

# El recurso administrativo especial en materia de contratación a la luz de las resoluciones dictadas por el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid

Sumario: RESUMEN.—ABSTRACT.—I. ORIGEN E HITOS DE LA NORMATIVA REGULADORA DEL RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN.—II. CARACTERÍSTICAS GENERALES DEL RECURSO.—III. ÁMBITO OBJETIVO DEL RECURSO.—IV. TRAMITACIÓN.—4.1. Inicio: Requisitos del escrito de interposición y plazo de presentación.—4.2. Petición de expediente y subsanación.—4.3. Alegaciones y medidas cautelares.—4.4. Prueba.—4.5. Resoluciones.—V. CONCLUSIÓN.

## RESUMEN

*El recurso especial en materia de contratación pública, se ha revelado desde su reciente creación como un instrumento efectivo de control de la legalidad en las fases de preparación y adjudicación de los contratos del sector público, dando así cumplimiento a las exigencias de las Directivas 89/665 y la actual 66/2007, denominadas directivas de recursos. En esta línea, este recurso permite el examen de los actos impugnados de forma rápida y eficaz, sin necesidad de acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa, lo que ha generado un nuevo cuerpo de doctrina sobre la materia “contratación pública”.*

*En este artículo se quieren poner de relieve las características fundamentales del recurso y ofrecer un exámen de su tramitación a la luz de las Resoluciones dictadas*

---

\* Presidenta del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid.

*por el Tribunal Administrativo de la Comunidad de Madrid, desde su constitución mediante Acuerdo del Pleno en mayo de 2011, haciendo especial hincapié en aquellos aspectos que sin estar específicamente regulados en la Ley constituyen criterios establecidos, como cuerpo doctrinal de los órganos de resolución de recursos contractuales y especialmente del Tribunal Administrativo de Contratación pública de la Comunidad de Madrid.*

## ABSTRACT

*The special appeal for public procurement, has emerged from its newly established as an effective instrument of control of legality in the stages of preparation and award of public sector contracts, thereby meeting the requirements of Directives 89/665 and the current 66/2007, called appeal Directives. In this line, this special appeal allows examination of the contested acts quickly and efficiently, without having to go before ordinary courts. This alternative remedy has created a new body of administrative doctrine on the subject "procurement".*

*In this article we want to highlight the key features of the appeal and provide a review of its handling in the light of decisions rendered by the Administrative Tribunal of the Community of Madrid, since its establishment by the Plenary Agreement in May 2011, making emphasis on those aspects not specifically covered in its legal framework but constitute criteria as doctrinal body organs and resolution of contractual remedies especially Procurement Administrative Tribunal of the Community of Madrid.*

## I. ORIGEN E HITOS DE LA NORMATIVA REGULADORA DEL RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN

Qué duda cabe que uno de los mayores ámbitos de influencia de las normas emanadas de las instituciones de la Unión Europea, es el referido a la contratación pública, en pro del mercado interior, y en acatamiento de las libertades establecidas en el Tratado de la Unión y, en particular, de la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, así como de los principios que de estas libertades se derivan, como son el principio de igualdad de trato, el principio de no discriminación, el principio de reconocimiento mutuo, el principio de proporcionalidad y el principio de transparencia.

Efectivamente las Directivas de coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos de obras 93/37/CE, de 14 de junio; servicios 93/36/CE, de 14 de junio y suministros 92/50/CEE, de 18 de junio, que a su vez fueron derogadas por la Directiva 2004/18/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los contratos públicos de obras, servicios y suministros, establecieron una normativa común en materia de adjudicación de contratos, que fue objeto de trasposición

en la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, (en adelante LCAP), posteriormente objeto de refundición con las demás normas modificativas, mediante Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Por su parte las Directivas del Consejo, 89/665/CEE, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras, y 92/13/CEE, de 25 de febrero de 1992, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de las normas comunitarias en los procedimientos de formalización de contratos de las entidades que operen en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones, regularon en un primer momento los procedimientos de recurso en materia de contratos adjudicados por los poderes adjudicadores<sup>1</sup>.

Sin embargo, la LCAP no contenía un sistema de recursos específicos en materia de contratación, considerando el legislador innecesaria la trasposición de las Directivas de recursos, como claramente se desprende de su exposición de motivos cuando señala que *“No se incorpora, por el contrario, el contenido de las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE, porque la materia de recursos que constituye su objeto es ajena a la legislación de contratos de las Administraciones Públicas y respecto a la primera, además, porque nuestro Ordenamiento Jurídico, en distintas normas procedimentales y procesales vigentes, se ajusta ya a su contenido. Tampoco se ha estimado procedente, por el carácter privado de la mayor parte de las entidades a las que afecta, la incorporación de la Directiva 90/531/CEE, sobre los denominados sectores excluidos, hoy sustituida por el Texto Refundido que constituye la Directiva 93/38/CEE, aunque se prevén las medidas necesarias para su aplicación a Entidades Públicas sujetas a la Ley, en las fechas que la propia Directiva señala para los contratos de obras, suministros y servicios”*.

Es cierto que la utilización del sistema de recursos vigente en el ordenamiento español hubiera sido factible, tal y como puso de relieve el Consejo de Estado en su Dictamen 214/1992, de 21 de mayo, sobre el Anteproyecto de Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, —siempre que se reunieran los requisitos exigidos por la normativa comunitaria—, cuando considera correcta la trasposición que se ha llevado a cabo de la Directiva 89/440/CEE, del Consejo, de 18 de julio de 1989, que modifica la Directiva 71/305/CEE, sobre coordinación de los procedimientos de celebración de los contratos públicos de obra, afirmando que *“Se ha entendido, no obstante, que tal obligatoriedad no requería modificación alguna de la legislación española dada la existencia de normas nacionales que coincidían con las finalidades requeridas*

---

<sup>1</sup> Estas Directivas fueron sustancialmente modificadas por la denominada Directiva de recursos, 2007/66/CE, de 11 de diciembre.

*por dicha Directiva; y que, en todo caso, si hipotéticamente hubiera sido necesario introducir alguna modificación, no lo habría sido en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, sino en la regulación de los recursos administrativos y jurisdiccionales, por ser ésta la materia que constituye el contenido de la Directiva referida”.*

Esta situación quedó aclarada con la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 15 de mayo de 2003, (Comisión/Reino de España C-214/00), que se encargó de poner de manifiesto el incumplimiento del Reino de España de las exigencias establecidas en las Directivas de recursos, en relación con dos aspectos, de un lado por no haber extendido el sistema de recursos previsto en las Directivas a las sociedades de derecho privado que constituyen poderes adjudicadores, y por condicionar la adopción de medidas cautelares a la interposición de recurso.

En respuesta a dicho pronunciamiento en los artículos 37 y 38 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, que traspone la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los contratos públicos de obras, servicios y suministros —si bien en materia de recursos la norma traspuesta por la LCSP es la Directiva 89/665/CEE— se regula el régimen especial de revisión de decisiones en materia de contratación y medios alternativos de resolución de conflictos.<sup>2</sup>

Así se afirma en la exposición de motivos de la Ley “*Con la misma finalidad de incorporar normas de derecho comunitario derivado, se articula un nuevo recurso administrativo especial en materia de contratación, con el fin de trasponer la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras, tal y como ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.*”

La citada Directiva establecía en su artículo 2.1 la necesidad de adaptar la normativa nacional sobre contratación pública con el fin de prever mecanismos que permitieran adoptar, lo antes posible y mediante procedimiento de urgencia, medidas provisionales para corregir la infracción o para impedir que se causen otros perjuicios a los intereses afectados, incluidas las medidas destinadas a suspender o a hacer que se suspenda el procedimiento de adjudicación del contrato público en cuestión o la ejecución de cualquier decisión adoptada por los poderes adjudicadores; anular o hacer que se anulen las decisiones ilegales, incluida la supresión de las características técnicas, económicas o financieras discriminatorias contenidas en los documentos de licitación, en

<sup>2</sup> Debe tenerse en cuenta la existencia de una propuesta de nueva Directiva relativa a la contratación pública que sustituirá a las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE como elementos centrales del marco legislativo de la Unión Europea en materia de contratación pública. (20 de diciembre de 2011 COM (2011) 896 final).

los pliegos de condiciones o en cualquier otro documento relacionado con el procedimiento de adjudicación del contrato en cuestión y finalmente conceder una indemnización por daños y perjuicios a las personas perjudicadas por una infracción.

La actual Directiva de recursos, 2007/66/CE, de 11 de diciembre, se adopta con la clara finalidad de reforzar el sistema de recursos en relación con los distintos actos dictados en el seno del procedimiento de contratación administrativa, con el objetivo último de luchar contra la *adjudicación directa ilegal* en el ámbito de la Unión, práctica que el Tribunal de Justicia ha calificado como la infracción más importante del Derecho comunitario en materia de contratos públicos por parte de un poder adjudicador o entidad contratante, por lo que debe preverse una sanción efectiva, proporcionada y disuasoria. Por consiguiente, todo contrato derivado de una adjudicación directa ilegal debe considerarse en principio sin efectos. Esta falta de efectos no debe ser automática sino que debe quedar sometida a la comprobación de un órgano de recurso independiente o derivar del resultado de una decisión de dicho órgano.

En concreto, se afirma en la exposición de motivos de la misma que se trata de atajar los puntos débiles puestos de manifiesto en la experiencia derivada de la aplicación de las Directivas y específicamente *“la ausencia de plazo que permita entablar un recurso eficaz entre la decisión de adjudicación de un contrato y la celebración de este. Esto conduce en ocasiones a una firma muy acelerada del contrato por parte de los poderes adjudicadores y las entidades contratantes, que desean con ello hacer irreversibles las consecuencias de la decisión de adjudicación controvertida”*.

Por otro lado la legislación española seguía sin recoger los principios antes indicados en la normativa europea de recursos en materia de contratación pública, por lo que, de nuevo la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 3 de abril de 2008, declaró el incumplimiento del Reino de España en relación con la trasposición de la Directiva 89/665/CEE del Consejo de 21 de diciembre de 1989, en su versión modificada por la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, al no prever un plazo obligatorio para que la entidad adjudicadora notifique la decisión de adjudicación de un contrato a todos los licitadores y al no prever un plazo de espera obligatorio entre la adjudicación de un contrato y su celebración. En octubre de 2009, la Comisión Europea instó oficialmente a España a dar cumplimiento a la STJCE de 3 de abril de 2008, a lo que debe sumarse la necesidad de trasposición de la Directiva de recursos 2007/66/CE.

De esta forma para abarcar ambos fines, se dictó la Ley 34/2010, de 5 de agosto, de modificación de las Leyes 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Tal y como se explicita en su exposición de motivos, *“ha sido necesario dar solución a la contradicción aparente que podía suponer para*

*el carácter universal del recurso el hecho de que los actos producidos entre la adjudicación provisional y la definitiva quedaran fuera del ámbito de aplicación del mismo, pues, si bien se trata de actos de cumplimiento prácticamente mecánico en los que la controversia jurídica es apenas imaginable, conceptualmente deben ser susceptibles de recurso también para dar plena satisfacción a la configuración que del mismo hace la nueva Directiva 2007/66/CE, de 11 de diciembre. Esta circunstancia ha llevado a la necesidad de refundir en uno sólo los actos de adjudicación provisional y definitiva haciendo coincidir la perfección del contrato con la formalización del mismo, sin que entre ambos trámites se prevea actuación alguna, salvo, claro está, las que deriven de la posible interposición del recurso. Esta modificación, ha generado la necesidad de modificar una serie importante de artículos de la Ley que han resultado afectados por ella aún cuando no tengan relación directa con el recurso especial en materia de contratación”.*

Dicha Ley, además de regular los supuestos especiales de nulidad, ya contemplados en la normativa anterior, incorpora a la LCSP un Libro VI, regulador del Régimen especial de revisión de decisiones en materia de contratación y medios alternativos de resolución de conflictos, que comprende los artículos 310 a 320 de la misma, resolviendo así las cuestiones pendientes que como se indica en su Exposición de Motivos aún restaba por abordar, “tales como la relativa a la competencia para la resolución del recurso que la nueva Directiva exige se atribuya a un órgano independiente o a la suspensión de la adjudicación que debe mantenerse hasta que dicho órgano resuelva sobre el mantenimiento o no de ella o sobre el fondo”.

El proceso legislativo descrito culminó al dictarse el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, en cuyo capítulo VI del Título I del Libro I, bajo la rúbrica “Régimen especial de revisión de decisiones en materia de contratación y medios alternativos de resoluciones de conflictos”, se recoge el régimen jurídico del recurso especial en materia de contratación pública.

En concreto en su artículo 41 atribuye el conocimiento y resolución del recurso especial en materia de contratación a un órgano especializado que actuará con plena independencia funcional en el ejercicio de sus competencias, y establece que en el ámbito de las Comunidades Autónomas, la competencia para resolver los recursos será establecida por sus normas respectivas, debiendo crear un órgano independiente cuyo titular, o en el caso de que fuera colegiado, al menos su Presidente, ostente cualificaciones jurídicas y profesionales que garanticen un adecuado conocimiento de las materias de que deba conocer.

En cumplimiento de dicha previsión la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público de la Comunidad de Madrid, crea en su artículo 3 el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid.

## II. CARACTERÍSTICAS GENERALES DEL RECURSO

Con carácter general se puede afirmar que la normativa comunitaria, y por trasposición, la normativa contractual española, ha pretendido establecer un recurso en materia de contratación pública de carácter rápido y eficaz, con el objeto de impedir que se consoliden situaciones de ilegalidad, que se verían reparadas únicamente tras la resolución del correspondiente recurso ante los órganos judiciales del orden jurisdiccional contencioso administrativo, mediante la satisfacción de una eventual indemnización, que en la práctica se cifra en el 6% del importe de adjudicación del contrato como beneficio industrial, tras un proceso largo, costoso y con las vicisitudes procesales propias de los recursos contenciosos administrativos.

