

EDB 2011/8219

La impugnación administrativa de la fase preparatoria de los contratos del sector público. Análisis de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, tras la modificación operada por la Ley 34/2010, de 5 de agosto

Autor

Jesús Cudero blas, Magistrado de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional

Editorial

El Derecho Editores / Revista de Jurisprudencia El Derecho, nº 2, pg. 1

Jurisdicción

ADMINISTRATIVO

F. de publicación

julio de 2011

Área

Derecho administrativo

ÍNDICE

I.Introducción	1
II.La impugnación en sede administrativa de la actividad contractual	2
III.El "Recurso Especial" en materia de contratación en la redacción originaria de la Ley 30/2007	2
IV.La nueva regulación del "Recurso Especial" tras la Ley 34/2010	3
V.El órgano competente para la tramitación y resolución del Recurso Especial en materia de contratación	5

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

ACTO ADMINISTRATIVO

SUSPENSIÓN DE EJECUCIÓN

CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

DISPOSICIONES COMUNES

DERECHO COMUNITARIO

ARMONIZACIÓN LEGISLATIVA

FICHA TÉCNICA

Legislación

Cita anx.2.17, anx.2.18, anx.2.19, anx.2.20, anx.2.21, anx.2.22, anx.2.23, anx.2.24, anx.2.25, anx.2.26, anx.2.27, art.3, art.14, art.15, art.16, art.21.2, art.37, art.39, art.40, art.41, art.42, art.43, art.44, art.45, art.46, art.47, art.48, art.49, art.50, art.151.4, dad.4 de RDLeg. 3/2011 de 14 noviembre 2011

Cita Ley 34/2010 de 5 agosto 2010

Cita Dir. 66/2007 de 11 diciembre 2007. Se modifican las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE del Consejo en lo que respecta a la mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos.

Cita anx.2.17, anx.2.18, anx.2.19, anx.2.20, anx.2.21, anx.2.22, anx.2.23, anx.2.24, anx.2.25, anx.2.26, anx.2.27, art.3, art.14, art.15, art.16, art.21.2, art.37, art.39, art.135.4, art.310, art.311, art.312, art.313, art.314, art.315, art.316, art.317, art.318, art.319, art.320, dad.6, edm.un de Ley 30/2007 de 30 octubre 2007. Contratos del Sector Público

Cita Dir. 18/2004 de 31 marzo 2004. Coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios

Cita Ley 62/2003 de 30 diciembre 2003. Medidas fiscales, administrativas y del orden social

Cita art.3 de Ley 47/2003 de 26 noviembre 2003. Ley General Presupuestaria

Cita dad.16 de RDLeg. 2/2000 de 16 junio 2000. TR Ley de Contratos de las Administraciones Públicas

Cita art.10.1.k, art.10.1.l, art.11.1.f de Ley 29/1998 de 13 julio 1998. Jurisdicción Contencioso-Administrativa

Cita art.43.1 de Ley 30/1992 de 26 noviembre 1992. Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común

Cita Dir. 665/1989 de 21 diciembre 1989. Procedimientos de Recurso en Adjudicación Contratos Públicos de Suministros y de Obras

Jurisprudencia

Comenta STJCE Sala 6ª de 15 mayo 2003 (J2003/9412)

Versión de texto vigente null

I. Introducción

La Exposición de Motivos de la Ley 30/2007, de 30 octubre, de Contratos del Sector Público EDL 2007/175022 , señalaba que la finalidad de la norma es transponer al Derecho español la Directiva 2004/18/CE, del Parlamento y del Consejo, de 31 marzo 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios EDL 2004/44276 . Sin embargo, según la misma Exposición de Motivos, la nueva regulación legal no se limita a esta transposición, sino que pretende dar respuesta a las peticiones formuladas por múltiples instancias de introducir mejoras en la legislación y dar solución a ciertos problemas que ha puesto de relieve la experiencia aplicativa de la Ley de Contratos anterior EDL 2000/83354 .

El objetivo de este trabajo es analizar -teniendo en cuenta la nueva legislación y la posterior reforma operada por la Ley 34/2010, de 5 agosto EDL 2010/149688 - los cauces impugnatorios de las decisiones administrativas adoptadas por los órganos de contratación en la llamada "*fase preparatoria*" del contrato, esto es, en el ámbito de las actuaciones llevadas a cabo hasta la adjudicación del mismo.

