THE INTERNATIONAL JOURNAL OF PUBLIC CONTRACTS
LA REVUE INTERNATIONALE DES CONTRATS PUBLICS
REVISTA INTERNACIONAL DE CONTRATOS PÚBLICOS

Nº 02 – Dezembro de 2013

LA REGULACIÓN DEL RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA TRAS LA ADOPCIÓN DE LAS DIRECTIVAS COMUNITARIAS DE RECURSOS

Marta Franch
Nuria Gónzalez

1. Introducción: la importancia de la contratación pública

La contratación pública afecta a una parte sustancial del comercio mundial, alcanzando, de acuerdo con la información publicada por la Comisión Europea, 1000 billones de euros anuales[1]. Ello representa una parte sustancial de las economías nacionales. De hecho, significa, dependiendo de los países, entre un 10 y un 25% de su Producto Interior Bruto ("**PIB**"). En la Unión Europea se calcula que la compra de bienes y la contratación de servicios por parte del sector público representó en el año 2011, aproximadamente, un 17,7% del PIB comunitario[2], mientras que en España alcanzó en el año 2011, aproximadamente, un 15,2% del PIB nacional[3]. Sin embargo, en años anteriores había llegado a significar el 19,2% (año 2010), el 19,5% (año 2009), el 22,5% (año 2008) y el 25,3% (año 2007).

La contratación pública ofrece importantes oportunidades a las empresas que operan en el mercado interior, en especial a las pequeñas y medianas empresas y a las de nueva creación.[4] Por otra parte, los métodos de contratación abierta y competitiva ayudan a las Administraciones públicas a atraer a una gama más amplia de posibles licitadores y obtener beneficios gracias a ofertas más ventajosas. Así,

[1] http://ec.europa.eu/trade/policy/accessing-markets/public-procurement/ (Último acceso en fecha 26 de junio de 2013).

[2] http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/modernising_rules/public-procurement-indicators-2011_en.pdf (Último acceso en fecha 27 de junio de 2013).

[3] http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/modernising_rules/public-procurement-indicators-2011_en.pdf (Último acceso en fecha 27 de junio de 2013).

[4] Vid. Comunicación interpretativa de la Comisión 2006/C 179/02 sobre el Derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos o sólo parcialmente cubiertos por las Directivas sobre contratación pública, de fecha 1 de agosto de 2006. http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2006:179:0002:0007:ES:PDF (Último acceso en fecha 27 de junio de 2013).

velar por el uso eficiente de los fondos públicos reviste especial importancia, dados los problemas presupuestarios que registran muchos Estados miembros.

Sin embargo, y a pesar de la relevancia de la contratación pública, la democracia española se ha visto recientemente envuelta en casos de corrupción en los que los procedimientos de contratación han sido meras comparsas procesales para conceder dinero público a personas afines al poder.

Es por ello que, dado el elevado peso económico del sector de la contratación y la barrera a la eficiencia que supone la corrupción, se puede justificar la atención que el ámbito académico concede a aquellos mecanismos que pretenden garantizar la imparcialidad y la objetividad del derecho de la contratación pública.

Uno de estos mecanismos, impulsado precisamente por el derecho comunitario, es el recurso especial en materia de contratación, cuyo fin es asegurar un determinado nivel de transparencia. El presente artículo tiene por objeto un análisis detallado de dicho mecanismo.

2. Origen del recurso especial en materia de contratación: las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE

En primer lugar, con carácter previo, se ha de poner de relieve el alcance cada vez mayor del derecho comunitario en la regulación de la contratación pública que, sobre todo gracias a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ("**TJUE**")[5], conquista progresivamente más parcelas en su afán de someter a principios y reglas comunes todos los contratos públicos. Así, de la tradicional preocupación por las fases preparatorias y de adjudicación del contrato, iniciada en la década de los setenta, se ha pasado a tener en cuenta la previsión de condiciones especiales de ejecución del contrato, a imponer obligaciones sobre el pago a los contratistas y a los subcontratistas, así como a regular cuestiones como la duración de los contratos y su régimen de prórrogas y de modificaciones[6].

La preocupación del derecho comunitario por la regulación de la contratación pública no parece que vaya a disminuir, ya que, por ejemplo, actualmente se está llevando a cabo un prolijo examen sobre cómo potenciar y favorecer la aplicación de la contratación electrónica[7].

[5] Aunque en este artículo se hará siempre referencia al TJUE, debe indicarse que dichas referencias serán en ocasiones impropias en la medida en que la denominación "TJUE" sólo aparece en el derecho de la Unión Europea tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa el 1 de diciembre del año 2009. Por tanto, en puridad, las referencias a las sentencias anteriores a esta fecha deberían entenderse hechas al "Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas".

[6] Vid. Noguera de la Muela, Belén, "El desplegament progressiu del dret de contractes públics a Europa i en especial al nostre ordenament jurídic: alguns aspectes d'interès", en Montoro, Mª Jesús y Sommermann, Karl-Peter (Coord.), *Les Administracions en perspectiva europea*, Escola d'Administració Pública de Catalunya, Barcelona, 2012, p. 97.

[7] http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/news/index_en.htm (Último acceso en fecha 27 de junio de 2013).

En cualquier caso, una vez hechas estas consideraciones previas sobre la importancia que otorga el derecho comunitario a la contratación pública, conviene centrar la atención en el origen del sistema de recursos en materia de contratos públicos.

El origen inmediato del sistema de recursos en materia de contratos públicos se halla en dos Directivas: (i) la Directiva 89/665/CEE del Consejo de las Comunidades Europeas, 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 ("**Directiva 89/665**") y (ii) la Directiva homóloga en el ámbito de los llamados sectores excluidos, la Directiva 92/13/CEE del Consejo, 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 ("**Directiva 92/13**")[8].

Ambas Directivas han sido modificadas de forma sustancial por la Directiva 2007/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007, 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 obras ("**Directiva 2007/66**")[9]. El conjunto de estas Directivas se conoce como "Directivas de recursos", a las que se considera "*las grandes desconocidas del mundo de la contratación*"[10].

La razón de ser de las llamadas Directivas de recursos se halla reflejada en sus "considerandos" iniciales. En los mismos se afirma que las directivas comunitarias en materia de contratos públicos[11], que habían aparecido unos años antes, cuyo objeto era la coordinación de los procedimientos de adjudicación, no contenían disposiciones específicas que permitiesen garantizar su aplicación efectiva. Asimismo, el legislador comunitario consideró que los mecanismos destinados a

---

[8] El presente artículo, sin embargo, se centrará en el análisis de la Directiva 89/665 y no incluirá referencias a la Directiva 92/13 y su posterior transposición al derecho español.

[9] Las referencias hechas a la Directiva 89/665 se entenderán hechas a la versión posterior a la Directiva 2007/66. Sobre las novedades introducidas por la Directiva 2007/66 puede verse Tornos Mas, Joaquín, "Novedades en la regulación de los recursos en materia de contratos de las Administraciones Públicas", *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 59, 2006.

[10] Vid. Noguera de la Muela, Belén, "El recurso especial en materia de contratación y las medidas cautelares en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público, a la vista de la Directiva 2007/66/CE, por la que se modifica la Directiva 89/665 CEE", en *Noticias de la Unión Europea*, número 298, Noviembre de 2009, p. 95.

[11] I.e., Directiva 71/305/CEE del Consejo, de 26 de julio de 1971, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras; Directiva 77/62/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1976, de coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro; en el caso de los llamados sectores excluidos, los considerandos de la Directiva 92/13 hacen referencia a la Directiva 90/531/CEE del Consejo, de 17 de septiembre de 1990, relativa a los procedimientos de formalización de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones.

garantizar dicha aplicación, tanto en el plano nacional como en el plano comunitario, no permitían tampoco velar por el respeto de las disposiciones comunitarias, en particular, en la fase en la que las infracciones de dichas disposiciones aún se pueden corregir. Esta preocupación se ve reflejada de manera explícita en la Sentencia de 3 de marzo de 2005 (asunto C- 21/03, *Fabricom*) cuando el TJUE afirma que "*las disposiciones de las directivas 89/665 y 92/13, destinadas a proteger a los licitadores contra la arbitrariedad de la entidad adjudicadora, tienen por objeto reforzar los actuales mecanismos para garantizar la aplicación efectiva de las normas comunitarias en materia de adjudicación de contratos públicos, en particular, en la fase en que las infracciones todavía se pueden corregir*." La misma consideración había efectuado el TJUE en la Sentencia de 11 de agosto de 1995, asunto C-431/92, *Comisión c. Alemania*. Esa fase en la que las infracciones aún pueden corregirse es, sin duda, la anterior a la perfección del contrato, pues antes de éste el recurso aún es útil y puede permitir una protección jurídica completa; tras la perfección contractual sólo cabría indemnización de daños y perjuicios y en este sentido conviene recordar lo afirmado por el Abogado General en las conclusiones del asunto Alcatel (Sentencia del TJUE de 28 de octubre de 1999, asunto C-81/98): "*no hay que subestimar el alcance del contraste entre estas dos fases", pues "la anulación de una decisión puede permitir al licitador que ha interpuesto el recurso preservar todas sus posibilidades para obtener el contrato público. Por el contrario, la mera indemnización constituye muchas veces una compensación poco satisfactoria para una empresa excluida del contrato, habida cuenta, en particular, de las dificultades a que deberá hacer frente para demostrar la magnitud del perjuicio y la relación de causalidad con la infracción del Derecho comunitario*."

En el fondo, la preocupación latente que dio origen a la regulación de los recursos era la constatación de que la apertura de los contratos públicos a la competencia comunitaria (como parte de la profundización en el mercado único comunitario) necesitaba un aumento sustancial de las garantías de transparencia y de no discriminación y para que ello tuviera efectos concretos se requería de unos medios eficaces y rápidos que lo garantizaran.

En concreto, las razones que impulsaron al legislador comunitario a regular de manera más detallada esta materia fueron las siguientes:

- La insuficiencia y heterogeneidad de los mecanismos nacionales de garantía en la contratación pública.
- La necesidad de que existan medios de recursos eficaces y rápidos en caso de infracción del Derecho comunitario en materia de contratación pública o de las normas nacionales que transpongan dicho derecho.
- La necesidad de que los organismos competentes para entender de los recursos (i) sean independientes y (ii) estén habilitados, en particular, para adoptar medidas provisionales encaminadas a suspender el procedimiento de adjudicación o la ejecución de decisiones que el poder adjudicador pudiera eventualmente adoptar.
- La necesidad de garantizar en todos los Estados miembros procedimientos adecuados con miras a permitir la anulación de decisiones ilegales y la indemnización de las personas perjudicadas por la infracción.

Así, las razones expuestas sirvieron para fundamentar una mayor y más directa intervención de las instituciones comunitarias en el control de las actuaciones contractuales de los Estados miembros[12].

