el de adjudicación, sobre el mantenimiento o no de la suspensión automática, entendiéndose vigente dicha suspensión en tanto no se dicte resolución expresa acordando el levantamiento.
- Se prevé la apertura de un período de prueba por plazo de diez días hábiles a solicitud del interesado o cuando el órgano competente para la resolución del recurso no tenga por ciertos los hechos alegados por los interesados o la naturaleza del procedimiento lo exija.
- Se contempla una regla especial en el apartado 316.5 LCSP sobre garantía de confidencialidad y protección de secretos comerciales.
- En materia de comunicaciones y notificaciones deben tenerse en cuenta las previsiones contenidas en la Disposición Adicional 3ª de la Ley 34/2010, de las que se desprende un claro impulso de los medios informáticos, electrónicos o telemáticos.

IX.- LA RESOLUCIÓN DEL RECURSO Y SUS EFECTOS.

Recibidas las alegaciones o transcurrido el plazo para su formulación, y el de prueba, en su caso, la resolución deberá dictarse dentro de los cinco días hábiles siguientes, notificándose a continuación a todos los interesados.

A diferencia de la regulación anterior (conforme a la cual, transcurridos veinte días hábiles desde el siguiente a la interposición del recurso sin haberse notificado la resolución, el interesado podía entenderlo desestimado a los efectos de interponer recurso contencioso-administrativo), tras la reforma ya no se contempla regla alguna sobre el silencio administrativo. La falta de previsión de la regla del silencio se reitera en el artículo 319 LCSP en el que sólo se habla de la interposición de recurso contencioso-administrativo “*contra la resolución dictada en este procedimiento.*” Ante tal omisión, derivada probablemente del sentido peyorativo que la figura del silencio administrativo posee a nivel comunitario, deberá estarse a las reglas generales contenidas en la Ley 30/1992.

El contenido de la resolución se regula en los mismos términos que con anterioridad pudiendo consistir en la estimación total o parcial del recurso, en su desestimación o inadmisión.

La resolución deberá ser motivada y congruente. Es interesante poner de relieve la circunstancia de que, con la nueva configuración del recurso especial, será un órgano

independiente el competente para decidir sobre la anulación de decisiones ilegales adoptadas durante el procedimiento de adjudicación, incluyendo la supresión de las características técnicas, económicas o financieras discriminatorias, así como, en su caso, sobre la retroacción de actuaciones, pudiendo determinar su resolución la necesidad de adjudicar el contrato a otro licitador (en cuyo caso se concederá a éste un plazo de diez días hábiles para que cumplimente lo previsto en el artículo 135.2 LCSP).

En la resolución también se acordará el levantamiento de la suspensión del acto de adjudicación si ésta se mantuviese y de las restantes medidas cautelares que se hubieran adoptado, así como la devolución de las garantías en su caso constituidas.

Podrá fijarse, así mismo, a solicitud del interesado, la indemnización que proceda a cargo del órgano de contratación por los daños y perjuicios que pudieran derivarse para aquél de la infracción legal que hubiese dado lugar al recurso. En relación con esta última cuestión, se introduce un nuevo artículo (el artículo 318) a fin de precisar las reglas para la determinación de dicha indemnización, efectuándose una remisión al artículo 141 de la Ley 30/1992 (en sede de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas), debiendo resarcirse al reclamante, cuando menos, de los gastos ocasionados por la preparación de la oferta o la participación en el procedimiento de contratación.

Otra novedad es la contemplada en el artículo 317.5 LCSP consistente en la posibilidad de imposición de multas al responsable de la interposición del recurso especial en materia de contratación o de la solicitud de medidas provisionales, si el órgano competente aprecia temeridad o mala fe, determinándose sus cuantías, que variarán en función de la mala fe apreciada y los perjuicios ocasionados, y se actualizarán cada dos años mediante Orden ministerial

Finalmente, por lo que respecta a los efectos de la resolución (art 319 LCSP), contra la misma sólo cabrá recurso contencioso-administrativo. La competencia para su conocimiento corresponderá bien a las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia (en caso de recurso contencioso-administrativo contra resoluciones de recursos especiales en relación con contratos incluidos en el ámbito competencial de las Comunidades Autónomas o de las Corporaciones Locales así como de resoluciones dictadas por los Tribunales Administrativos Territoriales de Recursos Contractuales, de acuerdo con el artículo 10.1, apartados k) y l) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, en redacción dada

por la Ley 34/2010) o a la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional (en caso de recurso contencioso-administrativo contra resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales que no hayan sido dictadas en relación con contratos incluidos en el ámbito competencial de las Comunidades Autónomas o de las Corporaciones Locales, de acuerdo con el artículo 11.1 f) de la Ley 29/1998, en redacción dada por la Ley 34/2010).¹⁰

¹⁰Nota: Para el caso de interposición de recurso contencioso-administrativo contra las decisiones adoptadas por los órganos competentes para la resolución del recurso especial deben tenerse presente las reglas especiales introducidas por la Ley 34/2010 en los artículos 19.4, 21.3, 44.1 y 49.1 de la Ley 29/1998.

Se especifica que contra los actos dictados por los órganos competentes para la resolución del recurso especial en materia de contratación no procederá revisión de oficio, ni estarán sujetos a fiscalización por los órganos de control financiero de las Administraciones correspondientes.

La resolución será directamente ejecutiva, sin perjuicio de la interposición del recurso contencioso-administrativo (téngase en cuenta, no obstante, lo anteriormente señalado respecto de la Disposición Transitoria 2ª, apartado d), de la Ley 34/2010), siendo aplicable la vía de apremio del artículo 97 de la Ley 30/1992.

Por último, procede concluir el estudio de las reformas introducidas en la regulación del recurso especial con una referencia al régimen transitorio previsto en la Ley 34/2010. Dado que su análisis excede del objeto del presente estudio, nos limitaremos a señalar que la Disposición Transitoria Tercera de la Ley 34/2010 recoge las reglas de aplicación a los procedimientos de recurso en curso a la entrada en vigor de la misma¹¹. En síntesis, los procedimientos de recurso iniciados al amparo del artículo 37 de la Ley 30/2007, en la redacción vigente con anterioridad a la entrada en vigor la Ley 34/2010, seguirán tramitándose hasta su resolución con arreglo al mismo. Y en los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de la Ley 34/2010 podrán interponerse la cuestión de nulidad y el recurso previsto en el artículo 310 de la Ley 30/2007, contra actos susceptibles de ser recurridos en esta vía, siempre que se hayan dictado con posterioridad a su entrada en vigor.

¹¹Sobre la interpretación de dicha Disposición Transitoria pueden citarse la Circular 1/2010, de 22 de septiembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, sobre «novedades en la regulación de la contratación pública y la incidencia práctica. Transitoriedad», el Acuerdo 10/2010, de 10 de septiembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Madrid por el que se informa a los órganos de contratación de las principales novedades introducidas en la Ley de Contratos del Sector Público por la Ley 34/2010, de 5 Agosto y el Informe 45/2010, de 28 de septiembre de 2010, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa Estatal sobre «Acuerdo de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en relación con los supuestos de derecho transitorio que pueden derivar de la entrada en vigor de la Ley 34/2010, de 5 de agosto».