Conviene antes precisar, no obstante, cuáles son los nuevos ámbitos subjetivo y objetivo de la Ley de Contratos EDL 2007/175022 . Desde el punto de vista subjetivo, la nueva legislación se aplicará con mayor o menor intensidad según cuál sea el ente, organismo o entidad del sector público contratante. A la vista del art. 3º EDL 2007/175022 pueden distinguirse tres grandes grupos:

a) Las Administraciones Públicas, en cuya definición se sigue el criterio enunciativo del art. 3 Ley General Presupuestaria EDL 2003/127843 , cuya actividad administrativa queda sujeta íntegramente a la Ley de Contratos EDL 2007/175022 .

b) Los llamados "*poderes adjudicadores*" (término acuñado por la jurisprudencia comunitaria), entre los que se incluyen tanto las Administraciones Públicas como aquellos entes u organismos que reúnen tres condiciones: estar dotados de personalidad jurídica, haber sido creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil y que su actividad dependa de una Administración Pública en el sentido de que la misma financia mayoritariamente su actividad, controle su gestión o nombre a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia. La intensidad en la aplicación de la Ley EDL 2007/175022 a estos entes se reduce en relación con las Administraciones Públicas, pues en este caso sólo deberán ajustarse a la nueva normativa en relación con las disposiciones relativas a la capacidad de las empresas, publicidad, procedimiento de licitación, formas de adjudicación y régimen de recursos y medidas cautelares siempre que celebren contratos típicos en cuantía igual o superior a las señaladas en la Ley. En el resto de los contratos, estos entes habrán de observar los principios de publicidad, concurrencia, no discriminación e igualdad de trato.

c) El resto de organismos o entidades que pertenezcan al sector público y no tengan la consideración de Administraciones Públicas o poderes adjudicadores sujetarán su contratación a lo establecido en la Disposición Adicional Sexta de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas EDL 2007/175022.

A lo anterior debe añadirse que la Ley EDL 2007/175022 se aplica -aunque no en su totalidad- a determinados contratos celebrados por sujetos que no forman del sector público. Es el caso de los contratos subvencionados por poderes adjudicadores y de los celebrados por concesionarios de obras públicas.

Por último, ya desde el punto de vista objetivo, la Ley EDL 2007/175022 introduce la categoría de los "*contratos sujetos a regulación armonizada*", esto es, los contratos que superen los umbrales establecidos por la Directiva 2004/18/CE EDL 2004/44276 y que están constituidos: a) Por los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado, en todo caso; b) Por los de obras, concesión de obras públicas, suministro y servicios cuyo valor estimado sea igual o superior a los umbrales comunitarios (arts. 14 a 16 de la Ley EDL 2007/175022) siempre que la entidad contratante tenga la consideración de poder adjudicador; c) Los contratos subvencionados por estas entidades.

II. La impugnación en sede administrativa de la actividad contractual

El análisis de esta cuestión debe ineludiblemente partir de lo dispuesto en la Directiva 89/665/CEE, del Consejo, de coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministro y de obras EDL 1989/15243 .

Dicha Directiva EDL 1989/15243 , resumidamente, exige: a) Que los Estados miembros tomen las medidas necesarias para garantizar que las decisiones adoptadas por los poderes adjudicadores puedan ser recurridas de manera eficaz y lo más rápidamente imposible; b) Que se garantice que los procedimientos de recurso sea accesibles, como mínimo, a cualquier persona que tenga o haya tenido interés en obtener un determinado contrato público de suministro u obras y que se haya visto o pueda verse perjudicada por una presunta infracción; c) Que en los procedimientos de recurso, lo antes posible y mediante procedimiento de urgencia, puedan adoptarse medidas provisionales para corregir la infracción supuestamente cometida o reparar los perjuicios irrogados, incluida la suspensión del procedimiento de adjudicación; d) Que puedan anularse las decisiones ilegales contenidas en los documentos de licitación, pliegos o cualesquiera otros documentos relacionados con el procedimiento de adjudicación; e) Que se conceda una indemnización por daños y perjuicios a los perjudicados por la infracción.