Las Directivas de recursos exigían que se respetaran una serie de garantías procesales. Correspondía a cada Estado verificar si su sistema de recursos cumplía con las exigencias comunitarias, que, en cualquier caso, requerían que el régimen de recursos en materia contractual reuniera las siguientes características:

- Que sea un sistema de recursos rápido y eficaz[13].
- Que permita la anulación de las decisiones ilegales[14].
- Que permita la adopción de medidas provisionales (incluida la suspensión del procedimiento de adjudicación)[15].
- Que permita indemnizar los daños y perjuicios irrogados a las personas perjudicadas[16].

Al amparo de las citadas Directivas de recursos, el TJUE reconoció muy pronto la necesidad de establecer un sistema de recursos *ad hoc* en el campo de la contratación, tal y como manifestó en la citada Sentencia de 28 de octubre de 1999, asunto C-81/98, *Alcatel*, auténtico *leading case* sobre recursos en los procedimientos de adjudicación, surgido a raíz de una cuestión prejudicial planteada por un tribunal austríaco, cuando afirmó que las disposiciones de la Directiva 89/665 "*deben interpretarse en el sentido de que los estados miembros están obligados a establecer, en todos los casos, independientemente de la posibilidad de obtener una*

[12] De hecho, además de obligar a los Estados miembros a establecer un particular régimen de recursos (o verificar que dispusieran de uno) en material contractual, el artículo 3 de la Directiva 89/665 articuló una posible intervención de la Comisión antes de la celebración de un contrato cuando ésta considerase que se había cometido una infracción clara y manifiesta de las disposiciones comunitarias en materia de contratos públicos.

[13] Artículo 1 de la Directiva 89/665: "[…] *los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para garantizar que las decisiones adoptadas por los poderes adjudicadores puedan ser recurridas de manera eficaz y, en particular, lo más rápidamente posible*, […]." (El subrayado es nuestro).

[14] Artículo 2.1 b) de la Directiva 89/665: "*Los Estados miembros velarán por que las medidas adoptadas en relación con los procedimientos de recurso contemplados en el artículo 1 prevean las facultades necesarias para* […] *b) 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 los pliegos de condiciones o en cualquier otro documento relacionado con el procedimiento de adjudicación del contrato en cuestión*." (El subrayado es nuestro).

[15] Artículo 2.1 a) de la Directiva 89/665: "*Los Estados miembros velarán por que las medidas adoptadas en relación con los procedimientos de recurso contemplados en el artículo 1 prevean las facultades necesarias para a) adoptar, lo antes posible y mediante un 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 el poder adjudicador*." (El subrayado es nuestro).

[16] Artículo 2.1 c) de la Directiva 89/665: "*Los Estados miembros velarán por que las medidas adoptadas en relación con los procedimientos de recurso contemplados en el artículo 1 prevean las facultades necesarias para* […] *c) conceder una indemnización por daños y perjuicios a las personas perjudicadas por una infracción*." (El subrayado es nuestro).

indemnización por daños y perjuicios, un procedimiento de recurso que permita al demandante obtener, si concurren los correspondientes requisitos, la anulación de la decisión del órgano de contratación anterior a la celebración del contrato por la cual resuelve con qué licitador en aquel procedimiento celebrará el contrato."[17]

El TJUE puntualizó además en la Sentencia de 11 de enero de 2005 (asunto C-26/03, *Stadt Halle*) que no era suficiente la aplicación de los recursos ordinarios que el Estado pudiera tener establecidos para el resto de las actividades administrativas, sino que se debía diseñar un régimen específico de recursos rápidos y eficaces para fiscalizar la contratación pública.

3. Transposición del recurso especial en materia de contratación al derecho español

En un primer momento el legislador español estimó que no era necesario incorporar al derecho español el contenido de la Directiva 89/665 al considerar, en palabras de la Exposición de Motivos de la Ley 13/1995[18], de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, que "*nuestro ordenamiento jurídico, en distintas normas procedimentales y procesales, se ajusta a su contenido*". Se entendió, en definitiva, que el sistema español de recursos administrativos y jurisdiccionales era suficiente para garantizar el cumplimiento de las previsiones de la Directiva 89/665, lo cual, a pesar de afirmarse en una Exposición de Motivos no dejaba de ser incierto[19].

Sin embargo, una serie de pronunciamientos posteriores del TJUE pusieron de relieve ciertas insuficiencias del sistema español de recursos en lo que afecta al control de la contratación pública.

En este sentido, conviene destacar, especialmente, la Sentencia del TJUE de 15 de mayo de 2003, en el asunto C-214/00, *Comisión c. España,* en virtud de la cual se declaró que España había incumplido las obligaciones que le incumbían por la Directiva 89/665 al no haber dado cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 1 y 2 de dicha Directiva y, en particular (i) al no haber extendido el sistema de recursos garantizado por la citada Directiva a las decisiones adoptadas por las sociedades de Derecho privado creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés

[17] Noguera de la Muela, Belén, "El desplegament progressiu del dret de contractes públics a Europa i en especial al nostre ordenament jurídic: alguns aspectes d'interès", *cit.*, p. 120.

[18] De hecho, el objetivo de la citada norma era la transposición de las Directivas "sustantivas" de contratación pública entonces vigentes (i.e., Directiva 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro; Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras y Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios).

[19] La afirmación de la Exposición de Motivos fue acogida de forma favorable por parte de la doctrina, aunque ya hubo algunas voces, como la de García de Enterrría, que criticaron tal posicionamiento. Vid. Noguera de la Muela, Belén, "El recurso especial en materia de contratación y las medidas cautelares en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público, a la vista de la Directiva 2007/66/CE, por la que se modifica la Directiva 89/665 CEE", *cit.*, p. 102.

general que no tengan carácter industrial o mercantil, dotadas de personalidad jurídica, y cuya actividad esté mayoritariamente financiada por las administraciones públicas u otras entidades de Derecho público, o cuya gestión se halle sometida a un control por parte de éstas, o cuyo órgano de administración, de dirección o de vigilancia esté compuesto por miembros de los cuales más de la mitad sean nombrados por las administraciones públicas u otras entidades de Derecho público; y (ii) al someter por regla general la posibilidad de que se tomen medidas cautelares en relación con las decisiones adoptadas por las entidades adjudicadoras a la necesidad de interponer previamente un recurso contra la decisión de la entidad adjudicadora.

Pocos meses después el TJUE tuvo ocasión de reiterar esta argumentación en una nueva sentencia de condena (Sentencia de 16 de octubre de 2003, asunto C-283/00, *Comisión c. España*), también en el marco de un recurso por incumplimiento interpuesto por la Comisión, pero en relación con un caso concreto: la licitación relativa a la ejecución de obras del Centro Educativo Penitenciario Experimental de Segovia, convocada por la Sociedad Estatal de Infraestructuras y Equipamientos Penitenciarios, S. A. (SEIPSA). De ella se desprende, de forma incluso más clara que de la anterior sentencia, que las sociedades descritas en el apartado (i) anterior deben someterse a toda la normativa comunitaria de contratos por tener la consideración de organismos de Derecho público y, por tanto, de entidades adjudicadoras.

España también fue condenada en virtud de la Sentencia del TJUE de 3 de abril de 2008, en el asunto C-444/06, *Comisión c. España*, en virtud de la cual se declaró que España había incumplido las obligaciones que le incumbían por la Directiva 89/665 (i) al no prever un plazo obligatorio para que la entidad adjudicadora notifique la decisión de adjudicación de un contrato a todos los licitadores y (ii) al no prever un plazo de espera obligatorio entre la adjudicación de un contrato y su celebración.

Dichas sentencias condenatorias han dado lugar a varias reformas de nuestra legislación de contratos administrativos, y, especialmente, en lo que se refiere a la modificación en el ámbito de los recursos.

La evolución de estas reformas ha sido la siguiente:

En un primer momento, con la promulgación de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público ("**LCSP**")[20], se incluyeron tres artículos que

[20] Aunque este artículo tiene por objeto analizar la regulación en derecho español del recurso especial en materia de contratación y es por ello que todas las referencias se harán en relación con esta figura jurídica, debe indicarse que la promulgación de la Ley 30/2007 tuvo un objetivo más amplio, y de hecho prioritario, como es la transposición al Ordenamiento español de la Directiva 2004/18/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, norma eminentemente material, a diferencia de las Directivas de recursos, legislación fundamentalmente de carácter procesal. De hecho, la introducción del recurso especial en materia de contratación fue sólo una de las muchas novedades introducidas por la Ley 30/2007, que supuso un vuelco en la regulación de la materia contractual del sector público, pues modificó en una sola norma toda la arquitectura centenaria de las leyes reguladoras de la contratación administrativa.

conformaron el régimen especial de revisión de decisiones en materia de contratación: artículo 37 (recurso)[21]; artículo 38 (medidas provisionales)[22] y artículo 39 (arbitraje)[23].

