



Universidad
de La Laguna

Facultad de Derecho



Grado en Derecho

Facultad de Derecho

Universidad de La Laguna

Curso 2017/2018

Convocatoria: Julio

EL RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

THE SPECIAL APPEAL ON PUBLIC CONTRACTING

Realizado por: D^a **Kassandra Arocha Lardín**

Tutorizado por: D. **Francisco Lorenzo Hernández González**

Departamento: Disciplinas Jurídicas Básicas

Área de conocimiento: Derecho Administrativo

ABSTRACT

The purpose of this paper is the study of the special resource on public procurement. It is a mechanism for controlling the legality of the contracting procedure, which is of great practical importance.

Its normative evolution, the scope of application, the subjects involved and the procedure of the resource are analyzed, with special emphasis on the changes introduced by Law 9/2017, of November 8, on Public Sector Contracts.

RESUMEN

El objeto del presente trabajo es el estudio del recurso especial en materia de contratación pública. Se trata de un mecanismo de control de legalidad del procedimiento de contratación, que tiene una gran importancia práctica.

Se analiza su evolución normativa, el ámbito de aplicación, los sujetos implicados y el procedimiento del recurso, prestando especial atención a los cambios introducidos por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN	1
II. EVOLUCIÓN HISTÓRICA	2
III. ÁMBITO OBJETIVO	5
3.1. Contratos sujetos al REC	6
3.2. Actos y decisiones recurribles	11
3.2.1. <i>Actos recurribles previstos en el anterior TRLCSP</i>	12
3.2.2. <i>Nuevos actos recurribles incorporados por la LCSP/2017</i>	19
3.3. Actos no recurribles	22
IV. ÁMBITO SUBJETIVO	24
4.1. Legitimación activa	24
4.2. Legitimación pasiva	26
V. PROCEDIMIENTO DEL RECURSO	28
5.1. Iniciación	29
5.1.1. <i>Escrito de interposición</i>	29
5.1.2. <i>Plazo</i>	33
5.1.3. <i>Lugar de presentación</i>	36
5.1.4. <i>Documentación</i>	37
5.1.5. <i>Subsanación y causas de inadmisión del recurso</i>	38
5.2. Tramitación	39
5.2.1. <i>Petición de expediente</i>	39
5.2.2. <i>Acceso al expediente</i>	41
5.2.3. <i>Alegaciones</i>	42
5.2.4. <i>Prueba</i>	43
5.2.5. <i>Medidas cautelares</i>	43
A. <i>Suspensión</i>	44
B. <i>Adopción de las medidas cautelares</i>	45
C. <i>Tramitación</i>	46
D. <i>Caución</i>	47
5.3. Terminación	47
5.3.1. <i>Terminación mediante resolución</i>	47
A. <i>Requisitos de la resolución</i>	48
a) <i>Requisitos formales</i>	48
b) <i>Requisitos materiales</i>	50
B. <i>Efectos de la resolución</i>	53
5.3.2. <i>Otras formas de terminación del procedimiento</i>	54
VI. RECURSOS CONTRA LAS RESOLUCIONES DE LOS TARC	55
VII. CONCLUSIONES	56
BIBLIOGRAFÍA	59

I. INTRODUCCIÓN

El recurso especial es un instrumento de control de la legalidad de los actos del procedimiento de adjudicación de los contratos públicos. Se trata de un recurso administrativo, potestativo y gratuito cuyo objeto lo constituyen las infracciones legales que se produzcan en el procedimiento de contratación.

Con este trabajo, se pretende analizar el objeto y el procedimiento del recurso especial de acuerdo con la legislación vigente y en consideración con la doctrina emanada de los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales (en adelante, TARC) encargados de resolver los recursos especiales. Este estudio, resulta de interés, como consecuencia de la aprobación de la Ley 9/2017, del 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, que incluye algunas novedades respecto a su antecesor Texto Refundido.

En primer lugar, se lleva a cabo un breve análisis de la evolución histórica, en el que se exponen los principales cambios legislativos derivados de la transposición de las Directivas, que tienen como principal objetivo conseguir un sistema de recursos más eficaz.

En segundo lugar, se estudia el ámbito objetivo y subjetivo del recurso. Se incluye como novedad la desvinculación con los contratos sujetos a regulación armonizada, como consecuencia de la rebaja de las cuantías para interponer recurso. También se estudian los actos recurribles y excluidos, atendiendo a las numerosas resoluciones de los TARC. En este sentido, cabe destacar la ampliación del recurso a las modificaciones contractuales, a los encargos a medios propios que no cumplan los requisitos legales y a los rescates de concesiones. También constituye una novedad, la consideración de los actos de admisión de licitadores y ofertas como actos de trámite cualificados susceptibles de recurso especial independiente.

A continuación, se analiza detalladamente cada una de las fases del procedimiento del recurso especial, desde la interposición del recurso hasta su terminación. En este aspecto, destacan las novedades introducidas respecto al cómputo de plazos para la interposición del recurso y la supresión del anuncio previo.

El trabajo finaliza con unas conclusiones, en las que se exponen una valoración personal sobre la vigente regulación del recurso especial.

II. EVOLUCIÓN HISTÓRICA

El origen y fundamento del recurso especial en materia de contratación pública (en adelante, REC) se encuentran en la legislación y jurisprudencia europea, por lo que es necesario realizar un breve recorrido por la historia del Derecho de la Unión Europea y de nuestro Ordenamiento Jurídico.

A modo de antecedente, conviene recordar que, en España, se aplicaba el régimen general de los recursos, un sistema de recursos un tanto ineficiente, como considera SANTAMARÍA PASTOR, puesto que la mayoría de recursos eran desestimatorios o desestimados por silencio administrativo; y en los casos de resolución favorable, en muchas ocasiones, ya se había realizado el acuerdo de adjudicación, habiéndose ejecutado el contrato parcial o totalmente, por lo que el recurso resultaba del todo ineficaz. En estos casos, a lo único que podía aspirar el recurrente era a obtener una indemnización, siendo en cualquier modo insuficiente, ya que no se obtenía la finalidad del recurso.¹

Las primeras normas que regulan el REC son la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras (en adelante, DREC), y la Directiva 92/13/CEE, del Consejo, de 25 de febrero de 1992, en relación con la aplicación de las normas comunitarias en los procedimientos de formalización de contratos de las entidades que operen en los sectores del agua, energía, transportes y telecomunicaciones.

Es importante resaltar que la DREC establece la obligación que le corresponde a los Estados Miembros de tomar las medidas necesarias para garantizar que las decisiones adoptadas por las entidades adjudicadoras puedan ser recurridas de manera eficaz. El objetivo de esta Directiva no es solo garantizar la eficacia y seguridad jurídica de la contratación, sino también la tutela judicial efectiva de los licitadores, a luz del artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.²

¹ SANTAMARÍA PASTOR, J.A, *Los recursos especiales en materia de contratos del sector público*, Aranzadi, 2015, págs. 33-35.

² Véase, el art. 47 de la CDFUE que establece que: *“Toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva (...)* Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable por un juez independiente e imparcial, establecido previamente por la ley. Toda persona podrá

La justificación de la Directiva se basaba, *de facto*, en la libre circulación de mercado y en la creación de un mercado único, ya que la improductividad del sistema de impugnación de contratos producía un efecto disuasorio de las empresas licitadoras comunitarias, con la consecuente inseguridad jurídica.

La DREC regula el recurso en su artículo 2 apartado 9, que no alude a cuestiones orgánicas, sino simplemente a la obligación de motivación de los recursos. La mencionada disposición tiene por objeto interferir en el sistema de control interno de los Estados Miembros al considerar no eficiente el sistema de recursos que existía hasta el momento y crear un nuevo sistema de recursos, que permita a los interesados solicitar de forma ágil e independiente el control de los actos que se dicten durante el procedimiento administrativo antes de resolver la adjudicación.³

Aprobada la DREC, los Estados Miembros venían obligados a realizar su transposición al ordenamiento interno. Sin embargo, en un primer momento el Gobierno español se mostró reticente a su transposición, tal como se podía desprender de la Exposición de Motivos de la Ley 13/1995, de 18 mayo, de Contratos de Administraciones Públicas. El motivo era que consideraba que la materia de recursos era ajena a la legislación de contratos, y que el ordenamiento jurídico ya se ajustaba al contenido de la Directiva.⁴

No obstante, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, STJUE) de 20 de octubre del 1999, *Alcatel-Austria*, C-81/82, confirmó que los Estados Miembros estaban obligados a establecer, en todos los casos; “*un recurso que permita al demandante obtener la anulación de la decisión del órgano de contratación anterior a la celebración de contrato por la que resuelve con qué licitador en dicho procedimiento celebrará el contrato*”.

hacerse aconsejar, defender y representar. Se prestará asistencia jurídica gratuita a quienes no dispongan de recursos suficientes siempre y cuando dicha asistencia sea necesaria para garantizar la efectividad del acceso a la justicia”.

GIMENO FELIU, J. M^a(Dir.), “Informe Especial. El Sistema de control de la Contratación Pública en España”, en *Observatorio de Contratación Pública*, 2015, pág. 11.

³ GIMENO FELIU, J. M^a(Dir) “Informe especial. El Sistema...”, loc.cit, págs. 10-26

⁴ Algunos autores consideran la DREC un exceso de competencias por parte de la Comunidad Europea, véase SANTAMARÍA PASTOR, J.A, *Los recursos especiales...*, op.cit, págs. 36 y ss

Dada la resistencia del Gobierno a la transposición de la Directiva, la Comisión Europea presentó ante el Tribunal de Estrasburgo un recurso por incumplimiento contra España, ante la negativa de incorporar al ordenamiento interno el contenido íntegro de la Directiva y, en concreto, al no incorporar el nuevo sistema de recursos que recogía la misma. La STJUE del 15 de mayo de 2003, *Comisión c. Reino de España*, C-214/00, procedió a estimar parcialmente el recurso y declaró el incumplimiento de las obligaciones por parte de España.

Tras esta sentencia, el Gobierno aprueba la Ley 30/2007, del 30 octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP/07), donde se regula por primera vez, en nuestro ordenamiento interno, el REC en los artículos 37 y 38. Por su parte, la Ley 31/2007, de 30 de octubre, regula dicho recurso en el ámbito de los sectores especiales (agua, energía, transportes y servicios postales).

Sin embargo, *ex post facto*, la Comisión Europea planteó un nuevo recurso por incumplimiento contra España al no transponer contenidos importantes, tales como no prever un plazo obligatorio para que la entidad adjudicadora notifique la decisión de adjudicación de un contrato a todos los licitadores o no conceder un plazo de suspensión de la adjudicación, antes de que proceda la ejecución del contrato. Asunto que quedó zanjado con la STJUE de 3 de abril del 2008, C-442/0, que establece que el plazo de interposición debe permitir la elaboración del recurso en forma suficientemente fundada.

Poco antes de esta sentencia, la Directiva 2007/66/CE modificó las anteriores Directivas 89/665/CEE, y 92/13/CEE. La finalidad de la reforma era reforzar los efectos del recurso para conseguir una resolución eficaz. Se establecen una serie de medidas accesorias para garantizar los efectos de la resolución que se dicte en el procedimiento de impugnación, como es: la suspensión del acuerdo de adjudicación hasta que transcurra un plazo suficiente para que los interesados puedan interponer sus recursos; se prevé también, que la suspensión de los acuerdos de adjudicación se mantenga hasta que se resuelva sobre el fondo del recurso; así mismo, se prevé la facultad de los recurrentes de solicitar la adopción de cualesquiera medidas cautelares tendentes a asegurar los efectos de la resolución que pueda adoptarse en el procedimiento de recurso o a evitar los daños que puedan derivarse del mantenimiento del acto impugnado.

Con el objetivo de cumplir con las nuevas exigencias de la Directiva 2007/66/CE, el Gobierno Español aprobó la Ley 34/2010, de 5 agosto, que modifica la LCSP/07 y la Ley 31/2007 sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales. Esta *reformatio in melius* pone como regla la celeridad de los plazos, ya que al haber suspensión en el procedimiento de adjudicación se reduce el perjuicio ocasionado.

En la Ley 34/2010, se vio la necesidad de refundir en un único texto todas las disposiciones en materia de contratación pública; lo que llevó a la aprobación del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 noviembre (en adelante, TRLCSP) que regulaba el REC en los artículos 40-49 del TRLCSP sin cambios significativos en esta materia.

Finalmente, la aprobación del cuarto paquete de Directivas de 2014 ha dado lugar a la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP/2017), de transposición de las nuevas Directivas de contratos 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

La LCSP/2017 regula el REC en su Capítulo V (arts. del 44 a 60). Tal como se refleja en su Exposición de Motivos, incluye ciertas modificaciones en cuanto a la normativa anterior, ya que se amplía el ámbito de aplicación del recurso, dejando de estar vinculado a los contratos sujetos a regulación armonizada (en adelante, SARA). Por lo demás, el recurso mantiene el carácter potestativo, gozando de efectos suspensivos automáticos siempre que el acto recurrido sea el de adjudicación, cuestión muy importante para obtener la eficacia del recurso, ya que se suspende la adjudicación hasta su resolución.

III. ÁMBITO OBJETIVO.

El REC es un medio impugnatorio de ámbito limitado, pues no es utilizable para impugnar cualquier acto administrativo en contratación pública.⁵

El objeto del recurso lo constituyen las infracciones legales producidas en el procedimiento de contratación. Con todo, es un instrumento de control exitoso como

⁵Véase, GUILLÉN CARAMÉS, J., "La extensión del recurso especial en la nueva Ley de Contratos del Sector Público", Actualidad Jurídica Aranzadi núm. 936/2017, BIB 2018\7774, Aranzadi, 2017, pág.1.

sostiene HERNÁNDEZ SALGUERO, a pesar de que esta autora no comparte la ampliación de algunos de los actos recurribles de la LCSP/2017.⁶

El ámbito objetivo del recurso se regula en el artículo 44 de la LCSP/2017. Al respecto, cabe diferenciar entre los contratos susceptibles de recursos y los actos recurribles.

3.1 Contratos sujetos al REC:

La LCSP/2017 sigue manteniendo el objeto clásico del recurso especial del TRLCSP, por lo que el recurso es aplicable en contratos típicos de obras, servicios, suministros, concesiones de obras y concesión de servicios (contrato que sustituye al contrato de gestión de servicios públicos y al contrato de colaboración público-privada); así como a los contratos mixtos, integrados por la combinación de varios de ellos (art. 18 LCSP/2017).

En virtud del artículo 44.1 de la LCSP/2017, serán susceptibles del REC en materia de contratación, los siguientes contratos que pretendan concertar las Administraciones Públicas o las restantes entidades que ostenten la condición de poderes adjudicadores:

- a) *Contratos de obras cuyo valor estimado sea superior a tres millones de euros, y de suministro y servicios, que tenga un valor estimado superior a cien mil euros:*

Muy importante es la modificación que se produce con la nueva LCSP/2017 en este sentido, ya que se amplía el ámbito del recurso a contratos no SARA, puesto que con el anterior artículo 40 del TRLCSP, solo cabía el REC contra: “*los Contratos de obras, concesión de obras públicas, de suministro, de servicios, de colaboración entre el Sector Público y el Sector Privado y acuerdos marco, sujetos a regulación armonizada*”.

La LCSP/2017 rebaja por tanto las cuantías establecidas por el TRLCSP para interponer el REC, dejándolo en 3 millones de euros para los contratos de obras y a 100.000 euros para los contratos de servicios y suministros. A su vez, se unifica el criterio del valor estimado de los contratos de servicios, ya que anteriormente se utilizaban los dos criterios de valor estimado y precio de licitación. Se elimina, con ello, la restricción que hacía el anterior TRLCSP, ya que únicamente cabía su procedencia en los contratos SARA, que conllevaba un umbral de 4.845.000 euros (art. 14 TRLCSP). Sin embargo, la doctrina

⁶ HERNÁNDEZ SALGUERO, E., “El nuevo objeto del recurso especial en materia de contratación”, en *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, 2018, pág. 641.

mayoritaria considera que debería poderse interponer el REC contra todos los contratos, sean o no SARA.⁷

Por debajo de estas cuantías, procederían los mecanismos ordinarios de recurso. Sostiene la Resolución del TARC de Andalucía 778/2017 de 8 de septiembre del 2017 (en adelante, TARCJA) que el recurso interpuesto por debajo de las cuantías habría que considerarlo como recurso de reposición y no como especial.

b) Los acuerdos marco y sistemas dinámicos de adquisición:

También son susceptibles de recurso los acuerdos marco y los sistemas dinámicos de adquisición que tengan por objeto la celebración de contratos de obras, suministro o servicios, así como a los contratos basados en cualquiera de ellos.

c) Concesiones de obras o de servicios cuyo valor estimado supere los tres millones de euros:

La nueva regulación de la concesión de servicios incorporada por la Directiva 2014/23/UE, desplaza la categoría jurídica del contrato de gestión de servicios públicos por el contrato de concesión de servicios.⁸ Con la nueva ley, la cuantía para el REC en

⁷ HERNÁNDEZ SALGUERO, E., "El nuevo objeto del recurso especial ...", loc.cit, pág. 663.

