

Máster Universitario en Abogacía

Universidad de La Laguna

Curso 2021-2022

Convocatoria de Julio

*El controvertido régimen del recurso especial en
materia de contratación pública.*

The controversial regime of the special appeal on public contracting.

Realizado por: Tamara Álvarez Díaz.

Tutorizado por: Eduardo Ángel Risueño Díaz.



ABSTRACT

The present article makes a detailed study of the special appeal on public procurement is provided as an instrument to control the procurement process, which stands out because of its appropriate practical application and significant contribution to the efficacy of the right to a sound administration. In this respect, provide an overview of the system of review adopted by the legislator and the functioning of the administrative review courts, addressing the main problems encountered in practice and suggesting alternative solutions.

KEY WORDS: special appeal, public procurement, Administrative Court for Contractual Appeals, procedure, sound administration.

RESUMEN

El recurso especial en materia de contratación pública se ha consolidado desde su reciente creación como un instrumento de control de la legalidad que destaca por adecuada aplicación práctica, dando así cumplimiento a las exigencias de las Directivas comunitarias y en consonancia con la contribución al derecho de buena administración. El presente estudio se desarrolla la importancia práctica del recurso especial en materia de contratación pública y conocer el funcionamiento de los Tribunales de Recursos contractuales analizando sus problemas prácticos y establecer propuestas de mejora para funcionamiento del mismo.

PALABRAS CLAVE: contratación pública, recurso especial, Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales, Procedimiento, buena administración.



ÍNDICE

I.	Introducción.....	1
II.	Antecedentes legislativos.....	3
III.	Características del recurso especial.....	6
3.1.1	Carácter administrativo.....	7
3.1.2	Revisor de la juridicidad.....	7
3.1.3	Carácter potestativo.....	8
3.1.4	Gratuito.....	9
3.1.5	Exclusivo.....	10
3.1.6	Eficaz.....	11
3.1.7	Tutela cautelar.....	12
IV.	Ámbito de aplicación del recurso. Los contratos susceptibles de recurso especial.....	12
4.1.1	Por tipología del contrato.....	13
4.1.2	Umbral de entrada al recurso.....	15
4.2.1.	Tipología decisional.....	16
4.2.2	Los anuncios de licitación.....	17
4.2.3	Los pliegos y demás documentos que rigen la licitación.....	17
4.2.4	Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación.....	19
4.2.5	La publicidad de las licitaciones.....	21
4.2.6	Las modificaciones contractuales.....	21
4.2.7	La formalización de encargos a medios propios.....	22
4.2.8	Los acuerdos de rescate de concesiones.....	23
4.2.9	Los acuerdos de adjudicación.....	23
V.	Ámbito subjetivo. Los derechos o intereses legítimos.....	24
VI.	La creación de un órgano administrativo especializado independiente. El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) y sus homólogos autonómicos.....	29
6.1	La Administración General del Estado: El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.....	30
6.2	Los Tribunales Autonómicos de Contratos Públicos.....	31
6.3	Los Tribunales Locales de Contratación Pública.....	33
VII.	Procedimiento del recurso.....	34
7.1	Iniciación del procedimiento.....	34
7.1.1	Los plazos para la interposición del recurso.....	36



7.1.2	Subsanación y causas de inadmisión.....	37
7.2	Tramitación del procedimiento.....	39
7.2.1	Acceso al expediente.....	39
7.2.2	Trámite de alegaciones.....	40
7.2.3	Medios probatorios.....	41
7.3	La tutela cautelar.....	41
7.3.1	Las medidas cautelares.....	41
7.3.2	La tutela cautelar suspensiva del procedimiento.....	43
7.3.3	La medidas desincentivadoras de la litigiosidad.....	44
7.4	La resolución del recurso especial y sus efectos.....	45
VII.	Principales problemas aplicativos del Recurso especial en materia de contratación.....	47
VIII.	Conclusiones.....	51
IX.	Bibliografía.....	53



I. Introducción.

El recurso especial en materia de contratación, (en adelante REMC ó recurso especial), se regula fundamentalmente en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP), por la que se transponen al ordenamiento jurídico español la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 como en el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, que se mantiene aún en vigor en todo aquello que no contradiga a la LCSP. La actual regulación supone una continuación del ya derogado Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público¹.

Dentro del ámbito de la contratación pública, el recurso especial en materia de contratación constituye un pilar esencial, como instrumento de control de la legalidad en los procedimientos de contratación pública, resuelto por los distintos tribunales de contratos cuya función proyecta un porcentaje de resoluciones dictadas con premura, por órgano cualificados e independientes haciendo efectiva la seguridad jurídica y la confianza de los licitadores y de manera directa produciendo la reducción de la litigiosidad en sede contencioso-administrativa.

En materia de contratación pública, el derecho europeo ha considerado necesaria la existencia de este recurso especial para garantizar que ante una materia específica y de gran importancia económica se pueda acceder a la tutela inmediata y decisiva de los derechos del sector, dado que si un contrato adjudicado ilegalmente se ejecuta es muy difícil reparar el daño causado al perjudicado por los medios habituales². Se trata de un recurso fuertemente influenciado por normativa comunitaria que incide en el cumplimiento de la eficacia y transparencia. La necesidad de garantizar el cumplimiento de los principios generales de la contratación pública³, y de someter

¹ Su desarrollo reglamentario se encuentra en el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

² Dictamen del CGPJ de 17 de junio de 2015.

³ Artículo 1 LCSP, “*La presente Ley tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores; y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, y el principio de integridad, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa*”.



a control la actividad contractual del sector público ha derivado la creación de los tribunales administrativos de recursos encargados de resolver el recurso. Asimismo, la actual regulación ha conseguido superar con una valoración positiva cumpliendo las expectativas y los fines para los que se había creado respondiendo a las exigencias comunitarias.

La contratación pública como rama del derecho administrativo supone un núcleo de conflicto entre las entidades contratantes y los licitadores, que acuden a la vía del recurso especial para resolver las controversias surgidas de manera eficaz. Tal y como se desprende del propio preámbulo de la LCSP, la contratación pública es proclive a las prácticas colusorias y a la corrupción, según lo indica la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), estableciendo que las ineficiencias en la contratación pública representan un 25% de sobrecoste lo que equivale a un 4,6 del PIB anual en pérdidas para la economía española⁴.

De acuerdo con lo dispuesto por la Organización de Cooperación y desarrollo económico (OCDE), la relevancia de la contratación pública para la actividad económica estatal se sitúa en el 14% del PIB mundial y en el ámbito nacional representa aproximadamente un 19% del PIB⁵. No obstante, en el 2021 el porcentaje de gasto público en contratación pública ha disminuido provocado por el aumento en las partidas de gastos sociales promovidas por los Gobiernos en respuesta a la crisis sufrida por la pandemia. El Gobierno de Canarias con fecha de 2 de abril de 2020 dictó el Decreto ley nº4/2020 de 2 de abril, de medidas extraordinarias de carácter económico, financieras, fiscales y administrativas para afrontar la crisis provocada por el COVID-19. Hemos de destacar que la contratación pública se encuentra en una etapa de cambios urgentes para afrontar el plan de recuperación económica para abordar de forma eficaz y eficiente la resolución de los recursos planteados ante actos derivados de procedimientos de contratación. En consonancia, con el Decreto ley 4/2021 de 31 de marzo de medidas urgentes para la agilización administrativa y planificación, gestión y control de los Fondos procedentes del Instrumento europeo de recuperación denominado “ Next Generation EU” en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Canarias por la lucha contra la COVID-19⁶, donde la contratación pública ocupa un papel predominante.

⁴ CNMC “Por una normativa eficiente de contratación pública”. <https://blog.cnmc.es/2017/02/02/por-una-normativa-eficiente-de-contratacion-publica-i/>.

⁵ Observatorio de Contratación Pública.” Publicación del estudio de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) Government at a Glance 2021”. <http://www.obcp.es/noticias/publicacion-del-estudio-de-la-organizacion-para-la-cooperacion-y-el-desarrollo-economicos>, (fecha última consulta 19 de febrero de 2022).

⁶ BOC nº67 de 1 de abril de 2021.



II. Antecedentes legislativos.

Como punto de partida, en nuestro ordenamiento jurídico no se contemplaba un recurso específico en materia de contratos públicos, únicamente era posible acceder a los recursos administrativos ordinarios lo que resultaba ineficiente puesto que la mayoría de las resoluciones eran desestimatorias por silencio administrativo y las resoluciones favorables eran tardías habiéndose ejecutado previamente y produciendo perjuicios de difícil o imposible reparación con el único fin de aspirar a obtener una indemnización⁷.

El origen de recurso especial en materia de contratación surge a raíz de la Directiva comunitaria 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, de carácter procedimental, referente a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras. Asimismo, escaso tiempo después se completaría con la Directiva 92/13/CEE, de 25 de febrero de 1992, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de las normas comunitarias en los procedimientos de formalización de contratos de las entidades que operen en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones. En cuanto a las Directivas mencionadas pretenden obtener un sistema de recursos más eficaz que origine mayor concurrencia en la contratación, eliminando el efecto disuasorio que producía la ausencia de recursos de tal naturaleza. Por tanto, introdujo el cumplimiento de procedimientos más adecuados con fines de permitir la anulación de las decisiones ilegales y la indemnización por los intereses perjudicados⁸.

El TJUE en el asunto Alcatel (C-81/98) de 28 de octubre de 1999, estableció que el órgano jurisdiccional nacional reconoce a los interesados un derecho a recurrir en vía jurisdiccional en materia de contratos públicos, en las condiciones enunciadas en la Directiva 89/665, conforme a lo dispuesto en sus artículos 2.1.a) y 2.1.b) debe recordarse que las disposiciones nacionales deben ser interpretadas conforme a la Directiva 89/665, los interesados pueden solicitar la reparación de

⁷ SANTAMARÍA PASTOR, J. A.: “*Los recursos especiales en materia de contratos del sector público*”, Ed. Aranzadi Cizur Menor, Navarra, 2015, pp. 33-35. SANTAMARÍA PASTOR, J. A.: “*Los recursos especiales en materia de contratos del sector público*”, Ed. Aranzadi, 2015, pp. 33-35.

⁸ La Sentencia del TJUE de 3 de marzo de 2005, (Fabricom) dispuso lo siguiente: << *Las disposiciones de las Directivas 89/665 y 92/13 destinadas a proteger a los licitadores contra la arbitrariedad de la entidad adjudicadora, tiene por objeto reforzar los actuales mecanismos para garantizar la aplicación efectiva de las normas comunitarias en materia de adjudicación de contratos públicos, en particular, en la fase en la que las infracciones aún puedan corregirse*>>.



los perjuicios sufridos a causa de la no adaptación del derecho nacional a la Directiva dentro del plazo señalado por la Sentencia TJUE de 8 de octubre de 1996⁹. Sin embargo, la legislación española fue reticente a su transposición, La Ley 13/1995, de 18 de mayo de Contratos de las Administraciones Públicas, (en lo sucesivo LCAP) incumpliendo la misma, no incorporó el contenido de aquellas Directivas recogiendo en la Exposición de Motivos el siguiente argumento; *«la materia de recursos que constituye su objeto es ajena a la legislación de contratos de las Administraciones Públicas, y respecto a la Directiva 89/665/CE, además, en nuestro ordenamiento jurídico, distintas normas procesales y procedimentales vigentes, se ajustan ya a su contenido»*.

No obstante, el incumplimiento en la transposición de Directivas Comunitarias en materia de recursos implicó dos condenas judiciales, en concreto por la STJUE de 15 de mayo de 2003 , Comisión contra el Reino de España (Asunto C-214/00) y también la STJUE de 16 de octubre de 2003, Comisión contra el Reino de España (Asunto C-283/00), que condenaron a España por inaplicar el sistema de recursos previsto en la Directiva 89/665/CEE a sociedades de derecho privado que formen parte del Sector Público. En este sentido, eran tres los aspectos que a juicio del Tribunal no se ajustaban a la normativa comunitaria: en primer lugar, no haber extendido el sistema de recursos a las decisiones adoptadas por todas las entidades adjudicadoras, incluidas las sociedades de derecho privado creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial y mercantil. En segundo lugar, por no admitir la interposición de recursos contra todas las decisiones adoptadas por las entidades adjudicadoras, incluidos todos los actos de trámite. Y por último, por no haber previsto la posibilidad de que se adopten las medidas cautelares procedentes en relación con las decisiones adoptadas por las entidades adjudicadoras, incluidas las medidas destinadas a permitir la suspensión de una decisión administrativa.

Como consecuencia, se introdujo el Real Decreto Legislativo 2/2000 de 16 de junio por el que se

⁹El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), ha destacado que la obligación de respeto de los principios de imparcialidad, objetividad, e igualdad y no discriminación en la adjudicación de los contratos públicos se extiende a todos los contratos que celebren los órganos de contratación sujetos a las directivas. De hecho, en la Sentencia de 16 de abril de 2015 (Asunto C-278/14), el Alto Tribunal declara en respuesta a una cuestión prejudicial su competencia para conocer cuestiones relativas a los contratos que por su cuantía no se hallan sujetos a las Directivas comunitarias de contratación pública y por tanto a su competencia. No obstante, entra a resolver el fondo del asunto fundamentado en parte esta decisión en que la adjudicación del contrato está sujeta a las normas fundamentales y a los principios generales del Tratado de Funcionamiento de la UE, en concreto a los principios de igualdad de trato y no discriminación por razón de la nacionalidad y la obligación de transparencia que de ellos se deriva.



aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, (en lo sucesivo TRLCAP), se añadió la regulación existente para las Administraciones Públicas a otras sociedades y entidades del Sector Público, así como la posibilidad de solicitar las medidas provisionales destinadas a la suspensión del procedimiento. No obstante, dicha reforma se consideró insuficiente, produciendo nuevas condenas por el TJUE, nos remitimos a la Sentencia TJCE de 3 de Abril de 2008, Comisión C. Reino de España (C-444/06).

Tras la segunda condena, se da el primer paso para la regulación del recurso especial y de los órganos encargados de su resolución en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en lo sucesivo LCSP), concretamente en sus artículos 30 a 37, que traspone la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los contratos públicos de obras, servicios y suministros. Sin perjuicio de que, la Ley 30/2007 de 30 de octubre, incurriría nuevamente en una contradicción, debido a que el órgano competente para la resolución del recurso sería el órgano de contratación, lo cual, no garantizaba la imparcialidad e independencia.

Posteriormente, la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 3 de abril de 2008, (Asunto C-444/06), volvió a declarar el incumplimiento del Reino de España en relación con la transposición de la Directiva 89/665/CEE, al no prever un plazo obligatorio para que la entidad adjudicadora notifique la decisión de adjudicación de un contrato a todos los licitadores y al «no prever un plazo de espera obligatorio entre la adjudicación de un contrato y su celebración». En octubre de 2009, la Comisión Europea instó oficialmente a España a dar cumplimiento a la citada STJCE de 3 de abril de 2008 y a la transposición de la DR cuyo plazo finalizaba el 20 de diciembre de 2009.

Una vez traspuesta la legislación comunitaria a través de la LCSP de 2007, volvería a sufrir una modificación con la aprobación de la Directiva 2007/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de diciembre, que modifican las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE, con la finalidad de subsanar las infracciones y dotar al régimen de recursos de mayor eficacia y rapidez, estableciendo un plazo de suspensión mínimo entre la adjudicación y la celebración del contrato, impidiendo la celebración del mismo hasta que se produzca la resolución del recurso, además de atribuir la resolución a un órgano independiente.

Seguidamente, se dictó la Ley 34/2010, de 5 de agosto de modificación de las LCSP (2007) y la



Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA), que resultaría posteriormente refundida en un único texto por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), en los artículos 40 a 49 bajo la rúbrica «*Régimen especial de revisión de decisiones en materia de contratación y medios alternativos de resoluciones de conflictos*», sin considerables cambios en la materia.

Por consiguiente, se dictó la Ley 24/2011 de 1 de Agosto, de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad, lo que añadiría el artículo 310.2 LCSP lo siguiente; <<*no serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación los actos de los órganos de contratación dictados en relación con las modificaciones contractuales no previstas en el pliego, que de conformidad con lo dispuesto en los artículos 92 bis a 92 quáter, sea preciso realizar una vez adjudicados los contratos tanto si lo acuerdan como si no la resolución y la celebración de una nueva licitación*”.

Finalmente, la última reforma legislativa de contratos ha supuesto una evolución notoria, recogida en la Ley de contratos 9/2017 (LCSP), por la que se trasponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE de 26 de febrero de 2014, establece un nuevo régimen adaptado a la normativa comunitaria. Se trata de una legislación básica de aplicación general para las Administraciones públicas, organismos, entidades dependientes y que deben ser respetadas por las legislaciones autonómicas de desarrollo. Respecto, al sistema actual del recurso especial que será objeto de estudio por el presente, se analizarán en profundidad sus diferentes particularidades y principales problemas prácticos¹⁰.