---

[21] Artículo 37 de la redacción originaria de la LCSP: "*1. Las decisiones a que se refiere el apartado 2 del presente artículo que se adopten en los procedimientos de adjudicación de contratos sujetos a regulación armonizada, incluidos los contratos subvencionados, contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II de cuantía igual o superior a 206.000 euros, o contratos de gestión de servicios públicos en los que el presupuesto de gastos de primer establecimiento sea superior a 500.000 euros y el plazo de duración superior a cinco años, deberán ser objeto del recurso especial en materia de contratación que se regula en este artículo con anterioridad a la interposición del recurso contencioso administrativo, sin que proceda la interposición de recursos administrativos ordinarios contra los mismos. No se dará este recurso en relación con los actos dictados en procedimientos de adjudicación que se sigan por el trámite de emergencia regulado en el artículo 97.*
2. *Serán susceptibles de recurso especial los acuerdos de adjudicación provisional, los pliegos reguladores de la licitación y los que establezcan las características de la prestación, y los actos de trámite adoptados en el procedimiento antecedente, siempre que éstos últimos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos.*
Los defectos de tramitación que afecten a actos distintos de los contemplados en el párrafo anterior podrán ser puestos de manifiesto por los interesados al órgano al que corresponda la instrucción del expediente o al órgano de contratación, a efectos de su corrección, y sin perjuicio de que las irregularidades que les afecten puedan ser alegadas por los interesados al recurrir el acto de adjudicación provisional.
3. *El recurso podrá interponerse por las personas físicas y jurídicas cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso y, en todo caso, por los licitadores.*
4. *Sin perjuicio de lo que, para el ámbito de las Comunidades Autónomas, establezcan sus normas respectivas que, en todo caso, deberán atribuir esta competencia a un órgano cuyas resoluciones agoten la vía administrativa, serán competentes para resolver el recurso especial el órgano de contratación, cuando se trate de contratos de una Administración Pública, o el titular del departamento, órgano, ente u organismo al que esté adscrita la entidad contratante o al que corresponda su tutela, si ésta no tiene el carácter de Administración Pública. En este último caso, cuando la entidad contratante esté vinculada con más de una Administración, será competente el órgano correspondiente de la que ostente el control o participación mayoritaria.*
En el supuesto de contratos subvencionados, la competencia corresponderá al titular del departamento, órgano, ente u organismo que hubiese otorgado la subvención, o al que esté adscrita la entidad que la hubiese concedido, cuando ésta no tenga el carácter de Administración Pública. En el supuesto de concurrencia de subvenciones por parte de distintos sujetos del sector público, la competencia se determinará atendiendo a la subvención de mayor cuantía y, a igualdad de importe, atendiendo a la primeramente concedida.
5. *Salvo determinación expresa en contrario, la competencia para resolver el recurso especial en materia de contratación se entenderá delegada conjuntamente con la competencia para contratar. No obstante, la facultad de acordar una indemnización por perjuicios no será susceptible de delegación, debiendo resolver sobre la misma, en todo caso, el órgano delegante; a estos efectos, si se estimase pertinente reconocer una indemnización, se elevará el expediente al órgano delegante, el cual, sin necesidad de avocación previa y expresa, resolverá el correspondiente recurso.*
6. *El plazo para interponer el recurso especial en materia de contratación será de diez días hábiles, contados a partir del siguiente a aquél en que se notifique o publique el acto impugnado. En el caso de que el acto recurrido sea el de adjudicación provisional del contrato, el plazo se contará desde el día siguiente a aquél en que se publique el mismo en un diario oficial o en el perfil de contratante del órgano de contratación, conforme a lo señalado en el artículo 135.4.*
La presentación del escrito de interposición deberá hacerse en el registro del órgano de contratación o en el del órgano competente para la resolución del recurso. La subsanación de los defectos de este escrito deberá efectuarse, en su caso, en el plazo de tres días hábiles.
En el caso de que el procedimiento de adjudicación del contrato se tramite por la vía de urgencia prevista en el artículo 96, el plazo para la interposición del recurso será de siete días hábiles y el de subsanación, de dos días hábiles.

7. *Si el acto recurrido es el de adjudicación provisional, quedará en suspenso la tramitación del expediente de contratación hasta que se resuelva expresamente el recurso, sin que pueda, por tanto, procederse a la adjudicación definitiva y formalización del contrato. No obstante, si el recurso se hubiese interpuesto contra el acto de adjudicación provisional de un acuerdo marco del que puedan ser parte un número no limitado de empresarios, el órgano competente para resolverlo podrá levantar la suspensión una vez transcurridos cinco días hábiles desde su interposición.*
8. *Interpuesto el recurso, se dará traslado del mismo a los restantes interesados, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, y se reclamará el expediente, en su caso, a la entidad, órgano o servicio que lo hubiese tramitado, que deberá remitirlo dentro de los dos días hábiles siguientes acompañado del correspondiente informe. Los licitadores tendrán, en todo caso, la condición de interesados en el procedimiento de recurso.*
9. *Una vez recibidas las alegaciones de los interesados, o transcurrido el plazo señalado para su formulación, el órgano competente deberá resolver el recurso dentro de los cinco días hábiles siguientes, notificándose la resolución a todos los interesados. En todo caso, transcurridos veinte días hábiles contados desde el siguiente a la interposición del recurso sin que se haya notificado su resolución, el interesado podrá considerarlo desestimado a los efectos de interponer recurso contencioso-administrativo, sin perjuicio de la subsistencia de la obligación de resolver expresamente y del mantenimiento, hasta que ello se produzca, de la suspensión establecida en el apartado 7, en su caso.*
La resolución del recurso estimará en todo o en parte o desestimará las pretensiones formuladas o declarará su inadmisión, decidiendo motivadamente cuantas cuestiones se hubiesen planteado. En todo caso, la resolución será congruente con la petición y, de ser procedente, se pronunciará sobre la anulación de las decisiones ilegales adoptadas durante el procedimiento de adjudicación, incluyendo la supresión de las características técnicas, económicas o financieras discriminatorias contenidas en el anuncio de licitación, anuncio indicativo, pliegos, condiciones reguladoras del contrato o cualquier otro documento relacionado con la licitación o adjudicación, sobre la retroacción de actuaciones, o sobre la concesión de una indemnización a las personas perjudicadas por una infracción procedimental.
Si la resolución del recurso acordase la adjudicación del contrato a otro licitador, se concederá a este un plazo de diez días hábiles para que cumplimente lo previsto en el artículo 135.4, segundo párrafo.
10. *Contra la resolución del recurso solo procederá la interposición de recurso contencioso-administrativo conforme a lo dispuesto en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.*"

[22] Artículo 38 de la redacción originaria de la LCSP: "*1. En los procedimientos para la adjudicación de contratos sujetos a regulación armonizada, incluidos los contratos subvencionados, contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II de cuantía igual o superior a 206.000 euros, o contratos de gestión de servicios públicos en los que el presupuesto de gastos de primer establecimiento sea superior a 500.000 euros y el plazo de duración superior a cinco años, las personas físicas y jurídicas cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto afectados por decisiones adoptadas por la Administración o entidad contratante y, en todo caso, los licitadores, podrán solicitar la adopción de medidas provisionales para corregir infracciones de procedimiento o para impedir que se causen otros perjuicios a los intereses afectados, incluidas medidas destinadas a suspender o a hacer que se suspenda el procedimiento de adjudicación del contrato en cuestión o la ejecución de cualquier decisión adoptada por los órganos de contratación. Esta solicitud podrá formularse al tiempo de presentarse el recurso especial en materia de contratación regulado en el artículo anterior o, de forma independiente, con anterioridad a su interposición.*
2. *Serán órganos competentes para adoptar las medidas provisionales los señalados en el apartado 4 del artículo anterior.*
3. *La decisión sobre las medidas provisionales deberá producirse dentro de los dos días hábiles siguientes, a la presentación del recurso o escrito en que se soliciten, entendiéndose denegada esta petición en el caso de no recaer resolución expresa sobre el particular en este plazo.*
4. *Cuando de la adopción de las medidas provisionales puedan derivarse perjuicios de cualquier naturaleza, la resolución podrá imponer la constitución de caución o garantía suficiente para responder de ellos, sin que aquellas produzcan efectos hasta que dicha caución o garantía sea constituida.*
5. *La suspensión del procedimiento que pueda acordarse cautelarmente no afectará, en ningún caso, al plazo concedido para la presentación de ofertas o proposiciones por los interesados.*

Con posterioridad, la Ley 34/2010, de 5 de agosto de 2010, 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 para adaptación a la normativa comunitaria de las dos primeras ("**Ley 34/2010**"), añadió un Libro, el VI, con un total de once preceptos (artículos 310 a 320) relativos al recurso especial en materia de contratación.

Una de las principales modificaciones que implicó esta reforma fue la refundición de la antigua adjudicación provisional y adjudicación definitiva en único momento y la referencia a que el perfeccionamiento del contrato se produce en el momento de su formalización, no en el de su adjudicación definitiva como hasta entonces[24].

Finalmente, la última y definitiva reforma por el momento se ha producido tras la promulgación del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público ("**TRLCSP**"). Dicho texto, el actualmente en vigor, ha ubicado el recurso en materia contractual en un nuevo capítulo, el VI, dentro del Título I del Libro I (artículos 40 a 50), siendo ello más acorde con la estructura de la norma, tal y como indicó el Consejo de Estado en su Dictamen al anteproyecto de la Ley 34/2010. Sin perjuicio de lo anterior, no se

---

6. *Las medidas provisionales que se soliciten y acuerden con anterioridad a la presentación del recurso especial en materia de contratación decaerán una vez transcurra el plazo establecido para su interposición sin que el interesado lo haya deducido*."

[23] Artículo 39 de la redacción originaria de la LCSP: "*Los entes, organismos y entidades del sector público que no tengan el carácter de Administraciones Públicas podrán remitir a un arbitraje, conforme a las disposiciones de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, la solución de las diferencias que puedan surgir sobre los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos que celebren*."

[24] En efecto, la nueva regulación del recurso especial que introdujo la Ley 34/2010 llevó consigo la vuelta a la adjudicación única, tras un período de poco más de un bienio (desde la entrada en vigor de la LCSP) en el que había regido el sistema de doble adjudicación, provisional y definitiva. La recuperación de la doble adjudicación (que ya había estado presente en nuestro Ordenamiento con anterioridad) había sido una de las novedades más significativas que trajo la LCSP en el 2007. La justificación vino dada por la obligación comunitaria de ofrecer un recurso especial en materia de contratación antes de la existencia misma del contrato. Sin embargo, el retorno a la doble adjudicación provocó un intenso rechazo entre los operadores prácticos de la contratación pública por la sencilla razón de que con la adjudicación provisional padecieron un retraso notable en la gestión de sus expedientes, sin que a cambio percibieran ninguna ventaja. Ello, en parte, motivó que la Ley 34/2010 suprimiera el sistema de doble adjudicación, justificándolo en la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley sobre la base de intentar solucionar "*la contradicción del carácter universal del recurso con 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 tracta de actos de cumplimiento prácticamente mecánico en los que la controversia jurídica es apenas imaginable, conceptualmente deber 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 deriven de la posible interposición del contrato*." Vid. Carbonero Gallardo, José Miguel, "Viajes de ida y vuelta: el regreso de la adjudicación única", *Contratación Administrativa Práctica*, nº 100, Septiembre 2010, p. 73.

han producido modificaciones relevantes en cuanto a la regulación material del recurso.

Sentado lo anterior, procede a continuación (i) exponer algunas de las principales características del recurso especial en materia de contratación y (ii) analizar su régimen jurídico de acuerdo con lo dispuesto en el actualmente vigente TRLCSP.

4. Particularidades y naturaleza jurídica del recurso especial en materia de contratación

El recurso especial en materia de contratación es un recurso de carácter administrativo y no judicial, previsto únicamente para una serie de contratos, tal y como se analizará en apartados siguientes.

Es un recurso exclusivo y excluyente de otros recursos administrativos, es decir, no cabe la interposición de recursos administrativos ordinarios contra los actos contra los que se puede interponer este recurso, salvo en el caso de las Comunidades Autónomas que así lo prevean en el ámbito de sus competencias.