Este recurso, en respuesta a tales caracteres, tiene unos plazos de resolución muy breves, que en función de los trámites que se precisen, oscila entre 15 y 20 días hábiles<sup>3</sup>.

La eficacia del recurso está íntimamente vinculada con la posibilidad de establecer medidas cautelares, bien previas o bien coetáneas a la interposición del recurso (arts. 43 y 44.4 del TRLCSP), y especialmente en el caso de que el acto impugnado sea el de adjudicación, en cuyo caso de acuerdo con lo previsto en el artículo 45 TRLCSP, se produce la suspensión automática del acto recurrido, para evitar como decimos la consolidación de situaciones de ilegalidad, mediante la formalización del contrato, puesto que no puede hablarse de un recurso eficaz cuando se ha adjudicado el contrato con anterioridad a su resolución, como entre otros pronunciamientos judiciales, señaló el Auto del Presidente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 22 de abril de 1994. As.Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de Bélgica, —C-87/94 R—, *“La Comisión, en su condición de guardiana de los Tratados, puede incoar un procedimiento sobre medidas provisionales paralelamente a un recurso por incumplimiento vinculado a un procedimiento impugnado de adjudicación de un contrato público. En efecto, el incumplimiento de una Directiva en este ámbito constituye un perjuicio grave para la legalidad comunitaria, y la declaración posterior de un incumplimiento, con frecuencia después de la ejecución del contrato, no podrá eliminar el perjuicio sufrido por el ordenamiento jurídico comunitario y por todos los licitadores cuyos derechos han resultado infringidos”*. Asimismo la Sentencia del TJUE de 20 de septiembre de 2011, Evropaiki Dynamiki-Proigmena, trayendo a colación la Sentencia del Tribunal de Justicia de 23 de diciembre de 2009, Comisión/Irlanda, C-455/08, señala en sus Fundamentos 120 y 121 120. *“Por tanto, una protección jurídica completa de los licitadores frente a la arbitrariedad del poder adjudicador supone, en primer lugar, la obligación de informar a todos los licitadores de la decisión de adjudicación del*

---

<sup>3</sup> Los recursos interpuestos ante el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid tuvieron un plazo medio de resolución de 18 días naturales en el año 2011 y de 13 en el 2012.

*contrato público antes de que se celebre el contrato, para que estos dispongan de una posibilidad real de presentar un recurso que tenga por objeto la anulación de esta decisión, cuando se cumplan los requisitos del mismo.*

121. *Esta protección jurídica completa exige asimismo que se prevea la posibilidad de que el licitador excluido examine en tiempo oportuno la validez de la decisión de adjudicación, lo que supone que debe transcurrir un plazo razonable entre el momento en que se comunica la decisión de adjudicación a los licitadores excluidos y la firma del contrato(...)*”

La primera característica destacable del recurso en materia de contratación es que se trata de un **recurso administrativo**, cuyo conocimiento corresponde a un órgano administrativo, elección adoptada por el legislador español, ante las dos opciones que preveía la normativa europea a saber, o bien el establecimiento de un recurso jurisdiccional con órganos especializados para ello, o bien un recurso administrativo, con órganos también especializados, pero debiendo primar en este caso el carácter independiente del órgano encargado de su resolución.<sup>4</sup>

Efectivamente de acuerdo con el apartado 8 del artículo 2 de la Directiva 89/665, “*Cuando los organismos responsables de los procedimientos de recurso no sean de carácter jurisdiccional, sus decisiones deberán ir siempre motivadas por escrito. Además, en ese caso, deberán adoptarse disposiciones para que cualquier medida presuntamente ilegal adoptada por el organismo de base competente o cualquier presunta infracción cometida en el ejercicio de los poderes que tiene conferidos, pueda ser objeto de un recurso jurisdiccional o de un recurso ante otro organismo que sea una jurisdicción en el sentido del artículo 177 del Tratado y que sea independiente en relación con el poder adjudicador y con el organismo de base. El nombramiento de los miembros de este organismo independiente 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. Como mínimo, el presidente de este organismo independiente deberá poseer las mismas cualificaciones jurídicas y profesionales que un juez. Dicho organismo independiente adoptará sus decisiones previa realización de un procedimiento contradictorio y tales decisiones tendrán, por los medios que estipule cada Estado miembro, efectos jurídicos vinculantes.*”

De esta forma en dicha Directiva se permite que sean los Estados miembros los que opten por la forma de concreción del contenido de la misma, a este respecto en su trasposición, configurando el órgano competente para resolver bien como órgano jurisdiccional, bien como órgano administrativo.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha confirmado que los Estados miembros pueden optar entre dos soluciones a la hora de organizar el sistema de control de los contratos públicos (Sentencia de 4 de febrero de 1999, As.

<sup>4</sup> En el Derecho francés existe el *référé précontractuel* un recurso de carácter jurisdiccional, urgente y preventivo para todos los contratos, creado por el legislador francés mediante Ley de 4 de enero de 1992 y Decreto de 7 de septiembre de 1992.



C-103/97, Josef Köllensperger, apartado 29). “*La primera solución consiste en atribuir la competencia para conocer de los recursos a órganos de naturaleza jurisdiccional. La segunda solución consiste en atribuir esta competencia, en primer término, a organismos que no poseen dicha naturaleza. En este último caso, las resoluciones adoptadas por estos organismos deben poder ser objeto bien de un recurso jurisdiccional o bien de un recurso ante otro organismo, que, para garantizar que el recurso sea adecuado, debe cumplir los requisitos específicos previstos en el párrafo segundo del apartado 8 del artículo 2 de la Directiva 89/665.*”

30) *De esto se deriva que si el organismo responsable del recurso es de naturaleza jurisdiccional, como es el caso en el litigio principal, estas disposiciones de garantía no se aplican”.*

Se ha considerado, por algún sector doctrinal, que lo ideal y más perfecto en principio sería el control judicial, por el hecho de recaer el control de las adjudicaciones en jueces, máxime si tales jueces pertenecen al orden jurisdiccional contencioso administrativo<sup>5</sup>. Sin embargo y sin perjuicio de que la calidad de las resoluciones no tiene por qué quedar mermada por el hecho de que los órganos estén dotados con personal funcionario de otros cuerpos distintos a los de la Administración de Justicia, no cabe olvidar que nada se parece tanto a la injusticia como la justicia tardía, como ya afirmaba Séneca.

Como decimos, el legislador español optó por el establecimiento de un recurso de carácter administrativo, probablemente ante la carga de trabajo que pesa sobre los órganos de la Jurisdicción Contencioso Administrativa Española, que impediría de facto que éstos pudieran tramitar y resolver los recursos en los breves plazos que se establecen y sobre todo, tomar una decisión sobre la adopción de medidas cautelares en un plazo de tiempo lo suficientemente breve como para que no incida de manera perjudicial en la tramitación de la adjudicación de los contratos. Dicho carácter, al insertarse tal órgano en el ámbito de una organización administrativa, exigía articular los mecanismos precisos para lograr la eficacia de los fines previstos en la Directiva de recursos, mecanismos que se concretan en la atribución del conocimiento del recurso a un órgano que se configura como especializado e independiente en el ejercicio de sus funciones, permitiendo a las comunidades autónomas la creación de órganos semejantes, con la indicada característica de independencia funcional en el ejercicio sus competencias, tal y como se establece en el artículos 41.1 y 41.3 del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

En esta línea el Estado creó el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales<sup>6</sup>, habiendo dado asimismo el paso de crear sus propios órganos

---

<sup>5</sup> SANTIAGO GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ. Revista Documentación administrativa. Número 288, septiembre-diciembre, p. 48.

<sup>6</sup> El TCRC es competente también para conocer de los recursos que se interpongan frente a los actos emanados de órganos de contratación de Comunidades autónomas que no hayan creado sus propios órganos de resolución, mediante el correspondiente convenio celebrado con la Administración General del Estado (con el Ministerio de Economía y Hacienda, por ser el Ministerio al que

de resolución de recursos a semejanza del Estatal, además de la Comunidad de Madrid, la Comunidad Autónoma de Aragón, (Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, creado por la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón), el País Vasco, (Órgano administrativo de recursos contractuales de la Comunidad Autónoma del País Vasco, creado por Ley 5/2010, de 23 de diciembre, por la que se aprueban los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2011, con carácter unipersonal), que también ha creado Tribunales Forales (La provincia de Álava, mediante Decreto Foral 44/2010, del Consejo de Diputados de 28 de septiembre, que aprueba la creación del Órgano Administrativo Foral de Recursos Contractuales. Guipúzcoa, mediante Decreto Foral 24/2010, de 28 de septiembre, de creación y regulación del Tribunal Administrativo Foral de Recursos Contractuales y Vizcaya, lo ha hecho, mediante el Decreto Foral 102/2010, de 29 de septiembre, de creación del Tribunal Administrativo Foral de recursos contractuales) la Comunidad Autónoma de Andalucía, (Decreto 332/2011, de 2 de noviembre), la Ley 1/2012, de 28 de febrero, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras de Castilla y León crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León cuyas funciones son ejercidas por el Consejo Consultivo de Castilla y León, cuyos Presidente y Secretario actúan como Presidente y Secretario del Tribunal de contratación. Por último muy recientemente, mediante Ley aprobada por el Parlamento de Navarra el 14 de febrero de 2013, se crea el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra<sup>7</sup>.

Esta característica del procedimiento tiene su trasunto en la condición de los órganos de resolución de recursos contractuales como órganos administrativos, si bien cabe señalar que aunque es obvio que no se trata de órganos jurisdiccionales, entre otras cosas porque no se integran en el Poder Judicial, lo cierto es que puede ser considerado como un órgano de naturaleza cuasi jurisdiccional. Puede traerse a colación para realizar el examen de tal característica la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de marzo de 2000, Ass. C-110/98 a C-147/98, Gabalfrisa, S.L. y otros contra Agencia Estatal de Administración Tributaria (AEAT): en la que examinando

---

se adscribe orgánicamente el Tribunal), en el que se estipulen las condiciones en que la Comunidad Autónoma sufragará los gastos derivados de esta asunción de competencias. Hasta la fecha han suscrito los indicados convenios la Comunidad Autónoma de Extremadura, con fecha 16 de julio de 2012, y la Ciudad Autónoma de Melilla, con fecha 9 de julio de 2012, ambos publicados en el BOCM de 27 de julio.

<sup>7</sup> En algunas Comunidades Autónomas ya se había dado el paso de residenciar la competencia para el conocimiento del recurso especial en otros órganos administrativos. Así la Comunidad Foral de Navarra atribuye en el artículo 208.3 de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos, a la Junta de Contratación Pública la Competencia, para resolver las reclamaciones en materia de contratación pública. Cabe también citar el caso de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, pionera en la cuestión que en su Ley 3/2003, de 26 de marzo, de Régimen Jurídico de la Administración de la Comunidad Autónoma reguló un recurso especial en materia de contratación, que debía resolver la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

la naturaleza de otros tribunales administrativos —los Tribunales Económico Administrativos— se afirma que *“Para apreciar si el organismo remitente posee el carácter de un órgano jurisdiccional en el sentido del artículo 177 del Tratado, cuestión que pertenece únicamente al ámbito del Derecho comunitario, el Tribunal de Justicia tiene en cuenta un conjunto de elementos, como son el origen legal del órgano, su permanencia, el carácter obligatorio de su jurisdicción, el carácter contradictorio del procedimiento, la aplicación por parte del órgano de normas jurídicas, así como su independencia (véase, en particular, la sentencia de 17 de septiembre de 1997, Dorsch Consult, C-54/96, Rec. p. I-4961, apartado 23, y la jurisprudencia que allí se cita).”*

Los Tribunales previstos en la legislación de contratos, tienen los requisitos antes indicados salvo el del carácter obligatorio de su jurisdicción, puesto que como hemos señalado el recurso es potestativo, de lo que puede afirmarse tal carácter cuasi jurisdiccional. En ello abunda la circunstancia de que si bien sus resoluciones son susceptibles de recurso contencioso administrativo, el Tribunal no es parte o carece de legitimación pasiva en dicho recurso tal y como expresamente señala el artículo 21.3 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, siguiendo así el esquema que con carácter general se establece para los órganos jurisdiccionales cuyas resoluciones son recurribles ante el superior jerárquico, sin que ello implique que sean parte en el procedimiento, frente al sistema previsto para los órganos administrativos que sí son parte en los procesos judiciales que se sigan contra sus resoluciones como es el caso de los Jurados de expropiaciones, o la Junta Superior de Hacienda en la Comunidad de Madrid.

Este modelo como más arriba hemos señalado ha sido contestado por algún sector doctrinal e incluso el propio Consejo de Estado en el dictamen 499/2010, señalando que *“El Consejo de Estado no puede dejar de señalar que el modelo que mejor responde al objetivo de asegurar la efectividad de las garantías previstas es el que configura un recurso especial de carácter jurisdiccional, cuyo conocimiento se atribuye a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo Por otra parte, desde el punto de vista de su operatividad, este hipotético modelo no habría de exigir necesariamente una mayor proyección temporal que el modelo proyectado (pues, con arreglo a este último, la celeridad que podría pretender ganarse en la primera fase de recurso administrativo, a pesar de la experiencia práctica habida en relación con este tipo de órganos, podría perderse en la segunda fase, de recurso ante la jurisdicción contencioso- administrativa). Junto a ello, se trata de la opción que mejor garantiza la independencia del “órgano de recurso”, en el marco de las exigencias establecidas en la Directiva 2007/66/CE. Y, además, contribuiría a simplificar la compleja estructura organizativa que, para las tres instancias territoriales (Estado, Comunidades Autónomas y Entes Locales), se perfila en el anteproyecto”.*

Debe señalarse al respecto una interesante conclusión y es que aunque aún es pronto para trazar un mínimo balance de la actividad de los órganos encargados de la resolución del recurso especial, se permite vislumbrar que sus resoluciones van a contribuir a renovar la dogmática sobre la contratación

administrativa. De hecho se aprecia ya en la práctica como en buen número de ocasiones los recurrentes y los órganos de contratación fundan sus pretensiones, no en la doctrina emanada de los órganos jurisdiccionales, sino de los órganos de resolución de los recursos contractuales.