⁸ A este respecto, desaparece la figura del contrato de gestión de servicio público como contrato susceptible del REC que establecía el art. 40.1c) del TRLCSP para "los contratos de gestión de servicios públicos en los que el presupuesto de gastos de primer establecimiento, excluido el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido, sea superior a 500.000 euros y el plazo de duración superior a cinco años".

Con ello, también desaparece la regulación de los diferentes modos de gestión indirecta de los servicios públicos que se hacía en el anterior art. 277 TRLCSP:

- a) Concesión, por la que el empresario gestionará el servicio a su propio riesgo y ventura.
- b) Gestión interesada, en cuya virtud la Administración y el empresario participarán en los resultados de la explotación del servicio en la proporción que se establezca en el contrato.
- c) Concierto con persona natural o jurídica que venga realizando prestaciones análogas a las que constituyen el servicio público de que se trate.
- d) Sociedad de economía mixta en la que la Administración participe, por sí o por medio de una entidad pública, en concurrencia con personas naturales o jurídicas.

El contrato de gestión de servicios públicos hasta la regulación de la LCSP/2017 era un supuesto de gestión indirecta del servicio, lo que implicaba que, mediante este contrato, la Administración le encomendaba a un tercero, el empresario (normalmente, el concesionario), que gestionase un determinado servicio público. El que gestionaba el servicio, por lo tanto, era el empresario o el concesionario, por lo que en todo lo relativo a la utilización del servicio suponía el establecimiento de una relación directa entre el concesionario y el usuario del mismo. Por ello, en la medida en que el que gestionaba el servicio público y, por tanto, se relacionaba con el usuario era el concesionario, era preciso determinar previamente el régimen jurídico básico de ese servicio, que atribuyera las competencias y determinara las prestaciones a favor de los administrados. En definitiva, había dos tipos de relaciones, la que se establecía entre la

estos contratos de concesión de servicios será de 3 millones de euros conforme el artículo 1c) 44 de la LCSP 2017.⁹

d) Asimismo, serán también susceptibles de REC los contratos subvencionados, y los encargos cuando, por sus características no sea posible fijar su importe o, en otro caso, cuando este, atendida su duración total más las prórrogas, sea igual o superior a lo establecido para los contratos de servicios:

Los contratos subvencionados están regulados en el artículo 23 LCSP/17. Este precepto dispone que: *“son contratos subvencionados sujetos a una regulación armonizada los contratos de obras y los contratos de servicios definidos conforme a lo previsto en los artículos 13 y 17, respectivamente, que sean subvencionados, de forma directa y en más de un 50 por 100 de su importe, por entidades que tengan la consideración de poderes adjudicadores”*.

Por otra parte, los encargos a medios propios se regulan en los artículos 32 y 33 LCSP/17, distinguiéndose entre los encargos realizados por poderes adjudicadores y los realizados por entes públicos que no tengan consideración de poderes adjudicadores.

e) Serán igualmente recurribles los contratos administrativos especiales, cuando, por sus características no sea posible fijar su precio de licitación o, en otro caso, cuando su valor estimado sea superior a lo establecido para los contratos de servicios:

Se amplía con la LCSP/2017, el ámbito objetivo del recurso a los contratos administrativos especiales¹⁰, ya que no estaban incluidos en el TRLCSP como actos susceptibles de recurso, por lo que se venían inadmitiendo por los TARCs.

Para la procedencia del recurso en los contratos administrativos especiales, se mantiene el doble criterio respecto al precio de licitación y su valor estimado del contrato. A este respecto, HERNÁNDEZ SALGUERO considera que este doble sistema de determinación

Administración y el empresario, concesionario, que era contractual (contrato de gestión de servicios públicos), y la que se establecía entre el concesionario y el usuario del servicio, que se regulaba por la normativa propia del servicio que se prestaba.

⁹ Véase, la STJUE de 5 abril, *Marina del Mediterráneo*, C-391/15, cdo. 26.

¹⁰ Éstos son los contratos no comprendidos en la relación de contratos típicos, cuando las prestaciones objeto del mismo no son tan claras y evidentes, (art. 25. 1, b) LCSP).

de procedencia del recurso provoca una inseguridad jurídica del sistema, no solo a nivel doctrinal, sino práctico.¹¹

f) *Contratos privados:*

Respecto a los contratos privados, el artículo 27.1b) de la LCSP/2017 establece que: “*Serán competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo las cuestiones que se susciten en relación con la preparación y adjudicación de los contratos privados de las Administraciones Públicas*”. Este precepto viene a decir que cabe interponer recurso contencioso-administrativo contra las actuaciones de los órganos de contratación en los contratos privados; lo que nos obliga a preguntarnos, si también cabría interponer el REC contra los actos de preparación y adjudicación de los contratos privados previamente a la interposición del recurso contencioso, de igual forma que en los contratos públicos.

Conforme al artículo 26.2 de la LCSP/2017, podemos diferenciar distintos tipos de contratos privados según el sujeto, por lo que tendrán la consideración de contratos privados:

(i) Los contratos privados que celebren las Administraciones Públicas cuyo objeto sea distinto de los referidos en las letras a) y b) del artículo 25.1 LCSP/17:

En virtud del artículo 26.1 LCSP/17, tendrán la consideración de contratos privados celebrados por AAPP los que tengan un objeto distinto de los contratos de obra, concesión de obra, concesión de servicios, suministro y servicios.¹²

Este tipo de contratos privados se regulan en cuanto a su preparación y adjudicación, por las Secciones 1.^a y 2.^a del Capítulo I del Título I del Libro Segundo de la LCSP/17 y sus disposiciones de desarrollo, aplicándose supletoriamente las normas de derecho privado. (art. 26.2 LCSP/17)

¹¹ HERNÁNDEZ SALGUERO, E., “El nuevo objeto del recurso especial ...”, loc.cit, págs. 643 y ss.

¹²No obstante, tendrán también carácter privado los siguientes contratos: 1.º Los contratos de servicios que tengan por objeto servicios financieros con número de referencia CPV de 66100000-1 a 66720000-3 y los que tengan por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos con número de referencia CPV de 79995000-5 a 79995200-7, y de 92000000-1 a 92700000-8, excepto 92230000-2, 92231000-9 y 92232000-6; 2.º aquellos cuyo objeto sea la suscripción a revistas, publicaciones periódicas y bases de datos.

En lo que respecta a su efectos, modificación y extinción, estos contratos se registrarán por el derecho privado.

(ii) Los contratos privados celebrados por entidades del sector público que siendo poder adjudicador no reúnan la condición de Administraciones Públicas:

Los contratos privados que celebren los poderes adjudicadores que no pertenezcan a la categoría de Administraciones Públicas, se registrarán en cuanto a su preparación y adjudicación por lo dispuesto en el Título I del Libro Tercero de la LCSP/17 siempre que el objeto esté comprendido en el ámbito de la misma. (art. 26.3 LCSP/17). En este sentido, el artículo 27.1 c) afirma que: *”serán competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo la preparación, adjudicación y modificaciones contractuales, cuando la impugnación de estas últimas se base en el incumplimiento de lo establecido en los artículos 204 y 205 de la LCSP/17 y, cuando se entienda que dicha modificación debió ser objeto de una nueva adjudicación de los contratos celebrados por los poderes adjudicadores que no tengan la consideración de Administración Pública”*.

A este respecto, es de interés lo expuesto por la Junta Consultiva de Baleares sobre la interposición del REC por una Fundación (ente público no Administración Pública), al considerar que la adjudicación del contrato no era susceptible del recurso especial.¹³

En cuanto a sus efectos y extinción les serán aplicables las normas de derecho privado.¹⁴ En este sentido, el artículo 27.2 de la LCSP/2017 establece que se resolverán en el ámbito de la jurisdicción civil, y no en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa: *“Las controversias que se susciten entre las partes en relación con los efectos y extinción de los contratos privados de las entidades que tengan la consideración*

¹³ Véase, el Acuerdo RES 8/2010 de la Junta Consultiva de Contratación de Baleares de 29 de octubre de 2010 por el que se declara la inadmisión del recurso especial contra la Resolución de adjudicación del contrato de elaboración y gestión de contenidos para las plataformas web de los proyectos XarxaBit, ASOXAR y DISMOV. Considera la Junta que *“el contrato de elaboración y gestión de contenidos para las plataformas web de los proyectos XarxaBit, ASOXAR y DISMOV tiene un valor estimado de 25.423,73 euros y, por tanto, se trata de un contrato de servicios no sujeto a regulación armonizada. Así pues, la jurisdicción competente para resolver las cuestiones litigiosas que afectan a la preparación y adjudicación del contrato objeto del recurso es la Jurisdicción Civil”*.

¹⁴ Estos contratos también se registrarán por aquellas normas a las que se refiere el párrafo primero del artículo 319 en materia medioambiental, social o laboral, de condiciones especiales de ejecución, de modificación del contrato, de cesión y subcontratación, de racionalización técnica de la contratación; y la causa de resolución del contrato referida a la imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados, cuando no sea posible modificar el contrato conforme a los artículos 204 y 205.

de poderes adjudicadores, sean o no Administraciones Públicas, con excepción de las modificaciones contractuales.”

(iii) Los contratos privados celebrados por entidades del sector público que no reúnan la condición de poder adjudicador:

Conforme establece el artículo 26.4 LCSP/17, los contratos privados que celebren las Entidades del Sector Público que no posean la condición de poder adjudicador, se registrarán por lo dispuesto en los artículos 321 y 322 de la LCSP/2017¹⁵. A este respecto, el artículo 27.1d) dispone que serán competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo: *“las relativas a la preparación y adjudicación de los contratos de entidades del sector público que no tengan el carácter de poderes adjudicadores”*.

En lo que se refiere a sus efectos, modificación y extinción se regularán por las normas de derecho privado que les resulten de aplicación. En este sentido, el artículo 27.2 d) LCSP/17 afirma que el orden jurisdiccional civil: *“será el competente para resolver las cuestiones referidas a efectos y extinción de los contratos que celebren las entidades del sector público que no tengan el carácter de poderes adjudicadores”*.

A grandes rasgos, podría concluirse que cabría interponer el REC también contra los contratos privados celebrados por AAPP y entes no APP al registrarse en cuanto a su preparación y adjudicación por la LCSP/17. Sin embargo, si acudimos a los preceptos anteriormente citados por los que rige la LCSP/17 en preparación y adjudicación, nos damos cuenta de que nada se dice sobre la posibilidad de interponer el recurso especial en los contratos privados.

3.2 Actos y decisiones recurribles:

¹⁵ Véase, en este sentido el art. 321.5 de la LCSP/17: *“Las actuaciones realizadas en la preparación y adjudicación de los contratos por las entidades a las que se refiere, se impugnarán en vía administrativa de conformidad con lo dispuesto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas ante el titular del departamento, órgano, ente u organismo al que esté adscrita la entidad contratante o al que corresponda su tutela. Si la entidad contratante estuviera vinculada a más de una Administración, será competente el órgano correspondiente de la que ostente el control o participación mayoritaria”*.

Los actos y decisiones objeto del recurso están regulados en el artículo 44.2 de la LCSP/2017. También se produce una ampliación del recurso al incorporar la ley nuevos actos recurribles que no estaban previstos en el anterior TRLSCP.

Vamos a proceder a su análisis, diferenciando entre los actos recurribles ya previstos en el TRLSCP y los nuevos actos incluidos con la LCSP/2017:

3.2.1. Actos recurribles previstos en el anterior TRLSCP:

Los actos ya previstos en el TRLSCP contra los que cabe el REC, son los siguientes:

- a) *Los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación:*

Los pliegos constituyen la ley del contrato. Por ello, en caso de que se aprecien ilegalidades, de no impugnarse los pliegos individualmente en el plazo de caducidad de 15 días, debe procederse a la aplicación de los pliegos como *lex contractus*; vinculando a los licitadores que concurren a la licitación que han presentado ofertas y a los órganos de contratación conforme el artículo 139 LCSP/2017.¹⁶

Si los pliegos no son impugnados por los licitadores y éstos presentan sus ofertas, se presume que aceptan el contenido de los mismos, y, por lo tanto, no podrán impugnarse en la adjudicación del contrato, al considerarse actos consentidos si no se impugnan en su momento procesal oportuno, ya que, de lo contrario, sería actuar contra sus propios actos.¹⁷

Según la tesis mayoritaria, la regla de la inimpugnabilidad de los pliegos en el momento de la adjudicación tiene la excepción de que se aprecie una clara causa de nulidad absoluta de pleno derecho en los pliegos, puesto que aplicándose el *quod nullum est nullum*

¹⁶ Véase STSJ Madrid de 14 de febrero de 2011 núm. 128/2011, ROJ: STJM 1870/2011, que dispone que: “si bien la Administración ostenta, en un primer momento, un margen de discrecionalidad en la fijación de los criterios que han de reunir los que concurren al concurso, así como en la determinación de la puntuación atribuible a cada uno de aquellos, no acontece lo propio con la asignación particularizada a cada uno de los concursantes a la vista de la documentación presentada. En esta segunda fase la administración debe respetar absolutamente las reglas que ella estableció en el correspondiente pliego.”

¹⁷ Conviene recordar que, si en alguna de las fases del procedimiento de licitación se aprecia una ilegalidad, el defecto no podrá hacerse valer sino se impugnó en su momento, ya que se trataría de un acto consentido. Véase, SANTAMARÍA PASTOR, J.A, *Los recursos especiales...*, op.cit, pág. 116.

effectum productit, lo que es nulo no tiene efectos jurídicos, y es que como si nunca hubiera existido, tal como se desprende de las Resoluciones del TARCJA 270/2015, 281/2015, 286/2015 y 290/2015 de 31 de julio y 310/2015 de 3 de septiembre de 2015. Por tanto, únicamente cabe la impugnación de los pliegos en el momento de la adjudicación, en los supuestos de nulidad de pleno derecho.¹⁸ Esta impugnación puede hacerse en cualquier momento sin existir plazo de caducidad alguno, con las únicas limitaciones de no ser contraria a la buena fe, a la seguridad jurídica o confianza legítima.

En contra del criterio mantenido por los TARC, la STJUE de 12 de marzo de 2015, asunto *Evigilio*, C-538/13, establece que:” *el artículo 1, apartado 1, párrafo tercero, de la Directiva 89/665 y los artículos 2, 44, apartado 1, y 53, apartado 1, letra a), de la Directiva 2004/18 deben interpretarse en el sentido de que exigen que un derecho de recurso relativo a la legalidad de la licitación sea accesible, tras el vencimiento del plazo previsto por el Derecho nacional, a un licitador razonablemente informado y normalmente diligente que no pudo comprender las condiciones de la licitación hasta el momento en que el poder adjudicador, tras haber evaluado las ofertas, informó exhaustivamente sobre los motivos de su decisión. Tal recurso podrá interponerse hasta que finalice el plazo de recurso contra la decisión de adjudicación del contrato*”.

En el mismo sentido, FRANCO ESCOBAR critica la tesis mantenida por los TARC *sobre la inimpugnabilidad indirecta de los pliegos que incurren en causa de invalidez relativa* y que no fueron impugnados en el plazo de caducidad de 15 días, al resultar el perjuicio solo acreditable en el momento de la adjudicación (convirtiéndolo por tanto en un acto inimpugnable en la adjudicación). Así mismo, FRANCO ESCOBAR considera que esta tesis de impugnabilidad indirecta de los pliegos podría vulnerar los fines propios de las

¹⁸ Véase, FERNÁNDEZ ACEVEDO, R., “*El efecto útil de las directivas de recursos y de contratos como límite a la caducidad del recurso contra los actos de la licitación: a propósito de la Doctrina eVigilo*”, observatorio Contratación Pública, 2015, en el que analiza la STJUE de 12 de marzo de 2015 y el acuerdo del TARC de Aragón 94/2015, de 26 de octubre de 2015, que matiza la doctrina consolidada, ya que se argumenta lo siguiente: “*Sin embargo, la aplicación efectiva de DREC (..) tiene como objetivo garantizar el correcto cumplimiento de la normativa comunitaria en materia de contratación pública, debe habilitar la interposición de un recurso especial contra el acto de adjudicación, o de exclusión como en este caso, en el que el recurrente alegue la infracción del ordenamiento jurídico en las regulaciones de los pliegos, cuando dicha infracción aún no le suponía una lesión directa que le excluía del procedimiento licitatorio*”.

normas de contratación, no debiendo interpretarse de forma tan restrictiva la naturaleza de la decisión que impide el acceso al recurso configurada en la DREC.