El recurso especial en materia de contratación es actualmente un recurso potestativo. En consecuencia, si así lo decide el recurrente, éste puede interponer directamente el recurso contencioso-administrativo contra los actos objeto del recurso especial en materia de contratación. Sin embargo, ésta no ha sido siempre su configuración. De hecho, a pesar de las recomendaciones del Consejo de Estado en su Dictamen 514/2006, de 25 de mayo, la LCSP en su versión original y hasta la modificación que operó la Ley 34/2010, que entró en vigor el 9 de septiembre de 2010, establecía en su entonces artículo 37.1 que era imprescindible interponer el recurso especial en materia de contratación "*con anterioridad a la interposición del recurso contencioso administrativo*" y que no procedía "*la interposición de recursos administrativos ordinarios*". Sin embargo, la citada Ley 34/2010 introdujo el entonces artículo 310.6 que disponía expresamente "*el recurso especial regulado en este artículo y los siguientes tendrá carácter potestativo*."

Tal prescripción no aparecía en el Anteproyecto de Ley, sino que fue introducida tras el informe del Consejo de Estado (Dictamen núm. 499/2010, de 29 de abril de 2010), para recoger expresamente ese carácter facultativo del recurso[25].
El carácter potestativo del recurso especial supone *de facto* la apertura de una doble vía de recursos (administrativo especial o jurisdiccional) para la impugnación de acuerdos tomados en el seno de un procedimiento de contratación. Hay que tener en cuenta que las consecuencias son muy distintas si se acude al recurso especial y no directamente a la jurisdicción contencioso-administrativa: en primer lugar, una diferencia procesal en cuanto al plazo para interponer el recurso; en segundo lugar,

[25] En relación con el carácter potestativo del recurso especial, debe señalarse que no es una novedad en el Ordenamiento español. Con tal carácter se configuran los antecedentes que en esta materia suponen las Leyes 3/2003, de 26 de marzo, de Baleares y la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de contratos públicos. Vid. Bernal Blay, Miguel Angel, "Nueva configuración del recurso especial en materia de contratación pública. Comentario al Proyecto de Ley por el que se adapta la Ley de Contratos del Sector Público a la Directiva 2007/66/CE, de 11 de diciembre de 2007", *cit.,* pág. 2.

una diferencia sustancial en cuanto a los efectos que debe producir la interposición del recurso.

En efecto, el plazo para la interposición es de quince días hábiles en el caso del recurso especial y de dos meses en el caso de interponer directamente el recurso contencioso-administrativo. Por su parte, en el caso del recurso especial los efectos de la interposición son la suspensión automática del expediente de contratación, mientras que en el supuesto de interponer directamente el recurso contencioso-administrativo no se produce dicha suspensión automática, si bien puede solicitarse la adopción de una medida cautelar de suspensión, que muy pocas veces se concede.

Doctrinalmente se ha discutido que este doble régimen de recursos (uno administrativo de carácter potestativo y otro jurisdiccional), con sus diferencias sustanciales en cuanto al proceso y a los efectos que provocan sendas interposiciones, pone en riesgo el objetivo pretendido por las Directivas de recursos, circunstancia que obligaría a reconsiderar su oportunidad[26]. Sin embargo, el TJUE (al menos todavía) no se ha pronunciado en este sentido.

En cuanto al régimen de recursos contra los actos no incluidos en el ámbito de aplicación del recurso especial, no se establece un sistema de recursos específicos, sino que, en el caso de los entes que tienen la condición de Administración Pública a los efectos de la LCSP, debe acudirse al sistema general de recursos de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones y del Procedimiento Administrativo Común ("**Ley 30/92**"). Por tanto, se podrá interponer el recurso administrativo que corresponda en cada caso, en función del acto de que se trate. Así, contra los actos que no agotan la vía administrativa se puede interponer el recurso de alzada, y contra los que sí la agotan se puede interponer el recurso potestativo de reposición, o bien directamente el recurso contencioso-administrativo. En este mismo sentido se pronunció la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Ministerio de Economía y Hacienda en el informe 48/2008, de 29 de enero de 2009, que entendió que la adjudicación de un contrato no incluido en el ámbito de aplicación objetiva del recurso es susceptible de ser recurrida mediante los recursos ordinarios previstos en el artículo 107 de la Ley 30/1992, cuyo contenido se considera un principio general aplicable a todas las materias propias del Derecho Administrativo[27]. Por otra parte, una vez agotada la vía administrativa, los actos excluidos del ámbito de aplicación del recurso especial en materia de contratación también podrán ser impugnados en vía judicial, de acuerdo con lo previsto en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contenciosa-administrativa ("**LJCA**").

[26] *Ibid*., p. 4.
[27] Pleite Guadamillias, Francisco, "Sistema de recursos en materia de contratación: interpretación del artículo 37 de la Ley de Contratos del Sector Público", *Contratación Administrativa Práctica*, nº 93, Sección La administración opina, enero 2010, Editorial La Ley, p. 3.

5. Régimen jurídico del recurso especial en materia de contratación

5.1 Ámbito de aplicación del recurso especial en materia de contratación

La primera cuestión que debe abordarse al analizar el recurso especial en materia de contratación es su ámbito de aplicación. Esto es, ¿cualquier contrato podrá ser objeto de del recurso especial?

El legislador español decidió restringir el ámbito de aplicación del recurso especial a una serie de tipos contractuales. Debe subrayarse que la decisión fue tomada por el legislador español, en la medida en que las Directivas de recursos no imponen tal limitación, aunque, ciertamente, tampoco la excluyen o prohíben. De hecho, las Directivas de recursos únicamente establecen como previsión de obligado cumplimiento que las exigencias relativas al recurso especial deben aplicarse, en cualquier caso, a los contratos sujetos a regulación armonizada.

De acuerdo con la legislación española actualmente en vigor (i.e., artículos 40 a 50 del TRLCSP), únicamente serán recurribles a través del recurso especial determinados actos (a los que se hará referencia en el próximo apartado) en el marco de los siguientes contratos que pretenda concertar una Administración pública o una entidad que ostente la condición de poder adjudicador[28]:

- Contratos de obra sujetos a regulación armonizada[29];

---

[28] De acuerdo con el artículo 3 del TRLCSP "*se considerarán poderes adjudicadores, a efectos de esta Ley, los siguientes entes, organismos y entidades:*
a) Las Administraciones Públicas.
b) Todos los demás entes, organismos o entidades con personalidad jurídica propia distintos de los expresados en la letra a) que hayan sido creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos que deban considerarse poder adjudicador de acuerdo con los criterios de este apartado 3 financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión, o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia.
c) Las asociaciones constituidas por los entes, organismos y entidades mencionados en las letras anteriores."

[29] Con carácter general y de acuerdo con los artículos 13, 14, 15, 16 y 17 del TRLCSP (sin perjuicio de algunas excepciones), son contratos sujetos a regulación armonizada (esto es, sujetos a la normativa comunitaria de contratación pública) los siguientes: (i) los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado, en todo caso; (ii) los contratos de obras y de concesión de obras públicas cuyo valor estimado sea superior a 4.845.000 euros; (iii) los contratos de suministro cuyo valor estimado sea igual o superior a 125.000 euros cuando se trate de contratos adjudicados por la Administración General del Estado, sus organismos autónomos, o las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social o a 193.000 euros cuando se trate de contratos de suministro distintos, por razón del sujeto contratante; (iv) los contratos de servicios comprendidos en las categorías 1 a 16 del Anexo II del TRLCSP cuyo valor estimado sea igual o superior a 125.000 euros cuando se trate de contratos adjudicados por la Administración General del Estado, sus organismos autónomos, o las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social o cuyo valor estimado sea igual o superior a 193.000 euros cuando se trate de contratos de servicios distintos, por razón del sujeto contratante, siempre que la entidad contratante tenga el carácter de poder adjudicador.

- Contratos de concesión de obra pública sujetos a regulación armonizada;
- Contratos de suministro sujetos a regulación armonizada;
- Contratos de servicios sujetos a regulación armonizada;
- Contratos de colaboración público-privada;
- Acuerdos marco sujetos a regulación armonizada;
- Contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II del TRLCSP[30] cuyo valor estimado sea igual o superior a 193.000 euros;
- Contratos de gestión de servicios públicos en los que el presupuesto de gastos de primer establecimiento, IVA incluido, sea superior a 500.000 euros y el plazo de duración superior a cinco (5) años; y
- Contratos subvencionados de obras o de servicios sujetos a regulación armonizada, financiados de forma directa en más del 50% de su importe por entidades que tengan la consideración de poder adjudicador.

Como se decía, el ámbito de aplicación ha sido configurado por el legislador español, pudiéndose incluso pensar que éste ha ido más allá de las exigencias comunitarias al extender la posibilidad de interponer recurso especial a

---

Los servicios comprendidos en las categorías 1 a 16 de Anexo II del TRLCSP son los siguientes: servicios de mantenimiento y reparación; servicios de transporte por vía terrestre, incluidos los servicios de furgones blindados y servicios de mensajería, excepto el transporte de correo; servicios de transporte aéreo (transporte de pasajeros y carga); transporte de correo por vía terrestre y por vía aérea; servicios de telecomunicación; servicios financieros (servicios de seguros y servicios bancarios y de inversión); servicios de informática y servicios conexos; servicios de investigación y desarrollo; servicios de contabilidad, auditoría y teneduría de libros; servicios de investigación de estudios y encuestas de la opinión pública; servicios de consultores de dirección y servicios conexos; servicios de arquitectura; servicios de ingeniería y servicios integrados de ingeniería; servicios de planificación urbana y servicios de arquitectura paisajista; servicios conexos de consultores en ciencia y tecnología; servicios de ensayos y análisis técnicos; servicios de publicidad; servicios de limpieza de edificios y servicios de administración de bienes raíces; servicios editoriales y de imprenta, por tarifa o por contrato; servicios de alcantarillado y eliminación de desperdicios; servicios de saneamiento y servicios similares. Además, también tendrán la consideración de contratos sujetos a regulación armonizada los contratos subvencionados de obras o de servicios, previstos en el artículo 17 del TRLCSP, financiados de forma directa en más del 50% de su importe por entidades que tengan la consideración de poder adjudicador.

La razón por la cual únicamente los contratos que superan determinados umbrales económicos están sujetos a regulación armonizada es la siguiente: las normas comunitarias sólo se aplican en la adjudicación de contratos que guarden suficiente relación con el funcionamiento del mercado interior. A este respecto, la escasa trascendencia económica de un contrato hará que el contrato carezca de interés para los operadores económicos establecidos en otros Estados miembros. Ahora bien, la Comisión también ha recomendado en su Comunicación interpretativa 2006/C 179/02 sobre el Derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos o sólo parcialmente cubiertos por las Directivas sobre contratación pública, de 1 de agosto de 2006, que si las entidades adjudicadoras llegan a la conclusión de que el contrato encierra potencialmente interés para dichos operadores económicos (es decir, para el mercado interior de la UE) debería adjudicarlo con arreglo a las normas básicas que se derivan del Derecho comunitario.