Gimeno Feliú<sup>8</sup> considera que las funciones del Tribunal **son de plena jurisdicción**, con posible restablecimiento de la situación jurídica individualizada, e imposición del pago de indemnizaciones para los interesados por los daños y perjuicios ocasionados por la infracción legal a que diera lugar el recurso. Debe sin embargo señalarse, que de acuerdo con lo dispuesto en el párrafo 3 artículo 47 del TRLCSP, a la Resolución le es dado anular las decisiones ilegales adoptadas durante el proceso de contratación y declarar la procedencia de la retroacción de actuaciones, con carácter ejecutivo. Ahora bien lo que no puede hacer el Tribunal es acordar la adjudicación del contrato a favor del recurrente, aunque en la práctica suele incluirse tal petición en el petitum de los recursos especiales.

Efectivamente de lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 47 del TRLCSP in fine, cuando señala que *“si, como consecuencia del contenido de la resolución, fuera preciso que el órgano de contratación 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 apartado 2 del artículo 151”*, no puede desprenderse que los tribunales de contratación puedan incluir en sus resoluciones, mandatos relativos a la adjudicación del contrato, que en general supongan el establecimiento de situaciones jurídicas individualizadas. De manera, que si bien la resolución puede anular la adjudicación, objeto del contrato, no le es dado proceder a acordar la adjudicación del mismo. En el caso de las exclusiones al anular las mismas se produce de facto, el efecto de afectar a la situación jurídica del excluido, que debe por tanto ser admitido a la licitación.

En este sentido estamos más de acuerdo con la doctrina del Tribunal Central de recursos contractuales que entre otras en su Resolución 191/2012, considera que el recurso tiene una **función revisora** de los actos recurridos en orden a determinar si se ha producido un vicio de nulidad o anulabilidad<sup>9</sup>.

<sup>8</sup> OBSERVATORIO DE CONTRATOS PÚBLICOS 2010, Ed. Thompson Reuters p. 234.

<sup>9</sup> Y es que, no puede olvidarse que, tal y como han señalado numerosas resoluciones anteriores (por todas, resolución 62/2012), la función que el Tribunal de Recursos Contractuales desempeña en el enjuiciamiento de las reclamaciones de que conoce es exclusivamente una función revisora de los actos recurridos en orden a determinar si se ha producido un vicio de nulidad o anulabilidad, de acuerdo con lo dispuesto, con carácter general, para el conjunto de los recursos administrativos, en el artículo 107.1 de la LRJPAC, y, de forma específica en relación con el recurso especial en materia de contratación, en el artículo 47.2 *in fine* del TRLCSP. Precisamente por ello, en el supuesto de apreciarse la existencia de tales vicios, el Tribunal procederá a anular el acto o actos, ordenando se repongan las actuaciones al momento anterior a aquél en que el vicio se produjo, pero sin que en ningún caso pueda sustituir la competencia de los órganos intervinientes en el proceso de contratación, es decir, del órgano de contratación al que corresponde dictar el acto de adjudicación, so pena de incurrir en incompetencia material sancionada con nulidad radical (art. 62.1.b) de la LRJPAC y, por remisión, art. 32.a) del TRLCSP).

En relación con el **carácter potestativo del recurso**, si bien la Ley 30/2007, en su primera redacción configuraba el recurso como preclusivo u obligatorio con carácter previo a la interposición del recurso contencioso administrativo<sup>10</sup>, en la modificación operada por la Ley 34/2010, se establece el carácter potestativo del mismo, siguiendo las recomendaciones del Consejo de Estado en el Dictamen 499/2010, de 29 de abril, emitido sobre el Anteproyecto de Ley, cuando afirma que *“La redacción proyectada apunta hacia la configuración del recurso especial como recurso potestativo. Esta es la solución que el Consejo de Estado considera más acertada, como ya subrayó en 2006. Debe, sin embargo, recogerse en el anteproyecto de forma clara y que no ofrezca lugar a dudas, indicando expresamente que dicho recurso tiene carácter potestativo”*.

No obstante el carácter potestativo del recurso, no es descabellado pensar, que a la vista de los resultados derivados de los primeros meses de experiencia del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, la interposición previa del recurso especial, será la tónica seguida por la generalidad de los empresarios afectados, en tanto en cuanto la estadística de resultado de este órgano para el año 2011, arroja un balance de un 12 por ciento de resoluciones estimatorias totales y un 10 por ciento de estimaciones parciales, todo ello con un plazo medio de resolución de 18 días naturales, y para el año 2012, un 15 por ciento de resoluciones estimatorias totales y un 11 por ciento de resoluciones estimatorias parciales, bajando el plazo de resolución a 13 días naturales, cifras que claramente hacen atractivo el recurso para los afectados, teniendo en cuenta además el carácter gratuito del mismo para los recurrentes y la no necesidad de accionar por medio de letrado y procurador, como en el caso de todos los recursos administrativos.

Además, como se afirma en el propio dictamen más arriba citado, el recurso tiene el **carácter de exclusivo** *“La regulación proyectada mantiene el carácter exclusivo del recurso especial, de modo que no procederá la interposición de recursos administrativos ordinarios contra los actos que se mencionan en el proyectado artículo 310.2 de la Ley 30/2007 (apartado 5 de este mismo artículo). Como ya se dijo en el dictamen 514/2006, es conveniente mantener este carácter exclusivo, sin perjuicio de lo cual se reconoce expresamente la posibilidad*

---

<sup>10</sup> Artículo 37.1 de la LCSP en su redacción original: 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 contencioso-administrativo, sin que proceda la interposición de recursos administrativos ordinarios contra los mismos. No se dará este recurso en relación con los actos dictados en procedimientos de adjudicación que se sigan por el trámite de emergencia regulado en el artículo 97.

de que las Comunidades Autónomas puedan prever la interposición de recurso administrativo previo (segundo párrafo del artículo 311.2 proyectado)", opción ésta que no ha sido adoptada por la Comunidad de Madrid.

No ha sido infrecuente que los licitadores que se han considerado perjudicados en los procedimientos de licitación, hayan interpuesto contra los actos que han entendido contrarios a derecho, recurso administrativo de reposición e incluso de alzada, cuestión que por otro lado carece de incidencia en cuanto a la admisibilidad de los recursos, habida cuenta de la obligación que tiene la Administración en su caso de calificar los recursos y escritos dirigidos a la misma, en virtud de lo dispuesto en el artículo 110.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común<sup>11</sup>, aunque también se ha detectado algún caso en que el órgano de contratación correspondiente ha resuelto los recursos interpuestos sin tramitar su traslado al Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid.

En estos casos el Tribunal no podría entrar a conocer de ulteriores recursos especiales en materia de contratación, por el efecto de la que podríamos denominar cosa juzgada administrativa<sup>12</sup>, sin perjuicio de la eventual nulidad de la resolución dictada por el órgano de contratación, al tratarse de un acto dictado por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia<sup>13</sup>.

Por último el recurso tiene carácter **precontractual** esto es que define su ámbito de aplicación respecto de todos aquellos actos relacionados con la licitación administrativa previos a la formalización del contrato, como vamos a ver.

La Ley 34/2010, de 5 de agosto, de modificación de la Ley de Contratos del Sector Público regula, junto con el mecanismo de control de la legalidad constituido por el recurso especial de carácter precontractual, un segundo mecanismo, la cuestión de nulidad, de carácter contractual, para los supuestos descritos en su artículo 37. La Directiva 1989/665/CEE, de 21 de diciembre en su artículo 2 quinquies califica expresamente el recurso de precontractual por oposición a esta cuestión de nulidad<sup>14</sup>.

---

<sup>11</sup> El error en la calificación del recurso por parte del recurrente no será obstáculo para su tramitación, siempre que se deduzca su verdadero carácter.

<sup>12</sup> En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo, de 29 de mayo de 1995, reconoce que la resolución administrativa "*que entra a resolver el fondo de la controversia, estima o desestima las pretensiones deducidas en la demanda, deja definitivamente zanjada la cuestión*". En el mismo sentido se pronuncia igualmente el Tribunal en la Sentencia de 12 de junio de 1997 al decir que las resoluciones que concluyen los procedimientos "*de un modo ordinario tengan atribuidas, paralelamente a la sentencias jurisdiccionales firmes, los mismos efectos de la cosa juzgada formal (o imposibilidad de impugnación dentro de un mismo procedimiento de lo ya resuelto o juzgado) y de la cosa juzgada material, tanto positiva (o prejudicial) como negativa (o excluyente de la posibilidad de volver a plantear, en un nuevo procedimiento, lo ya a finiquitado en otro anterior, con elementos subjetivos y objetivos idénticos)*".

<sup>13</sup> Vid Resolución n.º 37/2011 del TACPCM, de 13 de julio de 2011.

<sup>14</sup> PREÁMBULO "es preciso dar cabida en ambas Leyes a la declaración de nulidad de los contratos en los términos previstos en la Directiva, aconseja hacer una reforma que no tiene más

Este carácter precontractual tiene una decisiva influencia en relación con el trámite de admisión de los recursos, puesto que, a mi juicio, una vez formalizado el contrato, y a pesar de que la Ley no contiene una causa de inadmisibilidad expresa al respecto, la consecuencia no podría ser otra que la de la inadmisión del recurso, dado que en tal caso el recurso se vería privado de la finalidad para la que se estableció, deviniendo en ineficaz para evitar precisamente la formalización contractual, para lo que se establece un plazo de suspensión obligatorio de la formalización del contrato, en el artículo 45 del TRLCSP, lo que tampoco afectaría al derecho de defensa de los interesados al contar con el acceso a la jurisdicción, y poder en su caso entablar acción de nulidad, a la que ya hemos hecho referencia<sup>15</sup>.

Este ha sido el criterio mantenido por el Tribunal de Madrid, aunque las posturas no son muy pacíficas al respecto, el Tribunal Andaluz se ha pronunciado expresamente en relación con esta cuestión en su Resolución 117/2012, de 29 de noviembre, admitiendo el recurso especial una vez formalizado el contrato, si bien en relación con la adjudicación de un Acuerdo Marco, que presenta una especialidad respecto de los contratos, al señalar el artículo 198.5 del TRLCSP que “*En los procedimientos de adjudicación a que se refieren los apartados anteriores podrá efectuarse la formalización del contrato sin necesidad de observar el plazo de espera previsto en el artículo 156.3*”.

En el caso de los contratos derivados de los acuerdos marco, el legislador español ha optado por que pueda formalizarse el contrato antes de que transcurra el plazo legal para la interposición del citado recurso, ¿quiere ello decir que no cabe recurso especial contra los contratos derivados de un acuerdo marco? Entiendo que en modo alguno puede llegarse a tal conclusión.

Ahora bien el artículo 37. d) del TRLCSP regulador de la cuestión de nulidad señala que la misma cabe “*Tratándose de un contrato basado en un acuerdo marco del artículo 196 celebrado con varios empresarios que por su valor estimado deba ser considerado sujeto a regulación armonizada, si se hubieran incumplido las normas sobre adjudicación establecidas en párrafo segundo del artículo 198.4.*” y añade en su apartado 3. “*No procederá la declaración de nulidad a que se refiere este artículo en los supuestos de las letras d) y e) si concurren conjuntamente las dos condiciones siguientes:*

- a) *Que el órgano de contratación haya notificado a todos los licitadores afectados la adjudicación del contrato y, si lo solicitan, los motivos del rechazo de su candidatura o de su proposición y de las características de la proposición del adjudicatario que fueron determinantes de la adjudicación a su*

---

alcance que el adaptar ambas Leyes a las nuevas exigencias de la Directiva 2007/66/CE, de 11 de diciembre”.

<sup>15</sup> Vid Sentencia TJUE de 20 de septiembre de 2011, Evropaiki Dynamiki-Proigmena. Fundamento 118 y 119.

*favor, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 153 en cuanto a los datos cuya comunicación no fuera procedente.*

- b) *Que el contrato no se hubiera perfeccionado hasta transcurridos quince días hábiles desde el siguiente al de la remisión de la notificación a los licitadores afectados.”*

De manera que por lo que se refiere al plazo de perfeccionamiento o celebración del contrato, el artículo 198, a mi juicio, refuerza la idea antes expuesta de que procedería la inadmisibilidad del recurso especial en el supuesto de que se hubiera formalizado el contrato, puesto que no permite la declaración de nulidad si para la celebración del contrato derivado del acuerdo marco, sí se ha respetado el plazo de 15 días para la interposición del recurso. Lo que apunta aún más la idea de que se trata de dos acciones alternativas, una para el caso de que hayan transcurrido los 15 días, bien por incumplimiento del plazo por el órgano de adjudicación o bien por la posibilidad que a tal respecto establece la ley para los acuerdos marco, y otra para el caso de que dicho plazo no haya transcurrido en cuyo caso procede el recurso especial.

### III. ÁMBITO OBJETIVO DEL RECURSO

Como más arriba hemos señalado, el objetivo perseguido con el establecimiento de este recurso especial de anular o hacer que se anulen las decisiones ilegales, incluida la supresión de las características técnicas, económicas o financieras discriminatorias contenidas en los pliegos de condiciones o en cualquier otro documento relacionado con el procedimiento de adjudicación del contrato en cuestión, determina necesariamente el objeto del mismo, que en resumen se contrae a todos aquellos actos relacionados con la licitación administrativa previos a la formalización del contrato.