A este respecto, el TJUE admite que el acto del poder adjudicador debería ser recurrible cuando: “*exista una manifestación de la voluntad de la entidad adjudicadora que pueda producir efectos jurídicos*”.¹⁹ De esta afirmación se desprende la posibilidad de impugnar el pliego si solamente es en el momento de adjudicación cuando el licitador puede acreditar el vicio de invalidez del pliego. Concluye FRANCO ESCOBAR²⁰ que sería positivo posponer la impugnación de los pliegos a la fase de adjudicación, lo que favorecería la tutela judicial de los licitadores en contra de la actual tesis de impugnabilidad indirecta de los pliegos. En este sentido, la autora propone que se imponga como obligatorio posponer el recurso al acuerdo de adjudicación, permitiéndose la impugnación de los pliegos desde el momento en que se produzcan efectos jurídicos.²¹

- b) *Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que estos 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.*

Este precepto hace referencia a los llamados “actos de trámite cualificados” como son los actos de la mesa de contratación sobre la exclusión de licitadores del procedimiento contra los que cabe recurso especial independiente, lo que ya venía siendo apoyado por la doctrina²². Sin embargo, con la LCSP/17 se amplía la consideración de acto de trámite cualificado susceptible de recurso independiente también a los actos de exclusión de ofertas y a las ofertas que sean excluidas por resultar anormalmente bajas.

¹⁹ Véase, STJUE de 11 enero de 2005, *Stadt Halle*, C-26/03.

²⁰ Véase, FRANCO ESCOBAR, E.S., “¿Es admisible la impugnación indirecta de los pliegos con vicios de invalidez relativa?”, en *El alcance de la invalidez de la actuación administrativa*, Instituto Nacional de administración Pública, Madrid, 2017, págs.320-327.

²¹ En mismo sentido, se pronuncia HERNÁNDEZ SALGUERO al considerar que existen demasiados controles que permiten el recurso respecto de cada acto del procedimiento, por lo que deberían recurrirse todos en el mismo acto de adjudicación para evitar alargar los plazos. Véase, HERNÁNDEZ SALGUERO, E., “El nuevo objeto del recurso especial ...”, loc.cit, págs.649 y ss.

²² Véase, el Dictamen de la Abogacía General del Estado de 27 de julio de 2009 (ref.: A.G. Fomento 11/09) ya consideraba que la decisión de la Mesa de contratación de excluir a un licitador por no reunir algunos requisitos en la oferta era un acto de trámite que podía ser impugnado separadamente del acuerdo de adjudicación.

El mayor problema se produce en torno a la diferencia de los actos de trámite ordinarios y los cualificados. Con fin de intentar reducir la inseguridad jurídica entre la distinción de ambos tipos de actos, SANTAMARÍA PASTOR, elabora una lista en base a criterios recogidos de los TARCS.²³

En cualquier caso, se incluyen en el ámbito de aplicación del recurso del artículo 44.2 b) de la LCSP 2017: las causas de exclusión de un licitador por incumplimiento de requisitos de las ofertas, o existencia de defecto insubsanable en la forma de presentar la documentación que conlleva la exclusión del procedimiento (como el rechazo de ofertas incursas en presunción de temeridad que no justifican su viabilidad); o la exclusión del de un licitador por presentar una oferta anormalmente baja conforme establece el artículo 149.2 de la LCSP/2017.²⁴

También son actos susceptibles de REC de forma independiente los casos de exclusión del licitador cuya oferta haya sido considerada la más ventajosa económicamente, por no cumplir el licitador con el requerimiento de aportar la documentación requerida para la adjudicación solicitada por el órgano de contratación en la medida en que impide al licitador continuar en el procedimiento. Se ha consolidado también la procedencia del REC contra los actos de exclusión de ofertas como refleja la Resolución del TARCJA 642/2013 de 19 de diciembre de 2013.

Como ya se adelantó, cabe interponer el REC de forma independiente contra los actos de exclusión de licitadores y ofertas. En este sentido, conviene hacer referencia a la Resolución del TARCJA 399/2015 de 17 de noviembre de 2015, donde la recurrente utilizó una doble vía de recurso; en primer lugar, el recurso contra la exclusión de su oferta y, en segundo lugar, el recurso interpuesto formalmente contra el acto de adjudicación donde nuevamente se reproducen los alegatos deducidos en su primer recurso. Considera la doctrina que este segundo recurso es inadmisibles, ya que una vez resuelto el primero se produce el efecto de cosa juzgada.²⁵

²³ Véase la lista completa de actos de trámite ordinarios y cualificados, en SANTAMARÍA PASTOR, J.A, *Los recursos especiales.....*, op.cit, págs. 118-119.

²⁴ HERNÁNDEZ SALGUERO, E, "El nuevo objeto del recurso especial...", loc.cit, pág. 647.

²⁵ SANTIAGO FERNÁNDEZ, M^o J, "Casuística del TARCJA respecto a los actos susceptibles de recurso especial", en *Manual práctico sobre el recurso especial en materia de contratación (doctrina 2012 - 2016)*, Instituto Andaluz de Administración Pública, 2016, pág. 17.

En esta resolución se aclara que existen dos posibilidades de recurso contra los actos de exclusión de licitadores: por un lado, contra el acto de trámite cualificado consistente en la exclusión, que puede interponerse a partir del día siguiente en que el interesado tiene conocimiento; y, por otra parte, contra el acto de adjudicación, que puede interponerse en el plazo de 15 días desde la notificación de la adjudicación.

Es importante añadir, tal como establece la doctrina de los TARCA que: *“estas dos posibilidades de recursos no son acumulativas, sino que tienen carácter subsidiario, de modo que si el recurrente interpuso recurso especial contra la resolución en que se declaraba su exclusión, no puede volver a reproducir su pretensión en un nuevo recurso contra la adjudicación pues, bajo la impugnación formal de un acto distinto –la adjudicación–, se está atacando nuevamente el mismo acto –el acuerdo de exclusión–.”*

Sobre la impugnación de los actos de exclusión debe saberse si consta notificación formal del acuerdo de exclusión del licitador. En este caso, el licitador podrá impugnar directamente el acto de exclusión (acto de trámite cualificado). De no existir tal notificación, se hará valer la impugnación en el acuerdo de adjudicación.

Debemos recordar que la legislación no obliga a notificar los actos de trámites (en concreto, la exclusión de los licitadores), pudiendo motivarse la exclusión en el propio acto de adjudicación, momento procesal oportuno para recurrir el acto de exclusión en el plazo. No obstante, el artículo 155 de la LCSP/2017 dispone que: *“los órganos de contratación informarán a cada candidato y licitador en el plazo más breve posible de las decisiones tomadas en relación con la celebración de un acuerdo marco, con la adjudicación del contrato o con la admisión a un sistema dinámico de adquisición, incluidos los motivos por los que hayan decidido no celebrar un acuerdo marco, no adjudicar un contrato para el que se haya efectuado una convocatoria de licitación o volver a iniciar el procedimiento, o no aplicar un sistema dinámico de adquisición.”*

Por tanto, la notificación de la exclusión al licitador en el momento en que se produce no resulta obligatoria. Sin embargo, en virtud del artículo 151.2 de la LCSP/2017, se exige que la notificación de la adjudicación que se practique a los licitadores afectados debe

contener, en todo caso, la información necesaria que permita al licitador excluido o candidato descartado conocer las razones por las que no se ha admitido su oferta.

Es importante mencionar que con la LCSP/2017 se incluyen también los actos de admisión de licitadores y ofertas como actos de trámite cualificados contra los que cabe interponer el REC de forma independiente “*los actos de la mesa o del órgano de contratación por los que se acuerde la admisión o inadmisión de candidatos o licitadores, o la admisión o exclusión de ofertas, incluidas las ofertas que sean excluidas por resultar anormalmente bajas como consecuencia de la aplicación del artículo 149*”.

Sin embargo, la doctrina mayoritaria considera que no debía interponerse recurso individual o separado contra los actos de admisión. En este sentido, HERNÁNDEZ SALGUERO manifiesta que debe mantenerse el sistema general administrativo de impugnación de actos de trámite, ya que entiende que tendrían que considerarse los actos de trámite de admisión o inadmisión como actos instrumentales de la adjudicación, y por tanto, no sujetos al REC de forma independiente, debiendo diferir el momento de impugnación de los actos de trámite a la resolución del procedimiento de adjudicación de acuerdo a los principios de economía procesal y eficacia.²⁶

En contra de la doctrina mayoritaria, la STJUE del 5 de Abril del 2017²⁷, *Marina del Mediterráneo*, C-391/15 procede a estimar la procedencia del recurso especial de manera independiente también contra los actos de admisión de licitadores y las ofertas sin necesidad de esperar al acuerdo de adjudicación. Tras esta sentencia, se ha procedido a incluir los actos de admisión e inadmisión de licitadores y de ofertas como actos susceptibles de recurso especial de manera separada tal como dispone el artículo 44.2 b) de la LCSP 2017. (ATACP de Aragón 64/2017, de 22 de mayo de 2017).

²⁶ HERNÁNDEZ SALGUERO, E., “El nuevo objeto del recurso especial ...”, loc.cit, págs. 651.

²⁷ En contra de la doctrina mayoritaria, la citada sentencia del TJUE consideraba que: “*en una situación como la controvertida en el litigio principal, se oponen a una legislación nacional en virtud de la cual la decisión de admitir a un licitador al procedimiento de adjudicación —decisión de la que se ha alegado que infringe el Derecho de la Unión en materia de contratos públicos o la legislación nacional de transposición de ese Derecho— no está incluida entre los actos de trámite de un poder adjudicador que pueden ser objeto de un recurso jurisdiccional independiente*”; lo que viene a decir que cabe interponer recurso especial de forma independiente frente a los actos de admisión, sin necesidad de esperar al acuerdo de adjudicación, por lo que atribuye efecto directo a los preceptos de la Directiva 89/665.

A contrario sensu, respecto a los actos de trámites no cualificados, dispone el artículo 44.3 de la LCSP 2017 que: “ *los defectos de tramitación que afecten a actos distintos de los previstos expresamente, 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 con arreglo a derecho, y sin perjuicio de que las irregularidades que les afecten puedan ser alegadas por los interesados al recurrir el acto de adjudicación*”.

Estos actos de trámite no cualificados no pueden ser objeto de recurso independiente, pero podrán ser alegados por los interesados al recurrir el acto de adjudicación. En este sentido, resulta interesante la Resolución del TARC de Castilla y León 3/2013 de 24 de enero de 2013 en la que se considera que no cabe el recurso especial contra un acto de calificación efectuado por la mesa sobre la documentación administrativa presentada por los licitadores durante el plazo de presentación de ofertas, al entender que no se trata de un acto de trámite cualificado recurrible de forma individual o separada, y que por tanto, debe esperar el licitador al acuerdo de adjudicación para poder impugnar el acto de trámite. En mismo sentido, la Resolución del TARCJA 59/2011 considera no impugnabile de forma separada estos actos conforme al principio de concentración, pudiéndose impugnar únicamente en el acuerdo de adjudicación. De igual forma, tampoco cabría el REC de forma individual, contra los actos en los que se determine la puntuación aplicable a una oferta (Resolución del TARCJA 147/2011).

c) Los acuerdos de adjudicación:

La adjudicación es el principal acto objeto del recurso ya que es el acto que finaliza la licitación. Cabe añadir que el artículo 151.1 de la LCSP/2017 establece que la resolución de adjudicación deberá ser motivada, se notificará a los candidatos y licitadores, y deberá ser publicada en el perfil de contratante en el plazo de 15 días.

Los actos de desistimiento precontractual también forman parte del REC. En este sentido, el artículo 152.1 de la LCSP/2017, dispone que: “ *en que los órganos de contratación del procedimiento de adjudicación o decida no adjudicar o celebrar un contrato para el que se haya efectuado la correspondiente convocatoria, lo notificará a los candidatos o*

licitadores, informando también a la Comisión Europea de esta decisión cuando el contrato haya sido anunciado en el «Diario Oficial de la Unión Europea».²⁸

Las declaraciones de una licitación desierta también son objeto del recurso, aunque no estén recogidas entre los actos recurribles expresamente en el artículo 44.2 LCSP 2017; ya que se presupone la exclusión o rechazo de todas las ofertas de los licitadores en el procedimiento.

3.2.2 Nuevos actos recurribles incorporados por la LCSP/2017:

La LCSP/17 amplía el objeto del recurso respecto al anterior TRLCSP en las siguientes cuestiones:

- a) *Las modificaciones basadas en el incumplimiento de lo establecido en los artículos 204 y 205 de la LCSP/2017, por entender que la modificación debió ser objeto de una nueva adjudicación:*

Las modificaciones ilegales de contratos públicos que alteran los pliegos basadas en el incumplimiento de lo establecido en los artículos 204 y 205 de la LCSP 2017, también son objeto de REC, al considerarse que la modificación debió ser objeto de una nueva adjudicación.²⁹ Esta es una de las principales novedades que incorpora la nueva LCSP 2017, como forma de transparencia, prevención y lucha contra la corrupción en la contratación pública.³⁰ De este modo, se refuerza el control sobre la contratación pública

²⁸ STJUE de 2 de junio de 2005, C-15/2004, que establece que: *"el acuerdo por el que se cancela una licitación para un contrato público de servicios forma parte de las decisiones con respecto a las cuales, en virtud de la Directiva 89/665, los Estados miembros están obligados a prever procedimientos de recurso de anulación, con el fin de garantizar el cumplimiento de las normas del Derecho comunitario en materia de contratos públicos, así como las normas nacionales mediante las que se adaptan los ordenamientos jurídicos nacionales al referido Derecho. La completa consecución del objetivo que la Directiva 89/665 pretende alcanzar se vería comprometido si las entidades adjudicadoras pudieran cancelar las licitaciones para los contratos públicos de servicios sin estar sujetas a los procedimientos de control jurisdiccional destinados a asegurar desde todos los puntos de vista la efectividad del cumplimiento de las directivas que establecen normas materiales sobre contratos públicos y de los principios en los que se sustentan."*

²⁹ Este incumplimiento se refiere a:

- 1) Modificaciones previstas en los pliegos que no cumplan con los requisitos previstos.
- 2) Modificaciones legales o no previstas en pliegos: cuando incumplan lo establecido en el artículo 203.

³⁰ En el TRLCSP, el legislador de forma expresa manifestó su voluntad de no incluir la modificación contractual en el ámbito del recurso especial, excluyendo del ámbito del REC los actos de órganos de contratación dictados sobre modificaciones contractuales no previstas en el pliego, con fundamento en evitar dilaciones, y en contra de la opinión mayoritaria de la doctrina.

no sólo en la fase precontractual, sino que se extiende a la fase de ejecución de los contratos públicos.³¹

La modificación de contratos se ha convertido en una práctica habitual, de forma que se había casi normalizado la presentación de ofertas por debajo del precio real, en el convencimiento de que, tras la adjudicación, los adjudicatarios podrían obtener modificaciones sustanciales en el precio inicialmente previsto. Como considera HERNÁNDEZ SALGUERO, esto constituye una práctica fraudulenta porque se adjudica a un licitador el contrato a un precio, y luego (una vez adjudicado el contrato), se modifica el precio en desigualdad con el resto de licitadores, lo que supone una clara vulneración de los principios de libre concurrencia, transparencia e igualdad.³²

Con esta ampliación del objeto del REC se cumple con lo solicitado por la doctrina emanada del TJUE,³³ sobre la inclusión de las modificaciones contractuales en el ámbito del recurso, cuando el contrato debió ser objeto de una nueva adjudicación por incumplimiento de los artículos 204 y 205 LCSP.

Respecto a esta causa de impugnación, existe un problema en cuanto a la legitimación activa a la hora de interponer el REC. La Comisión fijaba el criterio del interés legítimo para recurrir,³⁴ por lo que solo tendrían legitimación activa los adjudicatarios para impugnar actos sobre la ejecución del contrato. Sin embargo, la reciente doctrina abre la

³¹ GUILLÉN CARAMÉS, J., "La extensión del recurso especial ...", loc. cit, pág. 2.

³² En este sentido, "La modificación contractual no se presenta como una manifestación del *ius variandi* de la administración en virtud de las prerrogativas que ostentan los entes públicos en la posibilidad de modificar los contratos públicos, sino como una forma de lograr la correcta ejecución del objeto del contrato". Véase, HERNÁNDEZ SALGUERO, E., "El nuevo objeto del recurso especial ...", loc.cit, págs. 654 y ss.

³³ Véase STJUE de 29 de abril del 2004, *Succhi di Frutta*, C- 496/99.

³⁴ Véase, la STJUE de 1996, *Succhi de Fruta*, C-191/1996 que considera que: "Así mientras en la Sentencia de primera instancia se centra el concepto de interés legítimo en la condición de licitadora de la recurrente, la Sentencia dictada en casación considera que "Tal interpretación (la realizada por la Comisión considerando que solamente los adjudicatarios están legitimados para impugnar, en su caso, una decisión adoptada en ejecución del contrato) tendría necesariamente como consecuencia que las infracciones del Derecho cometidas por la entidad adjudicadora con posterioridad a la adjudicación del contrato, pero que tuvieran por efecto poner en tela de juicio la legalidad del procedimiento de licitación en su conjunto, no podrían ser sancionadas si no afectaran a la situación del adjudicatario o de los adjudicatarios. Dicha conclusión resultaría incompatible con lo establecido en el artículo 173, párrafo cuarto, del Tratado, que garantiza una vía de recurso a los particulares afectados directa e individualmente por el acto impugnado;

puerta a la posibilidad de recursos a particulares (licitadores no adjudicatarios) afectados directa o indirectamente por el acto impugnado en defensa de la legalidad, al considerar que hubiera podido ser el adjudicatario eventualmente si hubiera conocido las modificaciones, lo que le hubiera permitido hacer una oferta diferente a la presentada; conforme al derecho de defensa conjugado en el artículo 173.4 del Tratado de CE (actual art. 230).³⁵

b) La formalización de encargos a medios propios en los casos en que estos no cumplan los requisitos legales:

Otra novedad que recoge la nueva LCSP 2017 es la posibilidad de recurrir la formalización de encargos a medios propios en los casos en que éstos no cumplan los requisitos legales. Como se desprende de la exposición de motivos de la LCP/17, aparece una nueva regulación del llamado «medio propio» de la Administración, encomiendas de gestión o aplicación práctica de la técnica denominada «in house», que pasa ahora a llamarse «encargos a medios propios».