[30] Se trata de los siguientes servicios: servicios de hostelería y restaurante; servicios de transporte por ferrocarril; servicios de transporte fluvial y marítimo; servicios de transporte complementarios y auxiliares; servicios jurídicos; servicios de colocación y suministro de personal; servicios de investigación y seguridad, excepto los servicios de furgones blindados; servicios de educación y formación profesional; servicios sociales y de salud; servicios de esparcimiento, culturales y deportivos; y otros servicios que no sean los comprendidos en los apartados 1 a 16 del Anexo II del TRLCSP.

determinados contratos asimilables, por razón de su cuantía, a los contratos sujetos a regulación armonizada. Sin embargo, a nuestro entender, compartiendo la opinión expresada por el Consejo de Estado, la ampliación del ámbito de aplicación debería hacerse extensible a cualquier tipo de contrato, esté o no sujeto a regulación armonizada o sea o no asimilable a ésta por razón de la cuantía.

En efecto, en este sentido se pronunció el Consejo de Estado en su Dictamen 514/2006, de fecha 25 de mayo de 2006. En concreto, el dictamen del Consejo de Estado se expresa del siguiente modo: "*La primera duda que plantea la regulación proyectada para el nuevo recurso especial y el nuevo sistema especial de medidas provisionales radica en su ámbito de aplicación. Con arreglo a los artículos 37.1 y 38.1 del anteproyecto, tales mecanismos son únicamente aplicables en los procedimientos de adjudicación de contratos sujetos a regulación armonizada, por lo que no se extenderán a los restantes contratos del sector público. A juicio del Consejo de Estado, esta distinción entre los mecanismos de control de uno y otro tipo de contratos no está suficientemente justificada y podría generar un cierto nivel de inseguridad jurídica, por lo que debería considerarse su extensión a todos los contratos. La finalidad que se persigue con el nuevo recurso y el sistema especial de medidas cautelares es, en último término, garantizar que el control del procedimiento de adjudicación sea rápido y eficaz, de modo que las incidencias que pueda plantearse se tramiten y resuelvan antes de adoptarse la decisión de adjudicación. Esa conveniencia de rapidez y eficacia en la resolución de las incidencias del procedimiento de adjudicación resulta extensible a cualquier tipo de contrato, esté o no sujeto a regulación armonizada. Por estas razones, y aun cuando las exigencias de la Directiva de recursos queden cumplidas con aplicar estos mecanismos de garantía a los contratos sujetos a regulación armonizada, sería conveniente valorar su extensión a todos los contratos comprendidos en el ámbito de aplicación del anteproyecto de Ley.*"

De hecho, países como Francia (en virtud de su "référé précontractuel") han extendido el control de las reglas de observancia de la publicidad y concurrencia a todo tipo de contratos, sean o no armonizados. Y es que la necesidad de rapidez y eficacia en la resolución de las incidencias del procedimiento de adjudicación debería ser predicable respecto a cualquier tipo de contrato. Es de esperar que en la próxima reforma el legislador se decida a hacer extensible el recurso especial a toda clase de contratos.

La jurisprudencia del TJUE, por otra parte, señala que aun tratándose de contratos cuya cuantía sea inferior a los umbrales de aplicación de las Directivas sobre contratación pública, se deberá tener en cuenta que las personas, también las jurídicas, tienen derecho a una protección judicial efectiva de los derechos que les confiere el ordenamiento jurídico comunitario. Así, la Sentencia del TJUE de 2 de julio de 2005, asunto C-231/03, *Coname*, relativa a la concesión de un servicio excluido del ámbito de aplicación de las Directivas, sostiene la necesidad de respetar igualmente los principios comunitarios de transparencia y de no discriminación por razón de la nacionalidad, independientemente del tipo de contrato: "[e]*n estas circunstancias, corresponde al órgano jurisdiccional remitente verificar si la adjudicación de la concesión a Padania por parte del comune di Cingia de'Botti cumple el requisito de la transparencia, el cual, sin imponer necesariamente la*

convocatoria de una licitación, permite, en particular, que una empresa establecida en otro Estado miembro que no sea la República Italiana pueda tener acceso a una información adecuada sobre dicha concesión antes de su adjudicación, de forma que, de haberlo deseado, esté en condiciones de manifestar su interés por obtener dicha concesión. De no ser así, hay que afirmar la existencia de una diferencia de trato en perjuicio de dicha empresa." (Fundamentos 21 y 22). En el mismo sentido se pronuncia la Sentencia del TJUE de 13 de octubre de 2005, asunto C-458/03, *Parking Brixen*.

5.2 Objeto del recurso especial en materia de contratación

De acuerdo con el artículo 40 del TRLCSP, el objeto del recurso puede ser:

- Los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación.
- Los actos de trámite "cualificados" adoptados en el procedimiento de adjudicación siempre que: (i) decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación; (ii) determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o (iii) produzcan perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos (e.g., actos de la Mesa de Contratación por los que se excluyan licitadores del procedimiento).
- Los acuerdos de adjudicación adoptados por los poderes adjudicadores.

Quedan excluidos de la categoría de decisiones impugnables aquellos actos de los órganos de contratación dictados en relación con las modificaciones contractuales no previstas en los Pliegos que sea preciso realizar una vez adjudicados los contratos.

Tal y como ya se ha indicado, desde la doctrina se ha criticado la fragmentación del sistema de recursos en materia de contratos públicos[31]. Un ejemplo de esta fragmentación es precisamente que este régimen de fiscalización de la actuación de los poderes adjudicadores se proyecta únicamente sobre las fases de preparación y adjudicación de los contratos y, por tanto, no alcanza a controlar la fase de ejecución del contrato[32]. En efecto, no deja de resultar sorprendente que las modificaciones contractuales no puedan ser objeto del recurso especial en materia de contratación, puesto que pueden encerrar, en ocasiones, verdaderas novaciones contractuales que, de haberse conocido en el momento de la licitación inicial, habrían podido motivar la concurrencia de un mayor número de licitadores. Es por ello que sería

[31] Ya se ha hecho referencia en el apartado anterior a la recomendación del Consejo de Estado de incluir en el ámbito de aplicación del recurso especial en materia de contratación cualquier tipo de contrato, con independencia de la sujeción a regulación armonizada. En este mismo sentido, vid. Sardina Cámara, Pablo, "El recurso especial en materia de contratación tras la última modificación de la Ley de Contratos del Sector Público", *Diario La Ley*, núm. 7527, Diciembre 2010.

[32] Vid. Bernal Blay, Miguel Angel, "Nueva configuración del recurso especial en materia de contratación pública. Comentario al Proyecto de Ley por el que se adapta la Ley de Contratos del Sector Público a la Directiva 2007/66/CE, de 11 de diciembre de 2007", *Contratación Administrativa Práctica*, nº 100, Septiembre 2010, Editorial La Ley, pág. 11.

aconsejable que precisamente estos actos pudieran ser también objeto del recurso especial en materia de contratación.

Además, quedan también excluidos del objeto del recurso especial aquellos actos relativos a procedimientos de adjudicación que se sigan por el trámite de urgencia. En este caso, se entiende, sí se trata de una lógica consecuencia de la especial naturaleza de la tramitación de emergencia, aplicable cuando la Administración debe actuar de manera inmediata a causa de acontecimientos catastróficos, de situaciones que supongan grave peligro o de necesidades que afecten a la defensa nacional. Debe señalarse, sin embargo, que en la redacción originaria de la LCSP se preveía la posibilidad de recurrir actos en el marco de un procedimiento de adjudicación seguido por el trámite de urgencia, aunque en tal caso el plazo para interponer el recurso se reducía[33].

Cabría cuestionarse si la regulación española relativa a los actos susceptibles de recurso especial en materia de contratación que, como se ha visto, no permite que cualquier decisión sea recurrida, satisface las previsiones de la Directiva 89/665, en la medida en que ésta se refiere a la posibilidad de interponer recurso contra "*las decisiones adoptadas por las entidades adjudicadoras*", sin ulteriores precisiones[34] y, por tanto, sin ningún tipo de limitación.

A este respecto debe indicarse que la jurisprudencia del TJUE ha ido supliendo la falta de concreción de la Directiva 89/665 y ha asumido una acepción amplia del concepto de decisión recurrible de una entidad adjudicadora[35]. Así, en la citada Sentencia del asunto *Stadt Halle*, el Tribunal considera que constituye una decisión recurrible cualquier acto de una entidad adjudicadora adoptado en relación con un contrato público sujeto a regulación armonizada y que pueda tener efectos jurídicos, con independencia de que este acto se adopte sin un procedimiento formal de contratación pública o en el marco de tal procedimiento. De acuerdo con esta interpretación no serían recurribles las actuaciones que constituyan un mero estudio preliminar del mercado o que sean puramente preparatorias y formen parte de la reflexión interna de la entidad adjudicadora con vistas a la celebración de un contrato. Pero más allá de estas precisiones, cualquier interpretación restrictiva del concepto de decisión recurrible sería incompatible con lo dispuesto en la Directiva 89/665.

En su Sentencia de 18 de junio de 2002, asunto C-92/00, *Hospital Ingenieure*, el TJUE señala que si una decisión adoptada por una entidad adjudicadora en un

[33] Artículo 37.6 de la redacción original de la LCSP: "[…] *En el caso de que el procedimiento de adjudicación del contrato se tramite por la vía de urgencia prevista en el artículo 96, el plazo para la interposición del recurso será de siete días hábiles y el de subsanación, de dos días hábiles*."

[34] Vid. Guinot Barona, María, "El nuevo recurso especial en materia de contratación y las medidas provisionales en la ley de contratos del sector público", *Contratación Administrativa Práctica*, nº 74, Abril 2008, Editorial La Ley, Madrid, p. 6.

[35] Vid. Moreno Molina, José Antonio, "La nueva regulación del recurso especial en materia de contratación. El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales", en *La reforma de la Ley de Contratos del Sector Público en materia de recursos. Análisis de la Ley 34/2010, de 5 de agosto*, Editorial La Ley, Madrid, Noviembre 2010, p. 5.

procedimiento de adjudicación de un contrato público está sujeta a las normas del Derecho comunitario en materia de contratos públicos y, por lo tanto, puede infringirlos, la Directiva 89/665 exige que tal decisión pueda ser objeto de recurso de anulación. En este caso particular el TJUE se planteó si el acuerdo de la entidad adjudicadora por el que se canceló una licitación formaba parte de las decisiones respecto a las cuales los Estados miembros estaban obligados a establecer un sistema de recurso. En efecto, el Tribunal concluyó que en la medida en que la decisión de cancelar estaba sujeta a las normas materiales del Derecho comunitario de la contratación pública, procedía inferir que estuviera también comprendida dentro del ámbito de aplicación de las normas procesales contenidas en la Directiva 89/665.