El sistema del recurso especial en materia de contratación se encuentra regulado en el Capítulo V Título I, del libro Primero de LCSP, concretamente en sus artículos 44 a 60 de la LCSP, configurado como un recurso administrativo especial con carácter revisor, potestativo, gratuito, y excluyente cuyo ámbito objetivo cabe contra determinados contratos en función de su cuantía y tipología decisional.

¹⁰ La Comunidad Foral de Navarra posee regulación autonómica propia, denominada Ley Foral de contratos Públicos 2/2018 de 13 de abril, con algunas particularidades respecto a la legislación básica.



III. Características del recurso especial.

3.1 Carácter administrativo.

Originariamente, se atribuía el conocimiento del recurso a instancias administrativas especializadas e independientes de los tribunales administrativos, por lo que se atribuye al recurso especial naturaleza administrativa especial. Su tramitación corresponde a una vía administrativa y no jurisdiccional. En cuanto a su régimen de constitución y funcionamiento del TARC se ajustará a las disposiciones previstas por las leyes generales de la Administración Pública, relativas a los órganos colegiados, concretamente reguladas en la Ley 40/2015 de 1 de octubre del Régimen Jurídico del Sector Público, artículo 45.8 LCSP y en cuanto a la tramitación del recurso se regirá por las disposiciones de la Ley 39/2015 de procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, (en adelante LPACAP), con las especialidades prevista en el artículo 56.1 LCSP.

Con carácter general, el recurso tiene carácter especial en lo organizativo por encomendarse su conocimiento a órganos especializados con una posición peculiar a nivel interno con independencia funcional y externo a órganos jurisdiccionales. Y en su ámbito objetivo, el presente recurso se justifica por su ámbito limitado, se trata de un recurso previsto con las particularidades previstas en una norma jurídica especial para determinados ámbitos o materias y que son excluyentes, desplazando a los recursos ordinarios en su respectivo ámbito de aplicación.

3.2 Revisor de la juridicidad.

La función de los órganos administrativos para conocer el recurso especial consiste en verificar la juridicidad de los actos sometidos a su conocimiento y dentro sus competencias, sin sustituir las prerrogativas propias y exclusivas del poder adjudicador, principalmente a las referidas a la determinación de las condiciones de la contratación, como de aquellas materias propias de la discrecionalidad técnica de la entidad licitante siempre que estas se ajusten a Derecho, y la de adjudicar el contrato a uno u otro competidor.

La Resolución 191/2012 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante TACRC), reconoce el Tribunal administrativo encargado de resolver el Recurso Especial, ostenta una función revisora de la legalidad de los actos recurridos para determinar si



se ha producido un vicio de anulabilidad o nulidad con carácter general para el conjunto de recursos, previsto en el artículo 107 LRJPAC, de manera específica. La función se limita únicamente a la revisión, no pudiendo dictar un acto sustitutivo puesto que sus funciones se limitan a examinar la legalidad del acto recurrido confirmando o anulando en todo o en parte.

A diferencia de lo que sucede en los recursos administrativos ordinarios, cuando la resolución contenga un sentido estimatorio conlleva la aprobación por el órgano contratante de un nuevo acto en sustitución del impugnado. En el supuesto de apreciarse la existencia de tales vicios, el Tribunal se pronunciará sobre el contenido de las decisiones indebidas adoptadas durante el procedimiento de adjudicación, incluyendo la supresión de las características técnicas, económicas o financieras discriminatorias contenidas en el anuncio de licitación, anuncio indicativo, pliegos, condiciones reguladoras de contrato o cualquier otro documento relacionado con la licitación o adjudicación, así como, si procede, sobre la retroacción de actuaciones¹¹. No obstante, sin que en ningún caso el Tribunal contractual pueda sustituir al órgano de contratación al que le corresponde dictar el acto de adjudicación, podría incurrir en incompetencia material sancionada con nulidad radical (art. 62.1.b) de la LRJPAC y, por remisión, art. 32.a) del TRLCSP). En relación con lo expuesto, habrá de ser el órgano de contratación el que vuelva a resolver lo que proceda, debiendo admitirse las pretensiones que formulen los recurrentes en el suplico de sus recursos que vayan más allá de esos límites, por falta de competencia del presente Tribunal para resolverlas.

3.3 Carácter potestativo.

El carácter potestativo del recurso especial no exige la interposición del REMC como requisito previo para acudir a la jurisdicción contenciosa, atribuyendo al recurrente la alternativa en la decisión de interponer recurso especial o directamente acudir a la vía contenciosa. De modo que, el carácter de facultativo le permite optar por recurrir. El recurso especial es alternativo y no concurrente con los recursos administrativos ordinarios. No puede utilizarse uno u otros, sino que los actos antes referidos que pueden ser objeto del recurso especial ha de recurrirse por esta vía (Art 44.5 LCSP).

En relación con su primera redacción otorgaba al recurso carácter preclusivo u obligatorio, es

¹¹ SANTAMARÍA PASTOR, J. A.: “*Los recursos especiales en materia de contratos del sector público*”, Ed. Aranzadi Cizur Menor, Navarra, 2015, pp. 65 y ss.



decir, como requisito previo para acceder posteriormente a la vía contencioso-administrativa¹², hasta la entrada en vigor de la Ley 34/2010 que estableció su carácter potestativo. Asimismo, plantea varios inconvenientes procesales derivados del mantenimiento de la doble vía de recurso frente a los mismos actos y dejando a la voluntad de los recurrentes, por lo que puede determinar que un mismo acto sea recurrido por varios licitadores ante un Tribunal Administrativo y ante la vía contenciosa administrativa, señalando la inseguridad jurídica que puede producir, por lo que, supondría una afectación a la rapidez y eficacia del derecho¹³. El carácter potestativo genera importantes disfunciones especialmente cuando varios licitadores que concurren a un mismo procedimiento deciden impugnar un determinado acto a través de diversas vías de recurso, resulta necesario dotar al recurso de carácter preceptivo y configurarlo como requisito previo a la vía judicial, garantizando así la celeridad.

Una vez interpuesto el recurso se produce el efecto de agotamiento de la vía administrativa. En este sentido, una vez interpuesto y no resuelto, no se permite interponer un nuevo recurso contra el mismo. No se permite, la posibilidad de presentar recurso por una vía y en el caso de que no prosperen las pretensiones reintentarlo por la otra vía, es decir, que la resolución recaída provoca su agotamiento.

Como resultado, considerar al recurso especial la opción más idónea, en relación con el recurso contencioso administrativo que no reúne los requisitos eficacia, debido a su extenso plazo para recurrir, ni produce la suspensión automática del expediente de contratación. En la jurisdicción contencioso, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 129 y 130 LJCA, se podrá solicitar la adopción de medidas cautelares, previa ponderación de todos los intereses en conflicto. La medida cautelar únicamente podrá acordarse cuando la ejecución del acto o resolución pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso y en la práctica en pocas ocasiones dan lugar a la suspensión de los procedimientos.

3.3 Gratuito.

¹² La Recomendación del Consejo de Estado N.º 499/2010 de 29 abril, respecto al Anteproyecto de Ley otorgaba carácter potestativo.

¹³Dictamen 1116/2015 de 10 de marzo de 2016, “*Debe considerarse demostrada ágil resolución de los recursos especiales y que el nuevo sistema contribuirá a evitar estrategias procesales de impugnación de diferentes actos de una misma licitación, unos ante el órgano que resuelva el recurso especial y otros ante la jurisdicción contencioso-administrativa en función de los intereses de parte*”.



Como principal novedad que incorpora la LCSP, consiste en la gratuidad del recurso (artículo 44.7 LCSP). A modo de excepción, en Cataluña se estableció en el Texto Refundido de la Ley de Tasas y Precios Públicos de la Generalidad de Cataluña, aprobado por el Decreto legislativo 3/2008, de 25 de junio, concretamente en su artículo 7 ter, recogía la exigencia para la interposición del recurso especial en materia de contratación y la presentación de la reclamación para la adopción de medidas provisionales o de la cuestión de nulidad, previamente haber efectuado el pago de una tasa en función del valor estimado del contrato objeto del recurso¹⁴. El TJUE en su Sentencia del 6 de octubre de 2015, faculta a cada legislador a establecer como requisito al recurso especial la imposición de una tasa, siempre que no perjudique el ejercicio del derecho a recurrir, así, existen varios estados miembros que han asociado al recurso especial la imposición de una tasa. No obstante, debemos considerar que supone una limitación al derecho a la tutela judicial efectiva de los licitadores, además, no se exige ante recursos administrativos ordinarios.

Dentro de la gratuidad, el recurrente podrá interponer REC sin necesidad de ostentar representación por procurador, ni defensa letrada. No obstante, es aconsejable el asesoramiento de un profesional con conocimientos especializados en materia de contratación pública.

3.5 Carácter exclusivo.

El recurso tiene el carácter de exclusivo en lo que se refiere a su incompatibilidad, en este sentido, no procederá la interposición de recursos administrativos ordinarios contra los actos recurribles, previstos en el artículo 44 LCSP. De este modo, contra las resoluciones dictadas por estos órganos no cabrá ningún otro control en vía administrativa, como un rasgo de independencia. En relación con lo dispuesto en el artículo 59 LCSP, sólo cabrá la interposición del recurso contencioso administrativo contemplado en los supuestos contemplados en el artículo 10.1 k) y l) y 11.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. En consecuencia, el recurrente sólo podrá interponer este recurso siempre y cuando se cumplan sus requisitos exigibles.

¹⁴ En aplicación con el principio de prevalencia, en relación con la Disposición Final Primera, en caso de conflicto prevalece la norma básica respecto a la normativa autonómica, por lo que desde el momento que se produzca la entrada en vigor de normativa básica, toda regulación autonómica que contravenga la anterior, se considera inconstitucional de forma sobrevenida, por lo que el estado puede impugnar la misma. Por tanto, la tasa impuesta en Cataluña contraviene el principio de prevalencia de la norma, artículo 149.3 de la Constitución.



En la práctica, los licitadores que consideren perjudicados sus intereses en los procedimientos de licitación y que hayan interpuesto recurso administrativo de reposición e incluso de alzada, cuestión que carece de incidencia en cuanto a la admisibilidad de los recursos, habida cuenta de la obligación que tiene la Administración en caso de error o ausencia en la calificación del recurso por parte del recurrente no será obstáculo para su tramitación, siempre que se deduzca su verdadero carácter, en virtud de lo dispuesto en el artículo 115.2 LPAC.

Finalmente, el recurso especial en materia de contratación pública se encuentra configurado como un recurso administrativo especial con ámbito limitado, de carácter revisor y eficaz que le otorga una posición privilegiada respecto al régimen general de recursos como medio de impugnación, sin otorgar exclusividad ni preceptividad que permite a los recurrentes optar frente a varias opciones. Tal y como hemos anticipado, se trata de un recurso exclusivo y excluyente puesto que frente a las actuaciones previstas en el artículo no procede la interposición de recursos administrativos ordinarios de alzada y reposición, si bien se configura como un recurso potestativo que no impide la impugnación directa de los actos y decisiones ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

3.6 Carácter eficaz.

La Directiva 89/665, concretamente en su artículo 1.1 LCSP, reconoce la eficacia del recurso garantiza la posibilidad de corregir las infracciones de manera inmediata y antes de que se produzcan perjuicios irreparables. La celeridad impregna todo el régimen del recurso especial mediante su tramitación simplificada y la brevedad de los plazos de interposición frente al sistema general de recursos. Debemos destacar, la inmediata resolución del recurso en un plazo de dos meses frente al año de media del recurso contencioso-administrativo.

Asimismo, a tenor de lo dispuesto en el artículo 54 y DA 15 LCSP, se caracteriza por su carácter procedimental puramente electrónico ya que las comunicaciones y el intercambio de información entre los Tribunales administrativos, los órganos de contratación y los interesados se harán electrónicamente.

3.7 Tutela cautelar.

Atendiendo a la naturaleza del recurso especial cabe la imposición de medidas cautelares bien



previas o coetáneas a la interposición del recurso y especialmente en el caso de que el acto impugnado sea el de adjudicación¹⁵. No obstante, la admisión de medidas cautelares dependerá en todo caso del cumplimiento del procedimiento, interposición en plazo del recurso o bien con posterioridad durante la tramitación del procedimiento, como se analizará con mayor detalle con posterioridad.

IV. Ámbito de aplicación del recurso especial en materia de contratación.

El recurso es especial, por cuanto no cabe contra todos los actos dictados en el procedimiento de contratación pública, sino solo contra los actos delimitados positiva y negativamente en el art.44 LCSP, por referencia al sujeto contratante que ha de ser poder adjudicador, por la tipología del contrato celebrado y su valor estimado, ya sean, contratos de interés comunitario o sujetos a regulación armonizada y por la naturaleza del acto administrativo recurrido.

Primeramente, es imprescindible, determinar previamente cuáles son los organismos cuyos actos y decisiones respecto a determinados tipos contractuales son susceptibles de recurso. Ahora bien, para determinar qué entidades tienen la categoría de poder adjudicador acudimos al artículo 3.3 LCSP¹⁶ En el caso de actuaciones ejercidas por poderes adjudicadores, que no tengan la condición de Administración Pública, se impugnarán en vía administrativa, de conformidad con lo dispuesto en la LPAC 39/2015 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 aquella que ostente el control o participación mayoritaria. Seguidamente, es necesario delimitar el objeto del contrato para comprobar si está incluido en su ámbito aplicativo¹⁷.

¹⁵ Se produce la suspensión automática del acto recurrido para evitar la consolidación de decisiones contrarias a derecho mediante la formalización del contrato, en la práctica puede darse la situación de haber adjudicado y celebrado el contrato con anterioridad a la resolución. Asimismo, la STJUE de 20 de septiembre de 2011, recoge en sus fundamentos n.º 120, lo siguiente “*Por tanto, una protección jurídica completa de los licitadores frente a la arbitrariedad del poder adjudicador supone, en primer lugar, la obligación de informar a todos los licitadores de la decisión de adjudicación del contrato público antes de que se celebre el contrato, para que estos dispongan de una posibilidad real de presentar un recurso que tenga por objeto la anulación de esta decisión, cuando se cumplan los requisitos del mismo(..)*”. Como consecuencia, dicha protección jurídica permite la posibilidad de que el interesado examine con un plazo razonable la validez de la adjudicación, lo que otorga mayor garantía.

¹⁶ Artículo 3 LCSP, adicionalmente, se deben considerar, de acuerdo con la LCSP (art. 3, N.º 4), a los partidos políticos, a las organizaciones sindicales, y a las organizaciones empresariales y asociaciones profesionales, además de las fundaciones y asociaciones vinculadas a cualquiera de ellos, y, también se considerarán poder adjudicador a las Corporaciones de Derecho público (art. 3, N.º 4).

¹⁷ No cabe recurso especial en relación con los procedimientos de adjudicación que se sigan por el trámite de emergencia ni contra las actuaciones mencionadas como susceptibles de ser impugnadas mediante el



4.1.1 Por tipología del contrato.

En virtud a lo dispuesto en el artículo 44 LCSP, se continúa con la estructura clásica del recurso especial del TRLCSP, limitando el recurso únicamente a los actos y decisiones, previstos en su apartado segundo, siempre que se refieran a los siguientes tipos de contrato:

Son susceptibles de recurso el contrato de obras, artículo 13 LCSP, cuyo valor estimado sea superior a tres millones de euros. Como también, los contratos de suministro y servicio, cuyo valor estimado supere los cien mil euros. Por otra parte, no sólo se amplía su ámbito de aplicación porque la Directiva y la LCSP/17, incluye contratos de servicios antes excluidos (como son los relativos al ámbito de los servicios sociales). Asimismo, son susceptibles de recurso especial las concesiones de obra y de servicios cuyo valor estimado supere los tres millones de euros. La Directiva 2014/23/UE, desplaza la categoría jurídica del contrato de gestión de servicios públicos (artículo 40.1.c) TRLCSP) por el contrato de concesión de servicios. Además, se elimina con la nueva regulación el requisito de la temporalidad de cinco años ¹⁸.

Precisamos, la necesidad de distinguir entre contrato de concesión de servicios y contrato de servicios cuando la correcta era la de contrato de servicios, existiendo entre ambos una dicotomía y es la transferencia del riesgo operacional¹⁹, con independencia de si el servicio tiene o no la consideración de servicio público. En la concesión de servicio, la explotación la lleva a cabo el contratista siendo la retribución del concesionario el importe del servicio en sí mismo considerado, siendo la retribución del concesionario el importe de las tarifas que los usuarios

recurso especial, no procederá la interposición de recursos administrativos ordinarios.