III. El "Recurso Especial" en materia de contratación en la redacción originaria de la Ley 30/2007 EDL 2007/175022

La Ley 30/2007 EDL 2007/175022 , con la finalidad de incorporar al Derecho español la Directiva indicada, introdujo en su redacción originaria, en el art. 37 EDL 2007/175022, un nuevo recurso especial de carácter administrativo, cuya comprensión exige tener en cuenta no solo la Directiva comunitaria anteriormente mencionada EDL 1989/15243 , sino también la STJCE de 15 mayo 2003 (asunto c-214/2000, Comisión contra España) EDJ 2003/9412 , en la que se exige a las autoridades españolas la previsión de recursos en materia contractual respecto de las sociedades mercantiles sujetas a la legislación de contratos (lo que fue efectivamente cumplido por el legislador español a través de la Ley 62/2003 EDL 2003/163154 , que incorporaba al Texto Refundido de la Ley de Contratos una disp. adic. 16ª EDL 2000/83354 en tal sentido). A ello debe añadirse que la Directiva 2007/66/CEE, del Parlamento y del Consejo, de 11 diciembre 2007 EDL 2007/229879 (posterior a la Ley 30/2007) acentúa todavía más la necesidad de implantar sistemas de recursos verdaderamente eficaces, en cuanto se prevé el efecto suspensivo automático del recurso deducido ante el poder adjudicador cuando

éste sea obligatorio conforme a la legislación nacional e impone un plazo mínimo de suspensión entre la adjudicación del contrato y su celebración para asegurar la posibilidad de interponer un recurso eficaz, previsión que -como inmediatamente veremos- fue incorporada al Derecho español por los arts. 37 y 38 Ley 30/2007 EDL 2007/175022 (redacción originaria) y mantenida, también como después se dirá, en la Ley 34/2010 EDL 2010/149688 .

Pues bien, los arts. 37 y 38 Ley 30/2007 EDL 2007/175022 respondían a las exigencias derivadas de la normativa y la jurisprudencia comunitarias. El primero de ellos prevé un recurso administrativo especial (respecto de los contratos sujetos a regulación armonizada, incluidos los contratos subvencionados, contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II EDL 2007/175022 de cuantía igual o superior a 211.000 euros, o contratos de gestión de servicios públicos en los que el presupuesto de gastos de primer establecimiento sea superior a 500.000 euros y el plazo de duración superior a cinco años) frente a los acuerdos de adjudicación provisional, los pliegos reguladores de la licitación y los que establezcan las características de la prestación, y los actos de trámite adoptados en el procedimiento antecedente, siempre que éstos últimos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. Partiendo de que el nuevo recurso resulta aplicable, subjetivamente, a todos los entes sujetos a la Ley en los términos previstos en su art. 3º EDL 2007/175022, las características esenciales del nuevo mecanismo impugnatorio eran las siguientes:

a) Objetivamente, resulta aplicable a los contratos más arriba mencionados y frente a los señalados actos efectuados en la fase preparatoria. La previsión legal (acuerdos de adjudicación provisional, los pliegos reguladores de la licitación y los que establezcan las características de la prestación) ha de ser objeto de interpretación a la luz de la normativa y de la Jurisprudencia Comunitaria, en el sentido de que ha de entenderse forzosamente que el recurso podrá interponerse también respecto de decisiones adoptadas sin procedimiento formal de contratación o con anterioridad a una licitación formal o en relación a la decisión sobre si un contrato está o no incluido dentro de la legislación en la materia.

b) Legitimadas activamente para la interposición están las personas físicas y jurídicas cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso y, en todo caso, los licitadores, recogiendo de esta forma un amplísimo concepto de legitimación que responde a los criterios reiteradamente asentados por nuestro Tribunal Supremo.

c) La competencia se atribuía al órgano de contratación en los casos de Administraciones Públicas o al titular del departamento, órgano, ente u organismo al que esté adscrita la entidad contratante o al que corresponda su tutela, si ésta no tiene el carácter de Administración Pública.