En definitiva, el recurso especial en materia de contratación es posible respecto de cualquier acto, entendido como manifestación de la voluntad, de una entidad adjudicadora adoptado en relación con un contrato público sin que pueda supeditarse su interposición al hecho de que el procedimiento de contratación haya alcanzado formalmente una determinado fase. Desde esta perspectiva jurisprudencial se podría entender que contravendría el sentido de la Directiva 89/665 la inadmisión del recurso especial en materia de contratación basado en una interpretación restrictiva del artículo 40 del TRLCSP[36].

5.3 Legitimación activa del recurso especial en materia de contratación

De acuerdo con el artículo 42 del TRLCSP las personas legitimadas para interponer este recurso son toda persona física o jurídica, cuyos derechos o intereses legítimos:

- Se hayan visto perjudicados o
- Puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso.

Tanto el concepto "perjudicado" como el de "interés" tienen un significado amplio, aunque, eso sí, el interés o el perjuicio han de ser propios y han de ir más allá de la mera defensa de la legalidad. En la Resolución núm. 31/2010, de fecha 16 de diciembre de 2010, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, órgano competente, como se explicará más adelante, para conocer de la mayoría de recursos especiales en materia contractual, se inadmite el recurso al no considerarse legitimada para impugnar el acto de adjudicación a una empresa que no participó en el procedimiento de contratación: "*Al objeto de examinar la legitimación de la empresa recurrente conviene traer a colación la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2005, Sec. 4ª, según la cual «Tratándose de contratos administrativos, el interés legítimo viene determinado en general por la participación en la licitación (ss. 7-3-2001 citada por la de 4-6-2001), por cuanto quienes quedan ajenos a la misma, en principio no resultan afectados en sus derechos e intereses, si bien no puede perderse de vista que la determinación de la legitimación, en cuanto responde*

[36] Para un análisis de las Resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en materia de admisión, vid. García Otero, Miguel Angel, "Análisis de la «jurisprudencia» del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales", *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 117, Marzo 2012, p.42.

a los intereses que específicamente estén en juego en cada caso, ha de efectuarse de forma casuística, lo que tiene una proyección concreta en los supuestos de procedimientos de concurrencia, en los cuales la condición de interesado no deriva de la genérica capacidad para participar en los mismos sino de la actitud de los posibles concursantes respecto del concreto procedimiento de que se trate, es decir, la condición de interesado no es equiparable a la genérica condición de contratista con capacidad para participar en el concurso sino que es preciso que se ejercite tal condición, ya sea participando en el procedimiento o de cualquier otro modo, sin que pueda descartarse la impugnación de la convocatoria del concurso por quien no participa en razón de las propias condiciones en que es convocado.» Por tanto, no es necesario ser licitador para que se tenga la condición de interesado en el procedimiento, ni tampoco basta con ser contratista con capacidad para contratar, sino que debe ejercitarse dicha condición."

En relación con el concepto de "interés legítimo", resulta también interesante el supuesto de los Colegios Profesionales. El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales ha entendido que concurre un interés legítimo en los Colegios Profesionales a los efectos de impugnar los actos que puedan afectar a los intereses profesionales de los que representan. En este sentido, conviene traer a colación la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales núm. 23/2012, de 17 de enero de 2013, en la que el recurrente es el Colegio de Arquitectos de Madrid: "*Conforme este Tribunal ha desarrollado más extensamente en su resolución 29/2011, la noción de interés legítimo que habilita para interponer el recurso especial en materia de contratación exige analizar los intereses que representa y defiende la recurrente. En el caso que nos ocupa, la recurrente tiene entre otras finalidades la representación de intereses colectivos de los arquitectos. Por ello, parece claro que la decisión acerca de si determinadas cláusulas de los pliegos son restrictivas de la concurrencia, representa para una entidad que asume la defensa de los intereses colectivos del sector algo más que un interés por la mera legalidad de los actos administrativos. En el presente caso existe esa relación unívoca y concreta de la entidad recurrente con el objeto del recurso. En consecuencia, el Colegio profesional recurrente sí que dispone de legitimación para plantear su pretensión de reforma de los pliegos*."

Finalmente, cabe también indicar que de forma reiterada se ha admitido la legitimación activa del reclamante que interpone el recurso por sí solo aun en el caso de que hubiera concurrido a la licitación como parte integrante de una unión temporal de empresas. En este sentido, atiéndase a la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales núm. 269/2012, de fecha 30 de noviembre de 2012: "*El recurrente sólo acredita la representación de EULEN, S.A. No obstante este Tribunal viene considerando reiteradamente que no es obstáculo para admitir la legitimación activa de los reclamantes el hecho de que presenten la reclamación por sí solos, aún en el caso de que hubieran concurrido a la licitación como parte integrante de una unión temporal de empresas. Y ello porque el sentido amplio que el artículo 42 del TRLCSP da al concepto de legitimación permite entender que siempre que los derechos o intereses legítimos de una entidad resulten afectados por la resolución, incluso aunque sólo lo sean parcialmente, ésta resultará legitimada para interponer la reclamación. Goza pues el recurrente de la legitimación activa exigida por el artículo 42 del TRLCSP.*"

A su vez, el apartado 1.3 de la Directiva 89/665 establece que el procedimiento del recurso deberá ser accesible "*como mínimo, a cualquier persona que tenga o haya tenido interés en obtener un determinado contrato y que se haya visto o pueda verse perjudicada por una presunta infracción*." Por tanto, la legitimación para recurrir se ha de configurar en términos muy amplios[37].

El TJUE ha precisado y ha limitado, sin embargo, el significado de esta disposición de la Directiva 89/665 al afirmar que permite que los Estados exijan a la persona interesada que pretende recurrir que se haya visto perjudicada o pueda verse perjudicada por la infracción que alega. Esto es, para el TJUE el interés y el perjuicio son dos requisitos acumulativos y no alternativos[38].

En cualquier caso, la ley española ha optado por que estos requisitos sean alternativos, permitiendo una aplicación más extensiva de la previamente diseñada en la legislación comunitaria. Además, se ha eliminado, por redundante, la referencia a que los licitadores están legitimados a interponer recurso especial en materia de contratación, tal y como aparecía en la redacción del antiguo artículo 37.3 de la LCSP[39].

Esta cuestión de la legitimidad activa merece una reflexión más profunda, puesto que la actual redacción, a pesar de haber sido aplaudida por la doctrina[40], sigue ignorando a una categoría de licitadores: los excluidos de la licitación al encontrarse, por ejemplo, incursos en una prohibición de contratar. En este sentido, conviene traer a colación la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales número 35/2013, de fecha 23 de enero de 2013, en la que, en relación con un licitador excluido al estar incurso en una prohibición de contratar, se dice lo siguiente: "*Puesto que la exclusión está fundamentada y su notificación motivada, la UTE reclamante no está legitimada para recurrir la adjudicación, pues, como hemos manifestado en varias resoluciones, el licitador excluido carece de legitimación para recurrir el acuerdo de adjudicación*."

---

[37] En el caso de personas jurídicas la falta de acreditación del compareciente como su representante legal determina la inadmisión del recurso por falta de legitimación. Vid. Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales núm. 268/2011, de fecha 10 de noviembre de 2011: "*La documentación aportada por la reclamante para justificar que actúa como representante de DARZAL y ECSYS, no acredita la representación específica para interponer recursos o reclamaciones en nombre de las mismas.*

La no presentación del poder que acredite la representación debe considerarse como un vicio que impide la válida continuación del procedimiento. Procede, por tanto, inadmitir la reclamación por carecer la firmante de la representación necesaria."

[38] Vid. Guinot Barona, María, "El nuevo recurso especial en materia de contratación y las medidas provisionales en la ley de contratos del sector público", *cit*., p. 8.

[39] La redacción original del artículo 37.3 de la LCSP afirmaba lo siguiente: "*El recurso podrá interponerse por las personas físicas y jurídicas cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso y, en todo caso, por los licitadores*."

[40] Vid. Guinot Barona, María, "El nuevo recurso especial en materia de contratación y las medidas provisionales en la ley de contratos del sector público", *cit*., p. 8.

Sin embargo, entendemos que sería aconsejable que licitadores convenientemente excluidos de la licitación puedan también recurrir la adjudicación y ello en la medida en que, en ocasiones, únicamente los participantes en el proceso conocen las vicisitudes del mismo y están en disposición de llamar la atención sobre las irregularidades.

5.4 Órgano decisorio del recurso especial en materia de contratación

Una de las mayores críticas a la primera transposición al derecho español de las Directivas de recursos fue la de encomendar la resolución del recurso especial en materia de contratación al mismo órgano de contratación, convirtiendo el recurso en un equivalente al recurso administrativo de reposición[41]. Con posterioridad se aprovechó la promulgación de la Ley 34/2010 (que transpuso las modificaciones introducidas por la Directiva 2007/66) para proponer la creación de un nuevo órgano independiente[42] al que se le atribuyó la resolución de los recursos especiales en materia de contratación.

De acuerdo con la legislación en vigor, (i.e., artículo 41 del TRLCSP), el órgano decisorio será distinto según el origen del acto que se recurra.

En caso de contratos en el ámbito de la Administración General del Estado, se dispone de un Tribunal especial e independiente, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales ("**TACRC**"), adscrito al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, si bien, y con carácter excepcional, las Cortes Generales acordaron la creación de su propio Tribunal de Recursos Contractuales[43].

En caso de contratos en el ámbito de las Comunidades Autónomas ("**CCAA**"), se ha previsto una doble opción. Algunas CCAA han optado por crear su propio órgano independiente (Madrid, Aragón, País Vasco, Andalucía, Castilla y León, Navarra, Cataluña)[44], a imagen y semejanza del TACRC, mientras que otras han suscrito un

[41] Vid. Moreno Molina, José Antonio, "La nueva regulación del recurso especial en materia de contratación. El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales", *cit.*, p. 7. En el mismo sentido se expresa Miguel Angel Bernal Blay en "Nueva configuración del recurso especial en materia de contratación pública. Comentario al Proyecto de Ley por el que se adapta la Ley de Contratos del Sector Público a la Directiva 2007/66/CE, de 11 de diciembre de 2007", *cit.*, p. 5.