¹⁸ En el artículo 40 del TRLCSP, se determinaba la competencia en los contratos de gestión de servicios públicos en función de los gastos de primer establecimiento y el plazo. Con la transposición de las Directivas comunitarias al ordenamiento jurídico español y de conformidad con el documento presentado y aprobado por los Tribunales Administrativos de Contratación Pública el 1 de marzo de 2016, a tenor de los artículos 46 y 47 de la Directiva de concesiones, debe interpretarse que se desplaza la previsión del artículo 40 del TRLCSP que determina la competencia en los contratos de gestión de servicios públicos en función de los gastos de primer establecimiento y el plazo. Por lo que, será el valor estimado del contrato el criterio para determinar la competencia del recurso especial. Por ello, los contratos de gestión de servicios públicos en su modalidad de concesión, se consideraron sujetos a la Directiva de concesiones cuando el valor de la concesión superarse el umbral comunitario (5.225.000 euros), y de conformidad con lo dispuesto en el considerando 81 y en el artículo 46 de la mencionada Directiva el recurso especial en materia de contratación abarca también a la concesión de servicios.

¹⁹ El riesgo operacional son las incertidumbres de mercado, se define como “ *el riesgo de enfrentarse a la competencia de otros operadores, el riesgo de un desajuste entre la oferta y la demanda de los servicios y el riesgo de insolvencia de los deudores, los servicios prestados, el riesgo de que los ingresos no cubran íntegramente los gastos de explotación o incluso el riesgo de responsabilidad por un perjuicio causado por una irregularidad en la prestación del servicio. No guarda relación con una mala gestión o errores de apreciación, al ser estos inherentes a cualquier contrato*”, (Resolución n.º 464/2017 de 26 de mayo).



deben pagar. Mientras que, el TACRC en su resolución 461/2017, indica que en un contrato de servicios la contrapartida la paga directamente la entidad adjudicadora al prestador del servicio.

Serán igualmente recurribles los contratos administrativos especiales, cuando por su características no sea posible fijar su precio de licitación o cuando su valor estimado sea superior a lo establecido para los contratos de servicio, artículo 25 LCSP.

Asimismo, los contratos subvencionados y los encargos sujetos a regulación armonizada, o cuando por sus características no sea posible fijar su importe o en otro caso, cuando esté atendida su duración total más las prórrogas sea igual o superior a lo establecido en el contrato de servicios, artículo 23 LCSP. En cuanto a los contratos subvencionados debemos destacar la Resolución n.º 036/2011 de 24 de febrero del TACRC, la cual estableció lo siguiente: *”cuando existe un contrato celebrado por un poder adjudicador y subvencionado por otro u otros poderes adjudicadores, no debe considerarse como contrato subvencionado, sino como un contrato cofinanciado por diversas Administraciones o PANAP, aunque se haya utilizado la fórmula de la subvención a la hora de articular el título jurídico de entrega de los fondos con el objeto de garantizar en mejor forma la inversión”*.

En lo relativo a los contratos mixtos, que se regulan en el artículo 18 LCSP, el informe de la JCCA 48/2018 , establece la determinación del valor estimado por aplicación del criterio económico atendiendo a la prestación principal con mayor valor.

En cuanto a la división por lotes respecto al recurso únicamente la interposición del recurso incide en los lotes objeto de impugnación²⁰, según lo dispuesto en los artículo 21.2 RPRMC. En este sentido, bajo la posibilidad de interponer recurso especial en materia de contratación cuando únicamente se recurre alguno de los lotes independientemente de que su importe sea inferior al expresado en el artículo 44 LCSP,

No obstante, el TACRC previene que la calificación del contrato no excluye la posibilidad de que el Tribunal compruebe que coincide su naturaleza con el objeto del contrato, lo que dispone en su resolución n.º 247/2018 de 2 de agosto, del TACP *“una indebida tipificación no impide entrar en el fondo de un recurso ya que las consecuencias de la tipificación deben ser interpretadas sistemáticamente en el contexto del derecho comunitario”*. Por tanto, el recurso especial no se

²⁰ SAN 235/2015 de 27 de Abril.



encuentra vinculado a la calificación realizada por el órgano de contratación, sino que se debe atender a la naturaleza, objeto y prestaciones del contrato.

4.1.2 Por razón de la cuantía. Los umbrales de entrada al recurso.

El Dictamen del Consejo de Estado N.º 1116/2015, de 10 de marzo, emitido sobre el Anteproyecto de Ley, cuestiona el carácter de los contratos armonizados y el recurso especial al considerar injustificadas que las cuantías estuvieran vinculadas con los contratos sujetos a regulación armonizada. Asimismo, tras la entrada en vigor del artículo 44 de la LCSP, se han rebajado los umbrales considerablemente²¹.

En este sentido, el recurso especial en materia de contratación tiene ámbito restringido debido a que solo puede interponerse ante un listado cerrado de actuaciones y en relación con su cuantía se limita a contratos con valor estimado superior a un determinado umbral económico. No obstante, tras la rebaja de los umbrales ha seguido siendo una cuestión criticada por la doctrina, DIEZ SASTRE concluye *<<en los supuestos en que se determinan las condiciones para la obtención de tutela, cuesta entender que el criterio económico constituya una razón adecuada para restringir la protección de unos licitadores frente a otros, porque los intereses en liza en la adjudicación de contratos públicos son los mismos con independencia de su valor económico. La cuantía de la indemnización obtenida no puede basarse en el volumen económico del contrato, sino en los daños verdaderamente causados>>*.

Como consecuencia, el legislador introduce una diferenciación insuficientemente justificada que vulnera el principio de igualdad consagrado en la Constitución, que genera una desigualdad arbitraria entre los distintos licitadores por razón de la tipología contractual y la cuantía económica. En efecto, perjudica al resto de interesados que no alcancen las cuantías fijadas por la Ley, no tienen acceso la vía del recurso especial y no puedan satisfacer sus garantías debido a esta elección del legislador y aun cuando formalmente la legitimación se encuentre expresada en términos muy amplios y existan otro tipo de remedios procesales para la protección de sus Derechos, materialmente, todos aquellos que se encuentran bajo los umbrales, se encuentran desprovistos de tutela jurisdiccional rápida y eficaz, en consecuencia con la propia razón de

²¹ El Consejo de Estado en su Dictamen N.º 514/2006 de 25 de mayo, sobre el Anteproyecto de la LCSP, establece que *“esta distinción entre los mecanismos de control de uno y otro tipo de contratos no está suficientemente justificada y podría generar un cierto nivel de inseguridad jurídica por lo que debería considerarse su extensión a todos los contratos”*.



existencia de las Directivas de recursos. Sin perjuicio de que la LCSP, proclama el principio de igualdad y no discriminación como principio general de la contratación pública.

A este respecto, el valor estimado como umbral de entrada al recurso se encuentra directamente relacionado con la capacidad económica de los contratistas, lo que supone en la práctica una restricción subjetiva. Realmente encierra un óbice a la tutela, en el sentido de que, únicamente podrían recurrir las empresas con mayor solvencia económica y financiera. Consecuentemente, en España, el tejido empresarial está formado al 99,9% por pequeñas y medianas empresas, lo que representa el 62% del Valor Añadido Bruto (VAB) y el 66% del empleo empresarial total²². Principalmente, estos umbrales perjudicaran a las PYMES, que son las que aspiran a contratos de menor cuantía y poseen menos recursos para litigar, lo que produce un impacto negativo en las mismas, Por ende, las mismas podrían no tener otra alternativa que plantear un recurso administrativo ordinario sin las mismas garantías de independencia, calidad y rapidez que los tribunales de contratos o acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa sufriendo los inconvenientes de una justicia menos eficaz y más costosa, reduciendo sus garantías.²³ Sin olvidar que es necesaria la intervención de abogado y procurador y en su caso asumir las costas judiciales.

4.2 Por tipología decisional.

De este modo, es necesario analizar las actuaciones tasadas susceptibles de recurso especial, de acuerdo con el artículo 44.2 LCSP. En este sentido, obligatoriamente dichas actuaciones deben producirse en el seno de un procedimiento de contratación, sometidas a las cuantías mínimas fijadas por el legislador y a la tipología contractual señalada anteriormente²⁴.

4.2.1 Los anuncios de licitación.

Como escenario ideal para la interposición del recurso especial, partimos de la impugnación del anuncio de licitación²⁵, como las bases de la licitación, puesto que permitiría desarrollar con

²²Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, Cifras de Pymes de enero de 2021. <http://www.ipyme.org/Publicaciones/Retrato-PYME-DIRCE-1-enero-2021.pdf> ,(última consulta 27 de abril de 2022).

²³ Los Dictámenes del Consejo de Estado N.º 514/2006 y 1116/2015 aconsejaron valorar la extensión del recurso especial a todos los contratos comprendidos en el ámbito de aplicación de la ley por resultar un mecanismo más garantista frente a los derechos de los particulares.

²⁴ Sentencia del TJUE recaída en el Asunto C-458/03, Parking Brixen GmbH, de 13 de octubre de 2005.

²⁵Artículo 135 LCSP. Anuncio de licitación. <<1. El anuncio de licitación para la adjudicación de contratos de las Administraciones Públicas, a excepción de los procedimientos negociados sin publicidad, se publicará en el perfil del contratante. En los contratos celebrados por la Administración General del Estado, o por las entidades vinculadas a la misma que gocen de la naturaleza de Administraciones



estricta sumisión a la legalidad el resto del procedimiento. Sin embargo, existen diversos elementos que lo impiden, entre otros, el plazo de caducidad de la impugnación, la falta de claridad de disposiciones de los pliegos y las condiciones que ocasionan que solo sea posible impugnar el efecto interpretativo de las mismas una vez que son aplicadas.

4.2.2 Los pliegos y demás documentos contractuales que rigen la licitación.

En la preparación de contratos públicos, los pliegos constituyen un factor esencial para velar por los principios de igualdad de trato de los licitadores, no discriminación, libertad de concurrencia y transparencia, tanto en los derechos y deberes de los licitadores como en las características de la licitación para presentar adecuadamente las propuestas, artículo 122 LCSP²⁶. El recurso especial se extiende a la impugnación de la totalidad de las cláusulas contenidas en los pliegos que regulan las condiciones de la licitación, regulan el contenido del contrato, los efectos y extinción del contrato (Acuerdo del TAAR 88/2015, de 1 de septiembre).

En relación con lo dispuesto en el artículo 139.1 LCSP, dispone que en todo caso las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a los pliegos y la documentación que rige la licitación y su presentación supone la aceptación incondicional por parte del licitador de los pliegos, sin salvedad o reserva alguna²⁷. Aunque sin olvidar que una vez aceptados y consentidos no cabe cuestionar la validez jurídica que emana de su estricta aplicación. La resolución del OARC N.º 50/2017 de 24 de abril, resolvió que los pliegos son susceptibles de impugnación autónoma, pasan a ser firmes e inatacables por la vía del recurso especial una vez que no se ha interpuesto recurso en plazo.

Los pliegos son la ley del contrato entendido como “lex contractus”, con fuerza vinculante para la Administración, como los licitadores. De acuerdo con los principios generales «*pacta sunt servanda*», la buena fe y de principio de *non licet* contra los actos propios²⁸, en relación con el artículo 1.281 del Código Civil establece que en el caso de que los términos del contrato son

Públicas, el anuncio de licitación se publicará además en el «Boletín Oficial del Estado». Cuando los contratos estén sujetos a regulación armonizada la licitación deberá publicarse, además, en el «Diario Oficial de la Unión Europea», debiendo los poderes adjudicadores poder demostrar la fecha de envío del anuncio de licitación. La Oficina de Publicaciones de la Unión Europea confirmará al poder adjudicador la recepción del anuncio y la publicación de la información enviada, indicando la fecha de dicha publicación. Esta confirmación constituirá prueba de la publicación»>».

²⁶ Resolución del TACRC N.º 133/2014, de 21 de febrero

²⁷ Resolución N.º 142/2012 de 28 de junio del TACRC.

²⁸ Resolución del TACRC N.º 24/2022.



claros y no deja lugar a dudas sobre la intención de los contratantes, habrá de estarse al sentido literal de sus cláusulas, (Sentencia del Tribunal Supremo de 13 mayo de 1982).

Para salvaguardar los principios de seguridad jurídica y salvo estar ante un vicio de nulidad de pleno derecho, no tendrá legitimación quien, participando en la licitación, no impugne los pliegos y al no resultar adjudicatario, intente recurrir el procedimiento, ya que esta decisión supondría ir contra sus propios actos (“*nemo potest venire contra factum proprium*”) (STC nº 73/1988 de 21 de abril). Podemos criticar, la limitación que sufre el interesado por medio de la vía de la inadmisión del escrito de recurso, bajo el supuesto que haya presentado oferta en el procedimiento que luego impugna, puesto que el propio recurrente/oferente entiende que si su recurso no prospera su oferta será regulada por los pliegos y documentos vigentes. Sin embargo, ello no puede obstar a su derecho a recurso cuando estime que el contenido de las bases o los documentos no han sido establecidos conforme a derecho. Sin perjuicio, de que si resulta admisible cuando es efectuada la impugnación y luego la oferta, no es lógico que, si los efectos en uno y otro caso son idénticos, no se permite recurrir una vez se ha efectuado la oferta. La posición de la aceptación tácita de las bases y documentos debe operar sólo cuando han transcurrido los plazos legales para impugnar las condiciones del concurso, en otro caso se limitaría injustificadamente. No obstante, ante las sospechas de temeridad o la motivación dilatoria del recurrente, el sistema permite establecer mecanismos disuasorios, como las multas, y las garantías en caso de solicitud de medidas cautelares que desarrollaremos en el presente estudio con posterioridad.

La principal problemática radica cuando un precepto confuso relativo al contenido de las bases de licitación pueda ser interpretado de diversas formas por el licitador, provoque que un licitador se vea afectado, ya sea por su exclusión del procedimiento o por una calificación negativa, atendido que el órgano de contratación interprete las bases. Frente a este supuesto, el licitador puede verse afectado por la preclusión de su derecho a impugnar, atendiendo a que el objeto de su requerimiento será una condición del pliego. No obstante, lo que realmente se recurre es la decisión de la Administración que efectúa una interpretación restrictiva, de modo que el plazo para recurrir de dicha decisión, referida a una interpretación arbitraria o ilegal de una decisión de la entidad licitante debe comenzar a contarse desde que dicha decisión haya sido notificada o conocida por el licitador recurrente, siempre y cuando la afectación a los derechos no podría ser apreciada hasta fases posteriores del procedimiento que permiten evidenciarla. En este caso, la problemática que se presenta es el temor o animadversión para recurrir contra una Administración



o Poder adjudicador, ya que será el mismo órgano el que misma valore la oferta del recurrente²⁹.

En lo relativo a la impugnación de las condiciones técnicas, cuando se establecen cuestiones técnicas que constituyan artificialmente una condición restrictivas o que vayan dirigidas a la limitación del mercado cuando solo uno o unos pocos operadores económicos podrán cumplir con dichas condiciones, de forma tal que, en este cumplimiento de los principios generales de la contratación pública. La Resolución N.º 926/2017, de 11 de octubre del TACRC ha manifestado que cabe traer a colación los requisitos exigidos a los licitadores para participar en las licitaciones y cuándo los mismos pueden ser considerados nulos por excesivamente restrictivos o discriminatorios. En efecto, se limita la concurrencia cuando se establecen condiciones técnicas que solo puede cumplir uno de los licitadores.

Sin olvidar que el órgano contratante a la hora de configurar los pliegos ostenta discrecionalidad técnica, debiendo desarrollar sus condiciones tendiendo a la más amplia participación de los operadores económicos, y, en todo caso, la Administración debe justificar, o poder hacerlo, las condiciones que la han llevado a adoptar una decisión en un sentido respecto de los requerimientos destinados a satisfacer la necesidad pública objeto del contrato.

4.2.3 Los actos de trámite adoptados en el procedimiento.

El artículo 44.2.b) LCSP, reconoce a los actos de trámite como susceptibles de impugnación por medio del recurso especial. Asimismo, existen dos categorías de actos de trámite, en primer lugar, los actos de trámite simplificado son aquellos actos no susceptibles de recurso especial, contra los cuales solo podrá presentarse impugnación conjuntamente a la resolución que ponga término al procedimiento, de conformidad con el artículo 112.2 de la LPAC. El TARGA, ha manifestado que los actos de trámite: “*por sí mismos son actos instrumentales de la resolución final, lo que no implica en todo caso que no sean impugnables*”⁷⁰, de modo que, siendo impugnables, no lo

²⁹Resolución del TACRC N.º 728/2019, 27 junio, reconoce lo siguiente: “*distinta es la situación de aquel empresario que, estando interesado en concurrir a la licitación, y advirtiendo la existencia de algún vicio de legalidad en los pliegos, interpone recurso frente a los mismos y, para evitar verse perjudicado ante una eventual desestimación de su recurso, dado el carácter preclusivo del plazo de presentación de proposiciones, formula posteriormente su oferta en el procedimiento de licitación en el que ya ha impugnado los pliegos. En este caso su recurso es admisible, y además se salva el óbice que, respecto de la impugnación de los pliegos, viene advirtiendo este Tribunal en relación con la legitimación de aquel recurrente que no presenta oferta a la licitación*”.



son separadamente de la resolución final.