Se trata a la postre de impedir que se celebren contratos sometidos a licitación pública en aquellos casos en que se produzca una vulneración del derecho aplicable, lo que comprometería los principios que rigen la contratación pública, de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos y no discriminación e igualdad de trato entre candidatos, asegurando, a través de la selección de la oferta económicamente más ventajosa, la eficiente utilización de los fondos públicos.

En consecuencia, son recurribles:

— Los documentos contractuales que establezcan las condiciones de contratación, los pliegos y los anuncios de licitación. En el año 2011, tales documentos supusieron el 23 por ciento de los actos recurridos ante el Tribunal Administrativo de Contratación Pública y en el año 2012, esta cifra se elevó al 29 por ciento.

En el caso de que se aprecien ilegalidades o vulneraciones en general de la normativa en materia de contratación pública en los documentos antes indicados



debe procederse a la impugnación de los mismos, puesto que en caso contrario procede la aplicación de los pliegos como *lex contractus* vinculando a los licitadores que concurren a la licitación aceptando su contenido y también a los órganos de contratación en sus propios términos, (Vid STS de 29 de septiembre de 2009 la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 128/2011, de 14 de febrero (JUR 2011/170863) cuyo fundamento de derecho tercero dice:“(..) *si bien la Administración ostenta, en un primer momento, un margen de discrecionalidad en la fijación de los criterios que han de reunir los que concurren al concurso así como en la determinación de la puntuación atribuible a cada uno de aquellos, no acontece lo propio con la asignación particularizada a cada uno de los concursantes a la vista de la documentación presentada. En esta segunda fase la administración debe respetar absolutamente las reglas que ella estableció en el correspondiente pliego*”. Es incontestable que en materia de licitación pública el pliego de condiciones se constituye en la ley del concurso (SsTS de 28 de junio de 2004, recurso de casación 7106/00 (RJ2004/5448), y de 24 de Enero de 2006, recurso de casación 7645/00), en los términos del artículo 115 del TRLCSP que dispone que los contratos se ajustaran al contenido de los pliegos particulares cuyas cláusulas se consideran parte integrante de los mismos, debiendo incorporarse al contrato. Es por ello que si de la falta de adecuación a derecho de los pliegos se derivase algún defecto de legalidad en las distintas fases de tramitación del procedimiento de licitación, singularmente en la valoración, dicho defecto no podrá hacerse valer, al tratarse de un acto consentido, como ha señalado el TCPCM en numerosas ocasiones.

Esta regla tiene una única salvedad y es aquella en que se aprecia una clara causa de nulidad en los pliegos, puesta de manifiesto en el expediente, en cuyo caso aplicando el aforismo *quod nullum est nullum effectum producit*, el Tribunal ha procedido a declarar la nulidad del pliego o del procedimiento fijado en el mismo, entendiéndolo que ello no es motivo para apreciar incongruencia en las resoluciones del mismo. Vid Resolución 80/2011, de 23 de noviembre “*Esto no obstante, dado que los Pliegos y en concreto el PCAP, no han sido impugnados, debe considerarse que se trata de actos consentidos a cuya observancia deben sujetarse los licitadores y sobre cuya validez no puede pronunciarse este Tribunal en virtud del principio de congruencia, al no observarse la presencia de vicios determinantes de la nulidad radical del PCAP*”.

— Los actos de trámite que impidan la continuación del procedimiento o produzcan indefensión, siguiéndose así el sistema general que permite recurrir las resoluciones y los actos de trámite, si estos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, o producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. Entre los actos de trámite recurribles este caso el artículo 40.2.b) del TRLCSP a modo enunciativo, considera como tales, los actos de la Mesa de Contratación por los que se acuerde la exclusión de los licitadores. Durante el año 2011 los actos de trámite supusieron el 20 por ciento de los actos recurridos mientras que en el 2012 dicha cifra se eleva al 31 por ciento.

Cabe considerar la exclusión por incumplimiento de los requisitos o la existencia de un defecto insubsanable en la forma de presentar la documentación, y la exclusión que se produce cuando se declara a un licitador decaído en su derecho a ser adjudicatario por no cumplimentar lo dispuesto en el artículo 151.2 del TRLCSP. La cuestión está en determinar si tal acto de exclusión del licitador, que no es un acto de la mesa de contratación, sino del órgano de contratación, es un acto de trámite cualificado a efectos de admisión del recurso especial en materia de contratación al amparo del artículo 40.2.b) del TRLCSP.

La modificación de la Ley de Contratos del Sector Público por la Ley 34/2010, de 5 de agosto, supuso, entre otros efectos, la supresión de la dualidad de adjudicaciones (provisional y definitiva) y la inclusión de un nuevo trámite previo a la adjudicación, el requerimiento al licitador que ha presentado la oferta económicamente más ventajosa que regula el artículo 135.2 de la LCSP (actual artículo 151.2 TRLCSP).

En este sentido, la propia Exposición de Motivos de dicha Ley 34/2010, de 5 de agosto, indica que el sentido de la supresión de esa dualidad de adjudicaciones, provisional y definitiva, es abrir la posibilidad de recurso a actos producidos entre la adjudicación provisional y definitiva, que por ello quedarían fuera del ámbito del mismo: *“Del mismo modo, ha sido necesario dar solución a la contradicción aparente que podía suponer para el carácter universal del recurso el hecho de que los actos producidos entre la adjudicación provisional y la definitiva quedaran fuera del ámbito de aplicación del mismo, pues, si bien se trata de actos de cumplimiento prácticamente mecánico en los que la controversia jurídica es apenas imaginable, conceptualmente deben ser susceptibles de recurso también para dar plena satisfacción a la configuración que del mismo hace la nueva Directiva 2007/66/CE, de 11 de diciembre. Esta circunstancia ha llevado a la necesidad de refundir en uno solo los actos de adjudicación provisional y definitiva haciendo coincidir la perfección del contrato con la formalización del mismo, sin que entre ambos trámites se prevea actuación alguna, salvo, claro está, las que derivan de la posible interposición del recurso. Esta modificación, ha generado la necesidad de modificar una serie importante de artículos de la Ley que han resultado afectados por ella aun cuando no tengan relación directa con el recurso especial en materia de contratación.”* Por ello, la exclusión del licitador cuya oferta ha sido considerada la más ventajosa por no haber aportado la documentación requerida para la adjudicación, ha de ser susceptible de recurso especial en materia de contratación, al tratarse de un acto de trámite cualificado, que dadas las graves consecuencias que comportan para el licitador, debe tener la posibilidad de recurrir. De no admitir dicha posibilidad, el licitador cuya oferta es la económicamente más ventajosa no podría hacer valer sus derechos por esta vía con la gravedad de las consecuencias que de la decisión del órgano de contratación, en este sentido, se derivan.

Así se pronunció el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón en el Acuerdo 8/2011, de 27 de junio de 2011 y la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, en su informe 8/2011, de 6 de

julio, indicando que el artículo 135.2 impone al licitador que ha presentado la oferta económicamente más ventajosa la carga de aportar una documentación determinada en el plazo establecido. La consecuencia de no atender el requerimiento en plazo, es que el órgano de contratación entenderá que el licitador ha retirado su oferta y por tanto quedará excluido de la licitación, además procederá la incautación de la garantía provisional si se hubiera exigido su constitución (art. 91.4 LCSP) y la incoación de un expediente de declaración de prohibición de contratar (art. 49.2 d) LCSP). Dados los graves efectos negativos que tiene para el licitador el incumplimiento del plazo, tienen especial importancia las cuestiones procedimentales. (...) Si el licitador no cumplimenta adecuadamente el requerimiento en el plazo que resulte aplicable, teniendo en cuenta no solo el plazo inicial, sino la posible ampliación del mismo y la concesión en su caso de un plazo para la subsanación de defectos, la LCSP impone al órgano de contratación la obligación, que no la facultad, de realizar un nuevo requerimiento al licitador que haya presentado la siguiente oferta de la clasificación. Ello implica que previamente o en el mismo acto, el órgano de contratación deberá declarar que entiende que el licitador que ha presentado la oferta económicamente más ventajosa, ha retirado su oferta y consecuentemente queda excluido del procedimiento de licitación.

Este acto, tal y como ha declarado el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón en el Acuerdo 8/2011, de 27 de junio de 2011, tiene que ser “*motivado y notificado debidamente y merece la calificación de acto de trámite cualificado a efectos de recurso.*” Por tanto, se estima que sí cabe recurso especial en materia de contratación contra el acto de exclusión de un licitador al amparo del artículo 135.2 LCSP, al ser éste un acto de trámite cualificado conforme al artículo 40.2.b) TRLCSP. (Vid Resolución 108 y 109 de 20 de septiembre de 2012)

— Asimismo son recurribles los acuerdos de adjudicación adoptados por los poderes adjudicadores, los actos de renuncia a la celebración del contrato y desistimiento del procedimiento de adjudicación. Dichos actos supusieron en el año 2011 el 56 por ciento de los actos impugnados y en año 2012 el 39 por ciento.

A los actos de adjudicación deben asimilarse los actos de renuncia a la celebración del contrato y desistimiento del procedimiento de adjudicación<sup>16</sup>.

En todo caso la posibilidad de control vía recurso especial de los actos de desistimiento precontractual de los órganos de contratación ha sido garantizada expresamente por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en las Sentencias de 2 de junio de 2005, C/15/2004 que tiene por

<sup>16</sup> Vid Resolución 17/2011, de 8 de junio.

objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 234 CE, por el Bundesvergabeamt (Austria), o de 18 de junio de 2002, C/92/2002, cuando señalan que “*el acuerdo por el que se cancela una licitación para un contrato público de servicios forma parte de las decisiones con respecto a las cuales, en virtud de la Directiva 89/665, los Estados miembros están obligados a prever procedimientos de recurso de anulación, con el fin de garantizar el cumplimiento de las normas del Derecho comunitario en materia de contratos públicos, así como las normas nacionales mediante las que se adaptan los ordenamientos jurídicos nacionales al referido Derecho (apartado 54); la completa consecución del objetivo que la Directiva 89/665 pretende alcanzar se vería comprometida si las entidades adjudicadoras pudieran cancelar las licitaciones para los contratos públicos de servicios sin estar sujetas a los procedimientos de control jurisdiccional destinados a asegurar desde todos los puntos de vista la efectividad del cumplimiento de las directivas que establecen normas materiales sobre contratos públicos y de los principios en los que se sustentan*”.

También resultan objeto del recurso las declaraciones de desierto de una licitación, aunque las mismas no se recogen expresamente entre los actos que el artículo 40.2 del TRLCSP enumera como recurribles. Sin embargo, ello no podría ser de otro modo, ya que tal declaración no es sino la consecuencia necesaria, legalmente establecida, de la exclusión o rechazo de todas las ofertas de los licitadores. Efectivamente tal y como establece el artículo 151.3 TRLSP “*No podrá declararse desierto una licitación cuando exista alguna oferta o proposición que sea admisible de acuerdo con los criterios que figuren en el pliego*”. En relación con el anterior el artículo 22 g) del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, de desarrollo parcial de la LCSP al regular las funciones de la Mesa de contratación previene que “*En aquellos casos en que, de conformidad con los criterios que figuren en el pliego, no resultase admisible ninguna de las ofertas presentadas propondrá que se declare desierto la licitación*”. Por lo tanto la declaración de desierto se configura como el trasunto de la adjudicación en el caso de que no exista ninguna oferta admisible<sup>17</sup>.

Como más arriba se ha expuesto, son susceptibles de recurso especial tanto los actos previos a la adjudicación, como los de trámite, y los que concluyen el procedimiento, planteándose la cuestión de la posibilidad de recursos sucesivos, contra los distintos actos recurribles en relación con un mismo procedimiento de licitación.

Debe partirse de la sabia consideración de que los pliegos constituyen la Ley del contrato de manera que, los licitadores y el órgano de contratación deben estar y pasar por ellos, mientras desplieguen válidamente sus efectos<sup>18</sup>.

---

<sup>17</sup> Vid Resolución 35/2012, de 28 de marzo de 2012. y 108/2012 y 109/2012, de 20 de septiembre.

<sup>18</sup> Así el artículo 115.3 del TRLCSP dispone que los contratos se ajustaran al contenido de los pliegos particulares cuyas cláusulas se consideran parte integrante de los mismos. Como viene manifestándose de forma reiterada por la jurisprudencia, los pliegos constituyen la ley del contrato que obligan a las partes. En este sentido se pronuncia la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia

De esta forma si los pliegos no son impugnados por los licitadores, no pueden hacerse valer cuestiones de legalidad atinentes a los mismos al impugnarse la adjudicación del contrato, en tanto en cuanto se trata de actos consentidos. Como ya hemos dicho más arriba, el Tribunal viene aplicando una única salvedad para aquellos supuestos en que los pliegos adolezcan de vicio de nulidad radical en los términos del artículo 62 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común<sup>19</sup>.

Más frecuente resulta la impugnación sucesiva de los actos de exclusión o de valoración efectuados por los órganos de contratación y de adjudicación de los contratos. En relación con esta cuestión el Tribunal de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, viene considerando que si consta la notificación formal del acuerdo de exclusión del licitador, el mismo no podrá interponer recurso especial en materia de contratación contra el acto de adjudicación, al tratarse de posibilidades subsidiarias, pero no acumulativas. En el mismo sentido la Circular 3/2010 de la Abogacía del Estado señala en cuanto a esta posibilidad:

*“La rotundidad de los términos en los que aparece redactado el artículo 135.4 obliga a concluir que la Ley 34/2010 ha establecido, en la práctica, dos posibilidades de recurso contra los actos de exclusión de los licitadores acordados por las Mesas de Contratación: el recurso especial en contra el acto de trámite cualificado (artículo 310.2.b) que implica la exclusión acordada por la Mesa, (...) y el recurso especial contra el acto de adjudicación del contrato(...). Estas dos posibilidades no son acumulativas, sino que tienen carácter subsidiario”.*

A estos efectos debe considerarse que el acto se ha notificado formalmente cuando reúne los requisitos establecidos en el artículo 59 de la LRJ-PAC, incluyendo no solo una motivación del mismo, sino también una indicación de los recursos que caben contra aquél.