d) El plazo de interposición era el de diez días hábiles (o siete en los procedimientos de urgencia), que se contarán desde la notificación o publicación del acto. Tal previsión (contenida en el apdo. 6º del art. 37 EDL 2007/175022) en cuanto al "*dies a quo*" en relación con el acto de adjudicación provisional (fijado en el día siguiente a la publicación) resultaba sorprendente, pues tratándose de licitadores es obvio que dicho acto de adjudicación ha de notificárseles personalmente. Por tanto, el plazo para éstos deberá contarse desde la notificación, de suerte que la publicación sólo actúa como día inicial respecto de terceros (eventualmente perjudicados) que no hayan participado en el procedimiento.

e) Se trataba de un recurso administrativo obligatorio y especial, en cuanto es distinto de los de reposición y alzada. De este doble carácter se desprenden dos consecuencias: la primera, que si el interesado no lo ejercita no podrá acudir a la vía jurisdiccional; la segunda, que desaparecen de este ámbito los recursos de alzada y reposición.

f) En cuanto a la tramitación, el art. 37 EDL 2007/175022 prevé el traslado a los demás interesados (por cinco días hábiles), la reclamación, en su caso, del expediente, la resolución en cinco días hábiles y la notificación de dicha resolución a todos los interesados. Se recoge, además, la regla del silencio negativo (transcurridos veinte días hábiles contados desde el siguiente a la interposición del recurso sin que se haya notificado su resolución, podrá considerarse desestimado a efectos de interponer recurso contencioso-administrativo, sin perjuicio de la subsistencia de la obligación de resolver y del mantenimiento, hasta que ello se produzca, de la suspensión establecida en el apdo. 7, en su caso).

g) Respecto de la resolución, la Ley exige -como no podía ser de otra forma- que sea motivada y congruente con las peticiones, anulando en su caso las decisiones ilegales adoptadas. Además, si la resolución del recurso acordase la adjudicación del contrato a otro licitador, se concederá a este un plazo de diez días hábiles para que cumplimente lo previsto en el art. 135,4, segundo párrafo EDL 2007/175022.

Mención especial merece la regulación sobre la suspensión del acto recurrido. El legislador fue en este punto más allá de las exigencias comunitarias del momento (aunque ahora están ya incorporadas a la Directiva 2007/66/CE EDL 2007/229879) al establecer la suspensión automática del acto cuando éste consista en la adjudicación provisional del contrato, de suerte que tal adjudicación quedará en suspenso hasta que se resuelva el recurso sin posibilidad de adjudicación definitiva o formalización del contrato.

Por último, el precepto contenido en el art. 37,10 de la redacción originaria de la Ley 30/2007 EDL 2007/175022 (a cuyo tenor "*contra la resolución del recurso solo procederá la interposición de recurso contencioso-administrativo conforme a lo dispuesto en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa EDL 1998/44323* ") resulta coherente con la previsión legal contenida en el art. 21,2 Ley de Contratos del Sector Público EDL 2007/175022, según el cual se atribuye a la jurisdicción civil el conocimiento de las cuestiones litigiosas que afecten a la preparación y adjudicación de los contratos privados que se celebren por los entes y entidades sometidos a esta Ley que no tengan el carácter de Administración Pública, siempre que estos contratos no estén sujetos a una regulación armonizada.

IV. La nueva regulación del "Recurso Especial" tras la Ley 34/2010 EDL 2010/149688

La Ley 34/2010 EDL 2010/149688 modifica sustancialmente la Ley 30/2007 EDL 2007/175022 , regulando el recurso especial en los arts. 310 a 320 EDL 2007/175022.

Para comprender el nuevo régimen es preciso tener en cuenta una de las novedades más importantes que incorpora la reforma operada por la nueva Ley: la supresión de la adjudicación provisional del contrato, que había sido "*recuperada*" por la redacción originaria de la ley de 2007 EDL 2007/175022 .

Con la nueva normativa, clasificadas por el órgano de contratación las proposiciones presentadas, no se procederá a adjudicar "*provisionalmente*" el contrato a la proposición económicamente más ventajosa, sino que se requerirá al adjudicatario para que presente en el plazo de diez días hábiles la documentación que acredite que se halla al corriente de sus obligaciones fiscales y tributarias, que dispone de los medios necesarios para ejecutar el contrato y que ha constituido la garantía definitiva. Recibida tal documentación, el órgano competente procederá a la adjudicación (única) en los siguientes cinco días hábiles.