En segundo lugar, los actos de trámite cualificado son los actos que deciden directa o indirectamente sobre el fondo del asunto, determinando la imposibilidad de continuar con el procedimiento, o bien, produciendo la indefensión o perjuicio irreparable a los derechos o intereses legítimos del recurrente³⁰. De este modo, concurren las circunstancias anteriores cuando en los actos dictados por la mesa de contratación o por el órgano de contratación se acuerde la admisión, inadmisión o exclusión de los licitadores. Además, de los actos de valoración de ofertas o la propuesta de adjudicación del contrato, los acuerdos de clasificación de ofertas, los actos de valoración técnica y de ofertas que sean excluidas por resultar anormalmente bajas, art 149 LCSP.

La STJUE de 5 de abril de 2017. Marina del Mediterráneo. C-391/15, dispone al acto de admisión de oferta como susceptible de recurso, concluyendo que *“toda decisión de un poder adjudicador al que se apliquen las normas de derecho de la unión en materia de contratación pública y que sea susceptible de infringirlas, estará sujeta al control jurisdiccional”*. Anteriormente, dicho criterio no era susceptible de recurso especial debido a que el interés legítimo que ostenta el recurrente a la hora de recurrir estaría igualmente satisfecho con la admisión y con la adjudicación.

Como regla general, sólo son recurribles los actos definitivos, por lo que se establece que los actos trámite no son susceptibles de recurso administrativo de forma autónoma o por medio de recurso ad hoc, por lo que solo excepcionalmente podrán ser impugnados³¹. La doctrina critica esta postura considerándola desacertada porque la inimpugnabilidad separada de los actos de trámite, no contraviene la directiva de recursos porque existiendo una instancia posterior de impugnabilidad del acto, produce una innecesaria paralización temprana de los procedimientos de adjudicación. Por tanto, la decisión de que los citados actos de trámite no puedan ser impugnados de forma independiente no genera indefensión a los licitadores ya que siempre podrán recurrir el acto de adjudicación.

4.2.4 La publicidad de las licitaciones.

Desde la aplicación comunitaria del principio de igualdad de trato y no discriminación, la falta de

³⁰ Resolución. TARCJA. N.º 5/2012, 16 de enero de 2012.

³¹ Resolución N.º 926/2017, 11 de octubre de 2017. TACRC.



publicidad de una licitación constituye una irregularidad que supone una de las infracciones más graves en la materia. La aplicación de este principio produce que todos los interesados puedan tener conocimiento de los criterios y aplicarse a todos uniformemente, Acuerdo del TACPA N.º 36/2017 de 21 de marzo. No obstante, únicamente cabe recurrir este acto cuando se produce la ausencia de publicación del anuncio, se trata de un acto de trámite cualificado pues no procede recurrir la iniciación de una licitación, como potestad atribuida al órgano de contratación, fuera de control para el TACRC y, entre otros, el temor de los participantes o interesados de impugnar el procedimiento en que participarán, o participan.

4.3 Las modificaciones contractuales.

Entre las principales novedades que incorpora la LCSP, en su letra d) del apartado 2, del artículo 44 de la LCSP, se encuentran las modificaciones contractuales previstas y no previstas basadas en el incumplimiento de lo establecido en los artículos 204 y 205 LCSP. Con esta incorporación se garantiza el control en los contratos públicos, trae causa por la problemática que existía en España como país con mayor índice de modificación de los contratos públicos de la Unión Europea³².

La modificación sustancial, se produce cuando hubiese supuesto seleccionar a candidatos distintos o la aceptación de una oferta distinta, produciendo un desequilibrio económico del contrato en beneficio del contratista. El TACRC en su resolución N.º 112/2015 de 6 de febrero, dispone que *“la modificación de las condiciones de la licitación efectuada con posterioridad a la adjudicación del contrato debe asimilarse a una nueva adjudicación hecha en fraude del derecho de los restantes licitadores, habida cuenta de que de haberse conocido su existencia éstos habrían podido presentar una oferta en distintos términos e incluso podrían haber presentado oferta otros que no lo hicieron”*.

Debemos destacar la STJUE 29 de abril de 2004, Asunto Succhi de Fruta, C-496/99, por su relevancia manifestando que la modificación debió ser objeto de una nueva adjudicación, cuando suponga una modificación sustancial y encubra una adjudicación. En cuanto a los límites, la LCSP incorpora que la modificación no puede alterar la naturaleza del contrato cuando se sustituyan las prestaciones por otras diferentes o se modifique el tipo de contrato; y nunca lo será si se trata de una sustitución puntual de alguna unidad de obra, suministro o servicio puntual, y que estas

³² EUROPEAN COMMISSION, Eurobarometer 374 on Businesses' attitudes towards corruption in the EU, 2014



modificaciones no pueden superar un 20 por ciento del precio inicial. Las modificaciones previstas en los pliegos deben ser tenidas en cuenta al calcular el valor estimado del contrato, artículo 101 LCSP, siempre y cuando se trate de modificaciones al alza³³.

La Administración puede aprovechar su capacidad de modificar como elemento para contratar por debajo de su precio. No obstante, habrá que atender a la introducción de estas modificaciones no tenga como objetivo principal restringir la competencia a través de un incremento artificioso del valor del contrato, lo que produce aumentar los requisitos de solvencia de los licitadores de manera artificial lo que podría ir contra el principio de competencia.

Otra problemática radica en establecer quien se encuentra legitimado para recurrir un modificado, existen dos posturas: en primer lugar, se mantiene que están legitimados los licitadores que presentaron oferta y una segunda postura, que admite que cualquiera con un interés legítimo.

En los supuestos de contratos modificados que no superen el umbral para la interposición de recurso especial y cuando este no se funde en la infracción de los artículos 204 y 205 de la LCSP, procederán los recursos administrativos ordinarios o el recurso jurisdiccional contencioso administrativo o civil.

4.4 La formalización de encargos a medios propios.

A su vez, también se incorpora en la LCSP la letra e) del artículo 44.2, relativa a la formalización de encargos a medios propios en los casos en que estos no cumplan los requisitos legales³⁴. Los encargos, serán susceptibles de recurso cuando no sea posible fijar su importe o, en otro caso, cuando atendiendo a su duración total más las prórrogas, sea igual o superior a lo establecido para los contratos de servicios, es decir, cuando sea superior a cien mil euros. Además, debemos comprobar el ente que cumpla los requisitos al que se le realiza el encargo y los encargos que realice, como medio propio no podrá contratar con terceros exceda más del cincuenta por ciento de la actividad objeto del encargo. La Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su Informe 13 de marzo de 2019 dispone que el control conjunto sobre los medios propios, análogo

³³ STJUE de 19 de 6 de 2008 Pressetex C-454/06 y la STGUE de 31 de enero de 2013, T-235/11.

³⁴ Los encargos a medios propios personificados son mandatos formalizados entre el sector público y otra persona jurídica ya sea de derecho público o de derecho privado, para ejecutar prestaciones propias de las Administración pública cuyo objeto puede ser la realización de obras, suministros, servicio, concesión de obra y de servicio a cambio de una compensación tarifaria, artículo 32 y 33 LCSP.



al que se ejerce sobre los propios servicios o unidades, se tiene que ejercer de manera directa por parte de los poderes adjudicadores respecto de los cuales la entidad tenga dicha consideración de medio propio³⁵.

4.5 Los acuerdos de rescate de concesiones.

El acuerdo de rescate de concesiones, como causa de resolución de las concesiones administrativas, prevista en los artículos 211.1 h), 279.c) y 294.c) de la LCSP, difieren del tratamiento otorgado al resto de las causas de resolución, pues se procederá al rescate por razones de interés público y cuando quede acreditada que la gestión directa asumida por la Administración es más eficaz y eficiente frente a la asumida por el concesionario.

Sin perjuicio, de las críticas sufridas al considerar que se trata de una cuestión de oportunidad y/o de alcance económico, que requiere que el Tribunal acuda a ciertos especialistas para resolver el recurso y analizar esa eficiencia para llevar a cabo la gestión directa y proceder al rescate de la concesión. En este sentido, podemos considerar que carece de sentido pues el Tribunal, únicamente podrá abordar cuestiones relativas al procedimiento, adecuada motivación del interés público, su correcta gestión y competencia.

4.6 Los acuerdos de adjudicación.

En la práctica, los acuerdos de adjudicación constituyen la actuación más recurrida entre los licitadores, ya que coincide con la finalización de la licitación³⁶. El TARCJA concluye que existen dos posibilidades de recurso no acumulativas, es decir, ostentan carácter subsidiario de modo que, si el recurrente ha interpuesto recurso especial contra la exclusión, no puede volver a reproducir un nuevo recurso contra la adjudicación. No obstante, existen varios actos que se equiparan al acuerdo de adjudicación en cuanto a sus efectos. En este sentido, se trata del desistimiento de la

³⁵ Informe JCCA 13 de marzo de 2019 dispone, que el cálculo del porcentaje de la actividad que se tiene que computar como llevada a cabo en el ejercicio de los cometidos que hayan sido confiados por uno o más poderes adjudicadores que controlan una entidad del sector público, a efectos de analizar si ésta puede ser considerada medio propio de aquéllos, se puede efectuar tomando como base el volumen de negocio de la entidad, los gastos en que incurra u otro indicador de actividad fiable.

³⁶ Artículo 155 LCSP << los órganos de contratación informaran a cada licitador en el plazo más breve posible de las decisiones tomadas en relación con la celebración de un acuerdo marco, la adjudicación del contrato o contra la admisión de un sistema dinámico de adquisición, incluidos los motivos por los que haya 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>>.



Administración contratante, la renuncia o resolución por la que se declara desierta una licitación³⁷. En la resolución N.º 731/2014 del TACRC, concluye que habrá que determinar si la decisión está debidamente justificada y motivada, atribuyendo al órgano de contratación la libertad de no adjudicar el contrato por un motivo de interés público sobrevenido con posterioridad al inicio del procedimiento de adjudicación. Sin embargo, el ius variandi de la Administración exige una adecuada motivación, fundamentando en circunstancias excepcionales, con el límite de que en ningún caso la discrecionalidad puede encubrir una decisión arbitraria sin que baste la mera invocación de dicho interés público debiendo siempre estar dirigida la actuación administrativa a la satisfacción del superior interés general.

Por último, la impugnación de los actos y decisiones por medio de los cuales se declara desierto un procedimiento de contratación puede ser impugnable, en ese sentido, como ha sostenido DÍEZ SASTRE, al tratarse de un acto de adjudicación negativo³⁸. El TACRC, en la Resolución N.º 1068/2015, 20 de noviembre de 2015, ha interpretado que resolución para declarar desierta una licitación provoca la exclusión de todas y cada una de las ofertas presentadas, al no haber ningún licitador favorecido por tal resolución y de ese modo, surge la legitimación para impugnar la decisión. En cumplimiento con lo dispuesto por el artículo 150. 2 LCSP, *“No podrá declararse desierta una licitación cuando exista alguna oferta o proposición que sea admisible de acuerdo con los criterios que figuren en el pliego”, por lo que si la Administración decide declarar desierto deberá motivar su decisión con referencia a la ausencia de ofertas que resultaren convenientes a su interés de acuerdo a las bases de la licitación”*.

En cuanto a la legitimación para recurrir los acuerdos de adjudicación, se permite a todos los licitadores que no han resultado adjudicatarios y que no hayan sido excluidos de forma definitiva, y al propio adjudicatario cuando en la adjudicación existan condiciones que le causen un perjuicio. Igualmente, se encuentran legitimados para recurrir los acuerdos de adjudicación todos aquellos sujetos que no habiendo participado en la licitación tuvieran un interés concreto y real en la adjudicación, como es el caso de aquellos sujetos que se hayan visto impedidos de participar en la licitación por falta de publicidad del procedimiento, concurriendo las demás condiciones para acreditar su derecho o interés legítimo.

³⁷ TACRC n.º 242/2016 de 1 de Abril.

³⁸ DÍEZ SASTRE. S.: *“La tutela de los licitadores en la adjudicación de Contratos Públicos”*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2012.pp.168.



Por último, para los actos que se dicten en los procedimientos de adjudicación de contratos de las Administraciones Públicas que no reúnan los requisitos señalados anteriormente, podrán ser objeto de recurso ordinario, de conformidad con la LPAC y la LJCA.

V. **Ámbito subjetivo. Los derechos o intereses legítimos.**

El artículo 48 LCSP, vendría a reconocer una amplia legitimación que había confirmado los Tribunales contractuales previamente³⁹. Permitiendo, la interposición del recurso especial a todo sujeto, persona natural 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”*.

Como premisa básica, la legitimación debe ser lo más amplia posible para que la tutela sea efectiva y para aquellos ciudadanos que estimen que un derecho o un interés legítimo, presente o futuro, pero cierto, pueda verse afectado. El órgano contratante está obligado a realizar la verificación de legitimidad para determinar la suficiencia del título de legitimación del recurrente⁴⁰. Dicha verificación constituye un elemento esencial de la tramitación del recurso especial, de acuerdo con lo establecido en el artículo 22, N.º 1º y 2º, del RPERMC, únicamente procederá la admisión del recurso cuando se acredite la legitimación, y en su caso la representación mediante poder suficiente⁴¹, como título de legitimación procesal activa, siempre que se manifieste una relación directa y actual entre el sujeto y el objeto contenido en la pretensión, y que permita producir, en caso de estimarse el recurso, un beneficio en la esfera jurídica del sujeto, en el ámbito de la contratación, principalmente mediante la eliminación de un perjuicio real y que no ha de ser necesariamente de contenido patrimonial⁴².

Atendiendo a lo anterior, es necesario efectuar algunas previsiones conceptuales referidas a los derechos subjetivos e intereses legítimos⁴³. La delimitación del interés legítimo ha sido configurada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del TCE, como la posición de ventaja y de utilidad jurídica por parte de quien ejercita la pretensión que se materializaría en el caso de

³⁹ Resolución del TACRC N.º 504/2017, 8 de junio de 2017.

⁴⁰ Acuerdo del TACPA 66/2014, de 10 de noviembre.

⁴¹ Resolución del TACRC N.º 184/2015, 20 de febrero de 2015: *“Este Tribunal, siguiendo en este punto una muy reiterada jurisprudencia, viene reconociendo legitimación para interponer recurso especial a los licitadores, a los aspirantes a serlo y a los grupos o colectivos que les representen, siempre y cuando, en este último caso, se aprecie una conexión o vinculación directa, específica y cualificada con la pretensión ejercitada, pues lo contrario llevaría a admitir una especie de acción pública en materia de contratación que el legislador no ha previsto”*.

⁴² Acuerdo del TACPA 30/2015, de 3 de marzo de 2015.

⁴³ Resolución del TACRC N.º 926/2017, 11 de octubre de 2017.



prosperar en la obtención de un beneficio de índole material o jurídico o en la evitación de un perjuicio ciertos y no meramente hipotético⁴⁴. El TACPA en el Acuerdo 30/2015 exige la existencia de perjuicios reales y no hipotéticos, es decir que los perjuicios se encuentren directamente relacionados con el objeto del recurso y mediante su interposición se persiga la tutela de dicho interés personal, vulnerado o vulnerable por una actividad de la Administración, debe demostrar una conexión directa entre la finalidad del recurso y sus intereses personales directos⁴⁵.

No obstante, no es admisible como título legitimador la mera existencia de una acción pública, ni en su caso la legitimación basada únicamente en el interés de la legalidad⁴⁶, esto debido a la exigencia de una vinculación directa entre el acto recurrido y la afectación que el mismo cauce en los derechos o intereses legítimos del recurrente, en este sentido, nos referimos a la legitimación como perjuicio actual o futuro y cierto de dichos intereses o derechos relacionado con la posibilidad de obtener la adjudicación del contrato, TACRC en su resolución de 31 de marzo de 2017.

En lo relativo a supuestos especiales de legitimación, el artículo 24.2 RPERMC, reconoce la legitimidad a las uniones temporales de empresa, en adelante “UTE”, para cualquiera de las empresas constituida como UTE que concurran a la conformación de la oferta. Cabe destacar la STS 1198/2021, reviste una cuestión de interés casacional la determinación de las empresas que constituyen una UTE ostentan individualmente legitimación activa para la interposición del recurso especial, incluso ante el supuesto de desistimiento de alguna de las empresas se podrá continuar con el recurso con las consecuencias que se deriven de la relación principal. Según confirma el Tribunal cabe la legitimación de manera independiente a cada una de las empresas de la UTE ante el desistimiento posterior de las demás empresas.