Así las cosas, nos encontramos los casos de encargos entre entidades del sector público, como supuestos de ejecución directa de prestaciones a través de medios propios personificados, distinguiéndose entre el encargo hecho por un poder adjudicador, de aquel que se hubiera realizado por otra entidad que no tenga la consideración de poder adjudicador, manteniéndose los casos de la ejecución directa de prestaciones por la Administración Pública con la colaboración de empresarios particulares o a través de medios propios no personificados.

Dado la naturaleza de esta figura jurídica de encargos de medios propios como técnica auto-organizativa de cooperación vertical de entidades del sector público, permite que no se apliquen las normas de contratación del sector público a estos encargos, siempre que se reúnan unos ciertos requisitos. En este sentido, la LCSP/2017 ha aumentado las exigencias que deben cumplir estas entidades.³⁶

también sería incompatible con el principio fundamental según el cual, en una comunidad de Derecho, debe garantizarse debidamente el respeto de la legalidad.” (FJ57).

³⁵ Véase STJUE de 6 de marzo de 1979, *Simmenthal Comission*, C-92/78.

³⁶ Se encuentran aquí requisitos tales como que la entidad que tenga el carácter de «medio propio» disponga de medios personales y materiales adecuados para cumplir el encargo que se le haga, que haya

La tentación siempre de huir del derecho administrativo como dice HERNÁNDEZ SALGUERO, conformaba la necesidad de regular estas figuras jurídicas para evitar unas adjudicaciones directas de estos contratos vulnerando el principio de concurrencia competitiva.³⁷

c) *Los acuerdos de rescate de concesiones:*

También se incluye como novedad la impugnación de los acuerdos de rescate de concesiones. El rescate es una de las causas de resolución contractual específica del contrato de concesión regulado en el artículo 211.1 de la LCSP 2017, que debe fundamentarse en razones de interés público. Considera HERNÁNDEZ SALGUERO que, si los acuerdos de rescate de concesiones son objeto de recurso por el mero hecho de serlo también recurrible la resolución de adjudicación, debería entonces de igual forma, poder interponerse recurso especial al resto de contratos en caso de resolución contractual.³⁸

Al tratarse de actos discrecionales de la Administración, solo cabe revisión sobre las cuestiones de legalidad como la motivación, competencia y procedimiento. No obstante, conforme a los artículos 227 y 292 de la LCSP/2017, el rescate de concesión requerirá la acreditación de que la gestión directa es más eficiente y eficaz que la concesional.

En cuanto a la legitimación para interponer el recurso especial en acuerdos de rescate de concesiones, cabe decir que el artículo 48 LCSP/2017 se refiere a los concesionarios o cualquier otro sujeto que acredite interés legítimo.

3.3 Actos no recurribles:

a) *Los actos dictados en los procedimientos de adjudicación que se sigan por el trámite de emergencia previsto en el artículo 120 de la LCSP/2017:*

No cabe interponer el REC, por prohibición expresa, contra los actos dictados en los procedimientos de adjudicación que se sigan por el trámite de emergencia, precepto que se mantiene sin cambios a su antecesor TRLCSP. Al tratarse de un proceso sin criterios

recabado autorización del poder adjudicador del que dependa, que no tenga participación de una empresa privada y que no pueda realizar libremente en el mercado más de un 20 por ciento de su actividad.

³⁷ Véase, HERNÁNDEZ SALGUERO, E., "El nuevo objeto del recurso especial ...", loc.cit, pág. 159.

³⁸ Véase, HERNÁNDEZ SALGUERO, E., "El nuevo objeto del recurso especial ...", loc.cit, págs. 159-160.

de adjudicación y sin necesidad de tramitar un expediente administrativo, se realiza una adjudicación directa sin cumplir con los requisitos formales.³⁹

Únicamente, puede interponerse recurso contra la propia declaración de emergencia del procedimiento para comprobar que efectivamente se cumplan esos requisitos de emergencia que justifican este procedimiento y con fin de evitar encubrir una adjudicación directa ilegal mediante estos tipos de procedimientos.⁴⁰

b) Los actos presuntos derivados de la inactividad de los órganos de contratación:

Estos actos no son recurribles por el REC, no sufriendo cambios significativos esta cuestión con la LCSP/2017. *A contrario sensu*, únicamente son recurribles los actos expresos dictados por los órganos de contratación.

Cabe añadir que en el Informe 4/2005, de 28 abril de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de las Islas Baleares (JUR 2005- 279399), se refleja que debe entenderse que resulta de aplicación como ley especial la LCSP/2017, y de manera supletoria la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPACAP); de forma que, si no se dicta resolución expresa de procedimiento de licitación en el plazo de 3 meses, debe considerarse denegada a efectos de silencio administrativo, lo que permite a los licitadores retirar su oferta sin pérdida de la garantía.

³⁹ Es de importancia el art. 120 de la LCSP/2017, que establece: “cuando la Administración tenga que actuar de manera inmediata a causa de acontecimientos catastróficos, de situaciones que supongan grave peligro o de necesidades que afecten a la defensa nacional, se estará al siguiente régimen excepcional: a) El órgano de contratación, sin obligación de tramitar expediente de contratación, podrá ordenar la ejecución de lo necesario para remediar el acontecimiento producido o satisfacer la necesidad sobrevenida, o contratar libremente su objeto, en todo o en parte, sin sujetarse a los requisitos formales de la LCSP, incluso el de la existencia de crédito suficiente. En caso de que no exista crédito adecuado y suficiente, una vez adoptado el acuerdo, se procederá a su dotación de conformidad con lo establecido en la Ley General Presupuestaria”.

⁴⁰ Véase, en este sentido, la Resolución del TARCJA 102/2017 de 27 de enero de 2017 que dispone lo siguiente: “El hecho de que el órgano de contratación considere que concurren circunstancias que justifican la tramitación del procedimiento por urgencia no excluye sin más la posible competencia de este Tribunal para entrar a valorar si, efectivamente, la utilización de dicho procedimiento excepcional resultó conforme a Derecho, pues en otro caso el órgano de contratación podría eludir la oportuna revisión, mediante la mera invocación de tales circunstancias”.

IV. ÁMBITO SUBJETIVO.

4.1 Legitimación activa:

La legitimación activa está recogida en el artículo 48 de la LCSP/2017 que establece que *“podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso”*. Se trata de una amplia legitimación para interponer el REC, ya que el anterior artículo 42 TRLCSP limitaba la legitimación a los titulares de derechos o intereses legítimos que pudieran resultar afectados.

El nuevo artículo de la LCSP/2017 modifica y amplía la legitimación para interponer el REC, ya que la extiende los titulares de derechos e intereses tanto individuales como colectivos que pudieran resultar afectados de manera directa o indirecta. En este sentido, el licitador excluido tiene legitimación para impugnar la adjudicación, de acuerdo a la doctrina de la STJUE de 21 de diciembre de 2016, *Vamed*, C-355/15, al considerar que *“el sistema de recurso especial debe garantizar el derecho del operador económico a impugnar no solo la decisión de exclusión, sino también las decisiones posteriores que le causarían un perjuicio si dicha exclusión fuera anulada”*. En mismo sentido, las Resoluciones del TARCJA 103/2013 de 2 de agosto de 2013 y 92/2016 de 6 de mayo de 2016 han considerado que tenía legitimación *“el licitador excluido para impugnar la adjudicación cuando la eventual estimación del recurso determinaría que quedara desierta la licitación y tuviera que convocarse una nueva a la que podría concurrir”*.

En caso de la defensa de derechos colectivos, se reconoce a las organizaciones sindicales⁴¹ y empresariales legitimación para interponer el REC contra actos o decisiones en el proceso de ejecución del contrato en que se incumplan obligaciones sociales o

⁴¹ Respecto a la legitimación del sindicato, la STSJ del País Vasco, de 26 de octubre del 2015, (448/2015), establece que *“La verificación de si concurre el presupuesto procedimental o procesal de la legitimación no requiere ni posibilita un juicio anticipado sobre la validez y perspectiva de éxito de la pretensión y sobre el beneficio o ventaja que con ello real y efectivamente se obtenga. La legitimación se articula exclusivamente sobre el interés específico del sindicato recurrente en combatir una determinada actuación o regulación por la especial conexión con su objeto, de suerte que habrá legitimación si: el acto tiene incidencia sobre esos intereses, y el sindicato impugnante no demuestra un abstracto interés en la legalidad contractual sino una correlación entre los intereses de sus afiliados y lo que es materia de los pliegos. No obstante, será preciso que los Pliegos o las cláusulas contractuales desplieguen efectos*

laborales por el empresario respecto a sus trabajadores. La STC núm. 358/2006 de 18 diciembre de 2006 (RTC 2006\358) establece que, para la legitimación de un sindicato, además de acreditarse la defensa de intereses colectivos, debe existir un vínculo especial entre los fines de la actividad del sindicato, un interés profesional o económico, ventaja o beneficio de la estimación del recurso, reafirmandose en un interés específico del sindicato recurrente en combatir una actuación.

Para que el REC prospere, debe ir contra pliegos o cláusulas contractuales que limiten derechos o libertades ajenos, concretando el perjuicio concreto que genera a los trabajadores. De no hacerse, podrá inadmitirse por falta de interés legítimo los recursos en los que se invoque una defensa genérica de intereses colectivos sin concretar el perjuicio causado a los trabajadores⁴².

También se admite, por los órganos de resolución de recursos contractuales, la legitimación de asociaciones representativas de intereses colectivos empresariales o profesionales⁴³ para impugnar pliegos cuando éstos contengan cláusulas que impidan o restrinjan la participación en la licitación de sus asociados como se desprende de las Resoluciones TARCJA 164/2015, de 12 de mayo de 2015 y 41/2016, de 18 de febrero de 2016. Sin embargo, no se reconoce la legitimación activa como regla general en la impugnación de los actos de adjudicación. En este sentido, es de interés la Resolución del TARCJA 269/2014, de 29 de diciembre de 2014 que negó legitimación a la asociación recurrente al considerar que existía: *“una indeterminación absoluta sobre los intereses representados con la interposición del recurso”*. Cabe decir que esta regla general tiene

jurídicos verdaderos y contingentes sobre las libertades y derechos ajenos y no simples inconvenientes para las estrategias sindicales y aspiraciones de los trabajadores.”

⁴² Sobre la legitimación para recurrir, el TARCJA ha venido sosteniendo en sus Resoluciones (94/2012, de 15 de octubre; 97/2012, de 19 de octubre; 29/2013, de 19 de marzo; 113/2014, de 8 de mayo y 398/2015, de 17 de noviembre, entre otras), invocando doctrina consolidada del Tribunal Supremo en la materia, que la legitimación activa comporta que la anulación del acto impugnado produzca de modo inmediato un efecto positivo (beneficio) o la evitación de un efecto negativo (perjuicio) actual o futuro, pero cierto y presupone que la resolución administrativa pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la esfera jurídica de quien alega su legitimación. Son de interés, las resoluciones de TARCJA 881/2014 y TARCJA 44/2012.

Véase también, SANTIAGO FERNANDEZ, M^a J., “El procedimiento del recurso especial...”, loc. cit, pág. 668.

⁴³ Numerosas Resoluciones del TARCJA reconocen legitimación a los colegios profesionales para la interposición de un recurso contra los pliegos (v.g. Resolución 390/2015, de 10 de noviembre y resolución 44/2012, de 25 de abril).

alguna excepción, como la Resolución del TARCJA 49/2016, de 25 de febrero del 2016 en la que el tribunal sostuvo que la federación empresarial ostentaba legitimación para impugnar la adjudicación en la medida en que provocaba un perjuicio al sector empresarial que representaba.

Las Uniones Temporales de Empresas (en adelante, UTES), también gozan de legitimación activa cuando concurran a una licitación. Tal como recoge la doctrina asentada por órganos de recursos contractuales, las UTE podrán interponer recurso contra la adjudicación cuando sean perjudicados sus derechos o intereses legítimos, y siempre que no conste la oposición expresa de alguna de las empresas que forman la UTE, ya que entonces, no se le tendrá por comparecida. A estos efectos, la doctrina concluye, que la legitimación activa de uno de los coparticipes de la UTE es admisible cuando se realice sin la oposición de los demás, por lo que, si existe oposición por otro integrante de la UTE, deberá inadmitirse el recurso por falta de legitimación activa.⁴⁴

También tienen legitimación activa para interponer el recurso los miembros de entes locales que hubieran votado en contra de actos y acuerdos impugnados, conforme el artículo 63 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local (en adelante, LBRL). Considera la doctrina del Tribunal Constitucional que no se trata de una legitimación basada en un interés abstracto en la legalidad, sino de una legitimación directamente derivada de la condición de representantes populares que ostentan.

4.2 Legitimación pasiva:

Conforme el artículo 44.1 de la LCSP/2017, cabe interponer el REC contra los contratos del sector público⁴⁵ celebrados por las Administraciones Públicas y las restantes entidades que ostenten la condición de poderes adjudicadores.

Dentro del sector público tendrán la consideración de Administraciones Públicas (ex art. 3.2 LCSP/17):

⁴⁴ Véase, en este sentido, la STS de 22 de junio de 2009, (RJ 2009,5865) y Resolución TARCJA 479/2014, de 18 de junio de 2014, al considerar que *:"tal actuación de los coparticipes es admisible cuando se realiza "sin oposición de los restantes"*.

⁴⁵ Estos contratos contra los que cabe interponer el REC son los establecidos en el art. 44.1 LCSP (ya explicados en el ámbito objetivo del recurso).

- a) La Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas, y las Entidades que integran la Administración Local.
- b) Las Entidades Gestoras y los Servicios Comunes de la Seguridad Social.
- c) Los Organismos Autónomos, las Universidades Públicas y las autoridades administrativas independientes.
- d) Los consorcios y otras entidades de derecho público, en las que dándose las circunstancias establecidas para poder ser considerados poder adjudicador y estando vinculados a una o varias Administraciones Públicas o dependientes de las mismas, no se financien mayoritariamente con ingresos de mercado.⁴⁶

Conforme el artículo 3.1 LCSP/17 forman también parte del sector público, pero no ostentan la consideración de Administraciones Públicas:

- a) Los consorcios dotados de personalidad jurídica propia.
- b) Las fundaciones públicas.⁴⁷
- c) Las Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social.
- d) Las Entidades Públicas Empresariales y cualesquiera entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas a un sujeto que pertenezca al sector público o dependientes del mismo.
- e) Las sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación, directa o indirecta, de entidades de las mencionadas en las letras a), b), c), d), e), g) y h) sea superior al 50 por 100.
- f) Los fondos sin personalidad jurídica.

⁴⁶ Se entiende que se financian mayoritariamente con ingresos de mercado cuando tengan la consideración de productor de mercado de conformidad con el Sistema Europeo de Cuentas.

⁴⁷ Se entenderá por fundaciones públicas aquellas que reúnan alguno de los siguientes requisitos:

1.º Que se constituyan de forma inicial, con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de una o varias entidades integradas en el sector público, o bien reciban dicha aportación con posterioridad a su constitución; 2.º que el patrimonio de la fundación esté integrado en más de un 50 por ciento por bienes o derechos aportados o cedidos por sujetos integrantes del sector público con carácter permanente; 3.º que la mayoría de derechos de voto en su patronato corresponda a representantes del sector público.

g) Cualesquiera entidades con personalidad jurídica propia, que hayan sido creadas específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos pertenecientes al sector público 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.

Así mismo, en virtud del artículo 3.3 de la LCSP/2017 se considerarán poderes adjudicadores:

a) Las Administraciones Públicas.

b) Las fundaciones públicas.

c) Las Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social.

d) Todas las demás entidades con personalidad jurídica propia distintas de las expresadas que hayan sido creadas 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 bien financien mayoritariamente su actividad; bien controlen su gestión; o bien nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia.⁴⁸

e) Los partidos políticos.

V. PROCEDIMIENTO DEL RECURSO.

El procedimiento del REC se encuentra regulado en los artículos 48 a 60 de la nueva LCSP/2017, que prácticamente coincide con el anterior TRLCSP, salvo algunas cuestiones que serán explicadas. Es de importancia saber, que es obligatoria la tramitación por vía electrónica de todo el procedimiento, a menos que los interesados acrediten su imposibilidad de acceso, tal como se desprende del artículo 54 al considerar que *“las comunicaciones y el intercambio de documentación entre los órganos competentes para la resolución de los recursos, los órganos de contratación y los interesados en el procedimiento se harán por medios electrónicos”*.