---

de Madrid, 128/2011, de 14 de febrero (JUR 2011/170863) cuyo fundamento de derecho tercero dice: “(.) si bien la Administración ostenta, en un primer momento, un margen de discrecionalidad en la fijación de los criterios que han de reunir los que concurran al concurso así como en la determinación de la puntuación atribuible a cada uno de aquellos, no acontece lo propio con la asignación particularizada a cada uno de los concursantes a la vista de la documentación presentada. En esta segunda fase la administración debe respetar absolutamente las reglas que ella estableció en el correspondiente pliego. Es incontestable que en materia de concursos el pliego de condiciones se constituye en la ley del concurso (SsTS de 28 de junio de 2004, recurso de casación 7106/00 (RJ2004/5448), y de 24 de enero de 2006, recurso de casación 7645/00)”.

<sup>19</sup> Vid Resolución 80/2011, de 23 de noviembre “Esto no obstante, dado que los Pliegos y en concreto el PCAP, no han sido impugnados, debe considerarse que se trata de actos consentidos a cuya observancia deben sujetarse los licitadores y sobre cuya validez no puede pronunciarse este Tribunal en virtud del principio de congruencia, al no observarse la presencia de vicios determinantes de la nulidad radical del PCAP”.

Es cierto que la legislación en materia de contratos no obliga a los órganos de contratación a notificar los actos de trámite, en concreto la exclusión de los licitadores, sin perjuicio de que ello podría ser conveniente, pudiendo motivarse la misma en la notificación del propio acto de adjudicación, momento procedimental apto, entonces, para recurrir el acto de exclusión, sin que pueda apreciarse extemporaneidad de la acción.

Una vez examinados los actos recurribles cabe detenerse en el análisis de aquellos actos que no lo son.

— En principio no son recurribles los actos dictados por los órganos de contratación dictados en relación con las modificaciones no previstas en los pliegos que sea preciso realizar una vez adjudicados los contratos, por exclusión expresa establecida en el artículo 40.2 del TRLCSP. Respecto de la conveniencia de incluir o no en el ámbito de aplicación del recurso especial las modificaciones contractuales, merece la pena destacar siquiera sea someramente que existe un sector doctrinal que aboga por esta posibilidad, al considerar que mediante la modificación contractual se está procediendo a realizar una nueva adjudicación del contrato, lo que justificaría su sumisión al recurso administrativo especial. Y ello por aplicación directa de las Directivas en materia de contratación. Efectivamente el artículo 12 bis de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, introducido por Ley 3/2012, de 8 de marzo, de medidas fiscales y administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón, bajo el título “Publicidad de los modificados”, exige que los actos del órgano de contratación por los que se acuerde la modificación de un contrato se publiquen, en todo caso, en el Boletín y perfil en que se publicó la adjudicación, con indicación de las circunstancias justificativas, el alcance e importe del mismo, con el fin de garantizar el uso adecuado de la potestad de modificación. Asimismo, dichos acuerdos deberán notificarse a los licitadores que fueron admitidos a la licitación, incluyendo la información necesaria que permita al licitador interponer, en su caso, recurso suficientemente fundado contra la decisión de modificación de no ajustarse a los requerimientos legales.

En el mismo sentido el artículo 20 de la reciente Ley Foral 3/2013, de 25 de febrero, de modificación de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos de Navarra, prevé también la notificación de las modificaciones contractuales a los licitadores que fueron admitidos, incluyendo además, la información necesaria que permita al licitador interponer, en su caso, recurso suficientemente fundado contra la decisión de modificación, de no ajustarse a los requerimientos legales.

La Junta Consultiva de contratación Administrativa de Aragón en su Informe 12/2012, de 23 de mayo, considera que cualquier decisión que esté sujeta a las normas comunitarias y que produzca efectos jurídicos —como sin duda lo es una modificación de las previsiones de un contrato— puede ser recurrida, sin distinguir en función de su contenido o del momento de su adopción (STJUE de 23 de enero de 2003, Macedonio Metro y Michaniki).

Entiende por ello la Junta que el recurso especial contra decisiones de modificaciones contractuales es conforme al sistema de recursos comunitario en materia de contratación pública, por ser esa la opción del legislador estatal, que si bien ha excluido la aplicación del recurso especial para los casos de modificaciones contractuales no previstas en el pliego (art. 40.2 TRLCSP), no es menos cierto que la práctica de las modificaciones previstas o convencionales (art. 106 TRLCSP) sí puede ser objeto de recurso especial, en tanto son un elemento propio de la valoración de ofertas. Concluye la Junta que no le corresponde “*contradecir el mandato que con carácter de legislación básica contiene el artículo 40.2 TRLCSP sobre exclusión del objeto del recurso especial de las modificaciones no previstas, pero cabe advertir la posible incongruencia del precepto, que lleva a dar distinto trato a las modificaciones del contrato según sea su presupuesto habilitante, ya que a la vista de la jurisprudencia comunitaria, su aplicación podría resultar desplazada por la eficacia directa del Derecho de la UE, en los supuestos concretos que se sometan a los órganos competentes para conocer del recurso especial*”.

Es interesante citar al respecto lo señalado por el Tribunal General de Justicia de la Unión Europea en la reciente Sentencia de 31 de enero de 2013, en el asunto T-235/11, en sus fundamentos jurídicos 58 a 60, que viene a avalar la anterior postura.

*“Según reiterada jurisprudencia, las disposiciones que autorizan excepciones a las normas que pretenden garantizar la efectividad de los derechos reconocidos por el Tratado en el sector de los contratos públicos de obras deben ser objeto de una interpretación estricta. Los Estados miembros no pueden, so pena de privar a la Directiva 93/38 de su efecto útil, establecer supuestos de recurso al procedimiento negociado que no estén previstos en la citada Directiva ni dotar a los supuestos expresamente previstos por ésta de condiciones nuevas que tengan como efecto facilitar el recurso a dicho procedimiento (véase, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de enero de 2005, Comisión/España, C-84/03, Rec. p. I-139, apartado 48, y la jurisprudencia citada).*

*Por último, un Estado miembro no puede invocar disposiciones, prácticas ni circunstancias de su ordenamiento jurídico interno para justificar el incumplimiento de las obligaciones derivadas del Derecho de la Unión (véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de octubre de 2011, Comisión/Grecia, C-601/10, no publicada en la Recopilación, apartado 41, y la jurisprudencia citada).*

*A este respecto, el hecho invocado por el Reino de España de que la legislación española permite la modificación de los contratos públicos durante la fase de ejecución de éstos, desde una fecha anterior a la adhesión del Reino de España a la Unión, carece de pertinencia, ya que las normas de la Unión en materia de contratación pública se aplican a tales contratos a partir de la fecha de adhesión de dicho Estado (véase, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de junio de 2008, Pressetext Nachrichtenagentur, C-454/06, Rec. p. I-4401, apartado 28, y la jurisprudencia citada). procede recordar que, como puso de manifiesto el Tribunal de Justicia en la sentencia Comisión/CAS Succhi di*

*Frutta, citada en el apartado 47 supra (apartados 116, 118 y 125), se prohíbe a la entidad adjudicadora modificar, en cualquier fase del procedimiento, las condiciones de licitación, so pena de vulnerar el principio de igualdad de trato entre todos los licitadores y el principio de transparencia, o alterar el sistema general de la licitación modificando unilateralmente más tarde una de sus condiciones esenciales. Si la entidad adjudicadora desea que, por determinadas razones, puedan modificarse ciertas condiciones de la licitación tras haber seleccionado al adjudicatario, está obligada a prever expresamente esta posibilidad de adaptación, así como sus modalidades de aplicación, en el anuncio de licitación elaborado por ella y que establece el marco en el que debe desarrollarse el procedimiento, de forma que todas las empresas interesadas en participar en la licitación tengan conocimiento de ello desde el principio y se hallen así en condiciones de igualdad en el momento de formular su oferta.”*

— Tampoco están sometidos al recurso especial los actos dictados en los procedimientos de adjudicación que se sigan por el trámite de emergencia del artículo 113 del TRLCSP, como es lógico puesto que se trata de un proceso sin criterios de adjudicación y “*sin necesidad de tramitar expediente administrativo*”, sin someterse a los requisitos formales de la ley incluso el de existencia de crédito suficiente, debiendo tras realizar la contratación, únicamente dar cuenta al Consejo de Ministros o en su caso de Gobierno. Como es lógico no se puede realizar aquí un control de legalidad con los objetivos del TRLCSP, sin perjuicio del control que a posteriori corresponda al Tribunal de Cuentas y en su caso a los Tribunales ordinarios.

No así en los procedimientos de tramitación de urgencia contemplados en el artículo 112 del TRLCSP cuyos plazos de tramitación se reducen a la mitad, salvo el plazo como espera para la formalización del contrato en el artículo 156.3 de 15 días que se hace coincidir con el de la interposición del recurso, por lo que ésta tampoco se verá reducido, sin que tampoco esté prevista en la Ley la declaración de urgencia en la tramitación del recurso a efectos de reducir sus plazos a la mitad, que eso sí en tales casos deberán ser observados con el necesario cuidado.

— No ha sido infrecuente que se recurran ante el Tribunal los actos de admisión de licitadores aduciendo eventuales incumplimientos en las ofertas de las condiciones establecidas en los pliegos. El criterio de los distintos órganos de resolución de los recursos especiales en materia de contratación ha sido el de considerar que tales actos no son recurribles y por tanto que procede la inadmisión del recurso. A este respecto el artículo 40.2 del TRLCSP en su letra b) considera recurribles “*los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que éstos 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. Se considerarán actos de trámite que determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento los actos de la Mesa de Contratación por los que se acuerde la exclusión de licitadores*”.



En el procedimiento de licitación hay una resolución que le pone fin: la adjudicación sin perjuicio de que para llegar a la misma se han de seguir una serie de fases con intervención de órganos y con actos diferentes. Estos actos previos a la resolución son los que la Ley denomina actos de trámite. Son actos instrumentales de la resolución. No quiere decirse que los actos de trámite no sean impugnables, que constituyan una suerte de dominio soberano de la Administración, sino que no son impugnables separadamente salvo que la ley los considere de una importancia especial (que éstos 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). Por un principio de concentración procedimental habrá que esperar a la resolución del procedimiento de adjudicación para plantear todas las discrepancias del recurrente sobre el procedimiento tramitado, sobre la legalidad de todos y cada uno de los actos de trámite.

Para llegar a una interpretación adecuada del artículo 40.2.b) del TRLC-SP es preciso tener en consideración una doble posibilidad en cuanto a la función que se pretende cumpla el mismo. De una parte, cabe entender que mediante él se pretende evitar que los actos de trámite, que son irrecurribles en principio, priven de la posibilidad de ejercitar sus derechos a los licitadores al quedar al margen del procedimiento de adjudicación a pesar de tener derecho a participar en él. Por otra, cabría entender que el legislador ha querido dotar de sustantividad a los actos de la Mesa sobre la admisión de licitadores y, por ello, ha admitido la posibilidad de que sean impugnados sus actos en tal sentido. En el primer caso sólo podría impugnarse la exclusión de licitadores, en el segundo sería posible impugnar también los actos de admisión.

Puede entenderse que la aclaración que hace el inciso final del artículo 40.2.b) mencionando de forma expresa que *“se considerarán actos de trámite que determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento los actos de la Mesa de Contratación por los que se acuerde la exclusión de licitadores”* admite la interpretación a sensu contrario de que no se consideran actos de trámite que determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento los actos de la Mesa de Contratación por los que se acuerde la inclusión de licitadores. El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, ha manifestado en la Resolución 59/2011 que *“una correcta interpretación del precepto exige que se examinen paralelamente este precepto y el que le da origen, es decir el artículo 107 de la ley 30/1992, de 26 de noviembre. Del análisis conjunto de ambos preceptos se desprende que el legislador ha querido evitar la posibilidad de que resulten perjudicados los derechos o intereses legítimos de los administrados como consecuencia de actos de trámite, que de no ser por la excepción contenida en la Ley, no serían recurribles. Ello significa que, en tales casos, la posibilidad de recurrir no se abre a todos los interesados sino sólo a aquellos respecto de los cuales pudiera resultar perjudicado el ejercicio de sus derechos o la defensa de sus intereses legítimos como consecuencia del acto de trámite en cuestión”*. De otro modo debería esperar a la resolución que pone fin al procedimiento para ejercitar la defensa de su derecho o interés legítimo y considerando que la admisión del

recurso pudiera causar perjuicios de difícil subsanación o precisara la retroacción de las actuaciones al momento en que se cometió la infracción, como excepción, cualifica estos actos admitiendo su impugnación. Por la misma razón se excluye la posibilidad de que los actos de trámite que no perjudican de forma directa el derecho de un licitador sean recurridos por éste, pues, con independencia de que la admisión en el procedimiento no prejuzga respecto del contenido de la adjudicación, de resultar adjudicatario el licitador que debiera haber sido excluido, siempre quedará la posibilidad de recurrir el acto de adjudicación a los restantes licitadores en base a la circunstancia que debió motivar su exclusión.

Por último cabe plantearse si cabe el recurso contra los actos presuntos o la inactividad de los órganos de contratación. En el ámbito de la inactividad de la Administración considerado desde un punto de vista amplio, cabe distinguir dos mecanismos de recurso diferentes, de un lado el recurso contra actos presuntos —tanto en vía administrativa, como en vía jurisdiccional— y el recurso contra la inactividad de la Administración, previsto para la vía jurisdiccional.