La nueva regulación ha previsto implantar un mecanismo para evitar posibles indicios de prácticas colusorias entre empresas que concurran en una unión temporal. Se requerirá a estas empresas en un plazo suficiente, justifiquen de forma expresa y motivada las razones para concurrir agrupadas, en relación con lo dispuesto por el artículo 69.2 LCSP *“si durante la tramitación de un procedimiento y antes de la formalización del contrato se produjese la modificación de la composición de la unión temporal de empresas, esta quedará excluida del procedimiento. No tendrá la consideración de modificación de la composición la alteración de la participación de*

⁴⁴ STS 238/2014 de 21 de marzo de 2014.

⁴⁵ Resolución del TACRC N.º 306/2017, 31 de marzo de 2017.

⁴⁶ Resolución del OARCE.20/2015, de 17 de febrero de 2015.



las empresas siempre que se mantenga la misma clasificación. Quedará excluida también del procedimiento de adjudicación del contrato la unión temporal de empresas cuando alguna o algunas de las empresas que la integren quedase incurso en prohibición de contratar". Además de las medidas previstas para la formalización del contrato con una UTE, artículo 69.3 LCSP.

De la misma manera, se reconoce legitimación expresa a las organizaciones sindicales, asociaciones representativas de intereses relacionados con el objeto del contrato que se impugna, a las que podrán interponerlo en todos aquellos casos en que conlleven en la ejecución del contrato el incumplimiento por parte del empresario las obligaciones sociales o laborales respecto de los trabajadores que participen en la realización de la prestación⁴⁷. Ampliando el ámbito de legitimación a los sindicatos respecto de los intereses de sus afiliados para complementar la protección de los derechos de los trabajadores que puedan verse afectados por las condiciones establecidas para la ejecución de un contrato⁴⁸.

Finalmente, como se reconoce en el artículo 24 del RPERMC, la legitimación especial para los concejales *"están legitimados para interponer recurso especial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 63 de la Ley 7/1985 de 2 de abril Reguladora de las Bases del Régimen Local, los miembros de las entidades que hubiesen votado en contra de los actos y acuerdos impugnado"*⁴⁹. Concretamente, se reconoce la legitimación a los concejales que formen parte del órgano de contratación que dictó el acto impugnado, sin olvidar que en la mayoría de los municipios las competencias en materia de contratación se concentran en órganos unipersonales o en la Junta de Gobierno y se trata de órganos que no suelen integrar a miembros de la oposición política, artículo

⁴⁷ Artículo 48 LCSP sea nueva la estipulación de la legitimación para organizaciones sindicales y empresariales, en estos términos: *"Estarán también legitimadas para interponer este recurso, contra los actos susceptibles de ser recurridos, las organizaciones sindicales cuando de las actuaciones o decisiones recurribles pudiera deducirse fundadamente que estas implican que en el proceso de ejecución del contrato se incumplan por el empresario las obligaciones sociales o laborales respecto de los trabajadores que participen en la realización de la prestación. En todo caso se entenderá legitimada la organización empresarial sectorial representativa de los intereses afectados"*.

⁴⁸ SAN 157/2017, de 22 de febrero, que estimó que: *"el sindicato recurrente suscita una cuestión que afectaba de lleno a los intereses de los trabajadores cuya defensa y promoción tiene constitucionalmente atribuida ex art. 7 CE, cuestión que no cabe identificar con una defensa abstracta de la legalidad de la actuación administrativa, sino con conexión directa con los trabajadores y que, en consecuencia, llena por completo las exigencias de la caracterización como "legítimo" del interés esgrimido por el sindicato recurrente como atributivo de legitimación activa"*.

⁴⁹ Resolución 492/2014 del TACRC *"los concejales que no forman parte del órgano en concreto, los cuales podrían impugnar atendiendo a las reglas generales de legitimación; no obstante, no pueden ignorarse las Sentencias del Tribunal Constitucional que sienta una doctrina general sobre el alcance de la legitimación de los miembros de las Corporaciones Locales para impugnar los acuerdos de sus órganos, que excede de lo expuesto, reconociendo la legitimación de los Concejales, aunque no pertenezcan a los órganos municipales que adopten el acuerdo, por su mera condición de miembro del Ayuntamiento interesado en el correcto funcionamiento de la Corporación Municipal, en virtud del mandato representativo que ostenta, con la sola excepción de que formando parte del órgano colegiado en cuestión, no vote en contra de la adopción del acuerdo de que se trate"*.



63.1 LBRL. En relación con la Resolución N.º 512/2020, reconoce la labor de control por parte de la acción de gobierno para la mera defensa de la legalidad, negando así la legitimación a la oposición política. Al entender que se equipara a una suerte de acción pública no permitida en el ámbito contractual.

VI. La creación de un órgano administrativo especializado independiente. El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) y sus homólogos autonómicos.

El Tribunal Administrativo de Contratos Públicos, se encarga de resolver los recursos especiales interpuestos contra las decisiones de las entidades adjudicadoras del sector público, como de adoptar las medidas provisionales que sean necesarias respecto del procedimiento de adjudicación durante el periodo de resolución de los recursos⁵⁰.

El artículo 2.9 de la Directiva 89/665/CEE y en relación con la STJUE 4 de febrero de 1999, Asunto C-103/97), reconoció que los estados comunitarios pueden optar entre dos sistemas de control para la configuración del órgano administrativo. La primera opción consiste en la creación de un órgano de naturaleza jurisdiccional, para conocer únicamente respecto del recurso especial en materia de contratación. De este modo, esta posibilidad fue desechada por la demora en los plazos para obtener la resolución de los recursos⁵¹. A efectos del derecho comunitario si ha tenido la consideración de Tribunal Administrativo de carácter jurisdiccional, en este sentido, la STJUE de 6 de octubre de 2015⁵², Consorci Sanitari del Maresme, C-203/14, determinó los elementos que debe comprender un órgano para poseer carácter jurisdiccional, “origen legal, permanencia, imparcialidad, carácter obligatorio de sus decisiones⁵³”.

La segunda opción consiste en un modelo administrativo y no judicial del sistema especial de recursos. El legislador español ha optado por constituir Tribunales con carácter administrativo, creados permanentemente para la resolución de todas las materias de su competencia que cumplen una función administrativa especializada, ya que ejerciendo sus actuaciones en forma

⁵⁰ Acuerdo del TACP N.º 13/2021 de 14 julio de Aragón, “no es posible la sustitución del juicio técnico que valora los distintos criterios de adjudicación, en tanto, se cumplan las formalidades jurídicas, exista motivación y la misma resulte racional y razonable”.

⁵¹ Recurso del TACRC N.º 1105/2015 resolución n.º 1068/2015 de 20 noviembre de 2015.

⁵² Artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

⁵³ Ante la STJUE de 21 de marzo de 2000 sobre el Tribunal Catalá de Contractes del Sector Públic, declaró que el tribunal español posee carácter jurisdiccional atendiendo a que cumple con los elementos básicos anteriormente señalados.



funcionalmente autónoma cumplen una función sui generis. Doctrinalmente, se ha discutido acerca del carácter cuasi-jurisdiccional, fundado en el artículo 21.3 a) Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. A pesar de que los Tribunales Administrativos competentes para la resolución de un recurso especial, no son órganos jurisdiccionales puesto que no se integran en el Poder Judicial. Sin embargo, dichos órganos administrativos ostentan casi en su totalidad los elementos de un órgano jurisdiccional, a excepción del carácter obligatorio de su jurisdicción, puesto que como hemos señalado el recurso es potestativo.

Por su naturaleza deben gozar de independencia ante el poder adjudicador y de cualquier órgano que intervenga en el procedimiento de contratación⁵⁴, es decir, sin injerencia en su actividad actuando como un tercero ajeno a la resolución del recurso. El artículo 23 de la LRSP, comprende una serie de normas que garantizan su independencia, nombramiento, duración, cese de funciones, causas de recusación⁵⁵. Además, las decisiones no pueden ser revisadas de oficio ni ser revocadas por la Administración, independientemente de que las partes acudan a la vía contenciosa.

6.1 La Administración General del Estado: Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Los órganos de resolución del recurso tienen su fuente de creación en la Ley 34/2010 de 5 de agosto, incorporó algunas disposiciones a la Ley 39/2007 de 30 de octubre de Contratos del Sector Público, regulando el régimen especial de revisión de decisiones en materia de contratación y medios alternativos de resolución estableciendo en su regulación orgánica y funcional para la resolución del recurso, exigiendo la designación de nuevos órganos con plenas facultades de jurisdicción y imparcialidad e independencia funcional y con posibilidad de restablecimiento de la situación jurídica individualizada y/ en su caso indemnización, La regulación de los Tribunales Administrativos Centrales se prevé en el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia

⁵⁴ El artículo 2.8 de la Directiva 89/665/CEE afirma que “*los Estados miembros velarán por que las decisiones adoptadas por los órganos responsables de los procedimientos de recurso puedan ser ejecutadas de modo eficaz*”, que deberá ser interpretada en el sentido de no imponer “a los Estados miembros la obligación de establecer también a favor de las entidades adjudicadoras un medio de recurso de carácter jurisdiccional contra las decisiones de los organismos de base, de carácter no jurisdiccional, responsables de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos. Sin embargo, esa disposición no impide que los Estados miembros prevean, en su caso, en sus ordenamientos jurídicos dicho medio de recurso a favor de las entidades adjudicadoras” (STJUE de 21 octubre de 2010).

⁵⁵ Artículo 23 la Ley 40/2015 de 1 de octubre de Régimen Jurídico del Sector Público.



contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, (RPERMC), en cuyo artículo 2.1 se determina el sometimiento de este Tribunal Central de Recursos Contractuales por la LCSP, y en lo no previsto expresamente en la Ley 39/2015 de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, lo que permite la continuidad de su regulación reglamentaria. El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, se encuentra adscrito al Ministerio de Hacienda y función pública. Sin embargo, dicha adscripción no implica una dependencia jerárquica, ni menos lo sitúa en una posición de sumisión administrativa que le reste imparcialidad o independencia.

Por último, el artículo 45.1 LCSP que atribuye al TACRC el conocimiento y resolución del recurso especial en materia de contratación en el ámbito de los poderes adjudicadores del sector público estatal, regulados por dicha Ley. Se mantiene su denominación en plural pese a la unificación del recurso especial, su caracterización como órgano administrativo, especializado e independiente y su composición colegiada.

El TARC se compone por un Presidente que ejercerá la dirección orgánica y funcional y por vocales que según la LCSP será un mínimo de dos, deliberaran y propondrán las resoluciones y acuerdos que deban dictarse en la tramitación del procedimiento, artículo 6 RPERMC⁵⁶. El régimen de nombramiento de sus miembros, artículo 3.2 RPERMC⁵⁷, se efectúa por el Gobierno Central a propuesta de los Ministros de Hacienda, Función Pública conforme a su estatuto.

Como requisito para integrar el Tribunal en calidad de vocal, se requiere ser funcionario de carrera con la Licenciatura o Grado en Derecho, con un mínimo de diez años de experiencia profesional especialmente en contratación pública, del mismo modo para ser Presidente se requiere además el mínimo de quince años de experiencia en contratación pública⁵⁸. En cuanto, a su mandato posee duración sexenal e improrrogable. Sin perjuicio, de continuar sus funciones hasta que se produzcan los nombramientos y tomas de posesión del cargo. En relación con el estatuto, sus integrantes se benefician de la inamovilidad para protegerles de las incertidumbre administrativo-políticas y con el objeto de garantizar su independencia, pudiendo ser removidos únicamente por

⁵⁶ De acuerdo con el volumen de asuntos correspondientes al TARC, cabe la posibilidad de aumentar el número de vocales mediante acuerdo del Consejo de Ministros.

⁵⁸ Así acudimos a la regulación comunitaria, el artículo 2.9 de la Directiva 89/665 se expresa en términos de pluralidad de sus miembros: "El nombramiento de los miembros de esta instancia independiente y la terminación de su mandato estarán sujetos a las mismas condiciones aplicables a los jueces en lo relativo a la autoridad responsable de su nombramiento, la duración de su mandato y su revocabilidad".



las causas tasadas, artículo 45.g) RPERMC.

A modo de crítica, el Informe sobre Justicia Administrativa del ejercicio 2021 recoge la necesidad de reforzar la independencia de los Tribunales, asegurando la independencia de los mismos mediante la dedicación exclusiva de sus miembros colaboradores y asesores y dotándolos de mayor presupuesto para adecuarse a las fluctuaciones ante el incremento en la entrada de recursos.

Además, un sector de la doctrina representado por SANTAMARÍA PASTOR aboga por la colegialidad ante *“un órgano colegiado impuestos por razones de seguridad jurídica, tanto por la complejidad técnica del objeto del recurso especial como por la necesidad del contraste de pareceres jurídicos de expertos en la materia contractual, que contribuya a afirmar esa tan necesaria seguridad y con él la validez y eficacia del recurso especial como instrumento de control y por permitir esta colegialidad hacer más viable la independencia del órgano frente a los licitadores y frente a la Administración”*.

6.2 Los Tribunales Autonómicos de Contratos Públicos.

La Disposición Adicional Vigésimo Novena de la LCSP, faculta al TACRC para constituir Tribunales Administrativos Territoriales de Recursos Contractuales⁵⁹. Por ello, el legislador estableció diversos niveles de órganos administrativos especiales para el conocimiento del recurso especial, siendo el segundo nivel el perteneciente a las Comunidades Autónomas, contemplando dos opciones: la primera mediante creación de su propio órgano independiente, con carácter unipersonal o colegiado con sujeción sus propias normas de la Comunidad Autónoma⁶⁰, o la segunda opción mediante la atribución de la competencia para la resolución de los recursos al TARC mediante convenio con la Administración General del Estado⁶¹, artículo 46.1 LCSP.

⁵⁹ Los que deberán implantarse en la capital de la Comunidad Autónoma donde sea creado dicho órgano.

⁶⁰ En la actualidad las Comunidades Autónomas que cuentan con un o propio órgano y competente para la resolución del recurso especial en materia de contratación, son las siguientes: Cataluña, con el Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público (TCCSP), Castilla y León, con el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León (TARCCyL), Madrid, con el Tribunal de Contratos Públicos de la Comunidad de Madrid (TCAPM), Euskadi, con el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi (OARCE), Aragón, con el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos Aragón (TACP), Andalucía, con el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía (TARCJ), Navarra con el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos (TACP), Canarias con el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad Autónoma de Canarias (TACPCAC) y Extremadura, con el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Extremadura (TARCEX).

⁶¹ Para el resto de las comunidades Autónomas, han suscrito convenios del TACRC: Ceuta de Melilla suscribió el convenio en el año 2016, La Rioja (2012), Murcia (2013), Ciudad de Ceuta (2013), Comunidad Valenciana (2013),



Del mismo modo, se consideraba que las Comunidades Autónomas y Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla, sus Asambleas Legislativas, y las instituciones autonómicas análogas al Tribunal de Cuentas y al Defensor del Pueblo, tendrían competencia para resolver el recurso especial en materia de contratación, de acuerdo a sus propias normas, para lo cual deberían crear un órgano independiente. Asimismo, en el caso de aquellas Comunidades Autónomas que no deseen crear un órgano especial, podrán, igualmente que, en el caso anterior, atribuir la competencia del conocimiento y resolución del recurso especial al TACRC, para lo cual deberán celebrar un convenio con la Administración General del Estado, donde se deberán consignar las condiciones para sufragar los gastos propios de la delegación de la competencia en comento.

En el presente estudio cabe destacar figura del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad Autónoma de Canarias, como órgano unipersonal de carácter administrativo especializado en materia de revisión de procedimientos de contratación, adscrito la Consejería de Hacienda, concretamente a su Departamento competente en materia de contratación. En efecto, el TACPCAC es competente para tramitar y resolver los recursos especiales en materia de contratación y las reclamaciones previstas en el Real Decreto-Ley 3/2020, de 4 de febrero, que se interpongan contra los actos dictados ante Entidades Locales, Universidades Públicas Canarias, organismos y entidades vinculadas que tengan la consideración de poder adjudicador, así como para adoptar, de oficio o a instancia de parte, las medidas cautelares oportunas. Cuando dichas entidades no hayan constituido su propio Tribunal, en cuyo caso quedarán bajo el ámbito de competencia del TACPCAC, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46 de la LCSP. No obstante, el TACPCAC cuando el volumen y especificidad de asuntos sometidos a su conocimiento aumente, y así lo aconseje el titular del departamento competente en materia de contratación, previa autorización del Gobierno, que deberá contener el número de vocales, acordará su transformación en órgano colegiado, a propuesta conjunta con el titular del Departamento competente en materia de organización administrativa, debiendo publicarse en el Boletín Oficial de Canarias.