[42] Sin embargo, hay quien ha puesto en duda la independencia de este órgano en la medida en que en el fondo sigue tratándose de un recurso administrativo en el que la Administración es juez y parte. Vid. Vicente Iglesias, José Luis, "Aproximación a la primera gran reforma de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público", *Contratación Administrativa Práctica*, nº 107, Abril 2011, p. 4. Del mismo modo, el Dictamen del Consejo de Estado núm. 499/2010, de 2 de abril de 2010, afirmó que la opción preferente era, sin duda, atribuir la decisión de los recursos especiales en materia de contratación a órganos de carácter jurisdiccional: "[…] *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.*"

[43] Órgano creado en la reunión conjunta de 21 de diciembre de 2010 de las Mesas del Congreso de los Diputados y del Senado.

convenio con la Administración General del Estado para que sea el TACRC central quien conozca de los recursos incluidos en su ámbito de aplicación (Valencia, Baleares, Murcia, La Rioja, Cantabria, Castilla la Mancha, Extremadura, Ceuta, Melilla)[45]. La mayoría de CCAA ha optado por una opción u otra. Aun así, la disposición transitoria séptima del TRLCSP prevé que en tanto una Comunidad Autónoma no regule ante quién debe interponerse el recurso especial en materia de contratación, la competencia para la resolución de los recursos continuará encomendada a los mismos órganos que la tuvieran atribuida con anterioridad.

En el caso de contratos de ámbito local, la competencia para resolver estos recursos será la establecida en las normas de las CCAA cuando éstas tengan atribuida competencia normativa y de ejecución en materia de régimen local y de contratación. De no existir previsión expresa en la normativa autonómica, la competencia corresponde al mismo órgano al que las CCAA en cuyo territorio se integren las corporaciones locales hayan atribuido la competencia para resolver los recursos de su ámbito[46].

---

[44] Los órganos creados en las CCAA a imagen y semejanza del TACRC estatal son los siguientes: Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid; Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón; Órgano administrativo de recursos contractuales de la Comunidad Autónoma del País Vasco; Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía; Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Castilla y León; Junta de Contratación Pública de la Comunidad Foral de Navarra; Órgano administrativo de recursos contractuales de Cataluña. http://www.minhap.gob.es/es-ES/Servicios/Contratacion/TACRC/Paginas/OtrosTribunales.aspx (Último acceso en fecha 1 de julio de 2013). Además, cabe señalar que, en el caso de Galicia, la Ley 15/2010, de 28 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas, autoriza al Consejo de la Xunta a crear, a propuesta de la Consejería de Hacienda un órgano colegiado independiente para el conocimiento y resolución de los recursos especiales en materia de contratación. Sin embargo, tal y como constata la Instrucción 1/2012, de 27 de marzo, "sobre alcance y efectos de la inexistencia de un órgano de resolución de recursos especiales y cuestiones de nulidad en los procedimientos de contratación de la Comunidad Autónoma de Galicia e incidencia práctica de acuerdo con el régimen supletorio establecido en la disposición transitoria séptima del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público", a fecha 27 de marzo de 2012 no existe ningún Tribunal autonómico. En fecha 27 de junio de 2013 se nos confirmó telefónicamente desde la Secretaría Técnica de la Consejería de Hacienda que hasta esta fecha no se ha creado ningún Tribunal autonómico aunque sigue habiendo previsión de constituir uno. En cualquier caso, no es posible aventurar la fecha de su constitución. En relación con Canarias, debe indicarse que hay un Proyecto de Decreto por el cual se crea el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad Autónoma de Canarias, publicado en fecha 3 de abril de 2012. Aun así, de momento todavía no se ha formalizado la aprobación del Tribunal. Desde la Administración canaria se afirma que por el momento han atribuido la competencia de manera informal al TACRC.

[45] Las CCAA que han suscrito convenios con la Administración General del Estado son las siguientes: Comunidad Valenciana, en virtud del Convenio de fecha 22 de marzo de 2013; Islas Baleares, en virtud del Convenio de fecha 13 de noviembre de 2012; Región de Murcia, en virtud del artículo 20 de la Ley 6/2012, de 29 de junio, de medidas tributarias, económicas, sociales y administrativas de la Región de Murcia, que establece que será el TACRC quien resolverá los recursos especiales en materia de contratación; La Rioja, en virtud del Convenio de fecha 30 de julio de 2012; Cantabria, en virtud del Convenio de fecha 13 de noviembre de 2012; Castilla la Mancha, en virtud de Convenio de fecha 2 de noviembre de 2012; Extremadura, en virtud de Convenio de fecha 9 de agosto de 2012; Ceuta, en virtud de Convenio de fecha 17 de abril de 2013; Melilla, en virtud de Convenio de fecha 9 de agosto de 2012. Además, cabe indicar que en el caso del Principado de Asturias, no se dispone de Tribunal propio ni de Convenio, aunque desde la Consejería de Fomento se nos han informado que no tienen ninguna intención de tener un tribunal propio.

En el caso de actos de los poderes adjudicadores que no tengan la consideración de Administraciones Públicas, la competencia para resolver los recursos especiales en materia de contratación recaerá en el órgano independiente que la tenga respecto a la Administración Pública a la que esté vinculada la entidad autora del acto recurrido. Si la entidad autora del acto recurrido está vinculada a más de una Administración Pública, tendrá la competencia el órgano de la Administración Pública que tenga atribuido el control o la participación mayoritaria de la entidad (en caso de igualdad, el que escoja el recurrente de entre las posibles)[47].

En el caso de actos relativos a contratos subvencionados, la competencia para resolver los recursos especiales en materia de contratación recaerá en el órgano independiente que ejerza sus funciones respecto a la Administración Pública a la que esté adscrito el ente u organismo que hubiera otorgado la subvención. Si concedieran la subvención distintos sujetos del sector público, dependerá de cuál sea la cuantía más relevante.

5.5 Medidas provisionales en el recurso especial en materia de contratación

La previsión de las medidas cautelares en relación con el recurso especial en materia de contratación no es una novedad introducida por la LCSP y luego modificada por los cambios legislativos posteriores, como la mayoría de cuestiones relacionadas con esta figura jurídica, sino que ya se había introducido con anterioridad en la normativa de contratación en virtud de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social. De hecho, el origen inmediato de esta figura se encuentra, por una parte y como todo lo relativo al recurso especial, en la Directiva 89/665, pero, por otra parte, también en la citada Sentencia del TJUE de fecha 15 de mayo de 2003. En dicha sentencia, como ya se ha anunciado previamente, el TJUE declaró que España había incumplido las obligaciones que le incumbían, entre otras razones, por someter la posibilidad de adoptar medidas cautelares en relación con las decisiones adoptadas por las entidades adjudicadoras a la necesidad de interponer previamente un recurso contra la decisión de la entidad adjudicadora: "*En la sentencia de 19 de septiembre de 1996, Comisión/Grecia (C-236/1995), que versaba sobre la conformidad con la Directiva 89/665 de una normativa nacional que, por una parte, limitaba la tutela judicial, provisional a los procedimientos de suspensión de la ejecución de un acto administrativo y, por otra parte, supeditaba la medida de suspensión a la interposición de un recurso de anulación contra el acto impugnado, el Tribunal de Justicia tuvo ocasión de precisar el alcance de las obligaciones derivadas al respecto de la citada Directiva. En particular, declaró que, en virtud del art. 2 de esta Directiva, los Estados miembros están obligados, más en general, a conferir a los organismos*

[46] En el Anteproyecto de Ley de modificación de la LCSP se preveía la posibilidad de creación de órganos independientes para la resolución del recurso especial por parte de las Diputaciones Provinciales, pero esta opción finalmente no prosperó y no fue acogida por el Proyecto de Ley presentado en el Congreso.

[47] Sobre esta cuestión, vid. Gallego Córcoles, Isabel, "El recurso especial en materia de contratación en la doctrina de las Juntas Consultivas", *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 108, Mayo 2011, p. 54.

que conozcan de los procedimientos de recurso la facultad de adoptar independientemente de cualquier acción previa, todas las medidas provisionales, incluidas las medidas destinadas a suspender o a hacer que se suspenda el procedimiento de adjudicación del contrato público en cuestión."

La sentencia, como se ve, motivó la rápida adopción de un sistema de medidas cautelares especiales en vía administrativa en el ámbito de la contratación pública. En efecto, la introducción de la nueva regulación se produjo apenas unos meses después de la promulgación de la sentencia.

La actual regulación de las medidas provisionales se contiene en el artículo 43 del TRLCSP. Su objetivo es corregir infracciones de procedimiento o impedir que se causen otros perjuicios a los intereses afectados. Entre dichas medidas se encuentra la posibilidad de solicitar la suspensión del procedimiento de adjudicación del contrato en cuestión o la ejecución de cualquier decisión adoptada por los órganos de contratación.

Se establece que antes de interponer el recurso especial, las personas físicas y jurídicas legitimadas para ello podrán solicitar ante el órgano competente para resolver el recuso la adopción de las medidas provisionales. Sin embargo, también cabría solicitar la adopción de medidas provisionales en una petición adicional al propio recurso especial o acumulada al mismo si se interpone el recurso antes de la resolución sobre la solicitud de medidas cautelares. Aunque no se establece un plazo concreto para la interposición de las medidas cautelares, debe entenderse que dicho plazo no podrá exceder, en cualquier caso, al previsto para la interposición del recurso, al que luego se hará referencia. Asimismo, si antes de dictar resolución se hubiese interpuesto el recurso, el órgano decisorio acumulará a éste la solicitud de medidas provisionales.

El órgano competente para resolver el recurso deberá adoptar su decisión en forma motivada sobre las medidas provisionales dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la presentación del escrito en que se soliciten. A tales efectos, el órgano decisorio remitirá el referido escrito al órgano de contratación el mismo día en que lo reciba para que éste presente las alegaciones que considere oportunas en el plazo de dos (2) días. Por su parte, el resto de interesados dispondrán de cinco (5) días hábiles para presentar sus respectivas alegaciones. Si transcurrido este plazo no se formulasen las alegaciones se continuará el procedimiento.

Cuando de la adopción de las medidas provisionales se puedan irrogar perjuicios, la resolución podrá imponer la constitución de caución o garantía suficiente para responder de ellos.

Contra la resolución relativa a la solicitud de adopción de medidas cautelares, no cabrá interponer recurso alguno, sin perjuicio de los que procedan en el marco del recurso principal, que no será otro que el recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el caso del TACRC.

Asimismo, debe indicarse que, la suspensión del procedimiento, si se acuerda en virtud de medidas provisionales, no afectará en ningún caso, al plazo concedido para la presentación de ofertas o proposiciones por los interesados.

Finalmente, el artículo 43.5 del TRLCSP también prevé que las medidas provisionales que se soliciten y acuerden con anterioridad a la presentación del recurso especial en materia de contratación decaerán una vez transcurra el plazo establecido para su interposición sin que el interesado lo haya deducido. Esta previsión ha sido objeto de crítica doctrinal, al entenderse que las medidas provisionales no se están configurando como autónomas[48].

5.6 Procedimiento

El procedimiento del recurso especial incluye las tres fases clásicas de interposición, sustanciación y decisión y como novedad incluye la obligación de efectuar un anuncio previo.