En primer lugar debe señalarse que tal y como se pone de manifiesto en el Informe 16/2000, de 11 de abril de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, para resolver la posible aplicación supletoria de la LRJ-PAC, hay que partir necesariamente del contenido de la propia legislación de contratos, en concreto la actual Disposición final 3 del TRLCSP, cuando establece que:

“Los procedimientos regulados en esta Ley se regirán, en primer término, por los preceptos contenidos en ella y en sus normas de desarrollo y, subsidiariamente, por los de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y normas complementarias.

En todo caso, en los procedimientos iniciados a solicitud de un interesado para los que no se establezca específicamente otra cosa y que tengan por objeto o se refieran a la reclamación de cantidades, el ejercicio de prerrogativas administrativas o a cualquier otra cuestión relativa de la ejecución, consumación o extinción de un contrato administrativo, una vez transcurrido el plazo previsto para su resolución sin haberse notificado ésta, el interesado podrá considerar desestimada su solicitud por silencio administrativo, sin perjuicio de la subsistencia de la obligación de resolver.”

Queda claro pues el régimen del silencio administrativo en los procedimientos relativos a la ejecución contractual, que será desestimatorio, de conformidad con el apartado 2 de la disposición antes indicada y la aplicación supletoria de la LRJ-PAC para los demás supuestos no contemplados en la Ley de contratos.

Cabe la posibilidad de que el recurrente plantee el recurso contra el acto presunto consistente en la falta de resolución de un recurso administrativo ordinario, por el transcurso del plazo de tres meses que para resolver establece el

artículo 115.2 de la LRJ-PAC en el caso del recurso de alzada y un mes para la reposición (art.117.2). El TACPCM se ha pronunciado en numerosas ocasiones señalando que carece de competencia para conocer de las resoluciones dictadas por los órganos de contratación en los recursos ordinarios que puedan haberse interpuesto incorrectamente —puesto que no olvidemos que se trata de un recurso exclusivo—, contra actos dictados en el seno del procedimiento de contratación pública, que el artículo 40 configura como el ámbito objetivo del recurso especial en materia de contratación, al producir aquéllas el efecto de cosa juzgada administrativa.

Ahora bien el silencio en la resolución del recurso de alzada, tiene carácter desestimatorio y constituye una ficción tendente a garantizar el principio de tutela judicial efectiva, de manera que los ciudadanos que no obtienen un pronunciamiento expreso en sus recursos puedan acudir a la vía jurisdiccional en defensa de sus derechos e intereses. Al no haber un pronunciamiento efectivo sobre el fondo es claro que no se produce el efecto de cosa juzgada, lo que nos llevaría al siguiente planteamiento y es el de si cabe recurso especial en materia de contratación contra las resoluciones dictadas por los órganos de contratación en recursos ordinarios que pudieran haberse interpuesto frente cualquiera de los actos enumerados en el artículo 40 del TRLCSP.

El recurso especial en materia de contratación tiene carácter de exclusivo, tal y como reconoce el Consejo de Estado en el Dictamen 499/2010, de 29 de abril, emitido sobre el Anteproyecto de Ley, cuando señala *“La regulación proyectada mantiene el carácter exclusivo del recurso especial, de modo que no procederá la interposición de recursos administrativos ordinarios contra los actos que se mencionan en el proyectado artículo 310.2 de la Ley 30/2007 (apartado 5 de este mismo artículo). Como ya se dijo en el dictamen 514/2006, es conveniente mantener este carácter exclusivo, sin perjuicio de lo cual se reconoce expresamente la posibilidad de que las Comunidades Autónomas puedan prever la interposición de recurso administrativo previo (segundo párrafo del artículo 311.2 proyectado)”*, opción ésta que no ha sido adoptada por la Comunidad de Madrid.

Ahora bien en el caso de que un órgano de contratación resolviera un recurso ordinario incorrectamente planteado contra uno de los actos del artículo 40 del TRLCPS, aunque dicha resolución adolecería de causa de nulidad de pleno derecho ex artículo 62. b) de la LRJ-PAC, el Tribunal carecería de competencia para declarar tal nulidad al no constituir ninguno de los actos recurribles del artículo 40 de TRLCSP que no olvidemos configura el recurso, como un recurso especial, y por tanto limitado en cuanto a su ámbito objetivo de aplicación.

Aun cabe plantear otro supuesto de inactividad que es el de la falta de actuación por parte de los órganos de contratación, debe partirse de la obligación de resolver que tiene la Administración con carácter general para todo tipo de procedimientos, de acuerdo con lo establecido en el artículo 42.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC), obligación que para los procedimientos de licitación de los contratos públicos, se concreta en

lo dispuesto en el artículo 161 del TRLCSP, que para los contratos con pluralidad de criterios, establece un plazo de adjudicación de dos meses desde la apertura de las proposiciones y quince días para el caso de que se trate de un único criterio de adjudicación.

En los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, la LRJ-PAC, en concreto su artículo 43, regula los efectos estimatorios o desestimatorios del silencio, estableciendo para evitar la indefensión ante una actitud pertinaz de la Administración que no dicte la resolución que en cada caso corresponda, la ficción jurídica del acto desestimatorio por silencio, que *“tiene los solos efectos de permitir a los interesados la interposición de recurso administrativo o contencioso administrativo que resulte procedente”*.

En este contexto normativo lo primero que debe señalarse es que los procedimientos de licitación contractuales, no son procedimientos iniciados a solicitud de los interesados, sino que es el órgano de contratación a quien corresponde iniciar de oficio el correspondiente procedimiento motivando, como indica el artículo 109 del TRLCSP, la necesidad del contrato. Así desde esta óptica no se genera un acto presunto que pudiera ser susceptible de recurso.

Pero es que además, por otro lado cabría plantearse la posibilidad de considerar de aplicación el artículo 44 de la LRJ-PAC y considerar que el efecto de la falta de actuación es generar un acto presunto desestimatorio, en virtud del apartado 1 del citado precepto. Ahora bien el procedimiento de adjudicación contractual de concurrencia competitiva tiene su propia naturaleza distinta de la de los procedimientos a que se refiere el citado precepto, si bien la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de las Islas Baleares en informe 4/2005, de 28 de abril señala que *“Por aplicación del artículo 44 de la LRJ-PAC si el procedimiento de adjudicación no se resuelve en el plazo de tres meses a contar desde la apertura del procedimiento (artículo 98 del LCAP) los licitadores podrán entender denegada sus ofertas por silencio administrativo, con el derecho de los empresarios admitidos a concurso, a retirar sus proposiciones y a que se les devuelva o cancele la garantía que hubieran prestado”*, entendemos que dicha explicación se realiza a efectos dialécticos, para determinar su naturaleza denegatoria.

Debe entenderse que resulta de aplicación como ley especial el TRLCSP, de manera que la falta de resolución del procedimiento en el plazo establecido, considerando su naturaleza denegatoria, tiene únicamente el efecto previsto en el artículo 161 *“De no producirse la adjudicación dentro de los plazos señalados, los licitadores tendrán derecho a retirar su proposición”*. Todo ello sin perjuicio en su caso de una eventual indemnización por los perjuicios ocasionados de acuerdo con el régimen general de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, de ejercitarse la correspondiente pretensión.

Por último respecto de la posibilidad interponer recurso especial contra la inactividad de la Administración, aplicando la Ley 29/1889, de 13 de junio, reguladora del recurso contencioso administrativo, que permite tal posibilidad

en su artículo 25.2, aunque el recurso especial en materia de contratación puede ser considerado como cuasi jurisdiccional, lo cierto es que se trata de un recurso especial procedente solo contra determinados actos dictados en los procedimientos de contratación pública, sin que le sean de aplicación directa las normas de la jurisdicción contencioso administrativa, no siendo posible extender el ámbito objetivo de aplicación del recurso a actos no contemplados en el TRLCSP, como susceptibles del mismo.

Por otro lado, solo están sujetos al ámbito de aplicación de la Ley los contratos de interés comunitario es decir aquellos que iguallen o superen los umbrales establecidos en la legislación de contratos, de manera que los umbrales fijados operan también como definidores negativos del ámbito objetivo de aplicación del recurso<sup>20</sup>. Dichos umbrales son los siguientes:

- Contratos de obras y los contratos de concesión de obras públicas cuyo valor estimado<sup>21</sup> sea igual o superior a 5.000.000 euros (contratos sujetos a regulación armonizada).
- Contratos de suministro cuyo valor estimado sea igual o superior a 130.000 euros en el ámbito la Administración General del Estado y sus organismos autónomos o las Entidades Gestoras de la Seguridad Social y 200.000 euros, para el resto de contratantes.
- Contratos de servicios cuyo valor estimado sea igual o superior a 130.000 euros en el ámbito la Administración General del Estado y sus organismos autónomos o las Entidades Gestoras de la Seguridad Social, y 200.000 euros en el caso del resto de contratantes, (contratos sujetos a regulación armonizada, comprendidos en las categorías 1 a 16 del Anexo II del TRLCSP).
- Contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II cuyo valor estimado sea igual o superior a 130.000 euros en el ámbito la Administración General del Estado y sus organismos autónomos o las Entidades Gestoras de la Seguridad Social y 200.000 euros para el resto de contratantes (No sujetos a regulación armonizada).
- Contratos de gestión de servicios públicos en los que el presupuesto de gastos de primer establecimiento, excluido el importe del Impuesto

---

<sup>20</sup> Las cuantías referenciadas son las vigentes a partir del 1 de enero de 2012 tras las modificaciones operadas por el Reglamento n.º 1251/2011 de la Comisión, de 30 de noviembre de 2011, recogido en la Orden EHA/3479/2011, de 19 de diciembre.

<sup>21</sup> Conforme a lo indicado en el informe 43/2008, de 28 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado “*El valor estimado del contrato debe figurar en el expediente de contratación a efectos de poder determinar si el contrato está o no sujeto a regulación armonizada y, en su caso, qué procedimiento de adjudicación debe seguirse. Sin embargo, la determinación del documento concreto en que dicho valor deba figurar no es función concreta de la Junta, pues, evidentemente, ante la falta de una disposición que lo establezca, basta con señalar que deberá figurar en alguno de los documentos que se incorporan al expediente de contratación, a fin de que se pueda proceder a la fiscalización previa y a la posterior aprobación del expediente (artículos 93 y 94 de la LCSP).*”

sobre el Valor Añadido, sea superior a 500.000 euros y el plazo de duración superior a cinco años<sup>22</sup>.

- Contratos subvencionados a que se refiere el artículo 17 del TRLCSP.

Estos actos a su vez deben proceder de la Administración de la Comunidad de Madrid, sus Organismos Autónomos, así como los demás entes y entidades dependientes o vinculadas a la misma que tengan la consideración de poderes adjudicadores. Entre ellos cabe resaltar los Hospitales que forman parte de la red pública de asistencia sanitaria de la Comunidad de Madrid con personalidad jurídica propia o dependientes del Servicio Madrileño de Salud autorizados a contratar por delegación.

Asimismo son susceptibles de recurso los actos dictados por las Universidades Públicas del ámbito territorial de la Comunidad de Madrid y sus organismos vinculados o dependientes que tengan la consideración de poder adjudicador y por las Entidades Locales del ámbito territorial de la Comunidad de Madrid y sus entes, organismos y entidades, vinculados o dependientes que tengan la consideración de poder adjudicador; los dictados por las sociedades mercantiles en cuyo capital sea social la participación de las entidades anteriores sea superior al 50 por ciento, los consorcios a que se refiere el artículo 6.5 de la LRJ-PAC, los dictados por las fundaciones que se constituyan con una aportación mayoritaria de una o varias entidades integradas en el sector público, o cuyo patrimonio fundacional esté constituido en más de un 50 por ciento por bienes o derechos cedidos por las mismas, y de las asociaciones constituidas por los entes, organismos y entidades antes indicadas.

Los órganos competentes de la Asamblea de Madrid, de la Cámara de Cuentas y demás instituciones y órganos vinculados o dependientes de la Asamblea, establecerán, en su caso, el órgano que deba conocer, en su ámbito de contratación del recurso especial en materia de contratación, siendo el instrumento adecuado, en el caso de optar por atribuir también la competencia para conocer de los recursos interpuestos frente a los actos dictados por aquellos el convenio de colaboración<sup>23</sup>.

<sup>22</sup> MARTÍN MARÍA RAZQUIN LIZÁRRAGA en el observatorio de la contratación pública. “La Ley 34/2010 se mueve en la línea histórica de trasposición mínima de las Directivas comunitarias de contratos públicos y por tanto limita la aplicación del relatado sistema de recursos a los contratos SARA, es decir, solamente a aquellos que superan el umbral comunitario y en las materias propias de las Directivas, es decir, las fases de preparación y adjudicación y la modificación de los contratos y por los motivos tasados especificados en dicha Ley.”

<sup>23</sup> La Mesa de la Asamblea de Madrid, mediante su Acuerdo de 10 de octubre de 2011, resolvió el establecimiento del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Asamblea de Madrid, configurado como el órgano competente en el ámbito de actuación de la Administración de la Asamblea de Madrid, del extinto Defensor del Menor y de la Cámara de Cuentas de la Comunidad de Madrid.

Su régimen jurídico lo establece el artículo 88.bis del Reglamento de Régimen Interior de la Cámara, aprobado por acuerdo del órgano rector de 3 de diciembre de 2011 y modificado, por cuanto aquí importa e introduciendo el citado precepto, por el referido Acuerdo de la Mesa de 10 de octubre de 2011.

Aunque la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público de la Comunidad de Madrid, no atribuye competencias al Tribunal para conocer de los recursos en materia de contratos del ámbito de defensa y seguridad, el artículo 59 de la Ley 24/2011, de 1 de agosto, de contratos del sector público en los ámbitos de defensa y seguridad, establece la procedencia del recurso especial contra los actos que se dicten en los procedimientos de licitación de los contratos comprendidos en su ámbito de aplicación, cuyas cuantías asciendan a 400.000 euros en el caso de los contratos de suministros y servicios, y 5.000.000 euros para los contratos de obras, atribuyendo la competencia a los órganos a que se refiere el artículo 41 del TRLCSP<sup>24</sup>.