6.3 Los Tribunales Administrativos Locales de Contratación Pública.

De acuerdo con la cada normativa autonómica, el legislador ha contemplado la posibilidad atribuir el REC a determinadas entidades locales, conforme a lo dispuesto en el artículo 46.4 LCSP. No

Principado de Asturias (2013).



obstante, existen dos opciones para la atribución de competencia a un órgano administrativo local: en primer lugar, mediante la adscripción al Tribunal creado por la Comunidad Autónoma, en segundo lugar, incorporándose al TACRC mediante el convenio autonómico. En este sentido, la LCSP conserva la regulación anterior, para el caso que la normativa autonómica no prevea la posibilidad de crear entidades locales competentes para conocer sobre el recurso especial, la competencia para ello se encontrará radicada ante el mismo órgano que la Comunidad Autónoma atribuye competencia para dicho efecto y a falta de previsión de esta, correspondía al órgano competente para resolver los recursos del ámbito autonómico.

Las Corporaciones municipales con gran población y las Diputaciones Provinciales⁶², podrán constituir la creación de un órgano propio de resolución del recurso especial, el que deberá ser especializado e independiente funcionalmente, debiendo contemplarse normas especiales en el ordenamiento jurídico autonómico en lo relativo a su constitución, funcionamiento, requisitos de sus miembros, nombramiento, remoción y duración del mandato, a efectos de asegurar la independencia, o bien, se aplicarán, en su defecto, se remitirá a la legislación autonómica o supletoria a lo establecido para el TACRC.

La doctrina crítica el riesgo de crear una multitud de Tribunales ante el riesgo de la falta de imparcialidad que podría originarse en los Ayuntamientos de municipios de gran población y en las Diputaciones Provinciales, artículo 121 LRBRL. El riesgo radica en la unidad de criterio para la aplicación de la normativa contractual y de la seguridad jurídica, sin perjuicio de generar mayor gasto para las arcas municipales. En definitiva, resultará un riesgo para el sistema establecido por la disparidad de criterios lo que dificultará el control del mismo, en virtud de la preocupación que mantiene en este sentido la Comisión Europea. A nuestro juicio, la extensión al ámbito local no quedaría suficientemente motivada ante el argumento de autonomía local.

VII. Procedimiento del recurso.

La LCSP alcanza el objetivo impuesto por la directiva introduciendo algunas modificaciones dirigidas a conseguir una mayor celeridad, simplificación del procedimiento, alcanzar la transparencia y eficacia del recurso sin dejar de garantizar los derechos de los interesados. El

⁶² Siendo el Pleno de la Corporación el órgano competente para acordar su creación y nombrar y remover a sus miembros, de manera que los demás Ayuntamientos podrán atribuir esa competencia para resolver el recurso al órgano creado al efecto por la Diputación Provincial a la que pertenezcan.



procedimiento para la tramitación del recurso especial se regula en los artículos 48 a 60 LCSP, dividiéndose en las siguientes fases:

7.1 Iniciación del procedimiento.

Partiendo de la regulación anterior, se exigía el anuncio previo a la interposición del recurso con la finalidad de comunicar la interposición del recurso contra dicho expediente, la omisión de la información previa constituía un defecto subsanable a través de la interposición en cualquier momento antes del vencimiento del plazo de quince días para la interposición del recurso, artículo 44 TRLCSP⁶³.

El procedimiento se inicia por medio de la presentación de escrito ante el órgano competente, art. 50 LCSP, indicando el acto recurrido, señalando la fundamentación del mismo. A este respecto, la pretensión es el contenido más relevante del escrito ya que se encuentra condicionado al alcance de la resolución del Tribunal. El escrito de interposición posee una finalidad impugnatoria del acto recurrido. En efecto, el recurrente deberá identificar de manera concreta el acto administrativo que se recurre, así como la impugnación total o parcial de la resolución, por lo que no cabe la impugnación genérica contra un conjunto de actuaciones al tratarse de un recurso de revisión, la impugnación deberá basarse en la invocación de la infracción del ordenamiento jurídico o los principios generales del derecho. En este sentido, no cabe fundamentar el recurso por razones de oportunidad o discrecionales que se desprenden del acto.

El artículo 18 RPRMC establece tres alternativas respecto al lugar de interposición del recurso. En primer lugar, cabe la posibilidad de que se interpusiera directamente ante el Tribunal competente para su resolución y este deberá notificar el recurso al órgano de contratación el mismo día de su interposición, requiriéndole la remisión del expediente de administrativo de contratación, dicha remisión deberá verificarse dentro de los dos días hábiles siguientes a la solicitud, debiendo acompañarse el informe respectivo sobre las apreciaciones del recurso que contengan las razones para solicitar su inadmisión, desestimación o bien allanándose al mismo, y del mismo modo, su parecer respecto de la solicitud de medidas cautelares si las hubiere.

⁶³ La Resolución 68/2016 de 1 de abril dispone que *“la falta del anuncio previo del recurso es un defecto subsanable lo que se pretende es que el órgano de contratación posea conocimiento del recurso para así suspender el curso del procedimiento, en el supuesto de que el acto recurrido haya sido la adjudicación e ir preparando el expediente para remitirlo al Tribunal competente”*.



En segundo lugar, cabe la posibilidad de interponer el REC directamente ante el órgano de contratación que haya dictado el acto o decisión impugnado, en este caso, es el mismo órgano el que deberá remitir directamente al Tribunal competente para la resolución del mismo. Asimismo, acompañándolo del expediente administrativo de contratación y el informe respectivo señalado en el párrafo anterior⁶⁴.

No obstante, en la actualidad, el escrito de interposición podrá presentarse en los términos establecidos en el artículo 16.4 LPAC, ante cualquier registro administrativo u oficina de correos, así como también ante el registro del órgano de contratación o en el del órgano competente para la resolución del recurso⁶⁵. A este respecto, sí se presenta el escrito fuera de estos dos últimos registros se impone la obligación de comunicarlo inmediatamente ante el Tribunal, artículo 51.3 y 51.4 LCSP.

En cuanto a los efectos de la interposición del recurso, se suspende de manera automática el procedimiento una vez recurrido el acto de adjudicación impidiendo la formalización del contrato, salvo el supuesto de los contratos basados en un acuerdo marco o de contratos específicos en el marco de un sistema dinámico de adquisición sin perjuicio de la adopción de las medidas cautelares pertinentes. En los restantes supuestos, la interposición del REC carece de efecto suspensivo⁶⁶.

7.1.1 Los plazos para la interposición del recurso.

El artículo 50.1 LCSP, regula que el plazo de interposición del escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles, a excepción de la Comunidad de Navarra, que tiene su propio plazo de diez días para la interposición del REC⁶⁷. El recurso debe formularse dentro del plazo fijado al efecto dependiendo de la categoría de actos o decisiones objeto del recurso y cualquier irregularidad del procedimiento que se alegue debe invocarse dentro del mismo pena de

⁶⁴ Artículo 22 RPERMC, plantea los requisitos en sentido positivo, a diferencia de la LCSP que lo hace en sentido negativo, ya que, el Reglamento enumera los requisitos que deberá contener el escrito del recurso para ser declarado admisible.

⁶⁵ El registro del órgano de contratación o del órgano competente para su resolución, el recurso podrá presentarse también en los lugares establecidos en el artículo 16.4 de la Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas 18 19; en este último caso, los escritos “deberán comunicarse al tribunal de manera inmediata y de la forma más rápida posible”. La responsabilidad de su envío será del titular del registro en el que se presentó.

⁶⁶ Resolución del TACRC. N.º 086/2012, 11 de abril de 2012.

⁶⁷ El artículo 124.2 de la Ley Foral de Contratos Públicos de Navarra de 2/2018 de 13 de Abril.



caducidad⁶⁸, garantizando así el principio de efectividad del recurso⁶⁹.

El anuncio de licitación podrá ser impugnado a partir del día siguiente a su publicación en el perfil del contratante, sin perjuicio de que cuando esta fecha no fuera acreditada fehacientemente se estará a lo publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea, en adelante DOUE o en su caso según proceda ante el Boletín Oficial del Estado, los boletines autonómicos o provinciales, artículo 19.1 RPRMC.

El recurso contra los pliegos y demás documentos contractuales, se podrá interponer desde el día siguiente a la publicación de los pliegos en el perfil del contratante. A excepción, los órganos de contratación podrán dar acceso a los pliegos y demás documentación complementaria de la licitación, valiéndose de medios electrónicos no electrónicos. En ese caso el anuncio de licitación o la invitación a los candidatos seleccionados advertirá de esta circunstancia y el plazo de presentación de las proposiciones o de las solicitudes de participación se prolongará cinco días, salvo en el supuesto de tramitación urgente del expediente a que se refiere el artículo 119 LCSP, a partir del día siguiente a aquel en que le hayan entregado al contratante los mismos o este haya podido acceder a su contenido a través del perfil del contratante⁷⁰.

En el caso de impugnar la adjudicación a partir del día siguiente a su notificación a los licitadores que hubieran sido admitidos en el procedimiento. En el caso de acreditar la imposibilidad de recepción de la notificación del acuerdo de adjudicación el plazo comenzará a contar a partir desde la fecha que efectivamente hubiera recibido, artículo 19.6 RPRMC.

Cuando se recurra una modificación contractual, o se interponga contra un encargo a medio propio, se impugnará desde el día siguiente a aquel en que se haya publicado en el perfil del contratante. Señalar la aplicación de la regla general artículo 50.1 g) de la LCSP por lo que

⁶⁸ “...puesto que la notificación defectuosa no debe ser tomada en consideración a efectos del cómputo del plazo indicado es evidente que si cualquier licitador interpone la reclamación aduciendo la falta de notificación en forma del acto reclamado, el Tribunal deberá entender, si considera que efectivamente es defectuosa, que el cómputo del plazo de interposición no puede comenzar sino a partir de que se subsanen los defectos apreciados y, en consecuencia, el recurso o la reclamación que sean procedentes no podrán ser inadmitidas por extemporáneos”. *“El problema que puede plantearse es que la información que contenga la notificación de la adjudicación sea demasiado general, o no pueda individualizarse en relación con algún licitador imposibilitando la eficacia del recurso, circunstancia que ya ha sido denunciada por la Comisión de la UE y aceptada por el Tribunal de Justicia en su Sentencia de 23 de diciembre de 2009 (Asunto C-455/08, Comisión Europea/Irlanda, apartado 32). En tales casos, podría defenderse que el plazo para la interposición del recurso no inicia su cómputo en tanto los licitadores no reciban la información suficiente que les permita, en su caso, fundar el mismo”*. Resolución 5/2011, de 12 de julio, TACPA.

⁶⁹ Recurso del TACPMA N.º 80/2014, 14 de mayo de 2014.

⁷⁰ SANTIAGO FERNANDEZ, M^a .J., “El procedimiento del recurso especial...”, loc. Cit, pág 672.



presupone que en los demás supuestos el plazo comenzará a contar desde el día siguiente al de la notificación realizada, de conformidad con la Disposición Adicional Decimoquinta.

Por último ante la supresión de la cuestión de nulidad, la LCSP prevé la existencia de plazos de interposición cuando se funde en alguna de las causas de nulidad previstas en el artículo 39.2 LCSP, manteniendo un plazo de treinta días desde la publicación de la formalización del contrato, incluyendo las razones justificativas por las que no se ha publicado correctamente la convocatoria de la licitación o desde la notificación a los licitadores afectados por los motivos del rechazo de su propuesta y además de las características de la candidatura que fueron determinantes para la adjudicación a su favor.

7.1.2 Subsanación y causas de inadmisión del recurso.

El escrito de interposición se deberá acompañar de la documentación exigible en el artículo 51.1 LCSP⁷¹. En el caso de no presentar la documentación correctamente, se subsanarán los defectos advertidos en el plazo de tres días hábiles al día siguiente de su notificación, se trata de un plazo suspensivo del procedimiento. Como resultado, la falta de subsanación producirá la inadmisión del recurso se entenderá que el recurrente ha desistido del mismo, artículo 55 LCSP.

Tras la interposición, el órgano competente para conocer el recurso deberá efectuar previamente un examen de admisibilidad según corresponda se podrán tomar tres decisiones: la primera, solicitar se subsanen defectos formales, si los hubiere; la segunda, declarar la inadmisión o la inadmisibilidad y, la tercera, declarar admisible el recurso y continuar el procedimiento.

De acuerdo con la doctrina del TARCJA, el requerimiento de subsanación al recurrente por la existencia de defectos formales se debe efectuar el mismo día de la recepción del recurso. Así, de estimarse existen defectos que pudieran afectar al escrito, se dará traslado al recurrente, requiriéndole para que subsane los defectos observados o acompañe los documentos exigidos

⁷¹ Al escrito de interposición deberá acompañarse por la siguiente documentación: 1. Acreditación de la representación del compareciente excepto cuando figure previamente en las actuaciones de otro recurso pendiente ante el mismo órgano, en ese caso, es posible solicitar la certificación de unificación al procedimiento. 2. Documento acreditativo de la legitimación del actor cuando la ostente otro por herencia o cualquier otro título por habérsela transmitido. 3. Documento del acto expreso recurrido o la indicación del expediente en que haya recaído o del perfil del contratante en el que se haya publicado. 4. Documento acreditativo en el que fundamenta el recurso. 5. Dirección de correo electrónico habilitada para efectuar las comunicaciones y notificaciones, por razón del carácter electrónico del procedimiento.



preceptivamente por la Ley, dentro del plazo de tres días hábiles, bajo apercibimiento de tenerlo por desistido, en caso de no cumplir con lo ordenado en aquel caso que el recurso tenido por desistido se funde en un acto de adjudicación se levantará la suspensión automática del procedimiento.

En cumplimiento con lo previsto en los artículos 22 y 23 RPRMC, se permite la inadmisión previa del REC por parte del Tribunal ante la incompetencia para conocer del recurso, ante la falta de legitimación del recurrente o falta de acreditación de la representación y por último por la presentación extemporánea del mismo. Se trata de causas específicas que difieren de las previstas para la inadmisión de otros recursos ordinarios.

Ante la concurrencia de alguna de las causas anteriores, el Tribunal puede optar por la inadmisión que pone fin al procedimiento, sin perjuicio de que también pueda declararse la inadmisión en la resolución final, artículo 57.2 LCSP. No obstante, en virtud de lo dispuesto por el artículo 55 in fine LCSP, el Tribunal deberá dar audiencia a las partes para que formulen alegaciones. De tal manera que sean vicios inequívocos, manifiestos o se produzca la omisión del trámite de audiencia a las partes, que podrá ser impugnada mediante recurso contencioso-administrativo⁷².

7.2 Tramitación del procedimiento.

A partir de la recepción del traslado, contarán con un plazo de cinco días hábiles para formular sus alegaciones, las que deberán ser presentadas ante el propio órgano o tribunal competente para la resolución del recurso. La doctrina critica que procedimentalmente no resulta razonable esta diferencia de plazos para la remisión del recurso al órgano de contratación y al resto de interesados, ya que podría haberse establecido el mismo plazo para la formulación de observaciones y alegaciones, a efectos de dotar de mayor celeridad al procedimiento y además de obtener varios puntos de vista en el momento de resolver sobre todos los asuntos del recurso.

⁷² La STSJ de Andalucía, 65/2016, de 16 de mayo de 2019, “no podría entrar a resolver sobre la impugnación de la adjudicación del meritado contrato, sino que lo procedente sería la retroacción de actuaciones para que dicho Tribunal entrara a resolver sobre dichas cuestiones. Ello no vulneraría su derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE), pues, además de que no podemos olvidar que el objeto del recurso es un acto administrativo que declara la inadmisión del recurso especial, la competencia para resolver en la vía administrativa previa a la jurisdiccional está atribuida al TARCJA y no a la Sala, que no puede resolver per saltum ignorando la decisión que corresponde a la Administración”.



7.2.1 Acceso al expediente.

Se reconoce la posibilidad al interesado de examinar el expediente de contratación de forma previa a la interposición del recurso mediante la solicitud de acceso al expediente, en cumplimiento de la previsión reglamentaria artículo 16 RPRMC. El órgano de contratación está obligado a poner de manifiesto en el plazo de los cinco días siguientes sin perjuicio de los límites de confidencialidad.

En todo caso, el acceso al expediente puede ser solicitado por cualquier interesado con carácter previo a la interposición del recurso especial mediante solicitud dirigida al órgano de contratación. No obstante, la presentación de la solicitud de acceso al expediente no paraliza el plazo de interposición ante el requerimiento de acceso, ni aun cuando no se concediera acceso al mismo, y además el incumplimiento de dicha obligación no exime de interponer el recurso en plazo, según lo dispuesto en el artículo 52.2 LCSP.

La Resolución N.º 1014/2017 del Tribunal Administrativo Central, reconoce como límite de acceso al expediente aquellos datos calificados como confidenciales, que deberán ser valorados analizando en cada supuesto y buscando un equilibrio entre confidencialidad y transparencia. De lo contrario, se podrían afectar a la competencia e igualdad de los oferentes, ya que el resto de los participantes no podrían conocer el contenido de las ofertas de la competencia, perdiendo materialmente la posibilidad de ejercer su derecho a recurrir en contra de las decisiones o contenidos de un procedimiento de contratación pública. Por lo anterior, el Tribunal deberá garantizar la confidencialidad y la protección de los secretos comerciales en relación con la información contenida en el expediente de contratación, cuya restricción exige una resolución suficientemente motivada del órgano de contratación.