⁴⁸ Por lo que se deduce que una entidad no cumple con estos requisitos si es una sociedad pública cuyo objeto social es la satisfacción de intereses mercantiles; en este caso, carecerá de naturaleza de poder adjudicador y no procederá el REC.

El procedimiento se caracteriza por los principios de máxima celeridad de plazos y concentración de trámites. En cuanto a las fases del procedimiento, el recurso tiene las siguientes fases:

5.1 Iniciación:

5.1.1 Escrito de interposición:

El procedimiento se inicia mediante escrito de interposición. Es importante saber que con la nueva LCSP/2017 se suprime la exigencia del requisito de anuncio previo del recurso ante el órgano de contratación en caso de que el REC se interpusiera directamente ante el órgano competente para resolverlo, que exigía el artículo 44 del TRLCSP.

Este cambio de criterio se produce como consecuencia de la sentencia del Tribunal Constitucional de 30 de abril de 1996, que afirmaba que: *“la exigencia de comunicación previa, en términos de insubsanabilidad de su omisión, resultaría desproporcionada en relación con el contenido esencial del artículo 24.1 CE y por tanto inconstitucional”*. La finalidad del anuncio era que el órgano de contratación supiera que se iba interponer recurso contra su resolución.⁴⁹

Como considera SANTAMARIA PASTOR,⁵⁰ el escrito de interposición juega un papel fundamental ya que no solo es el acto que inicia el procedimiento, sino que, en virtud del principio de congruencia, el contenido de las pretensiones que se formulen (el petitum), vinculan a la resolución. Conforme establece el artículo 51.1 de la LCSP/17, en el escrito de interposición se hará constar una serie de requisitos formales:

a) *El acto recurrido:*

⁴⁹ De todos modos, cabe añadir que en caso de que el recurso se interpusiera directamente ante el Tribunal sin comunicación previa al órgano de contratación, tal defecto podía subsanarse en cualquier momento antes del vencimiento del plazo para interponer el recurso (15 días).

Véase, en este sentido, la STC de 30 de abril de 1996, (RTC 1996,76) y Resoluciones 3/2013 del TARC de Castilla y León de 24 de enero de 2013 y 68/2016 de 1 de abril de 2016 en la que se establecía que *“la falta del citado anuncio previo se estima que es un defecto subsanable, pues con dicho anuncio lo que se pretende es que el órgano de contratación tenga conocimiento del recurso para así suspender el curso del procedimiento de adjudicación, en el supuesto de que el acto recurrido haya sido la adjudicación e ir preparando el expediente de contratación para remitirlo al Tribunal. En el presente supuesto este fin ha quedado cumplido con la remisión del recurso por parte de este Tribunal al órgano de contratación, por lo que no procede estimar este motivo de inadmisión”*.

⁵⁰ Véase, SANTAMARÍA PASTOR, J.A, Los recursos especiales..., op.cit, págs. 129-135.

Se refiere a la identificación del acto o resolución que se impugna y cuya revisión se solicita (ya sea un pliego, acuerdo de adjudicación, acto de exclusión...etc.). El recurrente debe identificar de manera clara e inequívoca el acto administrativo que se recurre, así como si la impugnación se dirige contra la totalidad de la resolución (en los actos de exclusión) o solo contra una parte de ella. (cuando se impugnan los pliegos). Por lo tanto, no será admisible dirigir el recurso de forma genérica contra un conjunto de actuaciones.

b) La exposición de motivos que fundamenten el recurso:

Lo que implica que se relacionen todas aquellas infracciones del ordenamiento jurídico, en las que considere el recurrente, incurra la resolución impugnada.

También esta exposición, si fuera necesario, deberá referirse a los antecedentes de hecho que han llevado a incurrir en la infracción. En este sentido, debe tenerse en cuenta que, como dice SANTAMARÍA PASTOR, la disconformidad con el contenido de la resolución debe apoyarse en motivos de naturaleza jurídica. Al tratarse el REC de un instrumento de revisión, la impugnación debe basarse en invocación de normas vulneradas, principios generales del derecho, principios que rigen los contratos (como pueden ser los principios de igualdad, o de no discriminación entre licitadores) u otros principios ajenos a la contratación (como los principios de proporcionalidad, arbitrariedad o confianza legítima).

Por tanto, no cabe fundamentar un recurso en razones de oportunidad, es decir, por diferencias de apreciación de contenidos discrecionales del acto, ya que el TARC no puede sustituir al órgano de contratación en la decisión acerca de dichos contenidos, dado que el REC es un instrumento de revisión de la legalidad, no de actos discrecionales.⁵¹

Cabe decir que los motivos de impugnación pueden referirse a cualquier infracción del ordenamiento jurídico, sean o no preceptos de la legislación de contratos públicos. SANTAMARIA PASTOR considera que carece de fundamento la tendencia restrictiva de algunas resoluciones de los TARC's en las que se afirma que no se puede apoyar el recurso en cuestiones de legalidad ajenas al régimen de contratos.

⁵¹ Véase, SANTAMARÍA PASTOR, J.A, *Los recursos especiales...*, op.cit, págs. 129 -135. En este sentido, resulta de interés la Resolución de TARCJA 65/2013 de 6 de febrero del 2013, que dispone que en ningún caso puede el Tribunal sustituir al órgano de contratación, y, por ende, no puede adjudicar el contrato a favor de la recurrente, tal como pretendía.

Es importante a este respecto preguntarse si cabe la posibilidad de añadir nuevos motivos de impugnación después de presentar el escrito de interposición o, por el contrario, deben presentarse únicamente en el escrito con carácter preclusivo. Nada se dice en la ley, pero se puede considerar que debe permitirse a los interesados formular alegaciones y aportar documentos en cualquier momento del procedimiento anterior al trámite de audiencia.

c) Los medios de prueba con que pretenda hacerse valer el recurrente:

Deben de indicarse los puntos de hecho sobre cuya existencia o interpretación mantiene el recurrente una postura diferente de la resolución que se recurre, es decir, los hechos discrepantes. También debe aportarse los documentos para acreditar la versión de los hechos. Y en todo caso, la solicitud de prueba, indicando los medios de prueba que van a emplearse.

d) Las medidas provisionales que se soliciten (como la suspensión):

Las medidas cautelares necesarias para asegurar el buen fin del recurso, que pueden solicitarse antes de interponer el recurso o en el propio escrito de interposición.

e) Además, existen unos requisitos adicionales que deben ser de aplicación supletoria a la LCSP/2017:

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 115.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPACAP), el escrito de interposición ha de contener también los siguientes requisitos:

(i) Nombre y apellidos del recurrente, identificación personal, y representación de si actúa en nombre de otra persona física o persona jurídica.

(ii) Lugar, fecha, firma del recurrente, identificación del medio, lugar a efecto de notificaciones, y firma como requisito indispensable.

(iii) Órgano administrativo al que se dirige.

f) La pretensión (suplico o solicito) como objeto del escrito de interposición:

La pretensión es el contenido más relevante del escrito ya que condiciona el alcance de la resolución del Tribunal que puede dictar, debiendo ser congruente con las pretensiones solicitadas.

El escrito de interposición debe perseguir una finalidad impugnatoria, lo que significa que ha de pretender la modificación del acto impugnado, por lo que no es válido un escrito que no formule petición de modificación o anulación del acto. Además, la pretensión tiene un contenido tasado, ya que no puede solicitar el recurrente nada más de lo que el TARC puede acordar, que es, en definitiva:

- (i) La anulación de todo o parte del acto administrativo recurrido.
- (ii) La supresión de las características técnicas, económicas o financieras discriminatorias contenidas en el anuncio de licitación o pliegos.
- (iii) Retroacción de actuaciones, o lo que es lo mismo, repetición de trámites a partir de la fase desde que se cometió la infracción.
- (iv) Indemnización de daños y perjuicios ocasionados por la infracción legal.

Debe mencionarse que la LPACAP atribuye a los órganos competentes para resolver el recurso el poder de recalificación, lo que significa que el error en la calificación del recurso por parte del recurrente no será obstáculo para su tramitación, siempre que se deduzca la verdadera intención del recurrente. (art. 115.2 LPACAP)

El poder de recalificación hace referencia a los errores materiales cometidos en la denominación del recurso y también a errores de concepto. Por ejemplo, los TARC han admitido recursos especial erróneamente calificados como recurso de alzada, recurso de reposición o reclamaciones.

Señala SANTAMARÍA PASTOR que en los supuestos en los que el recurrente, calificando erróneamente el recurso, interpone el REC fuera del plazo de 15 días fijados pero dentro del plazo establecido para el correspondiente recurso, (por ejemplo, 1 mes si se ha calificado erróneamente como recurso de alzada o reposición); si el órgano de contratación hubiera informado erróneamente al recurrente indicándole un recurso distinto, o si en la resolución se omitiese referencia alguna a los recursos que proceden, deberá admitirse el recurso aun estando fuera del plazo establecido para interponer el REC. Sin embargo, deberá inadmitirse el recurso si habiéndose indicado la procedencia del recurso especial en la resolución, el recurrente decide interponer otro recurso distinto.⁵²

⁵² SANTAMARÍA PASTOR, J.A, *Los recursos especiales...*, op.cit, págs. 134-135.

5.1.2 Plazo:

Tal como establece el artículo 50.1 de la LCSP/17 el procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles⁵³. En cuanto al plazo de presentación del recurso, la nueva LCSP/2017 trata de solucionar los problemas que se daban en el cómputo del plazo para interponer el recurso, diferenciando si el acto impugnado son los pliegos o el acuerdo de adjudicación. La duración de este plazo es mayor que la que establece la DREC, ya que se establece un plazo de 15 días para interponer el recurso, que, sin embargo, puede considerarse breve para fundamentar el recurso.

Según SANTAMARÍA PASTOR, el plazo de interposición del REC es un plazo de caducidad, por lo que no es susceptible de interrupción ni de ampliación por la solicitud de información al órgano de contratación o por cualquier otro motivo, de igual forma que el régimen de los demás recursos administrativos.⁵⁴

En cuanto al cómputo de los plazos, el “*dies a quo*” varía dependiendo del acto impugnado:

a) *Recurso contra anuncios de licitación:*

Dispone el artículo 50 de la LCSP/17 que “*cuando se interponga contra el anuncio de licitación, el plazo comenzará a contarse a partir del día siguiente al de su publicación en el perfil de contratante*”. En este sentido, considera la doctrina de los TARC, “*que habrá que atender a la fecha de publicación en el DOUE cuando tal publicación sea obligatoria. En caso de que no lo sea, se atenderá a la fecha de publicación en el perfil del contratante y si esta no estuviera acreditada fehacientemente, se atenderá a la publicación en el BOE o en su caso, Boletines autonómicos o provinciales*”.

b) *Recurso contra pliegos y documentos contractuales:*

⁵³ Cabe decir que esta regla general de plazo de 15 días se aplica a toda España exceptuando Navarra, ya que, por su régimen foral, Navarra tiene sus propios plazos para la interposición del REC. Véase en este sentido, el art. 124.2 de la Ley Foral de Navarra, 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos, que establece un plazo diferente para interponer el REC, “*el plazo para la interposición de la reclamación especial en materia de contratación pública es de diez días*”.

⁵⁴ SANTAMARÍA PASTOR, J.A, *Los recursos especiales...*, op.cit, pág.140.

El anterior artículo 44.2 TRLCSP establecía que cuando el recurso se interpusiera contra pliegos y documentos contractuales, el cómputo del plazo se iniciaría a partir del día siguiente en que estos pliegos hubieran sido recibidos o puestos a disposición de los licitadores. Este artículo, diferenciaba dos maneras de acceso a los pliegos, mediante envío directo o mediante el acceso por medios electrónicos.

El problema surge en este último caso, en la imposibilidad de poder acreditar el momento en el que los licitadores han obtenido los pliegos cuando se acceda por medios electrónicos, ya sea en la Plataforma de Contratación del Estado o en el perfil del contratante del órgano de contratación.⁵⁵ La doctrina asentada por los TARC era la de considerar como fecha inicial de cómputo de plazo para recurrir los pliegos el día hábil siguiente a la fecha límite de presentación de ofertas, momento a partir del cual ya no podrá alegarse desconocimiento del contenido de pliegos, como se desprende de la Resolución de TARCJA 21/2011.

Por el contrario, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 30 de octubre de 2013⁵⁶ siguió el criterio mantenido por el TARCJA, que consideraba que el *dies a quo* para interponer el recurso contra los pliegos contaba desde el día en el que se producía la publicación de los anuncios de licitación, pues desde esa fecha el interesado podía recoger los pliegos en el lugar indicado en los anuncios.

La nueva LCSP/2017, en su artículo 50, trata de solventar el problema del momento en el que el interesado tiene acceso a los pliegos cuando se acceden de manera electrónica, por lo que se establece que: *“el cómputo de plazo para recurrir en estos casos, será a partir del día siguiente al día en que se haya publicado el anuncio de licitación en el perfil del contratante, siempre que se haya indicado la forma en que los interesados puedan acceder a los mismos. De no indicarse en los pliegos la forma, se entenderá que el plazo cuenta a partir del día siguiente al que se hayan entregado los pliegos o haya podido el interesado acceder a los mismos a través del perfil del contratante. Si los pliegos no pudiera acceder por medios electrónicos, entonces se computará el plazo a partir del día siguiente en que hubieran sido entregados al recurrente”*.

⁵⁵ SANTIAGO FERNANDEZ, M.ª.J., “El procedimiento del recurso especial...”, loc. cit, pág. 672.

⁵⁶ Sentencia de la Audiencia Nacional de 30 de octubre de 2013 (JUR 2013,346592), recurso 264/2011.

Con carácter general, no se admitirá el recurso contra los pliegos y documentos contractuales que hayan de regir una contratación si el recurrente, con carácter previo a su interposición, hubiera presentado oferta o solicitud de participación en la licitación correspondiente, sin perjuicio de lo previsto para los supuestos de nulidad de pleno derecho.

c) Recurso contra el acuerdo de adjudicación:

Cuando el acto impugnado sea el acuerdo de adjudicación, el anterior artículo 44 del TRLSCP disponía que el plazo debía computarse a partir del día siguiente al que se remitía la notificación, por lo que *el dies a quo* contaba desde el momento de remisión, convirtiéndose en una especialidad frente al sistema general que se refería desde el día siguiente a la notificación.

Esta forma de cómputo de plazo fue muy criticada por la doctrina, por lo que la nueva LCSP/2017 ha modificado esta cuestión, estableciendo que: *“cuando se interponga contra la adjudicación del contrato el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya notificado esta de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional decimoquinta a los candidatos o licitadores que hubieran sido admitidos en el procedimiento”*. Esta disposición dispone que, en el caso de notificaciones electrónicas, *“los plazos a contar desde la notificación se computarán desde la fecha de envío de la misma o del aviso de notificación, si fuera mediante comparecencia electrónica, siempre que el acto objeto de notificación se haya publicado el mismo día en el Perfil de contratante del órgano de contratación. En caso contrario los plazos se computarán desde la recepción de la notificación por el interesado”*. Por lo que, si la resolución de adjudicación se remite de forma electrónica, pero no se publica en el perfil del contratante, el plazo de 15 días para interponer el recurso se computa desde la recepción de la resolución, lo que supone un cambio de lo establecido en el TRLCSP.

d) Recurso contra actos de trámite cualificados:

Si el recurso se interpone contra actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación o contra un acto resultante de la aplicación del procedimiento negociado sin publicidad, el cómputo de plazo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya tenido conocimiento de la posible infracción. En este sentido, considera la doctrina de los TARC que, si la exclusión se notifica antes de la adjudicación, el plazo para recurrir

comienza a contar desde la recepción de la notificación. Si la exclusión se comunica con la adjudicación, como el acto formalmente impugnado será la adjudicación, el plazo para recurrir la exclusión contará desde la remisión de la notificación de adjudicación.

e) Recurso contra modificaciones contractuales y encargos a medios propios:

En cuanto a las novedades de la LCSP/2017 sobre la inclusión en el objeto del recurso de las modificaciones contractuales incumpliendo los artículos 204 y 205, y sobre los encargos a medios propios en incumplimiento del artículo 32, al existir la obligación de publicar tales actos en el perfil del contratante, el cómputo del plazo para interponer el recurso contra dichos actos *“comenzará desde el día siguiente a aquel en que se haya publicado en el perfil de contratante”*.

Sin embargo, nada se dice en la ley sobre el cómputo de plazo en caso del rescate concesiones, pero se presupone que es de aplicación la regla residual del artículo 50 1.g) de la LCSP/ 2017, por lo que en todos los demás supuestos, *“el plazo comenzará a contar desde el día siguiente al de la notificación realizada”*.⁵⁷

La LCSP/2017 suprime la cuestión de nulidad como procedimiento diferenciado del REC, por lo que se reconduce a la mera acción de nulidad por causas del artículo 39, manteniendo el mismo plazo de 30 días para interponer la acción de nulidad, a contar desde la publicación de la formalización del contrato o de 6 meses desde la formalización en los restantes casos.