Las modificaciones más significativas contenidas en la reforma son, resumidamente, las siguientes:

En primer lugar, y como paso previo pero imprescindible para permitir que el recurso pueda ser interpuesto "*eficazmente*" por los interesados, se exige al órgano de contratación no sólo una motivación específica de la resolución de adjudicación, sino que se notifique a los licitadores que no hayan resultado adjudicatarios los siguientes extremos: a) La identificación del licitador seleccionado y las características y ventajas de su proposición que han sido tenidas en cuenta para otorgarle el contrato; b) Las razones determinantes de la desestimación de la oferta de los licitadores descartados; c) La justificación de los motivos de inadmisión de las ofertas de los licitadores excluidos. Evidentemente, la "*motivación*" a la que se refiere la nueva Ley debe ser materialmente suficiente como para que el interesado pueda conocer las razones determinantes de la decisión y le permita, en su caso, impugnarla ante los órganos administrativos o jurisdiccionales competentes, sin que tal requisito pueda entenderse cumplimentado si la justificación de la decisión se limita a aducir razones puramente estereotipadas o apodícticas de las que no puedan inferirse los verdaderos motivos de la adjudicación, la exclusión o la desestimación de las proposiciones.

Se amplía, además, el ámbito objetivo del recurso en un doble sentido: en cuanto cabe deducirlo también respecto de los "*documentos contractuales que establezcan las condiciones que deben regir la contratación*" y respecto de los actos de trámite, al señalarse expresamente que lo son "*los actos de la Mesa de Contratación por los que se acuerde la exclusión de licitadores*". Este último aspecto permite afirmar que la Ley ha concedido a los licitadores excluidos dos posibilidades de interposición del recurso especial: a) El recurso contra el acto de trámite cualificado consistente en su exclusión por la Mesa de Contratación (que podrán interponer a partir del día siguiente en que tengan conocimiento de tal exclusión); b) El recurso contra el acto de adjudicación a un licitador distinto (pues la Ley impone en el art. 135,4 EDL 2007/175022 que tal decisión sea notificada a los licitadores descartados). La Abogacía General del Estado (Circular 3/2010) ha entendido que estas posibilidades no son acumulativas sino que tienen carácter subsidiario, por lo que notificada debidamente la exclusión de la licitación, el candidato descartado no podrá acudir después al recurso contra la adjudicación, opinión que -desde luego- debe reputarse cuando menos discutible pues no olvidemos que constituye regla general aplicable al procedimiento administrativo la que permite a los interesados impugnar los llamados "*actos de trámite cualificados*" bien directamente, bien mediante el recurso deducido contra el correspondiente acto final.

El recurso ahora es potestativo pero excluyente de cualesquiera otros medios impugnatorios de naturaleza administrativa. Frente a los actos y contratos enumerados en los apdos. 1 y 2 del art. 310 EDL 2007/175022 sólo cabe este recurso en vía administrativa o acudir a la impugnación directa en sede contencioso-administrativa. Ha de considerarse, además, preferente en relación con la cuestión de nulidad regulada en los arts. 37 y ss. de la Ley EDL 2007/175022 (preceptos incorporados en la modificación de 2010 EDL 2010/149688), pues ésta será inadmitida si respecto del mismo acto se ha interpuesto el recurso especial y el órgano competente ha respetado la suspensión.

En cuanto al régimen transitorio, hay que tener en cuenta lo siguiente: a) Que en los expedientes de contratación incoados con anterioridad a la Ley 34/2010 EDL 2010/149688 se mantiene la distinción entre ejecución provisional y definitiva; b) Que si el acto de adjudicación provisional es anterior a esta Ley el régimen del recurso es el de la redacción originaria (obligatorio y a deducir ante el órgano de contratación), aunque se interponga después de la entrada en vigor de la nueva norma; c) Que contra el acuerdo de adjudicación provisional posterior a la entrada en vigor de la Ley 34/2010 cabría, a mi juicio, acudir al nuevo recurso entendiendo que nos encontramos ante un acto de trámite, aunque el interesado podrá esperar al acto de adjudicación definitiva e interponer el nuevo recurso; d) Contra la adjudicación definitiva posterior a la entrada en vigor de la nueva norma cabe el nuevo recurso siempre que la adjudicación provisional sea también posterior a dicha fecha de vigencia.