Una última cuestión que merece aunque sea un planteamiento escueto, es la del ámbito cuantitativo en que opera este recurso, puesto que el mismo se limita a los actos antes enumerados que igualen o superen los límites establecidos como umbrales comunitarios, como acabamos de destacar, para considerar que un contrato está sujeto a la regulación armonizada contenida en las Directivas de contratos.

En relación con esta cuestión ya el Consejo Económico y Social en su informe 4/2006, de 20 de febrero, señalaba que el recurso especial no debería estar restringido a los contratos sujetos a regulación armonizada. En su Dictamen 514/2006, de 25 de mayo, el Consejo de Estado abogó también por la extensión de estos mecanismos de garantía a todos los contratos regulados por el Anteproyecto de la LCSP. Por su parte un amplio sector doctrinal considera que el ámbito del recurso debería definirse al margen del importe del contrato. Así por ejemplo Martín María Razquin Lizárraga aboga por la apertura del sistema de recursos especiales en materia de contratación pública a todos los contratos (y a todas sus materias) sean o no SARA —esto es sometidos a regulación armonizada—, considerando que todos ellos debieran ser resueltos por un Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales<sup>25</sup>.

---

<sup>24</sup> Artículos 5 y 59 de la Ley 24/2011, de 1 de agosto, de contratos del sector público en los ámbitos de defensa y seguridad, cuyo ámbito subjetivo de aplicación se restringe a la Administración General del Estado y sus organismos y entidades dependientes y a la de las Comunidades Autónomas. Debe tenerse en cuenta que la Comunidad de Madrid solo tiene competencias en materia de coordinación de las policías locales, y que Ley 4/1992, de 8 de julio, de Coordinación de Policías locales, establece que los miembros de los Cuerpos de Policía Local, como integrantes de un Instituto Armado, llevarán el armamento reglamentario que se les asigne. A tal fin se proporcionarán por las Administraciones Locales competentes los medios técnicos necesarios para su eficacia con carácter homogéneo.

<sup>25</sup> Observatorio de contratación pública. 16 de enero de 2012 *“En definitiva, al igual que ocurre en materia tributaria, también en el ámbito de los contratos públicos, es obligado defender que los ciudadanos puedan interponer recursos especiales ante este órgano administrativo e independiente, ya creado y existente. Estoy seguro que esta vía significará un cumplimiento real y eficaz del derecho fundamental de acceso a la justicia para el ciudadano. Además probablemente, tras la obtención de la resolución de este primer recurso administrativo, es muy probable que el ciudadano ya no acuda a los recursos jurisdiccionales. Por tanto, la solución aquí propuesta también supondrá que los Jueces y Tribunales se vean descargados de recursos y puedan resolver, mientras tanto, los numerosísimos asuntos que tienen pendientes en*

Por otro lado así se indica en la Comunicación interpretativa de la Comisión de 1 de agosto de 2006, C179/02:

*“En el caso los contratos cuya cuantía sea inferior a los umbrales de aplicación de las Directivas sobre contratación pública, se deberá tener en cuenta que, con arreglo a la jurisprudencia del TJCE, las personas tienen derecho a una protección judicial efectiva de los derechos que les confiere el ordenamiento jurídico comunitario. El derecho a esta protección constituye uno de los principios generales de Derecho derivados de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros. A falta de disposiciones pertinentes de Derecho comunitario, incumbe a los Estados miembros instaurar las normas y los procedimientos necesarios para garantizar una protección jurisdiccional efectiva.*

*En aras del cumplimiento de esta exigencia de protección judicial efectiva, es necesario que, al menos las decisiones que perjudiquen a una persona que esté o haya estado interesada en obtener un contrato, como, por ejemplo, la decisión de descartar a un candidato o licitador, puedan ser objeto de recurso por la posible contravención de las normas fundamentales derivadas del Derecho primario comunitario. Para que se pueda ejercer de manera efectiva este derecho a recurso, las entidades adjudicadoras deberán dar a conocer los motivos de las decisiones que puedan recurrirse, bien en la propia decisión o bien previa petición tras la comunicación de la decisión.*

*De conformidad con la jurisprudencia relativa a la protección judicial, los recursos disponibles no podrán ser menos eficaces que los aplicables a reclamaciones similares fundadas en el Derecho nacional (principio de equivalencia), y, en la práctica, no deberán imposibilitar o dificultar excesivamente la obtención de la protección judicial (principio de eficacia)”.*

Todo ello resulta de una lógica contundente, a la luz del principio constitucional de acceso a la justicia, puesto que el objetivo en el ámbito de los procedimientos de contratación pública, debe ser el de la aplicación de los principios que rigen la contratación administrativa, sea cual sea el importe de los mismos, sin que en principio parezca razonable dividir la competencia para resolver de las cuestiones que se planteen en torno a los procedimientos de contratación en función de la cuantía de los contratos, entre órganos especializados e independientes, con un procedimiento diseñado ad hoc, breve y eficaz, y otros órganos que, contando también con especialización, sin embargo no gocen de tal independencia al tratarse de los propios órganos de contratación y mediante los procedimientos previstos con carácter general para la tramitación de los recursos administrativos, en la LRJ-PAC.

---

*este momento. Pero, además, en esta época de crisis, la ampliación de los recursos especiales en materia de contratación pública constituirá un medio que no generará un mayor gasto público (o cuando menos un elevado gasto público) y supondrá un gran aborro para las maltrechas economías de los empresarios y ciudadanos privados, que también necesitan no malgastar su ya exiguo dinero.”*

*En el mismo sentido CEPEDA MORRÁS, J. y YAÑEZ DÍAZ, C. (coord.), Comentarios a la legislación de contratos del sector público, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.*



## IV. TRAMITACIÓN

La tramitación del recurso administrativo especial en materia de contratación, habida cuenta de su carácter administrativo, se sustanciará por las normas establecidas en la LRJ-PAC, con las especialidades contenidas en el artículo 46 del TRLCSP, entre las que merecen un comentario las siguientes cuestiones.

### **4.1. Inicio: Requisitos del escrito de interposición y plazo de presentación**

El procedimiento se iniciará, en todo caso, mediante escrito, previa la realización del anuncio previo recogido en el artículo 44 del TRLCSP. En el escrito de interposición se hará constar el acto recurrido, el motivo que fundamente el recurso, los medios de prueba de que pretenda valerse el recurrente y, en su caso, las medidas de la misma naturaleza que las provisionales cuya adopción solicite. A este escrito deberán acompañarse los documentos que con carácter general deben acompañarse en el ejercicio de toda clase de acciones, como los documentos que acrediten la legitimación del recurrente y la representación del compareciente, copia o traslado del acto expreso que se recurra o documento o documentos en que funde su derecho.

Especial interés reviste el de la necesidad o no de aportar el documento acreditativo del cumplimiento de los requisitos exigidos para entablar acciones por parte de las personas jurídicas, con arreglo a las normas o estatutos que les sean de aplicación a que se refiere el artículo 45 d) de la LJCA, puesto que el artículo 44 del TRLCSP reproduce la enumeración de la anterior, omitiendo el apartado d). Es cierto que la legislación en materia de contratos es especial respecto de la reguladora del recurso contencioso administrativo y que el recurso especial que ahora comentamos, como hemos señalado no tiene carácter jurisdiccional, pero también lo es que en el caso de las personas jurídicas, la manifestación de su voluntad se instrumenta a través de personas físicas en la forma determinada por la Ley y que los órganos especiales en materia de contratación no deben dar carta de naturaleza a manifestaciones de voluntad (como lo es la interposición de un recurso) por un tercero sin comprobar si se cumplen o no los requisitos para entender formada tal voluntad.

Entiendo que esta omisión de la legislación contractual puede venir determinada por la contradictoria jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de acreditación de la voluntad de recurrir, aunque se trate de una doctrina dictada para los recursos contenciosos administrativos.

Además de tales documentos deberá presentarse justificante de haber efectuado la comunicación previa del recurso, señalándose expresamente que “*Sin este justificante no se dará curso al escrito de interposición*”.

La exigencia de este requisito previo no deja de ser polémica en nuestro ordenamiento, máxime cuando la necesidad de anuncio previo fue suprimida para

recurrir, en el ámbito de la jurisdicción contencioso administrativa en virtud de la Disposición derogatoria segunda de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, y en el ámbito de los recursos administrativos, por la Ley 4/1999, de 13 de enero, al tratarse de un requisito que la doctrina emanada del Tribunal Constitucional consideraba subsanable.

En este sentido es ilustrativa la exposición de los fundamentos de la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 76/1996 de 30 abril, RTC\1996\76, en concreto cuando afirma que *“la falta de la comunicación previa no frustra las finalidades con ella perseguidas. Y de todo ello deriva la clara inconstitucionalidad de los preceptos cuestionados, en la interpretación que hace de aquella falta un vicio insubsanable: ni la levedad de los fines a que responde la comunicación previa justifica una eliminación del contenido propio y normal del derecho a la tutela judicial efectiva —conocimiento del fondo del asunto— y ni siquiera tal comunicación previa resulta estrictamente imprescindible para lograrlos. La exigencia de la comunicación previa, en términos de insubsanabilidad de su omisión, resultaría desproporcionada en relación con el contenido esencial del art. 24.1 CE y por tanto inconstitucional.”*

Frente a esta cuestión el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, viene considerando en sus resoluciones que dicha deficiencia, debe tenerse por cumplida, por economía procedimental, entendiéndose que la finalidad de dicho anuncio es que el órgano de contratación sepa que contra su resolución, sea cual fuere ésta, se va a interponer el pertinente recurso, y en consecuencia no proceda a su formalización, lo que se verifica al haberse interpuesto el recurso directamente ante el órgano de contratación, siendo en consecuencia, el conocimiento de la impugnación del acto de que se trate, por parte de éste inmediato y anterior, en todo caso, al inicio del plazo de dos días para la emisión del correspondiente informe<sup>26</sup>.

En el caso de que el recurso se hubiera interpuesto directamente ante el Tribunal, sin comunicación previa, tal falta es subsanable a requerimiento del Tribunal, pudiéndose verificarse tal subsanación en cualquier momento anterior al vencimiento del plazo para interponer el recurso, dado que el plazo de interposición y el de comunicación previa, coinciden. Así a juicio del Tribunal en este caso la falta de comunicación previa, sería causa de inadmisión, únicamente en los casos de impugnación de la adjudicación, cuando habiéndose interpuesto el recurso el último día del plazo establecido para ello, dicha falta de comunicación hubiera determinado que el órgano de contratación hubiera procedido a formalizar el contrato, situación ésta que muy escasamente se va a dar, ya que el Tribunal debe comunicar al órgano de contratación la interposición del recurso el mismo día en que éste se hubiera presentado, suspendiéndose el procedimiento automáticamente en virtud de lo dispuesto en el

<sup>26</sup> Vid Resolución 80/2011, de 23 de noviembre.

artículo 45 del TRLCSP. De tal forma que siendo el plazo para recurrir y para formalizar de 15 días hábiles a contar desde la remisión de la resolución de adjudicación, sería cuestión de horas que se produjera la circunstancia antes descrita.

Un examen especial merece el plazo para la interposición del recurso, que tal y como aparece configurado en la legislación de contratos implica un cambio, respecto del sistema general de notificaciones secularmente seguido en nuestro ordenamiento jurídico y que ha ocasionado no pocas dudas entre los operadores jurídicos<sup>27</sup>.

La redacción del artículo 44.2 del TRLCSP relativa al plazo para la interposición del recurso especial en materia de contratación, no ofrece lugar a dudas en cuanto a su tenor literal cuando establece que “*El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4*”. De tal forma que es la remisión y no la recepción de la notificación del acto impugnado la que se establece como fecha inicial del cómputo, en contradicción con las reglas especiales establecidas en el mismo artículo para la impugnación de los pliegos, actos de trámite o anuncio de licitación —apartados a b y c del artículo 44.2 del TRSLCSP—, que sitúan dicho día inicial con carácter general, en aquél en que se tenga conocimiento del contenido del acto a impugnar.

Debe señalarse que para la interposición de la cuestión de nulidad el artículo 39.3 del TRLCSP, establece con carácter general un plazo de 6 meses desde la formalización del contrato, y en concreto 30 días hábiles, desde la publicación de la adjudicación del contrato, o desde la notificación a los licitadores afectados de los motivos del rechazo de su proposición.

Como decíamos más arriba, este sistema resulta extraño en nuestro ordenamiento en el que, con carácter general, para la determinación del día inicial del cómputo del plazo para el ejercicio de cualquier recurso o acción frente a las Administraciones Públicas, rige el principio de la *actio nata*, esto es que el plazo para el ejercicio de la acción comenzará a partir del día en que ello fuera posible, lo que implica el conocimiento del contenido del acto a recurrir.

Dicho conocimiento se presume posible en todo caso cuando se trate de actos objeto de publicación, cuando la misma se produce, pero en el caso de actos dirigidos a sus destinatarios, tal momento se sitúa con carácter general en la recepción de la correspondiente notificación.

Sentado lo anterior, cabe plantearse cómo debe interpretarse lo dispuesto en el artículo 44.2 TRLCSP y cómo cohonstar su contenido con el sistema general de notificaciones y recursos en el derecho español y lo que es más importante, con el derecho de defensa de los interesados en los procedimientos de contratación.

---

<sup>27</sup> En el inicio de la actividad del Tribunal, se han inadmitido por extemporaneidad diez recursos.

El hecho de que el cómputo de los plazos establecido con carácter general en el artículo 44.2 de la LCSP, difiera del de las especialidades contenidas en el mismo, refuerza la idea de la voluntad del legislador de establecer como día inicial del cómputo del plazo el de la remisión de las notificaciones con independencia de la fecha de recepción de las mismas, por lo que ninguna duda ofrece desde la interpretación auténtica el sentido que debe darse a tal previsión.