5.1.3 Lugar de presentación:

Respecto al lugar de presentación del recurso, se modifica el anterior artículo 44.3 TRLCSP, que establecía que la presentación del escrito de interposición debía realizarse necesariamente en el registro el órgano de contratación o en el órgano competente para resolverlo, lo que se diferenciaba del régimen general del artículo 38.4 de la LRJAP.

Los órganos de resolución de recursos contractuales se apartaron de la estricta regla, y admitieron escritos de interposición del recurso que no se presentaban en la Secretaría del órgano competente, estableciendo que debe considerarse interpuesto en plazo el recurso cuyo escrito hubiera sido presentado en una oficina de correos o en cualquier otro registro

⁵⁷ SANTIAGO FERNANDEZ, M^a.J., “El procedimiento del recurso especial...”, loc. cit, pág. 673.

administrativo, siempre que se hubiera tenido entrada en el registro del órgano de contratación o del tribunal dentro del plazo de los 15 días hábiles.⁵⁸

Como en el anteproyecto de la LCSP/2017, se seguía manteniendo el mismo régimen estricto, el informe del Consejo de Estado solicitó que se reconsiderase este sistema, y se estableciera el régimen administrativo general. En consecuencia, el artículo 51.3 de la nueva LCSP/2017, dotando de una mayor flexibilidad, permite la presentación del escrito de interposición en los lugares establecidos del artículo 16.4 de la LPACAP. Sin embargo, los escritos presentados en registros distintos deberán comunicarse al Tribunal de manera inmediata y de la forma más rápida posible. Se puede concluir en este sentido, que la Ley viene a recoger lo que parte de los Tribunales ya venían haciendo en la práctica, al no considerar como motivo de inadmisión el recurso presentado en registro distinto.

En este sentido, la LCSP/2017 impone que el órgano competente para la resolución del recurso haga públicas a través de su página web, mediante resolución de su presidente, las direcciones de registro en los que debe hacerse la presentación de los escritos para entenderla efectuada ante el propio Tribunal tal como establece el artículo 51.4.

5.1.4 Documentación:

Conforme el artículo 51.1 de la LCSP/2017, junto con el escrito de interposición deben acompañarse una serie de documentos que son los siguientes:

a) El documento que acrediten la legitimación activa del recurrente y la representación del compareciente:

Documento exigible cuando el recurrente sea persona jurídica, siendo preceptiva la representación en documento público. Cuando actúa la persona física en nombre y por

⁵⁸ Importante es a este respecto, lo que establecía el art. 18 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual (Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre), al permitir que, en el mismo día de presentación del recurso en una oficina de correos o en cualquier registro administrativo distinto al del órgano de contratación o del órgano competente para resolver, se pueda remitir a cualquiera de estos órganos copia del escrito en formato electrónico, considerándose en cualquiera de estos casos como fecha de entrada del recurso, la que corresponda a la recepción de la copia.

Véase, la STS de 27 de mayo de 2013, (2812/2008) que rechaza la exclusión de presentar recursos en la oficina de Correos. De igual forma, es de interés la STSJ de Cantabria de 23 de junio de 2014 (55/2014), que admite el recurso presentado en distinto órgano siempre que se haya realizado en plazo.

cuenta de otra, podrá hacerse por cualquier medio válido en derecho. La ausencia de estos documentos puede suponer la inadmisión del recurso.

Se inadmitirá el recurso de igual forma, si hay insuficiencia de poder en caso de sociedades mercantiles, ya que se necesita un poder especial para ejercicio de acciones. Cabe concluir que no es preceptivo el acuerdo corporativo en el que ha de reflejarse la concreta decisión del órgano competente de la persona jurídica para interponer el recurso para la interposición del REC.⁵⁹

b) Los documentos que acrediten la legitimación del actor por herencia, derivado de muerte de la persona física, disolución de sociedad, o situaciones en las que haya una extinción o modificación de la personalidad jurídica.

c) La copia o traslado del acto expreso que se recurre, (pliego, resolución de adjudicación, acto de trámite...etc) o documentos en que funde su derecho.

d) Facilitar una dirección de correo electrónico habilitada para enviar comunicaciones y notificaciones, ya que el REC debe tramitarse de forma electrónica por obligación impuesta por el artículo 51 de la LCSP/2017.

5.1.5 Subsanación y causas de inadmisión del recurso:

En el caso de no presentar la documentación correctamente, podrá subsanarse los defectos advertidos en el escrito del recurso en el plazo de 3 días hábiles desde el siguiente a su notificación, conforme el artículo 51.2 LCSP/2017. La formulación de requerimiento de subsanación supone la suspensión de la tramitación del expediente. La falta de subsanación tendrá como efecto la inadmisión del recurso, puesto que, de no subsanarse los defectos advertidos, se le tendrá al recurrente por desistido en su acción, una especie de desistimiento tácito conforme el artículo 51.2 LCSP/2017. La presentación de documentación subsanada se hará, necesariamente en el registro del órgano competente para la resolución del recurso.

Por otra parte, las causas de inadmisión *a limine* del REC en virtud del artículo 55 de la LCSP/2017 son las siguientes:

⁵⁹ SANTIAGO FERNANDEZ, M^a.J., "El procedimiento del recurso especial...", loc. cit, pág.675.

- a) *La incompetencia del órgano para conocer del recurso.*
- b) *La falta de legitimación del recurrente o de acreditación de la representación de la persona que interpone el recurso en nombre de otra, mediante poder que sea suficiente a tal efecto.*
- c) *Haberse interpuesto el recurso contra actos no susceptibles de impugnación de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44 de la LCSP/2017.*
- d) *La interposición del recurso, una vez finalizado el plazo establecido para su interposición.*

Para la inadmisión del recurso, los vicios deben constar de forma “inequívoca y manifiesta”, que justifiquen el rechazo del mismo. Antes de acordar la inadmisión del recurso por defectos, el TARC deberá dar trámite de audiencia a las partes para que formulen sus alegaciones. Por lo que, si los vicios no son inequívocos y manifiestos, o se omite la audiencia a las partes, la inadmisión podría considerarse no ajustada a derecho.

5.2 Tramitación

5.2.1 Petición de expediente:

Cuando el escrito de interposición del recurso se haya presentado directamente ante el propio el Tribunal, éste notificará en el mismo día al órgano de contratación con remisión de la copia del escrito de interposición y requerirá al órgano de contratación (que dictó el acto impugnado), quien deberá remitir el expediente administrativo completo en el plazo de 2 días hábiles, acompañado de un informe en el que se haga constar los hechos, disposiciones aplicables fundamentos de la decisión adoptada, y los motivos por el que el órgano de contratación considere que el recurso deba inadmitirse o desestimarse (en virtud del apartado 3 del artículo 56 de la LCSP/17). Esta brevedad del plazo de notificación puede generar dificultades a la hora de su realización, pero quiere poner de relieve la inmediatez de la comunicación.⁶⁰

⁶⁰ Conforme el artículo 28 del RD 814/2015, se establece con respecto a la remisión del expediente que se remitirá por medios electrónicos siempre que sea posible, autenticado y con un índice, además se acompañará de un listado de licitadores que deberá incluir el NIF de las entidades licitadoras, y en el caso de uniones temporales de empresas el NIF de cada entidad. En el expediente se incluirán además los documentos declarados confidenciales por los licitadores haciendo constar su carácter confidencial en el índice y en el lugar del expediente donde se encuentren dichos documentos.

Si el recurso se hubiera interpuesto ante el órgano de contratación autor del acto impugnado, este deberá remitirlo al órgano competente para la resolución del recurso dentro de los 2 días hábiles siguientes a su recepción acompañado del expediente administrativo y del informe. Este plazo de 2 días se entiende insuficiente por parte de la doctrina para la correcta fundamentación del informe que debe elaborar el órgano de contratación, por lo que se considera que debería ampliarse dicho plazo. Este informe es importante, dado que constituye la única oportunidad que tiene el órgano de contratación de expresar su posición en el recurso.⁶¹

En el supuesto de que el expediente no sea remitido por el órgano de contratación o esté incompleto, se prevé la posible responsabilidad de quienes hubieran incumplido tal obligación de remisión del expediente. La no remisión del expediente conlleva la posibilidad de que el procedimiento siga su curso y se ponga esta circunstancia en conocimiento del recurrente para que efectúe las alegaciones que considere y aporte la documentación para la resolución del recurso en el plazo de 5 días hábiles.

Si lo que se recurre son los pliegos, el TARC no necesita del expediente para resolver, por lo que puede decidir con lo alegado y aportado por la parte recurrente. Si se impugna el acuerdo de adjudicación, el TARC puede suspender el procedimiento de recurso hasta que el expediente sea remitido.

En caso de incumplimiento permanente e injustificado por el órgano de contratación, cabe elevar una denuncia al Ministerio Fiscal, por la presunta comisión de un delito de desobediencia.

Véase, SANTIAGO FERNANDEZ, M^a J., “El procedimiento del recurso especial...”, loc. cit, pág. 677.

⁶¹ Resulta de interés resaltar la importancia de que el informe se encuentre fundamentado en derecho y no se reduzca a un relato fáctico. Como indica el artículo 28.4 del RD 814/2015, se deberá también alegar con respecto a las medidas provisionales si fueran solicitadas por la entidad recurrente.

Véase, SANTAMARÍA PASTOR, J.A, *Los recursos especiales...*, op.cit, págs. 166-167.

Es de importancia destacar, que el informe se encuentre fundamentado en derecho y no se reduzca a un relato fáctico, tal como refiere la Resolución TARCJA 314/2015, de 3 de septiembre, al afirmar que “*Por su parte, el órgano de contratación en su informe de alegaciones al recurso se limita a describir los distintos hitos del procedimiento de contratación y a transcribir el contenido del acuerdo de exclusión de la Mesa de contratación pero no realiza alegación alguna a los motivos contenidos en el recurso interpuesto*”.

5.2.2 Acceso al expediente:

El órgano de contratación tiene la obligación de facilitar el acceso al expediente de contratación a todo aquel que esté legitimado para recurrir con el fin de fundamentar el recurso, intrínseco, por tanto, al derecho de defensa, conforme el artículo 52.1 de la LCSP/2017.

Debe señalarse que este artículo convierte en una obligación el acceso del expediente para el recurrente, con carácter previo al trámite de alegaciones, por un plazo que se amplía a 10 días, (con el anterior TRLCSP, el acceso al expediente era un derecho opcional, por un plazo de 5 días).

Los interesados podrán hacer la solicitud de acceso al expediente dentro del plazo de interposición del recurso especial, debiendo el órgano de contratación facilitar el acceso en los 5 días hábiles siguientes a la recepción de la solicitud. La presentación de esta solicitud no paralizará en ningún caso el plazo para la interposición del recurso especial. La petición del acceso podrá ser solicitada bien por el mismo recurrente, o por otros interesados en el procedimiento. (art. 52.2)

Establece el artículo 52.3 de la LCSP/17, que en el caso de que el órgano de contratación denegase el acceso al expediente, no eximirá a los interesados de la obligación de interponer el REC dentro del plazo, pudiendo tal incumplimiento ser alegado por el recurrente en su recurso, en cuyo caso el órgano competente para resolverlo deberá conceder al recurrente el acceso al expediente de contratación en sus oficinas por plazo de 10 días, con carácter previo al trámite de alegaciones, para que proceda a completar su recurso. En este supuesto, se concederá un plazo de 2 días hábiles al órgano de contratación para que emita el informe correspondiente y 5 días hábiles a los restantes interesados para que efectúen las alegaciones que tuvieran por conveniente.

Es importante añadir, que el trámite de vista del expediente puede tener carácter de confidencialidad, tal como se desprende del artículo 56.5 de la LCSP 2017 que establece que: *“el órgano competente deberá garantizar la confidencialidad y derecho de protección de secretos comerciales en la información contenida en el expediente de contratación, sin que por ello resulten perjudicados los derechos de los demás interesados a protección jurídica efectiva y el derecho de defensa en el procedimiento”*.

Sin embargo, es necesario recordar lo reiterado por los Tribunales en este aspecto, ya que no es admisible la declaración genérica de confidencialidad de todo el contenido de la oferta de los licitadores, tal como se desprende de la Resolución del TARCJA 90/2016 de 28 de abril de 2016. En este sentido, la Resolución del TARCJA 176/2014 de 25 de septiembre de 2014 concluye que la obligación de confidencialidad no puede afectar a la totalidad de la oferta realizada por el adjudicatario y que por tanto corresponderá al órgano de contratación determinar la documentación de la empresa adjudicataria, que no afecte a secretos técnicos o comerciales, y que pueda ser examinada por los demás licitadores.

En caso de que el órgano de contratación no realice tal declaración de confidencialidad, deberá realizarlo el Tribunal motivando justificadamente en el expediente que partes de la oferta están afectas al secreto de confidencialidad. Hay que tener en cuenta que la Doctrina del TARCJA mantiene que la infracción de la regulación relativa a la confidencialidad solo tendrá consecuencias en el procedimiento si de ello pudiera derivarse una efectiva lesión del derecho de defensa a efectos de la interposición de recurso fundado.

5.2.3 Alegaciones:

Una vez remitido el expediente por el órgano de contratación, el Tribunal dará traslado del recurso a los interesados en el procedimiento de contratación para que formulen las alegaciones que consideren oportunas en el plazo de 5 días hábiles siguientes a la interposición del recurso, tras previo examen del expediente conforme el artículo 56.3 LCSP 2017. Estas alegaciones deberán presentarse necesariamente, en el registro del órgano competente para la resolución del recurso y solo pueden realizarse en el plazo establecido, por lo que se excluye la posibilidad de formular nuevas alegaciones en el procedimiento.

De forma simultánea a este trámite de alegaciones, el tribunal decidirá acerca de las medidas cautelares, si se hubiese solicitado la adopción de alguna en el escrito de interposición del recurso o se hubiera procedido a la acumulación, en el caso de que la solicitud de tales medidas se hubiera realizado con anterioridad a la presentación del recurso. Asimismo, en este plazo, resolverá, en su caso, sobre si procede o no el

mantenimiento de la suspensión automática en caso de que se impugne el acuerdo de adjudicación.

5.2.4 Prueba:

Las partes podrán utilizar cualquier medio de prueba admisible en derecho para acreditar los hechos relevantes que obren en el expediente.

En el escrito de interposición del recurso, el recurrente propondrá los medios de prueba de los que se hará valer; y los interesados solicitarán la prueba en su escrito de alegaciones (interesados considerados como licitadores no recurrentes). El periodo de prueba puede ser acordado por el Tribunal a instancia de los interesados, (normalmente recurrente), o de oficio cuando no se tengan por ciertos los hechos alegados o la naturaleza del procedimiento lo exija. Es importante añadir, la facultad del Tribunal de solicitar asesoramiento en cuestiones esenciales para la resolución del recurso a fin de clarificar aspectos del informe emitido por el órgano de contratación.

En cuanto a la admisión y práctica de la prueba, nos remitimos a las normas contenidas en la LPACAP y en la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC). El tribunal podrá rechazar aquellas pruebas que considere improcedentes, impertinentes, inútiles o innecesarias para la fijación de los hechos, mediante resolución motivada; pudiendo la práctica de la prueba denegarse, conforme establece el artículo 56.4 de la LCSP/2017.

Las pruebas admitidas por el Tribunal deberán practicarse en el plazo de 10 días, previa comunicación al resto de interesados. La práctica de la prueba se anunciará con antelación suficiente a los interesados. Una vez acordada la práctica, se deberá notificar al resto de interesados en el plazo de 5 días hábiles indicando, lugar, fecha y hora de su práctica.

En cuanto a los gastos de la prueba, correrán a cargo de quien hubiera solicitado la práctica de la misma.

Finalmente, contra las Resoluciones sobre la práctica de la prueba no cabrá recurso, más allá de poder hacerlo valer en la fundamentación del recurso contencioso-administrativo.

5.2.5 Medidas Cautelares:

A. Suspensión:

Como tuvimos oportunidad de aclarar con anterioridad, el recurso especial tiene como principal fin obtener una resolución eficaz, por lo que la adopción de medidas cautelares deviene esencial para evitar lesionar derechos de los licitadores y crear situaciones irreversibles, como sería la ejecución del contrato.

Por ello, la interposición del REC tiene como efecto principal la suspensión de actuaciones previas a la formalización del contrato atendiendo al tipo de acto impugnado:

a) Si el recurso se dirige contra actividades previas a la adjudicación:

Los anuncios, pliegos y actos de trámite cualificados deben poder suspenderse mediante la adopción de medidas cautelares solicitadas en el escrito de interposición de recurso.

Es importante señalar que, en el caso de que el acto impugnado sean los pliegos, la suspensión del procedimiento no afectará al plazo concedido para la presentación de ofertas de los licitadores conforme el artículo 49.4 de la LCSP/2017, salvo resolución expresa del órgano competente para resolver el recurso.

b) Si el recurso se dirige contra el acto de adjudicación:

La eficacia queda suspendida de manera automática, de forma que el contrato no podrá formalizarse, firmarse, ni ejecutarse, durante un plazo que permita a los licitadores hacer uso de su derecho de recurrir la adjudicación y obtener una resolución del recurso por órgano competente para evitar situaciones irreversibles, como las que se daban anteriormente y garantizar así la eficacia del recurso.