En efecto, de acuerdo con lo previsto en el artículo 44.1 del TRLCSP, todo aquel que se proponga interponer el recurso especial deberá anunciarlo previamente mediante escrito especificando el acto del procedimiento que vaya a ser objeto del mismo debiendo presentarse ante el órgano de contratación en el plazo concedido para la interposición del recurso. Al no prescribirse la obligación de que el anuncio se presente con una determinada antelación a la interposición del recurso, parece que será posible la presentación simultánea del anuncio y el recurso.

De hecho, el justificante de haber efectuado el anuncio previo es uno de los documentos que habrán de acompañarse con el escrito de interposición, sin el cual no se tramitará el recurso. Desde la doctrina se ha criticado la eficacia práctica de esta nueva carga procesal para el recurrente que, no obstante, se ha de precisar, es subsanable en un plazo de tres días hábiles[49].

En relación con el plazo de interposición del recurso, ha de hacerse notar que es de quince (15) días hábiles contados a partir del día siguiente de la remisión de la notificación del acto. Esta cuestión ha sido objeto de cierta polémica doctrinal al tratarse de un criterio de *dies a quo* distinto del previsto en la norma básica relativa al procedimiento administrativo, la Ley 30/1992, que sostiene que el *dies a quo* debe situarse en el momento de la recepción del acto por parte del interesado[50]. Como recoge la doctrina, la diferencia entre remisión y recepción es muy importante, ya que, por más que en el plano interno pueda ofrecer mayor seguridad a la Administración o a la entidad contratante, supone reducir el plazo para los interesados por circunstancias ajenas a su voluntad, como el retraso en el correo. Este riesgo es todavía más evidente en el caso de licitadores de otros países,

[48] Vid. Noguera de la Muela, Belén, "El recurso especial en materia de contratación y las medidas cautelares en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público, a la vista de la Directiva 2007/66/CE, por la que se modifica la Directiva 89/665 CEE", *cit.*, p. 109.
[49] Vid. Gil Ibáñez, José Luis, "El recurso especial en materia de contratación y las modificaciones de la LJCA", *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 112, Octubre 2011, Editorial La Ley, p. 6.
[50] Ibid., *cit,* p. 7.

aunque los inconvenientes podrían reducirse con la utilización de medios electrónicos informáticos y telemáticos[51].

Sin embargo, el criterio adoptado por el TRLCSP ha sido validado tanto por el Consejo de Estado como por el TACRC sobre la base de que se trata de un criterio previsto en la Directiva 2007/66. No puede, por tanto, dudarse de la validez de dicho criterio. En efecto, el Consejo de Estado se pronunció en este sentido en el Dictamen 499/2010, de 29 de abril de 2010: "*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*."

Asimismo, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales expresó en la Resolución número 100/2012, de 23 de abril de 2012, la siguiente opinión: "*El uso del término «remisión» supone la traslación a la legislación nacional de una de las posibilidades previstas en la Directiva 2007/66/CE, que modifica las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE en lo que respecta a la mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos. El criterio de la remisión de la notificación aparece expresamente recogido en el artículo 2 quáter de la citada Directiva. La razón de esta especialidad es la necesidad de hacer coincidir el cómputo del plazo entre la adjudicación y la formalización con el del plazo para la interposición del recurso especial, de modo que ambos se cuenten siempre desde la misma fecha para todos los interesados al ser único y común para todos. Así lo manifestó el Consejo de Estado en su dictamen 499/2010, sobre el anteproyecto de ley de modificación de las leyes 30/2007 y 31/2007, para su adaptación a la normativa comunitaria y también la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid, en su recomendación de 10 de marzo de 2011, sobre la publicidad de la adjudicación y formalización de los contratos, que en su punto 4 señala que el cómputo de los plazos en los contratos previstos en el artículo 40.1 del TRLCSP, tanto para la formalización del contrato como para la interposición del recurso especial en materia de contratación, se inicia con la remisión de la notificación, no desde la recepción por el interesado*."

Otra cuestión será la idoneidad de la misma en derecho español. De todas formas, se ha de indicar que el 90% de las resoluciones de inadmisión traen causa del hecho

[51] Ibid.

de que el recuso se interpone frente a actos no susceptibles de recurso especial[52] y, por tanto, no están obedeciendo a problemas de extemporaneidad.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe indicar determinadas particularidades respecto al plazo de interposición, de acuerdo con lo previsto en el artículo 44.2 del TRLCSP:

- Si el recurso se presenta contra los pliegos o documentos contractuales, el *dies a quo* se corresponde con el día siguiente a aquel en que los mismos hayan sido recibidos o puestos a disposición de los licitadores o candidatos;
- Si el recurso se presenta contra actos de trámite del procedimiento, el *dies a quo* se corresponde con el día siguiente al que se haya tenido conocimiento de la posible infracción;
- Si el recurso se presenta contra un anuncio de licitación, el *dies a quo* se corresponde con el día siguiente a su publicación.

En relación con el lugar de presentación del recurso, cabe indicar que la interposición del recurso se hace en el registro del órgano de contratación o en el registro del órgano competente para resolver. La doctrina ha señalado que esta previsión contribuye a agilizar el procedimiento, pero restringe notablemente las alternativas que propone la Ley 30/1992, que, como ya se ha indicado, es la principal norma ordenadora del procedimiento administrativo[53].

Respecto al contenido mínimo del escrito, éste incluye lo siguiente: (i) acto recurrido; (ii) motivos que fundamentan el recurso; (iii) medios de prueba de que pretenda valerse el recurrente; y (iv) en su caso, solicitud de medidas provisionales cuya adopción se solicite, acompañando, entre otros documentos: a) la acreditación de la legitimación; b) la representación y c) el documento en que se funde su derecho.

En relación con los efectos producidos por la interposición del recurso, de acuerdo con el artículo 45 del TRLCSP, si el acto recurrido es el de adjudicación, la tramitación del expediente queda en suspenso. Se entiende que, para el resto de actos recurridos, el expediente no se suspenderá.

---

[52] Vid. García Otero, Miguel Angel, "Análisis de la «jurisprudencia» del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales", *cit*., p. 1.

[53] Artículo 38.4 de la Ley 30/1992: "*Las solicitudes, escritos y comunicaciones que los ciudadanos dirijan a los órganos de las Administraciones públicas podrán presentarse:*
a) En los registros de los órganos administrativos a que se dirijan.
b) En los registros de cualquier órgano administrativo que pertenezca a la Administración General del Estado, a la de cualquier Administración de las Comunidades Autónomas, o a la de alguna de las entidades que integran la Administración Local si, en este último caso, se hubiese suscrito el oportuno convenio.
c) En las oficinas de Correos, en la forma que reglamentariamente se establezca.
d) En las representaciones diplomáticas u oficinas consulares de España en el extranjero.
e) En cualquier otro que establezcan las disposiciones vigentes.
Mediante convenios de colaboración suscritos entre las Administraciones públicas se establecerán sistemas de intercomunicación y coordinación de registros que garanticen su compatibilidad informática, así como la transmisión telemática de los asientos registrales y de las solicitudes, escritos, comunicaciones y documentos que se presenten en cualquiera de los registros."

Finalmente, en cuanto a la decisión sobre el recurso: de acuerdo con los artículos 47 y 48 del TRLCSP, el plazo para resolver el recurso es de cinco (5) días hábiles desde la recepción de las alegaciones o transcurrido el plazo para su formulación y el de la prueba. La resolución puede (i) estimar en todo o en parte el recurso, (ii) desestimar en todo o en parte el recurso o (iii) inadmitir el recurso.

Además, la resolución también puede contener referencias a los siguientes aspectos:

- Levantamiento de la suspensión y/o de las medidas cautelares adoptadas;
- Posibilidad de acordar la adjudicación del contrato a otro licitador;
- Cuando proceda, fijación de la indemnización teniendo en cuenta los criterios del artículo 121 de la Ley 30/91 (como mínimo, la indemnización deberá resarcir de los gastos ocasionados por la preparación de la oferta o participación en el procedimiento;
- Si se aprecia temeridad o mala fe en el recurrente en la interposición del recurso o en la solicitud de medidas cautelares, posible sanción de 1000 a 15000 euros, actualizándose con el IPC.

Asimismo, de acuerdo con el artículo 49 del TRLCSP, la resolución es inmediatamente ejecutiva. Contra ella sólo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo, del que conocerá, bien las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia (cuando el recurso jurisdiccional se plantee contra la resolución de un recurso especial en relación con los contratos incluidos en el ámbito competencial de las Comunidades Autónomas o de las Corporaciones locales), bien la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional cuando el recurso se presente contra una actuación de la Administración General del Estado.

6. Conclusión

El presente artículo ha tenido como objeto explicar la regulación de la figura del recurso especial en materia de contratación en el Ordenamiento Jurídico español a partir del impulso procedente del Derecho de la Unión Europea. En efecto, el origen de esta importante figura jurídica se halla en diversas Directivas comunitarias, las llamadas Directivas de recursos y en la no menos importante jurisprudencia del TJUE, que a raíz de los sucesivos incumplimientos del legislador español (o bien por falta de transposición de las Directivas o bien por una incorrecta transposición de las mismas) ha tenido la oportunidad de interpretar y, por tanto, modular el contenido de dichas Directivas. Aunque durante estos años la doctrina ha ido señalando algunos de los defectos de los que, según su entender, adolece la legislación española en esta materia (principalmente, su falta de universalidad, en la medida en que su ámbito de aplicación no alcanza a todos los contratos), no parece probable que la figura del recurso especial en materia de contratación sea objeto de ninguna próxima modificación si la misma no viene impuesta por el legislador europeo.

THE INTERNATIONAL JOURNAL OF PUBLIC CONTRACTS
LA REVUE INTERNATIONALE DES CONTRATS PUBLICS
REVISTA INTERNACIONAL DE CONTRATOS PÚBLICOS

SciencesPo. | Chaire M.A.D.P. | Direito do Estado.com.br O primeiro site jurídico multimídia do Brasil

Este texto está publicado na Revista Internacional de Contratos Públicos, disponível no endereço : HTTP://www.direitodoestado.com.br/ijpc.
Se deseja colaborar com a Revista, envie seu trabalho para o Comitê de Avaliação com resumo em inglês : ijpc@direitodoestado.com.br.

Cet article est publié par la Revue Internationale de Contrats Publics, disponible sur le site: HTTP://www.direitodoestado.com.br/ijpc.
Si vous voudriez collaborer avec la Revue, veuillez envoyer votre travail au Comité de Rédaction avec un résumé en français: ijpc@direitodoestado.com.br

This article is published by the International Journal of Public Contracts, available at the website: HTTP://www.direitodoestado.com.br/ijpc.
If you would like to collaborate with the Journal, please send your work to the Editorial Board with an abstract in English: ijpc@direitodoestado.com.br