En el mismo sentido puede citarse el Dictamen 499/2010, de 29 de abril de 2010, del Consejo de Estado relativo al proyecto de Ley de modificación de la Ley de contratos del sector público, cuando señala que *“Como se acaba de ver, la nueva redacción del primer párrafo del artículo 140.3 (y de forma análoga la redacción propuesta para el artículo 83.3 de la Ley 31/2007) establece, en relación con los contratos susceptibles de recurso especial, únicamente un plazo mínimo que en todo caso habrá de respetarse para que proceda la formalización del contrato. En concreto, la formalización no podrá efectuarse antes de que transcurran quince días hábiles desde que se remita la notificación de la adjudicación a los licitadores y candidatos.*

*Frente a esta opción, se ha señalado que pudiera resultar preferible la de atender a la fecha de recepción de la notificación por sus destinatarios, en la medida en que resulta más acorde con el sistema de notificación vigente en la Ley 30/1992 y también resulta preferible desde la perspectiva de la seguridad jurídica.*

*Lo cierto, sin embargo, es que este criterio —el de la remisión de la notificación— aparece expresamente recogido en el artículo 2 quáter de la Directiva 2007/66/CE. Desde esta perspectiva, nada hay que objetar a la previsión comentada, sin perjuicio de que debe precisarse que el cómputo de dicho plazo ha de iniciarse al día siguiente de la remisión. Por otra parte, hay que destacar que esta opción 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, ya que garantiza que, respecto de todos los licitadores y candidatos, se ha respetado el plazo mínimo exigido en la ley al ser único para todos ellos el dies a quo.”*

Otra cuestión de interés respecto de la que el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, se ha pronunciado siguiendo en este caso la doctrina emanada del Tribunal Central de Recursos Contractuales, es la de la determinación del *dies a quo* para el cómputo del plazo en el caso de el objeto del recurso sea un pliego de contratación al que los licitadores han tenido acceso a través del portal de contratación de que se trate. Así siendo el plazo para la interposición del recurso especial en materia de contratación de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado, esta regla general tiene una concreción en el apartado a) del punto 2 del artículo 44 del TRLCSP cuando el recurso se interponga contra el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales, en cuyo caso el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que los mismos hayan sido recibidos o puestos a disposición de los licitadores o candidatos para su conocimiento, conforme se

dispone en el artículo 158 del texto refundido. Así, de acuerdo con el citado artículo 158 habrá que distinguir si el acceso a los pliegos e información complementaria se realiza por medios electrónicos, informáticos y telemáticos, o si por el contrario se facilita el acceso por otros medios.

Concretamente el citado precepto dice que *“cuando no se haya facilitado acceso por medios electrónicos, informáticos o telemáticos a los pliegos y a cualquier documentación complementaria, éstos se enviarán a los interesados en un plazo de seis días a partir de la recepción de una solicitud en tal sentido, siempre y cuando la misma se haya presentado, antes de que expire el plazo de presentación de las ofertas”*. La aplicación de este precepto en relación con el 44.2 nos lleva a concluir que el plazo para interponer el recurso cuando el pliego no se haya facilitado por medios electrónicos comenzará a partir de la fecha en que se hayan recibido éstos por el interesado que los solicitó, fecha que muy bien puede ser anterior, puede coincidir, o incluso ser posterior a la de finalización del plazo de presentación de las proposiciones, mientras que en el caso de que se hubiera accedido a los mismos de forma telemática, dada la imposibilidad de conocer la fecha efectiva en que el recurrente tuvo acceso a los pliegos, dicho plazo comenzará a contar desde la fecha límite establecida para la presentación de ofertas indicada en la convocatoria de licitación, que es el único hito en que puede darse por cierto el conocimiento del contenido de los pliegos por parte de los licitadores<sup>28</sup>.

Se interpreta en este punto la Ley estableciendo una presunción de conocimiento a partir del momento en que necesariamente el contenido de los pliegos u otros documentos contractuales fue conocido, presunción que como todas, dejaría de surtir efecto en el momento en que del expediente o del propio recurso se colija que el recurrente tuvo conocimiento del contenido del documento impugnado que le permitiría interponer recurso fundado en otro momento anterior, momento que se constituiría como dies a quo para el cómputo del plazo para interponer el recurso.

Sin embargo, no cabe desconocer otras interpretaciones basadas más en la literalidad de la Ley, en concreto la sostenida por el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía<sup>29</sup>.

La última cuestión a tener en cuenta en tanto en cuanto difiere del régimen de recursos previsto en general en nuestro ordenamiento jurídico, presidido por el principio de ventanilla única, es que la presentación debe hacerse necesariamente bien ante el propio órgano de contratación o bien ante el Tribunal Administrativo de Contratación Pública, sin que quepa la presentación en

---

<sup>28</sup> Resolución n.º 130/2011 a 27 de abril, del TCRC *“ante la imposibilidad de acreditar de forma fehaciente el momento a partir del cual los licitadores o candidatos han obtenido los pliegos cuando a éstos se acceda por medios electrónicos, la única solución, entiende este Tribunal, es considerar como fecha a partir de la cuál comienza a computarse el plazo para recurrir los pliegos el día hábil siguiente a la fecha límite de presentación de las proposiciones, momento a partir del cual ya no podrá alegarse desconocimiento del contenido de los pliegos”*.

<sup>29</sup> Vid Resolución TARCJA 109/2012.

cualquier otro Registro de la Administración o en las oficinas de Correos a efectos del cómputo del plazo de presentación. En tales casos, se entenderá interpuesto el día en que tenga su entrada en el Registro del Tribunal o del órgano de contratación.

Ahora bien, esta prevención en cuanto al lugar de presentación de los recursos no se mantiene en la Ley respecto del resto de plazos que para la presentación de documentación o subsanación de los recursos se refiere, de manera que aplicando supletoriamente la LRJ-PAC, la documentación que pueda aportarse en trámite de subsanación o los escritos de alegaciones podrían presentarse en el registro de cualesquiera otros órganos, lo que exige especial atención en la tramitación ante la brevedad de los plazos previstos.

En cuanto a los efectos de la interposición del recurso, debe destacarse que la misma no dará lugar por sí misma a la suspensión del procedimiento de contratación, salvo en el caso de que el acto recurrido sea el de adjudicación, supuesto en que debe suspenderse toda tramitación ulterior de forma automática por mandato del artículo 45 del TRLCSP, en los términos exigidos por el artículo 2 de la Directiva 89/665/CEE del Consejo, sin perjuicio de la posibilidad de adoptar medidas cautelares previas a la interposición del recurso en los términos del artículo 43 del TRLCSP.

#### **4.2. Petición de expediente y subsanación**

Una vez recibido el escrito de interposición del recurso en el Tribunal, en el caso de que se haya presentado directamente ante el mismo, el Tribunal requerirá al órgano de contratación para que en el plazo de dos días (siete en el caso de la cuestión de nulidad), remita el expediente administrativo, acompañado de un informe, en el que se hará constar la enumeración de los hechos, las disposiciones aplicables, fundamentos de la decisión adoptada y cualesquiera otras alegaciones que quiera realizar el órgano gestor del expediente.

El órgano de contratación debe prestar especial atención a este informe, que mutatis mutandi hace las veces de contestación a la demanda como si de un procedimiento contencioso se tratara. Efectivamente, es en este informe únicamente donde el órgano de contratación puede hacer valer los fundamentos que respaldan, en su caso, la decisión adoptada, pudiendo darse el caso, de que en tal informe el órgano reconozca algún error en el acto impugnado en cuyo caso, si bien no está prevista la figura eminentemente procesal del allanamiento para estos procedimientos, de adoptarse una resolución por el propio órgano corrigiendo el error padecido en los términos advertidos en el recurso, el mismo sería objeto de desestimación por pérdida sobrevinida del objeto.<sup>30</sup>

---

<sup>30</sup> Vid Resolución n.º 15/2012, de 1 de febrero.

En el caso de que por el Tribunal se aprecie que el recurso interpuesto adolece de alguno de los requisitos indicados requerirá al recurrente, para que en un plazo de tres días hábiles, subsane los defectos padecidos bajo apercibimiento en su caso de tenerle por desistido.

En el plazo de cinco días hábiles desde el envío del expediente por el órgano de contratación o en su caso de la remisión completa del recurso, el Tribunal dará traslado del recurso al resto de interesados en el procedimiento de contratación, para que previo examen del expediente en su caso, realicen las alegaciones que tengan por conveniente.

### **4.3. Alegaciones y medidas cautelares**

Una vez recibido el expediente de contratación, se pondrá de manifiesto a los interesados en el mismo por un plazo de cinco días hábiles para que en su caso puedan formular alegaciones, en los términos del artículo 46.3 del TRLCSP.

En el mismo plazo de cinco días hábiles el Tribunal decidirá sobre las medidas cautelares propuestas, sin perjuicio de la posibilidad de adoptar medidas cautelares previas establecidas en el artículo 46 del TRLCSP. Para la adopción de tales medidas se debe dar audiencia al órgano de contratación, lo que se verifica solicitando en el mismo escrito en que se da traslado del recurso, que el órgano manifieste lo que a su derecho convenga respecto de las medidas solicitadas, en aquellos casos en que el recurso se interpone ante el Tribunal y mediante un escrito ad hoc en el caso de que se haya interpuesto ante el órgano de contratación y éste no se manifieste en el informe preceptivo del artículo 46.2 del TRLCSP, sobre las medidas cautelares solicitadas.

### **4.4. Prueba**

Los hechos relevantes para la decisión del recurso podrán acreditarse por cualquier medio de prueba admisible en Derecho. El Tribunal podrá rechazar las pruebas propuestas cuando sean manifiestamente improcedentes o innecesarias, mediante resolución motivada. En el escrito de interposición podrá solicitarse la realización de cuantas pruebas se consideren necesarias, cuya admisión y práctica se regirá por la normativa contenida en la LRJ-PAC y en la Ley de Enjuiciamiento Civil. En el caso de que se admitiera la práctica de la prueba la misma deberá practicarse durante un periodo de diez días, previa comunicación al resto de interesados<sup>31</sup>.

---

<sup>31</sup> Solo en dos ocasiones ha sido solicitada la práctica de la prueba a este Tribunal, habiendo sido denegada en ambos casos.

La práctica de la prueba puede denegarse de forma motivada, en los términos del apartado 4 del artículo 46 del TRLCSP, entendiéndose que aunque con carácter general, desde la óptica del derecho de defensa la denegación de la prueba debe verificarse en resolución previa a la del fondo del asunto, no cabe desconocer que contra el acuerdo denegatorio de la misma, no cabe recurso alguno, igual que tampoco cabe frente a los acuerdos relativos a la adopción de medidas cautelares, por lo que no se produciría vulneración material alguna del derecho de defensa con la denegación de la prueba en el propio acuerdo de resolución del recurso.

Cuestión íntimamente conexas con la de la práctica de la prueba es la posibilidad del Tribunal de solicitar asesoramiento técnico en aquellas cuestiones que siendo de trascendencia para la resolución del recurso, no queden claras en el informe del órgano de contratación. Si bien esta posibilidad no aparece expresamente recogida en la Ley, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, como órgano independiente integrado dentro de la organización de la misma, ha previsto la posibilidad de solicitar asesoramiento técnico en aquellas cuestiones de índole especializada, como las propiedades de productos a suministrar o características de maquinaria objeto del contrato, u otras semejantes, siempre a la luz del principio de eficacia y con respeto al derecho de defensa de los implicados. De esta forma a través de la Consejería correspondiente ha previsto la posibilidad de solicitar tal asesoramiento de órganos distintos de los implicados en el recurso, para así garantizar la imparcialidad de la información y siempre en relación con dudas o preguntas concretas que se trasladen.

#### **4.5. Resoluciones**

El plazo para dictar resolución será de cinco días hábiles a contar desde la recepción de las alegaciones de los interesados o del plazo señalado para su formulación y en su caso, a contar desde la conclusión del periodo señalado para la prueba. En el caso de que el Tribunal solicite asesoramiento técnico sobre cualquiera de las cuestiones que se planteen en el recurso, el plazo comenzará a contar desde la recepción de la información que se hubiera solicitado.

Son varios los aspectos a destacar del tratamiento que la Ley da a las resoluciones del Tribunal, en primer lugar su carácter ejecutivo, en segundo lugar que deben estar presididas por el principio de congruencia —que exige resolver todas las cuestiones planteadas en el recurso y absteniéndose de hacerlo respecto de las que no lo hubieran sido— y en tercer lugar que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 49 del texto refundido, contra las mismas solo cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de la notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.



## V. CONCLUSIÓN

Como vemos, el recurso especial establecido en la legislación de contratos, es un recurso que si bien contiene algunas cuestiones ajenas a la tradición de recursos en nuestro ordenamiento jurídico, tiene una estructura en cuanto a su tramitación de carácter administrativo, orientada hacia la consecución de una resolución rápida y eficaz de los recursos estableciendo los mecanismos precisos para evitar la consolidación de las situaciones generadas por los actos objeto de impugnación.

Considero además, que la introducción de estos recursos administrativos especiales constituye una interesante fuente de doctrina, al permitir la revisión de determinados actos dictados durante el proceso de licitación, que anteriormente, ante los requisitos para acceder a la jurisdicción contencioso administrativa y la demora en sus resoluciones, no eran sometidos al conocimiento de los órganos jurisdiccionales, pudiendo contribuirse desde los Tribunales Administrativos de Contratación a garantizar mayor seguridad jurídica a las autoridades regionales y locales y los operadores económicos en toda Europa, tal y como se presente como objetivo primordial en el Libro Verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE “Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente”. Bruselas, 27 de enero de 2011.