Dicho esto, la norma más característica, que dota de verdadera eficacia al recurso, la encontramos en el artículo 53 de la LCSP/2017 (antiguo art. 45 TRLCSP), ya que dispone que: “una vez interpuesto el recurso, si el acto recurrido es el de adjudicación, quedará en suspenso la tramitación del expediente de contratación. Tal como dice SANTIAGO FERNANDEZ, se trata de una *suspensión ex lege*, con carácter imperativo, no potestativo, y no sujeto a la voluntad de las partes ni condicionado a que se solicite en los escritos de interposición como en los otros supuestos. Excepcionalmente, la LCPS/17 introduce la posibilidad de no procederse a la suspensión automática de la tramitación del expediente en los casos de contratos basados en un acuerdo marco o de contratos específicos, ya que en estos tipos de contratos un plazo suspensivo obligatorio podría

afectar a los aumentos de eficiencia que se pretende obtener con estos procedimientos de adjudicación.⁶²

Esta suspensión tiene efectos desde la fecha en que el órgano de contratación reciba noticia formal de la interposición del recurso hasta la fecha de resolución del recurso; ya que dicha resolución será la que levante la adopción de las medidas cautelares de suspensión del procedimiento, conforme establece el artículo 57.3 LCSP (antiguo art. 47.4 TRLCSP).

Cabe recordar que, a pesar de la suspensión automática del procedimiento, el órgano competente para resolver, acordará en el plazo de 5 días desde la interposición del recurso si procede o no el mantenimiento de la suspensión automática conforme el artículo 53 de la LCSP/2017. Es necesario una resolución expresa levantando la suspensión, puesto que de lo contrario, (si no se dicta resolución expresa en este sentido), se aplicará de forma automática la suspensión ex artículo 56.4 de la LCSP/2017.

Como ya dijimos, en caso de que el acto recurrido sea otro distinto del acuerdo de adjudicación, aunque no existe suspensión automática, la suspensión es potestativa, por lo que corresponde a los interesados solicitarla, pudiendo hacerlo en el escrito de interposición o incluso antes (medidas cautelares provisionalísimas).

B. Adopción de medidas cautelares:⁶³

Las medidas cautelares pueden solicitarse antes de interponer el recurso especial, durante el recurso e incluso después.

En virtud del artículo 49.1 de la LCSP/2017, las personas legitimadas para interponer el recurso pueden solicitar las medidas cautelares antes de interponer el recurso (más conocidas como medidas provisionalísimas). Tales medidas irán dirigidas a corregir las

⁶² Véase SANTIAGO FERNANDEZ, M^a.J. "El procedimiento del recurso especial...", loc. cit, pág. 678-679. Véase también, en cuanto a la no suspensión obligatoria de acuerdos marcos, GONZALEZ VARAS IBAÑEZ, S., *Contratación Pública. Comentarios a la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del sector público*, Tratado de derecho administrativo, tomo III, Civitas, Thomson Reuters, 2018, pág 231.

⁶³ Véase, TARC de la Junta de Andalucía. Manual Práctico sobre el recurso especial en materia de contratación. Doctrina 2012-2016, en <https://www.crisisycontratacionpublica.org/archives/7675>. Respecto a la motivación de las resoluciones por las que se adoptan medidas provisionales, el TARCJA las fundamenta con base a los principios asentados por el Tribunal Supremo que son: necesidad de justificación o prueba, aun incompleta, el periculum in mora, ponderación de los intereses concurrentes y apariencia de buen derecho (fumus boni iuris).

infracciones del procedimiento o impedir que se causen otros perjuicios a los intereses afectados, y podrán estar incluidas, entre ellas, las 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.

Es importante añadir que estas medidas provisionalísimas están condicionadas a la presentación del escrito de interposición del REC, de manera que decaerán si no se interponen el recurso en el plazo oportuno, en virtud del artículo 49.5 de la LCSP/2017.

Así mismo, las medidas cautelares pueden solicitarse en el propio escrito de interposición o después.

C. Tramitación:

Las medidas cautelares pueden solicitarse a instancia de parte o decretarse de oficio. Aspecto, este último, sobre el que discrepa SANTAMARÍA PASTOR⁶⁴, al considerar que rige el principio dispositivo en el procedimiento y que debería limitarse la solicitud de medidas cautelares para evitar una dilación en el procedimiento retrasando la resolución final.

Una vez que el Tribunal reciba la solicitud de medidas cautelares, comunicará la misma al órgano de contratación, que dispondrá de un plazo de 2 días hábiles para formular las alegaciones que considere oportunas sobre la adopción de las medidas solicitadas. Si transcurrido este plazo no se formularan alegaciones se continuará el procedimiento. (art. 49 LCSP/17). En ambos casos, es preceptivo dar audiencia al órgano de contratación, y ambas solicitudes deben de ser resueltas en el mismo momento procesal, dentro de los 5 días concedidos a los interesados para formular alegaciones conforme artículo 56.3 de la LCSP/2017. En la Resolución del TARCJA 60/2015, el órgano de contratación instaba el levantamiento de las medidas cautelares alegando las *“consecuencias y daños irreparables que la falta de prestación del servicio puede acarrear a los terceros”*.

La audiencia al órgano de contratación se entiende realizada en el mismo escrito en que se da traslado del recurso, en el momento en que el órgano manifiesta lo que a su derecho convenga y formula las alegaciones que considera sobre la adopción de las medidas. Si

⁶⁴ SANTAMARÍA PASTOR, J.A, Los recursos especiales..., op.cit, pág. 160.

antes de dictarse la resolución sobre las medidas cautelares se interpone el recurso, el órgano decisorio acumulará la solicitud de medidas provisionales y resolverá sobre ellas en el plazo concedido a los licitadores para hacer alegaciones conforme el artículo 49.2 de la LCSP/2017.

En el supuesto en que el recurso se interponga ante el propio órgano de contratación, se entenderá efectuada la audiencia mediante un escrito *ad hoc* en que el órgano de contratación no se manifieste en el informe preceptivo sobre las medidas cautelares, conforme artículo 56.2 de LCSP 2017.

D. Caución:

Conforme al artículo 49.3 de la LCSP/2017, cuando la adopción de las medidas cautelares pueda suponer perjuicios, la resolución que las adopte podrá imponer a los solicitantes el pago de una caución o garantía suficiente para responder de los mismos, no produciendo efectos las medidas hasta que la caución o garantía sean constituidas y satisfechas. La constitución de la garantía será requisito imprescindible para que la medida decretada surta efectos. En este sentido, es de interés la Resolución TARCJA 129/2015, en la que el órgano de contratación solicita al Tribunal la adopción de garantía, a este respecto el Tribunal acuerda que *“la exigencia de constitución de garantía como condición para la eficacia de la medida provisional que en su caso pudiera adoptarse, se contempla como una facultad del propio Tribunal, en ningún caso como un derecho del órgano de contratación en caso de adopción de la medida, sin que en el presente caso, a la vista de lo alegado por las partes y de la entidad del perjuicio manifestado, se aprecie la necesidad de constituir la citada garantía”*.

Será el Tribunal quien determine la cuantía y forma de la garantía, así como los requisitos para su devolución, debiendo atender al principio de proporcionalidad, y a las circunstancias del sujeto y objeto afectados por las medidas. La garantía deberá constituirse bien mediante aval bancario, contrato de seguro de caución, depósito en metálico o valores de deuda pública del Estado.

5.3 Terminación.

5.3.1. Terminación mediante resolución:

El órgano competente tiene un plazo de 5 días hábiles para resolver el recurso contados a partir de la recepción de las alegaciones de los interesados o, en su caso, desde la conclusión del plazo para la prueba, en virtud del artículo 57.1 de la LCSP/2017. En caso de que no se emita resolución expresa pasados 2 meses desde la interposición del recurso especial, se podrá considerar desestimado por silencio negativo a los efectos de interponer el correspondiente recurso contencioso-administrativo. (art. 57.5). En este sentido, véase la STS de 8 de febrero de 2016 (RC 3970/2014, RJ 2016, 671) que recoge el criterio del silencio administrativo.

La resolución deberá acordar el levantamiento de la suspensión del acto de adjudicación si en el momento de dictarla continuase suspendido, así como de las restantes medidas cautelares que se hubieran acordado y la devolución de las garantías cuya constitución se hubiera exigido para la efectividad de las mismas. (art. 57.3 LCSP/17)

A) Requisitos de la resolución:

La resolución se inspira en los principios de celeridad, motivación y congruencia. Según SANTAMARÍA PASTOR, los requisitos que debe tener la resolución pueden clasificarse en⁶⁵:

a) Requisitos formales:

La resolución debe ser congruente con la pretensión solicitada por el recurrente, pudiendo acordar bien, la estimación total o parcial de las pretensiones, o la desestimación o inadmisión del recurso. La congruencia implica que el TARC deberá resolver de forma motivada, sobre todas y cada una de las pretensiones planteadas que conforman el *petitum*. De igual forma que los órganos de la jurisdicción contenciosa, debemos hacer mención a los cuatro tipos clásicos de incongruencia:

1) Incongruencia omisiva:

El TARC incurre en esta incongruencia cuando omite pronunciarse sobre todas o alguna de las cuestiones planteadas en el escrito de interposición, o en los motivos de impugnación del recurso, también conocida como incongruencia *ex silentio o minus quam*

⁶⁵ Véase, SANTAMARÍA PASTOR, J.A, Los recursos especiales..., op.cit, pág. 188 -192. Es también de interés en este sentido, GONZALEZ VARAS IBAÑEZ, S., *Contratación Pública. Comentarios a la Ley 9/2017...*, op.cit, pág. 254.

petita partium. No se incurre en incongruencia, si el Tribunal inadmite un recurso por incurrir causa de inadmisión, siendo unánime la doctrina en este punto.

2) *Incongruencia positiva:*

Más comúnmente denominada, incongruencia por exceso, *ultra petitem* o dar más de lo solicitado por las partes. El tribunal se pronuncia sobre cuestiones no solicitadas por las partes en los escritos de interposición. Sin embargo, debe saberse que el juez o Tribunal tiene la obligación de plantear a las partes el motivo de impugnación que le haya surgido, concediendo un plazo de 10 días para que expresen su opinión, una vez efectuado este trámite, el juez podrá usar el nuevo motivo en su fallo sin incurrir en incongruencia. También, y de igual forma que en otros procesos, la prohibición de *reformatio in peius*, impide que el juez o tribunal agrave más aun la situación inicial del recurrente, es decir, no puede ser la resolución más desfavorable de lo que ya era antes de interponer el recurso. Un ejemplo de esto sería que se impugnase la puntuación otorgada al licitador (recurrente) por la Mesa de Contratación, y el TARC decidiese bajar más aun esa puntuación.

3) *Incongruencia mixta e interna:*

La doctrina del Tribunal Constitucional define la incongruencia mixta o *extra petetium*, como la que se produce “cuando el órgano judicial no resuelve sobre la pretensión o pretensiones de las partes en el escrito de interposición o motivos del recurso, sino que equivocadamente razona sobre otra pretensión absolutamente ajena al debate”.

Por otra parte, la incongruencia interna, tiene lugar cuando los hechos y fundamentos de derecho no tienen relación con la parte dispositiva de la sentencia, cuando existen contradicciones entre los hechos probados y los argumentos jurídicos, o lo decidido resulta inexplicable. Como es sabido, la incongruencia interna de las sentencias es motivo en cualquier proceso de recurso de casación ante el Tribunal Supremo.⁶⁶

Debemos hacer referencia a los casos en los que, siendo el acto impugnado el acuerdo de adjudicación, decide el Tribunal con la estimación del recurso anular todo el procedimiento.

⁶⁶ Véase, la STS de 3 de octubre de 2013 (recurso casación 3727/2011).

Esta actuación podría considerarse incongruente como considera SANTIAGO FERNANDEZ, al anular un acto (pliegos) por la impugnación de otro acto distinto (acuerdo de adjudicación). En este supuesto, la regla general es considerar que el pliego es ley entre las partes y que la presentación de la oferta supone la aceptación incondicional del licitador de los pliegos. Como ya comentamos, el pliego se posiciona como *lex contractus*, y una vez es aceptado por los licitadores y no impugnado en su momento individualmente, no cabe denunciarlos en recurso contra la adjudicación del contrato.

Sin embargo, contra la regla general de los pliegos como *lex contractus* existen ciertas excepciones, con las que se puede anular un pliego con motivo de la impugnación de otro acto distinto, como en este caso, la impugnación del acuerdo de adjudicación, sin haberlo impugnado de forma individual en su momento. Estas excepciones que permiten la nulidad del pliego cuando se impugne el acuerdo de adjudicación son las siguientes:⁶⁷

- a) En los pliegos exista vicio de legalidad que conlleve la nulidad de pleno derecho.
- b) La declaración de nulidad sea congruente con la pretensión conforme el artículo 47.2 TRLCSP.
- c) Que la estipulación posibilite una actuación arbitraria, además de ilegal, del poder adjudicador, por lo que no es suficiente la mera anulación del acto impugnado y la retroacción de actuaciones, pues el órgano de contratación podrá actuar nuevamente de forma arbitraria en el nuevo acto que dicte.

Por lo tanto, al concurrir estas tres circunstancias podrán anularse los pliegos cuando se haya impugnado el acuerdo de adjudicación,⁶⁸ por lo que no operaría en estos casos la *lex contractus*.⁶⁹

b) Requisitos materiales:

⁶⁷ SANTIAGO FERNANDEZ, M^a.J., "El procedimiento del recurso especial...", loc. cit, pág.682 y ss.

⁶⁸ Véase en este sentido, la STJUE de 12 de marzo de 2015, *Evgilio*, C-538/13 (ya explicada con anterioridad) y Resoluciones del TARCJA 270/2015, 281/2015 del 31 de julio del 2015, y 310/2015, de 3 de septiembre del 2015.

⁶⁹ Hay que tener en cuenta, la interpretación restrictiva en cuanto a la nulidad de pleno derecho de actos administrativos, y más concretamente de los pliegos, que además de concurrir los requisitos nombrados anteriormente, para que se aprecie la nulidad debe de tratarse de un vicio tan grave que no se deduzca de manera clara e indubitada de la redacción del criterio del pliego. Véase a estos efectos, Resolución del TARCJA 422/2015 de 10 de diciembre de 2015.

En cuanto al contenido de la resolución, en el fallo se puede proceder a la estimación, desestimación o inadmisión del recurso (ya explicado anteriormente).

1º Los fallos estimatorios:

Los fallos estimatorios son aquellos que estiman la pretensión o pretensiones del recurrente de forma total o parcial. Estos pueden conllevar como regla general:

a) *La anulación del acto recurrido:*

La anulación del acto administrativo impugnado y de las decisiones ilegales adoptadas en el procedimiento de adjudicación. Además de la anulación del acto, se suprimirán las cuestiones técnicas y económicas discriminatorias. Si en la sentencia estimatoria, el recurrente hubiese pretendido el reconocimiento y restablecimiento de una situación jurídica individualizada, se reconocerá dicha situación y se adoptarán las medidas necesarias. Los TARC pueden declarar la nulidad de parte de un pliego o anuncio, pero la supresión de la cláusula anulada es tarea del órgano de contratación, ya que no pueden en ningún caso, los TARC sustituir las decisiones de los órganos de contratación.

En este mismo sentido, no puede por tanto el TARC valorar cuestiones técnicas o rectificarlas, ya que es un acto discrecional de los órganos de contratación, tal como establece la Resolución TARCJA 816/2014 del 14 de noviembre de 2014 que afirmó sobre las cuestiones técnicas *“en las que no cabe entrar sino en tanto en cuanto esa valoración adolezca de una defectuosa motivación o de una manifiesta infracción del ordenamiento. Conforme la reiterada doctrina (Resolución TARCJA 93/2012): “el hecho debe limitarse a valorar si en el criterio de adjudicación se ha producido un error material o de hecho, o si se han aplicado formulas discriminatorias o arbitrarias”*.

El fundamento de las resoluciones estimatorias puede deberse en la anulación de un acto por cualquier infracción de ordenamiento jurídico, incluso desviación de poder si dicta la resolución un órgano incompetente. Véase en este sentido, la STSJ de Andalucía de 5 de septiembre de 2017 (789/2016) que anula un acuerdo de adjudicación por valoración arbitraria, ordenando la retroacción de las actuaciones, es decir, repetir el concurso el concurso. La anulación por arbitrariedad de la adjudicación recurrida puede proceder de deficiencias del informe técnico en que se apoya la mesa de contratación, y que podría llevar a la anulación de cláusulas del pliego que se consideren nulas, como puede apreciarse en las Resolución del TARCJA 203/2012 de 20 de septiembre de 2012.