En la presentación del recurso especial se podrá alegar el incumplimiento por parte del órgano de contratación, debiendo el Tribunal competente otorgar al recurrente acceso al expediente en el plazo de diez días, con carácter previo al trámite de alegaciones para que pueda completar el recurso⁷³. Se trata de una medida para garantizar la integridad de los plazos y celeridad del

⁷³ Con el objetivo de no afectar su derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, la que requiere de la concurrencia de los elementos del debido proceso, pudiendo en consecuencia, el recurrente completar debidamente su recurso de modo que su acción jurídica sea útil, completa y debidamente fundada. En este caso se concederá al órgano de contratación y a los restantes interesados un plazo adicional, de dos días hábiles y de cinco días hábiles respectivamente, para que emitan el informe correspondiente o efectúen alegaciones según corresponda.



recurso, puesto que de otro modo resultaría ineficaz la suspensión o interrupción de los plazos por la falta de acceso al expediente⁷⁴. A excepción, de que el acto recurrido sean los pliegos, el tribunal no solicitara el acceso al expediente porque se entiende que dispone de todo lo necesario para continuar con la tramitación del procedimiento.

Ante el incumplimiento permanente e injustificado del órgano de contratación de no remitir el expediente o remitirlo incompleto se prevé la posibilidad de denuncia ante el Ministerio fiscal.

7.2.2 Trámite de alegaciones.

Tras la remisión al expediente por el órgano de contratación, el Tribunal dará traslado del recurso a los interesados en el procedimiento de contratación para que realicen las alegaciones oportunas en el plazo de cinco días hábiles siguientes a la interposición del recurso. De no realizar las alegaciones se ha procedido la preclusión del trámite, es decir, no pudiendo formular alegaciones a lo largo de la tramitación del procedimiento del recurso. De manera simultánea, el Tribunal decidirá sobre las medidas cautelares en el caso de que se hayan acumulado a la interposición del recurso o se hayan solicitado con anterioridad, en este caso, el tribunal resolverá sobre si procede la imposición de medidas cautelares.

7.2.3 Medios probatorios:

La normativa reguladora del procedimiento de recurso especial establece la posibilidad de acreditar los hechos relevantes para la decisión del recurso por cualquier medio de prueba admisible en Derecho. El órgano competente, podrá rechazar, por medio de resolución fundada y motivada, las pruebas requeridas por los interesados, cuando sean manifiestamente improcedentes o innecesarias, en garantía de mayor eficacia del procedimiento. Al respecto, podrá abrirse un periodo de prueba por el plazo de diez días hábiles, cuando un interesado en el procedimiento así lo solicite, o cuando el propio Tribunal u órgano competente para resolver el recurso no tenga por acreditados los hechos alegados, o bien, que la propia naturaleza del procedimiento así lo exija, para efectos probatorios. La Resolución N.º 71/2016 del TACPMA, no faculta para exigir la

⁷⁴ El recurso especial de contratación contempla un cómputo de días hábiles, en contra de la regla general del cómputo de plazos de la Ley. Salvo que en la misma se indique expresamente que solo deben computarse los días hábiles (DA 12ª), tal y como viene contemplando tradicionalmente la legislación básica de contratos. No obstante, si el último día del plazo fuera inhábil, éste se entenderá prorrogado al primer día hábil siguiente”.



admisión de todas las pruebas que puedan proponer las partes, sino que atribuye sólo el derecho a la recepción y práctica de las que sean pertinentes.

7.3 La tutela cautelar del procedimiento.

7.3.1 Las medidas cautelares.

Las medidas cautelares en los procedimientos de contratación pública tienen por objeto corregir los vicios de legalidad que afecten a los derechos o los intereses de los sujetos, antes que los efectos de los actos viciados produzcan perjuicios de imposible o difícil reparación. Se trata de una medida excepcional, prevista en el artículo 49 LCSP, son dictadas por el tribunal cuando a su juicio la imposición la medida⁷⁵, especialmente la suspensión del procedimiento de contratación es la única manera de garantizar la eficacia de una eventual resolución favorable del recurso especial principal. disminuyendo o eliminando la utilidad del recurso.

La solicitud de dictación de medidas cautelares puede ser promovida por todo sujeto legitimado para la interposición del recurso y para la determinación de los plazos de resolución de las medidas cautelares se debe distinguir el momento en que estas han sido requeridas.

En el caso de las medidas cautelares anticipadas al recurso el órgano de resolución de la solicitud tiene un plazo de cinco días hábiles, artículo 49.2 LCSP, para resolver sobre la solicitud de medidas cautelares requeridas, contados desde el día siguiente de la presentación del escrito, resolución que, como señala expresamente la norma, deberá ser fundada. El Tribunal remitir el mismo día de la presentación la solicitud al órgano de contratación, el que tendrá dos días hábiles para presentar las alegaciones o consideraciones que estimen oportunas⁷⁶.

Respecto de las medidas cautelares conjuntas al recurso son aquellas que pueden ser requeridas en el mismo escrito del recurso especial, como de su enunciado se desprende son aquellas que hubieran sido solicitadas conjuntamente con el escrito de interposición del recurso, o bien aquellas que se hubieran acumulado si se hubieran presentado en escrito anterior al del recurso y no se encontraren falladas, deberán ser resueltas por el órgano de resolución competente dentro de un

⁷⁵ Establece un sentido genérico de las medidas cautelares, *numerus apertus*, pudiendo dictarse todas las medidas que el Tribunal u órgano competente que conoce la solicitud estime más convenientes, en el sentido de rapidez y eficacia de la medida cautelar.

⁷⁶ Con excepción de los contratos basado en acuerdos marco, o contratos basados en sistemas dinámicos de adquisición, de acuerdo al art. 53, LCSP.



plazo máximo de cinco días hábiles. Todo esto debe hacerse en forma simultánea al traslado del recurso a los interesados para que formulen sus alegaciones.

El artículo 56.3 in fine LCSP, es aquel que contempla la posibilidad de solicitar medidas provisionales con posterioridad a la interposición del recurso, cuando se produzcan nuevas circunstancias que emerjan con posterioridad a la presentación del recurso pueden provocar la necesidad de la dictación de una medida cautelar, incluida la suspensión del procedimiento, para garantizar los derechos e intereses del recurrente, en consecuencia se hace posible, y necesario, requerir medidas cautelares posteriores al recurso, las que deberán resolverse, sin suspender el procedimiento principal.

Finalmente, las medidas cautelares de oficio, previstas reglamentariamente se autorizan en cualquier fase del procedimiento previa audiencia al órgano de contratación por plazo de dos días para que formule sus observaciones atendida la inmediata ejecutividad de la medida acordada, a menos que se fije otro plazo en la resolución respectiva. Se trata de una medida que dota al Tribunal administrativo de una singularidad de posición que solo puede justificarse en la preservación de la eficacia del recurso.

El ordenamiento jurídico prevé la posibilidad de exigir la constitución de una garantía o caución para poder hacer frente a los eventuales perjuicios de cualquier naturaleza derivados de la medida, dicha caución o contra cautela tiene por objeto desincentivar el mal uso de dicha facultad. Así en el caso de que Tribunal acuerde la adopción de una medida cautelar cuya eficacia se encontrará sujeta a la constitución de una garantía, por regla general, con una cuantía que corresponderá al cinco por ciento del presupuesto base de licitación del contrato si aún no se hubiera adjudicado, o bien por el importe ofertado si ya se hubiera adjudicado. Sin perjuicio de que el Tribunal manifieste “justificadamente que la responsabilidad en que el solicitante de la medida provisional pueda incurrir alcanzará previsiblemente una cuantía inferior o superior ⁷⁷”.

7.3.2 La Tutela cautelar suspensiva del procedimiento.

En el procedimiento de contratación pública la tutela cautelar se manifiesta de dos maneras:

En primer lugar, a partir del pronunciamiento de la STJUE de 3 de Abril de 2008, se incorporó

⁷⁷ Resolución del TARCJA N.º 172/2017.



en la normativa de contratación pública española, mediante la Ley 34/2010 un plazo de espera de carácter obligatorio entre el periodo comprendido a partir de la resolución de adjudicación y el momento de la firma o formalización del contrato⁷⁸. Actualmente, el artículo 153.3 LCSP contempla para todos los contratos susceptibles de recurso especial, un periodo mínimo de espera de quince días hábiles desde la notificación de adjudicación a los adjudicatarios en el cual no podrá efectuarse la formalización o perfeccionamiento del contrato⁷⁹. Este periodo se inicia desde el momento en que el órgano de contratación dicta el acto de adjudicación y se debe prolongar por un tiempo prudente y suficiente, que permita a todos los interesados poder conocer del acto de adjudicación, sus motivos y fundamentos, normativos y técnicos, de modo de tomar la decisión de recurrir o no, la decisión de adjudicación, evitando que la formalización y posterior ejecución obstaculice el ejercicio de la tutela jurisdiccional efectiva. Finalmente, el periodo de espera debe ser informado a licitadores en la notificación de la resolución de adjudicación por parte del poder adjudicador, dicha infracción está considerada como una de las infracciones más graves en materia de contratación pública, por lo que el legislador lo ha sancionado en la LCSP, art. 39.2.d), con la nulidad de pleno derecho de los contratos celebrados con vulneración del *Standstill*.

En segundo lugar, la suspensión automática del procedimiento de licitación opera cuando el acto recurrido sea el de adjudicación, como medida para garantizar la eficacia de los recursos, prevista en el artículo 53 LCSP, se suspenderá automáticamente y de inmediato la tramitación del procedimiento objeto del recurso, ya sea en el momento en que se ha interpuesto el recurso ante el propio órgano de contratación o bien cuando se haya sido recibido la comunicación por parte del tribunal u órgano competente⁸⁰.

Sin perjuicio de lo anterior, en la reciente jurisprudencia del TARCJA es posible observar que los interesados ante la interposición del recurso especial, solicitan expresamente al Tribunal la suspensión del procedimiento, a pesar de que ella opera automáticamente, frente a lo cual el Tribunal ha dispuesto lo siguiente: la suspensión del procedimiento de adjudicación, en virtud del artículo 45 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSPP), opera de

⁷⁸ La Sentencia del TJUE, de 3 de abril de 2008, Asunto C-444/06, Comisión/España, se declaró que España incumplía las obligaciones comunitarias relativas a la Directiva 89/665/CEE, "...al no prever un plazo obligatorio para que la entidad adjudicadora notifique la decisión de adjudicación de un contrato a todos los licitadores y al no prever un plazo de espera obligatorio entre la adjudicación de un contrato y su celebración".

⁷⁹ Dicha disposición contempla, además, que las Comunidades Autónomas puedan aumentar el plazo de espera de formalización del contrato, a un periodo no superior a un mes.

⁸⁰ Dispone la suspensión automática del procedimiento por la sola interposición de un recurso especial contra la resolución que adjudica un procedimiento de licitación, es decir, se garantiza la eficacia del recurso a efectos de paralizar el procedimiento en el momento en que los vicios aún pueden rectificarse, o como sostiene la Directiva 89/665/CEE en "la fase en la que las infracciones de dichas disposiciones aún pueden corregirse".



modo automático por el mero hecho de la interposición del recurso, de modo que este Tribunal no puede acordar la suspensión, sino solo su mantenimiento o, en su caso, el levantamiento de aquella⁸¹”.

El órgano de resolución deberá resolver sobre la procedencia de continuación de la suspensión automática, esto permite que la medida de suspensión automática sea revisada por el órgano de resolución, y que, eventualmente, pueda ser alzada cuando el recurso sea injustificado o bien no reúna las condiciones y requisitos determinados para que la medida de suspensión del procedimiento de contratación se vea paralizado por más tiempo⁸².

7.3.3 Las medidas desincentivadoras de la litigiosidad.

El sistema de contratación pública establece un mecanismo tendente a desincentivar la litigiosidad en el ámbito de la contratación pública. Con carácter excepcional, se encuentra determinado un sistema de multas o sanciones para el litigante que actúe con temeridad o mala fe, circunstancias que deben ser acreditadas, artículo 58.2 LCSP.

El TACPA en su acuerdo n.º 60/2017, de 8 de mayo sostiene que: “actúa con temeridad quien interpone un recurso sin ningún tipo de apoyo argumentativo, y actúa de mala fe quien tiene la clara voluntad de engañar al órgano competente en la resolución del recurso”. De esta manera, actúa con temeridad cuando se recurre con la intención de dificultar la tramitación del procedimiento ya sea dilatándolo o bien, pretendiendo que se deje sin efecto, con los perjuicios de dicha actuación, puesto que el litigante temerario siempre actuará con conocimiento de las consecuencias dañosas de su actuación, tanto al interés público como a los derechos o intereses de los demás licitadores, especialmente del adjudicatario.

El Tribunal podrá acordar la imposición de la multa a los litigantes temerarios. Solo en el caso de la desestimación total del recurso, el Tribunal podrá imponer una multa al recurrente si se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso o en la solicitud de medidas cautelares al responsable de la misma, cuya cuantía oscila entre 1.000 y 30.000 euros. En ponderación con la mala fe apreciada y el perjuicio ocasionado ante el órgano de contratación y los restantes

⁸¹ SÁNCHEZ MORÓN establece, “en esta materia acceder a una tutela cautelar o inmediata es decisivo ya que, si un contrato ilegalmente adjudicado se ejecuta, la situación será muy difícil de reparar dando satisfacción al licitador perjudicado, en el caso de que obtenga una sentencia que anule los pliegos o el acto de adjudicación o la exclusión o rechazo de su oferta” .

⁸² Resolución del TARCJA N.º 43/2017.



licitadores, así como novedosamente del cálculo de los beneficios obtenidos por parte del litigante temerario⁸³. De este modo se fijará atendiendo en lo posible a los criterios de la responsabilidad patrimonial de la Administración y deberá resarciéndole como mínimo los gastos ocasionados por la preparación de la oferta o la participación en el procedimiento de contratación. La cuantía de la indemnización se fijará atendiendo en lo posible a los criterios establecidos en el capítulo IV del título preliminar de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

A modo de conclusión, la finalidad de la multa consiste en evitar que el recurso se utilice de manera abusiva con el objetivo de dilatar el procedimiento de contratación, teniendo en cuenta que la mera interposición del recurso contra el acto de adjudicación suspende la tramitación del expediente de contratación hasta que sea resuelto. El importe de la sanción impuesta se ingresará en todo caso en favor del Tesoro Público.

7.4 Resolución del recurso especial y sus efectos.

El procedimiento finalizará con la resolución del órgano competente dentro de los cinco días hábiles siguientes, a contar desde las alegaciones de los interesados o del transcurso del plazo señalado para su formulación y el de prueba en su caso, artículo 57.1 LCSP. En efecto, la resolución se deberá notificar a todos sus interesados de inmediato y es directamente ejecutiva correspondiendo su ejecución a la entidad contratante con la obligación del órgano de informar al Tribunal de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento de la misma.

En concreto, la resolución del recurso podrá tener un triple sentido: se estimará en todo o en parte o desestimar las pretensiones formuladas o declarará su inadmisión, decidiendo motivadamente cuantas cuestiones se hubiesen planteado. Ante la estimación del recurso el Tribunal deberá pronunciarse sobre la anulación de las decisiones no conformes a derecho adoptadas durante el procedimiento de adjudicación incluyendo la supresión de las características técnicas, económicas o financieras discriminatorias contenidas en el anuncio de licitación, pliegos condiciones reguladoras del contrato o cualquier otro documento relacionado con la licitación o adjudicación, así como procede sobre la retroacción de actuaciones. En todo caso, la estimación del recurso que conlleve anulación de cláusulas o condiciones de los pliegos o documentación contractual de

⁸³ La SAN de 24 de julio de 2013, confirma el criterio del TACTC de interponer a la recurrente la multa por apreciar mala fe en la interposición del recurso, dado que el licitador conocía que la interposición carecía de virtualidad alguna a los efectos de modificar el resultado de la adjudicación.



naturaleza análoga determinará la anulación de los actos del expediente de contratación relacionados con su aprobación.

Asimismo, se deberá acordar el levantamiento de la suspensión del acto de adjudicación si continuase suspendido y de las restantes medidas cautelares acordadas, así como, si procediera la devolución de las garantías exigidas, a tenor de lo dispuesto en el artículo 57.3 LCSP.