También se ordena la retroacción de actuaciones tras observar falta de motivación en la Resolución TARCJA 32/212. Debe precisarse que la exclusión y adjudicación deben de estar motivadas, de forma que contengan al menos la información que permita al licitador interponer el recurso en forma suficientemente motivada tal como refleja la Resolución del TARCJA 34/2014, así como la resolución 34/2014 que ordena la retroacción de actuaciones al momento de valorar las ofertas.

b) Indemnizaciones:

En virtud del artículo 58.1 de la LSCP/2017, en los casos en los que el Tribunal admita el REC, podrá imponer en la resolución, a instancia del interesado, una indemnización por los daños y perjuicios derivados del recurso a las personas perjudicadas por una infracción legal, debiendo resarcir el órgano de contratación al recurrente los gastos ocasionados por la preparación de la oferta o participación en el procedimiento de contratación.

Entre los daños a resarcir podemos incluir los gastos necesarios para la intervención en el procedimiento del recurso, incluidos los derivados de la práctica de la prueba. Para que estos gastos puedan ser indemnizables deben de tratarse de daños y perjuicios reales, efectivos y evaluables económicamente, por lo que deben cuantificarse los daños y existir una lesión indemnizable.⁷⁰ La cuantía de la indemnización se fijará atendiendo en lo posible a los criterios establecidos en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. Sin embargo, en este sentido considera SANTAMARÍA PASTOR, que los daños serían inexistentes con la estimación del recurso, por lo que sería de escasa aplicación este precepto.⁷¹

Un problema se da en la cuantificación del importe de los daños que han causado al recurrente, con objeto de reclamar la compensación en el escrito. Este importe es complicado de cuantificar, ya que, si se impugnan los pliegos, la publicación como tal no causa daño. Si los recursos fueran desestimados, no habría derecho a indemnización.

SANTAMARÍA PASTOR considera que solo podría obtenerse una acción indemnizatoria cuando el recurso sea desestimado por el TARC, se materialice un daño

⁷⁰ SANTIAGO FERNANDEZ, M^a J., "El procedimiento del recurso especial...", loc. cit, pág. 683.

⁷¹ SANTAMARÍA PASTOR, J.A, Los recursos especiales..., op.cit, pág. 197.

como la exclusión definitiva del procedimiento, o en casos de anulación de resoluciones de los órganos de contratación.

2º Los fallos desestimatorios y multas:

En los casos en los que el Tribunal considere de oficio o a instancia de parte, que existe temeridad o mala fe en la interposición del recurso o en la solicitud de medidas cautelares por parte del recurrente, podrá imponer el Tribunal en la resolución en que desestima el recurso, la imposición de una sanción pecuniaria al recurrente, cuya cuantía podrá oscilar entre los 1.000 y 30.000 euros, cuantía elevada por la LCSP 2017 en su artículo 58.2, ya que el TRLCSP fijaba el umbral máximo en 15.000 euros.

Esta cantidad se determinará en función de la mala fe apreciada y del perjuicio provocado al órgano de contratación y a los demás licitadores, así como del cálculo de los beneficios obtenidos.⁷²

Un ejemplo de mala fe se refleja en la Resolución del TARCJA 422/2015, ya que, por un error en la redacción del acta de la mesa de contratación, la recurrente trata de solicitar la anulación de la licitación, cuando la propia recurrente sabía que ese error no se había producido. Además, la recurrente no solicita en ningún momento la anulación de la adjudicación porque su oferta haya sido valorada incorrectamente (lo que legitimaría el recurso) o porque existan vicios de nulidad en la resolución. En este sentido, considera SANTIAGO FERNÁNDEZ que la recurrente únicamente impugna la adjudicación y pretende que ésta se anule, por el mero hecho de no resultar seleccionada su oferta, ya que no esgrime ningún otro argumento de vicio o nulidad en la adjudicación del contrato. Esta actuación temeraria evidencia absoluta deslealtad e infringe el principio de buena fe que debe existir en el procedimiento.⁷³

B) Efectos de la resolución:

Cabe decir que conforme el artículo 59.2 de la LCSP/17, las resoluciones de los TARC son directamente ejecutivas, pero tal como dice SANTAMARÍA PASTOR, la eficacia de las resoluciones de los TARC es exactamente la misma que la de los demás actos

⁷² Véase en este sentido, la resolución del TARCJA 34/2016 en la que se trataba por parte del recurrente de paralizar la licitación.

⁷³ SANTIAGO FERNANDEZ, Mª J., "El procedimiento del recurso especial...", loc. cit, pág. 683.

administrativos, ya que se presumen válidos, producen efectos desde la fecha en que se dictan y pueden ejecutarse coactivamente.⁷⁴

Contra la resolución dictada en este procedimiento solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo, por lo que no procederá la revisión de oficio de la resolución ni de ninguno de los actos dictados por los órganos competentes para la resolución del recurso; ahora bien, si el órgano de contratación o los interesados en el procedimiento de recurso consideran que la resolución del TARC contiene algún error material, de hecho o concepto oscuro, podrá solicitarse su aclaración o rectificación en el registro del Tribunal dentro del plazo de 3 días hábiles a contar desde la recepción de su notificación, debiendo el Tribunal pronunciarse sobre la aclaración o rectificación solicitada dentro del día hábil siguiente a aquel en que la hubiera recibido. Esta rectificación de errores en las resoluciones del recurso se ha incorporado en la LCSP/2017 en su artículo 59.3.

Es importante esta inclusión en la nueva ley de la posibilidad de rectificación, ya que no se recogía de forma expresa en el anterior TRLCSP, por lo que los Tribunales para poder admitir la rectificación y corrección de errores, debían ampararse en el artículo 105. 2 de la LRJAP, que establece que las Administraciones Públicas podrán rectificar en cualquier momento, de oficio o a instancia de parte, los errores materiales, de hecho, o aritméticos en sus actos.

5.3.2. Otras formas de terminación del procedimiento:⁷⁵

Además de la resolución como forma normal de terminación del procedimiento del REC, existen otras formas posibles:

a) El desistimiento:

El desistimiento de la acción impugnatoria por parte del recurrente es una forma clásica de terminación del procedimiento administrativo por aplicación supletoria de la LPACAP. Podemos definir el desistimiento como un acto unilateral, libérrimo e inmotivado, ya que no requiere de fundamentación alguna, sin perjuicio de la posibilidad de interponer multas si se apareciere mala fe por el recurrente, por lo que, si se quiere

⁷⁴ SANTAMARÍA PASTOR, J.A, Los recursos especiales....., op.cit, pág. 207.

⁷⁵ SANTAMARÍA PASTOR, J.A, Los recursos especiales..., op.cit, pág. 183 – 184.

evitar una posible multa por temeridad o mala fe en la interposición del REC, considera SANTAMARÍA PASTOR que sería aconsejable motivar el desistimiento.

El Tribunal pueda limitar los efectos del desistimiento, y hacer continuar con el procedimiento si los interesados lo solicitan o si existen razones de interés general. El desistimiento de la acción provoca la firmeza del acto impugnado, impidiendo la impugnación en vía jurisdiccional.

b) La extinción por imposibilidad:

Se refiere a la imposibilidad de continuar el procedimiento por causas sobrevenidas. Como pueden ser la incapacitación o extinción de personalidad jurídica del recurrente, o del objeto del contrato. También entrarían dentro de estos supuestos, la anulación del acto administrativo que se pretende previamente por una resolución del TARC (supuesto que se da cuando un mismo acto es recurrido por varios licitadores) y los actos de renuncia o desistimiento de realizar el contrato, por pérdida del objeto del mismo.

c) El allanamiento:

El allanamiento se trata del reconocimiento por la Administración demandada de las pretensiones del recurrente. Este allanamiento se da lugar con la aceptación de las pretensiones en el proceso, mediante una declaración formal por el representante de la Administración.

El allanamiento se produce en el momento en el que el órgano de contratación debe remitir al Tribunal, junto con el expediente de contratación, el informe donde manifiesta su conformidad, sobre todas o alguna de las pretensiones del recurrente.

En diferencia con el allanamiento, la *satisfacción extraprocesal* tiene lugar mediante una actuación o resolución de la Administración en vía administrativa (al margen del proceso incoado), por el que el órgano de contratación *motu proprio* rectifica el acto impugnado al tener noticia de la interposición del REC.

VI. RECURSOS CONTRA LAS RESOLUCIONES DE LOS TARC:

El REC es un recurso de carácter administrativo que se caracteriza por su exclusividad, ya que contra las resoluciones que lo resuelvan no cabe interponer recurso administrativo previo ni posterior, puesto que agota la vía administrativa. Solo cabrá interponer recurso

contencioso-administrativo conforme los artículos 59 de la LCSCP/2017 y 11 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la jurisdicción contenciosa-administrativa. Sin embargo, cabe recordar que en el anterior TRLCSP permitía la posibilidad de interponer un recurso previo al REC en las resoluciones de los órganos de contratación en el ámbito de las Comunidades Autónomas, cuestión que fue suprimida en la nueva LCSCP/2017.

Por lo que se debe concluir, que las resoluciones que resuelvan los recursos especiales dictadas por los TARC no son revisables en vía administrativa ni por recurso administrativo ni por revisión de oficio, en virtud de lo establecido en el artículo 59.3 de la LCSCP/2017. Véase, en este sentido la Resolución TARCJA 110/2012.

El control judicial de las resoluciones de los TARC por regla general se encuentra atribuido a la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en caso de las resoluciones del TARC Central, y a la Sala del Tribunal Superior de Justicia referido a contratos en el ámbito competencial de las Comunidades Autónomas o Corporaciones Locales.

VII. CONCLUSIONES

La LCSP/17 lleva a cabo una ampliación del objeto del recurso especial que es favorable en términos generales. De una parte, trata de garantizar el derecho de defensa de los licitadores en el procedimiento, tanto respecto de la preparación y adjudicación del contrato como de algunos aspectos de la ejecución; y, de otra, pretende conseguir un sistema de recursos más eficaz. En este sentido, resulta positivo la expresa mención que establece la ley sobre la gratuidad del recurso, ya que alguna Comunidad Autónoma estableció la obligación de pago de una tasa para recurrir.

Por lo que se refiere al ámbito objetivo del recurso, se demuestra una especial preocupación en la lucha contra la corrupción, como puede reflejarse con la inclusión en el objeto del recurso de las modificaciones contractuales (que estaban expresamente excluidas del recurso por el legislador en el TRLCSP). De esta manera, se pretende evitar acciones fraudulentas en la modificación del contrato, lo que redundará en una mayor transparencia de la contratación.

Junto a las modificaciones, se amplía el objeto del recurso en un doble sentido: de una parte, se rebajan las cuantías para interponer el recurso especial, desvinculándose de los umbrales propios de los contratos sujetos a regulación armonizada; y, de otra, se añaden nuevas figuras jurídicas susceptibles de recurso, como son los encargos a medios propios y el rescate de las concesiones.

Otra novedad importante es que se clarifica el concepto de acto de trámite cualificado, considerándose como tal –en todo caso- los actos de admisión e inadmisión de licitadores y de ofertas, incluso las ofertas excluidas por resultar anormalmente bajas; lo que viene a corregir la doctrina imperante bajo el TRLCSP, al entenderse que no cabía interponer recurso especial independiente contra los actos de admisión de licitadores.

La posibilidad de interponer un recurso independiente contra cada acto del procedimiento de licitación podría considerarse un exceso de impugnación, lo que podría suponer una dilación en el procedimiento, como ha manifestado un sector de la doctrina. Al respecto, algunos expertos consideran que los actos de trámite de admisión e inadmisión de licitadores y de ofertas, o incluso los pliegos, únicamente deberían poder impugnarse en el acuerdo de adjudicación, conforme a los principios de economía procesal y eficacia.

Entre los aspectos negativos, cabe destacar la imprecisión del legislador a la hora de regular la procedencia del REC en los contratos privados. Como tuvimos oportunidad de explicar a lo largo del trabajo, los contratos privados celebrados tanto por entes públicos considerados AAPP, como los celebrados por entes públicos no AAPP y los entes públicos no poderes adjudicadores, se rigen en su preparación y adjudicación por determinados preceptos de la LCSP/17; consecuentemente, todas las cuestiones relativas a la preparación y adjudicación de estos contratos se residencian en la jurisdicción contencioso-administrativa (art. 27). Sin embargo, si acudimos a los preceptos concretos por los que se rige la LCSP/17, observamos que nada dicen sobre la posibilidad de interponer el REC. A este respecto, cabe interpretar que en estos casos también es posible interponer el REC. En cualquier caso, en aras de la seguridad jurídica, sería positivo que el legislador regulase esta cuestión de forma más precisa y concreta.

En lo que respecta al ámbito subjetivo del recurso, resulta novedoso la expresa mención sobre la legitimación activa en defensa de los derechos e intereses tanto individuales como

colectivos que hace la LCSP/17. Ello, es positivo, ya que concreta mejor este aspecto a diferencia de como lo hacía el anterior TRLCSP.

En cuanto a los aspectos procedimentales, es una mejora que otorga de mayor flexibilidad al sistema el admitir la posibilidad de interponer el recurso en cualquiera de los lugares mencionados en el artículo 16.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Con esta medida, se rompe con la restrictiva regla que establecía que había que interponerlo necesariamente en el registro del órgano de contratación o del Tribunal. También parece un acierto, la supresión del requisito del anuncio previo al órgano de contratación para la interposición del recurso como venía solicitando la mayoría de la doctrina, ya que carecía de sentido tal requisito puesto que era a la vez subsanable.

En definitiva, esta mayor ampliación y flexibilidad permitirá incrementar el número de recursos, provocando una sobrecarga de trabajo para los órganos administrativos especiales encargados de resolver dichos recursos, lo que, a su vez, puede terminar generando un retraso en las resoluciones, por lo que se requiere de los medios propios necesarios para poder hacer frente a un mayor número de recursos sin mermar la eficacia y la rápida respuesta de los tribunales administrativos especiales.

Aunque la competencia y composición de los TARC no fueron objeto de estudio, debido a lo extenso de la materia, debe recordarse la controversia suscitada al respecto sobre la naturaleza de estos órganos de resolución. En este sentido, la resolución de los recursos especiales goza de mayor brevedad que la de los recursos contencioso-administrativos, por lo que parece un acierto la decisión del legislador español de crear órganos de naturaleza administrativa para la resolución del recurso especial, en contraste con los datos que ponen de manifiesto la sobresaturación de los juzgados contenciosos que tardan en resolver una media de casi 400 días.⁷⁶

Para evitar esa situación, deberá encontrarse un justo equilibrio entre la protección jurídica del licitador y la dotación de un sistema que resulte, a la vez, garantista y eficiente.

⁷⁶ PATRICIA VARCARCEL, XI Congreso AEPDA, "Análisis de los rasgos y peculiaridades del recurso especial: en la senda hacia el cumplimiento efectivo del derecho a una buena administración", 2016, págs.9-11.

BIBLIOGRAFÍA

FERNÁNDEZ ACEVEDO, R. “El efecto útil de las directivas de recursos y de contratos como límite a la caducidad del recurso contra los actos de la licitación: a propósito de la Doctrina eVigilo”, Observatorio de Contratación Pública, 2015, www.obcp.es.

FRANCO ESCOBAR, S. “¿Es admisible la impugnación indirecta de los pliegos con vicios de invalidez relativa?”, en *El alcance de la invalidez de la actuación administrativa*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2017, págs. 320-327.

GIMENO FELIU, J. M^a (Dir.), “Informe Especial. El sistema de control de la Contratación Pública en España”, Observatorio de Contratación Pública, 2015, www.obcp.es, págs. 10-26.

GONZÁLEZ VARAS IBAÑEZ, S., *Contratación Pública. Comentarios a la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del sector público*, Tratado de derecho administrativo tomo III, Civitas, Thomson Reuters, 2018, págs. 231-254.

GUILLÉN CARAMÉS, J., “La extensión del recurso especial en la nueva Ley de Contratos del Sector Público”, *Actualidad Jurídica Aranzadi* núm. 936/2017, BIB 2018\7774, Aranzadi, 2017, págs.1-2.

HERNÁNDEZ SALGUERO, E. “El nuevo objeto del recurso especial en materia de contratación”, en *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, 2018, págs. 638-661.

PARDO GARCÍA VALDECASAS, J.J. “El recurso especial en materia de contratación.”, en *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, 2018, págs. 600-637.

SANTAMARÍA PASTOR, J.A, *Los recursos especiales en materia de contratos del sector público*, Aranzadi, 2015, págs. 33-211.

SANTIAGO FERNÁNDEZ, M^a J. “Procedimiento del recurso especial en materia de contratación.”, en *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, 2018, págs. 667- 686.

SANTIAGO FERNÁNDEZ, M^a J, “Casuística del TARCJA respecto a los actos susceptibles de recurso especial”, en *Manual práctico sobre el recurso especial en materia de contratación (doctrina 2012-2016)*, Instituto Andaluz de Administración Pública, 2016, pág. 17.

VARCÁRCEL FERNÁNDEZ, P., XI Congreso AEPDA, “Análisis de los rasgos y peculiaridades del recurso especial: en la senda hacia el cumplimiento efectivo del derecho a una buena administración”, 2016, págs. 7-11.