Debemos tener en cuenta que una vez transcurridos dos meses a partir del siguiente a la interposición del recurso especial en materia de contratación, sin que se haya notificado su resolución, el interesado podrá considerarlo desestimado a los efectos de interponer recurso contencioso-administrativo, es decir se considerara desestimado por silencio negativo. La resolución únicamente es impugnable ante el recurso contencioso administrativo. No obstante, se autoriza como novedad la posible rectificación en cualquier momento de oficio o a instancia de los interesados de los errores materiales, de hecho, o aritméticos existentes en sus actos, incluida la resolución del recurso, sin perjuicio de su posible aclaración de oficio o a instancia de los interesados, art. 59.1 LCSP.

Sin embargo, el Tribunal no podrá rectificar los actos recurridos, ya que es un acto discrecional que corresponde al órgano de contratación⁸⁴. En este sentido, el TARCJA en su Resolución 816/2014 de 14 de noviembre admite “ que no es posible entrar en las cuestiones técnicas en tanto en cuanto dicha valoración adolezca de una defectuosa motivación o una manifiesta infracción del ordenamiento”.

VIII. Principales problemas aplicativos del recurso especial en materia de contratación.

El recurso especial en materia de contratación responde a la exigencias establecidas por las directivas comunitarias, a ese respecto, el legislador español optó por el establecimiento de un recurso de carácter administrativo, probablemente ante la carga de trabajo que pesaba sobre los órganos jurisdiccionales que impediría que éstos pudieran conocer y resolver los recursos en un breve plazo, sin que perjudicará a la tramitación de la adjudicación de los contratos. De esta manera, se estableció un sistema para cumplir los objetivos de tramitación ágil y así evitar las

⁸⁴ La Resolución N° 93/2012 del TARCJA dispone que 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.



consecuencias de adjudicar contratos no conformes a derecho .

A modo de balance, en estos diez años de existencia de los Tribunales se han superado las reticencias sufridas por su puesta en funcionamiento. Notoriamente, el Tribunal Supremo ha destacado el carácter especializado de los órganos creados para la resolución de recurso especial y cuyas resoluciones gozan de una cualificada presunción de legalidad y acierto. También, dicho acierto se encuentra relacionado con la especialización de sus miembros, obteniendo una mayor confianza por parte de los licitadores en este sistema de control con la consiguiente reducción de la litigiosidad en vía contencioso-administrativa. De hecho, se aprecia ya en la práctica los interesados y los órganos de contratación fundan sus pretensiones, no en la doctrina emanada de los órganos jurisdiccionales, sino en los argumentos vertidos por los recursos contractuales. En la actualidad, los distintos Tribunales de recursos, constituyen el cuerpo de doctrina más importante generado en materia de contratación pública, superando a las Juntas Consultivas de contratación, debido a que en la mayoría de las cuestiones que resuelven las Juntas se tratan de cuestiones concretas de aplicación de la ley⁸⁵.

La estructura española de órganos administrativos constituye un modelo de éxito así lo atestigua el Informe de 24 de enero de la Comisión Europea⁸⁶. Debemos abordar la necesidad de promover la coordinación ente los órganos de resolución de recursos especiales y el establecimiento de una red de órganos de recurso con el fin de mejorar el intercambio de información y las mejores prácticas relacionadas con aspectos concretos de la aplicación de las Directivas⁸⁷ .

En este sentido, en España durante estos cinco años de puesta en funcionamiento de la LCSP, se han producido acciones de cooperación y coordinación entre los distintos Tribunales Administrativos de Recursos, dejando constancia en varias actas de los puntos debatidos con el

⁸⁵ Como aspecto relevante señalar la importancia de la creación de una base de datos nacional que recoja todas las resoluciones de los distintos órganos para fomentar la unificación de doctrina.

⁸⁶ El reciente Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la eficacia de la Directiva 89/665/CEE y la Directiva 92/13/CEE, modificadas por la Directiva 2007/66/CE (Directivas de recursos en adelante), en cuanto a los procedimientos de recurso en el ámbito de la contratación pública publicado el pasado 24 de enero recoge la evaluación de los resultados de la aplicación de las citadas Directivas y en concreto si se consideran adecuadas a los objetivos propuestos atendiendo a si minimizan las cargas y los costes asociados y maximizan la posible simplificación de los procedimientos.

⁸⁷ En cumplimiento con la LCSP en la Disposición Adicional Vigésimo-Cuarta reconoce expresamente la necesaria coordinación entre los órganos de resolución *«Los diferentes órganos de recurso que sean creados acordarán las fórmulas de coordinación y colaboración más adecuadas para favorecer la coherencia de sus pronunciamientos y para la unificación de su doctrina en relación con las cuestiones que sean sometidas a su conocimiento. Dichos órganos podrán además proponer los ajustes normativos y recomendaciones que resulten pertinentes para un mejor funcionamiento de los mecanismos de recurso previstos en la normativa sobre contratos públicos»*.



objetivo de conseguir una visión conjunta del sistema cuya realización eficaz. Por lo que, la independencia de cada uno de los órganos en un estado descentralizado no ha impedido reconocer que la finalidad encomendada en defensa del cumplimiento de la normativa de contratación y de sus principios básicos, se consigue de mejor manera actuando consolidadamente. Sin embargo, la coordinación no conlleva la imposición de idénticas soluciones, por ello es necesario conocer cuáles son los problemas, particularidades de cada órgano y cómo afrontarlo.

En este sentido queda acreditado lo anterior, según lo dispuesto en la Memoria del Tribunal Administrativo de contratos públicos de la Comunidad Autónoma de Canarias en 2021, determino que el plazo medio de resolución de los recursos especiales en materia de contratación es inferior a dos meses, si se computa desde la fecha de la remisión del expediente administrativo al Tribunal. A este respecto dicha memoria tiene por objeto proporcionar información referente a la actividad desarrollada por el Tribunal Canario en dicho ejercicio, en aras de complementar la transparencia con una mayor difusión. Asimismo, en aras de la transparencia y total independencia con la que ejercitan las competencias encomendadas para combatir la corrupción en el seno de la contratación pública, frenando las malas prácticas y preservando el principio de integridad. En este sentido, haciendo efectiva la seguridad jurídica y la confianza de los licitadores y de manera directa produciendo la reducción de la litigiosidad en sede contencioso-administrativa.

En el último año 2021, en Canarias se registra 18,4% de incremento en el número de recursos, lo que ha supuesto un punto de inflexión en la tendencia al alza en el número anual de asuntos que se había registrado desde la creación de los órganos de recursos contractuales desde la vigencia de la LCSP⁸⁸. El incremento de recursos puede indicar que, tras los cinco años de vigencia de la LCSP y la nueva regulación del recurso especial en materia de contratación, implica que cada vez más los licitadores son más conscientes de que se trata de un recurso garantista, eficaz y que prevé mayor probabilidad de estimación para corregir las irregularidades que se producen en los procedimientos⁸⁹. En cambio, el aumento de expedientes no se debe a un uso abusivo del recurso especial por parte de los licitadores, pues en el 2020, los Tribunales Canarios, únicamente

⁸⁸ Silvia Díez Sastre, informe sobre la Justicia Administrativa, 2021, CIJA 2021, (página 126).

⁸⁹ El artículo 334.2 f) de la LCSP en el que se establece que «La Estrategia Nacional de Contratación Pública se diseñará para establecer medidas que permitan cumplir los siguientes objetivos: f) Promover la participación de las PYME, en el mercado de la contratación pública». Según el artículo 2 del Anexo I del Reglamento (UE) número 651/2014 de la Comisión de 17 de junio de 2014 «la categoría de microempresas, pequeñas y medianas empresas (PYME) está constituida por las empresas que ocupan a menos de 250 personas y cuyo volumen de negocios anual no excede de 50 millones EUR o cuyo balance general anual no excede de 43 millones EUR».



impusieron multas por temeridad y mala fe al 1,5 % de los recurrentes⁹⁰.

A lo largo del presente estudio, se han destacado cuales aspectos jurídicos más relevantes de la configuración del recurso administrativo especial en materia de contratación, dada la importancia de contar con buen sistema de control para prevenir de forma efectiva las posibles irregularidades contractuales. Asimismo, a pesar de esta opinión favorable términos generales, no es absoluta pues coexisten distintos aspectos que de modificarse incidirían en el desarrollo favorable del REC, logrando así una mayor eficiencia desde la perspectiva de los principios de seguridad jurídica y predictibilidad. Por tanto, se realizará un breve análisis sobre los aspectos que perfeccionarían la aplicación del recurso especial:

Primeramente, en cuanto a la naturaleza del recurso sería significativo dotarle de carácter obligatorio y no potestativo, en el sentido eliminaría la dualidad de regímenes existentes para corregir las graves disfuncionalidades procesales, especialmente cuando varios licitadores que concurren a un mismo procedimiento deciden impugnar un determinado acto a través de diversas vías de recurso. En efecto, resulta sumamente necesario dotar a este recurso de carácter preceptivo y configurarlo como un requisito previo a la vía judicial. Como también, resulta conveniente ampliar el ámbito objetivo de aplicación del recurso mediante la reducción de los umbrales cuantitativos y que su aplicación se produzca también ante la fase de ejecución del contrato ante los posibles incumplimientos sufridos. No cabe duda, pues, de la conveniencia de extender este recurso a una mayor parte de los contratos públicos tendría múltiples ventajas ante todos los licitadores para que puedan disponer de un medio de impugnación eficaz.

Seguidamente, cuestionar la libre designación en el nombramiento de los miembros de los órganos pues no parece justificado ni resulta la mejor solución respecto del tipo de órganos que nos encontramos. En su caso, sería conveniente la selección de los miembros aplicando los principios constitucionales de mérito, capacidad y experiencia en el campo de la contratación es la mejor garantía para generar esa confianza. Además de exigir dedicación exclusiva a sus miembros y exigir para todos los miembros del Tribunal las cualificaciones jurídicas y profesionales que aseguren el conocimiento especializado y la experiencia en la materia y no sólo a su Presidente.

En tercer lugar, sería interesante dotar la naturaleza colegiada a los órganos por razones de

⁹⁰ Memoria del Tribunal Administrativo de Contratos de Canarias, 2021 (página 30).



seguridad jurídica dada la complejidad técnica del objeto del recurso especial y la necesidad del confluir distintas conclusiones jurídicas de expertos en la materia, como instrumento de control y para reforzar la independencia del órgano frente a los licitadores y frente a la Administración.

En cuarto lugar, es preciso hacer referencia, a los diversos niveles territoriales de los órganos competentes para conocer el recurso especial en materia de contratación, concretamente a la posibilidad de que las Entidades Locales constituyan su propio órgano de recurso, lo cual plantea numerosos problemas desde la óptica de las notas de independencia y especialización y producir posibles prácticas colusorias lo que supone una traba para lograr una buena administración⁹¹, ello podría afectar a la eficacia del propio sistema de contratación. Igualmente, debemos señalar la desventaja producida de manera directa en el gasto público por el mantenimiento de una multiplicidad de órganos. Por ello, podemos concluir que es conveniente que se elimine esta posibilidad que entendemos que no se encuentra fundamentada especialmente cuando la función de tutela efectiva ya se garantiza por órganos autonómicos.

A la vista de la potenciación que está surgiendo ante los Tribunales deberá venir acompañada de medidas de refuerzo dotándoles de más medios, personales y materiales necesarios para poder seguir resolviendo los recursos especiales con la celeridad y calidad como hasta ahora se ha venido haciendo. Es absolutamente previsible que, se produzca un incremento en la interposición de recursos debido a la confianza que está despertando en los operadores económicos e incluso por el aumento en la celebración de más contratos, que de producirse este auge de recursos podría verse comprometida la rapidez en su resolución. No obstante, teniendo en cuenta el coste medio de funcionamiento que actualmente tiene el sistema necesario, sería plenamente asumible para una Administración considerando que supone un ahorro sustancial y una mejora de la calidad de los bienes y servicios adquiridos que produciría realmente una notable inversión. Por ello, en este sentido la mayor dotación de medios puede suponer a corto plazo un mayor desembolso, pero sin duda a largo plazo redundará en una mayor eficiencia e implicaría una mayor reducción de las prácticas colusorias.

Finalmente, como peculiaridad ante la resolución del tribunal de recursos no cabe la revisión de oficio de sus propios actos, únicamente cabe la corrección de errores aritméticos y de hechos con el problema de que no podemos alcanzar el fallo. Asimismo, destacar la importancia de contemplar la posibilidad de interponer recurso extraordinario de revisión, como consecuencia de

⁹¹ Artículo 121 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local.



prevaricación, cohecho, violencia, maquinación fraudulenta u otras conducta punible y se haya declarado así en virtud de sentencia judicial firme”, Resolución 205/2014 de 7 de marzo del TACRC.

IX. Conclusiones.

El objetivo de este trabajo ha sido analizar el recurso especial en materia de contratación pública, como pilar esencial en el control de la legalidad en los procedimientos de contratación pública, previstos en la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público, estableciendo un nuevo régimen adaptado a la normativa comunitaria. Se trata de una legislación básica de aplicación general para las Administraciones públicas, organismos, entidades dependientes y que deben ser respetadas por las legislaciones autonómicas de desarrollo.

Primero. En lo relativo a las características del recurso se configura como un recurso administrativo, revisor, potestativo, gratuito, de carácter eficaz y excluyente con el objeto de impedir que se consoliden situaciones de ilegalidad, que se verían reparadas únicamente tras la resolución del correspondiente recurso ante los órganos judiciales del orden jurisdiccional contencioso administrativo. En efecto, todas las medidas y decisiones que se adopten en el ámbito de la contratación pública deben tener la capacidad y la fuerza de lograr el efecto deseado, deben ser necesarias y apropiadas al fin que se busca, y las consecuencias de actuaciones contrarias al ordenamiento. Es preciso poner de relieve que el cumplimiento de las exigencias europeas ha dotado de gran credibilidad al modelo español y hace posible un control efectivo de las posibles irregularidades que puedan surgir a lo largo del proceso de contratación.

Segundo. En cuanto a su ámbito objetivo se ha llevado a cabo una ampliación del objeto del recurso especial, mediante la rebaja de los umbrales, desvinculándolo de los umbrales propios de los contratos sujetos a regulación armonizada y mediante la ampliación de actos susceptibles de recurso lo que ha resultado favorable en términos generales. En efecto, garantiza un mayor derecho de defensa de los licitadores en cuanto a la mayor parte de los actos tanto en la preparación, adjudicación y ejecución del contrato.

Tercero. Respecto al ámbito subjetivo, se reconoce una legitimación más amplia, respecto a la regulación anterior, tanto para los licitadores como a quienes acrediten titularidad de derechos o intereses legítimos perjudicados o bien puedan ser afectados, por lo que a través del referido recurso se pretende una tutela de un interés actual que ha de quedar claramente justificado, sin



que sea suficiente el mero control de legalidad ordinaria. Precisamente por ello, es preciso concretar la relación de la pretensión del recurrente con el objeto del contrato y con su pretensión en el recurso especial⁹². Como premisa básica, para que la tutela sea efectiva y oportuna, la legitimación debe ser lo más amplia posible para aquellos ciudadanos que estimen que un derecho o un interés legítimo, presente o futuro, pero cierto, puede verse comprometido o afectado, ya que, la existencia de mecanismo de reclamación o impugnación de las decisiones de los órganos administrativos.

Cuarto. La decisión de atribuir la competencia para conocer del recurso especial a los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales ha permitido a los recurrentes obtener una resolución imparcial e independiente. Concretamente, la especialización de sus miembros ha influido enormemente en la calidad de resoluciones mejor fundamentadas y en los resultados alcanzados estos cinco años han sido más que satisfactorios debido a la mayor confianza de los licitadores en el presente sistema de control. Además, con la reducción de la litigiosidad en vía contencioso-administrativa viene a confirmar el buen funcionamiento y celeridad de estos órganos resuelven en la práctica, configurándose como una auténtica alternativa a la vía jurisdiccional.

Finalmente, después de analizar los principales problemas prácticos podemos concluir que es necesario continuar con la permanente revisión y mejora de los aspectos negativos del recurso especial para dotar al sistema de mayor flexibilización y así lograr el equilibrio entre las garantías del procedimiento y la eficiencia.

⁹² SAN 185/2017, de 13 de Septiembre de 2018.



X. Bibliografía.

- DÍAZ BRAVO, E. “*El recurso especial en materia de contratación pública en el derecho europeo y su aplicación en España*”. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- SANTAMARÍA PASTOR, J. A.: “*Los recursos especiales en materia de contratos del sector público*”, Ed. Aranzadi Cizur Menor, Navarra, 2015.
- GAMERO CASADO, E y GALLEGO CÓRCOLES, I “*Tratado de Contratos del Sector Público*”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- 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.
- 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.
- GONZÁLEZ VARAS IBAÑEZ, S., “*Comentarios a la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del sector público, Tratado de derecho administrativo*” Tomo III, Ed. Civitas Thomson Reuters, Madrid, 2018.
- SANTIAGO FERNÁNDEZ, M^a J. “*Procedimiento del recurso especial en materia de contratación*”, Ed. Aranzadi, Madrid, 2018.