El órgano encargado de la resolución del recurso es, ahora, distinto del de contratación, extremo sobre el que nos detendremos más adelante.

La legitimación es amplísima: podrán interponer el recurso las personas físicas o jurídicas cuyos derechos e intereses se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso. Esto quiere decir que podrán interponerlo los licitadores (excluidos o descartados) y también los que no han podido serlo por el contenido de los documentos de contratación.

En cuanto a las medidas provisionales, se prevé que éstas se soliciten con anterioridad a la interposición del recurso, en cuyo caso se exige decisión motivada en el plazo de cinco días hábiles desde la presentación del escrito, previa alegación al respecto en los dos primeros días por el órgano de contratación y teniendo en cuenta que su eventual adopción estará condicionada a la efectiva interposición del recurso.

El plazo de interposición es de quince días hábiles. Dice la Ley (art. 314 EDL 2007/175022) que el plazo se contará a partir del siguiente a aquél en que se remita la notificación del acto impugnado. Parece evidente que tal previsión ha de entenderse en el sentido de que el "*dies a quo*" ha de fijarse en relación a la recepción de la notificación, pues solo a través de ésta se garantiza el cumplimiento de la finalidad de toda notificación: dar a conocer al interesado el contenido de la correspondiente resolución e iniciar el cómputo de los plazos legales de impugnación. Evidentemente, la notificación en cuestión habrá de ser completa y regular, lo que incluye también la necesidad de indicar al interesado qué recursos puede interponer, ante quién debe deducirlos y cuál es el plazo correspondiente de impugnación.

La presentación del recurso habrá de hacerse necesariamente en el registro del órgano de contratación o en el del órgano competente para su resolución y el interesado deberá obligatoriamente anunciarlo mediante escrito dirigido al órgano de contratación. Esta derogación singular de la Ley 30/1992 EDL 1992/17271 planteará, sin duda, importantes problemas prácticos, tanto respecto de la exigencia de un doble escrito (anuncio e interposición) como en relación con los supuestos en los que se acude a mecanismos de presentación distintos del registro de esos dos órganos, bien entendido que la Ley permite la subsanación de defectos en tres días hábiles. La primera pregunta, pues, resulta inmediata: ¿Qué ocurre si el escrito se presenta en otro registro administrativo o en las oficinas de correos? ¿Y si llega a los registros aptos -según la ley- después de transcurrido el plazo de quince hábiles? ¿Habrá que considerar extemporáneo el recurso y por tanto inadmitirlo en estos casos? Desde luego, la respuesta no es fácil. A favor de otorgar carta de naturaleza a la presentación obligatoria en el lugar designado en la ley está la celeridad y la necesidad de que el contrato empiece a desplegar sus efectos, por exigencias del interés público, lo antes posible. En contra se sitúan tanto el régimen general previsto en la Ley 30/1992 (reguladora del "*procedimiento administrativo común*") como lo cuestionable que resulta imponer al interesado una carga no prevista en el régimen general.

Si el acto recurrido es el de adjudicación, la Ley prevé la suspensión automática de la misma una vez interpuesto el recurso (art. 315 EDL 2007/175022), que deberá ser ratificada o alzada por el órgano encargado de la resolución del recurso en el plazo de los siguientes cinco días hábiles a su interposición (sin que, frente a esta decisión, quepa recurso alguno). El carácter potestativo del medio de impugnación que nos ocupa permite al legitimado, como se ha dicho, prescindir de la vía administrativa y acudir directamente a la impugnación jurisdiccional del acto de adjudicación. La cuestión que puede plantearse entonces es la de si el recurso contencioso administrativo interpuesto por el interesado dentro del plazo establecido para la impugnación en sede administrativa tiene, o no, efectos suspensivos automáticos de la adjudicación del contrato. Aunque la respuesta debe ser negativa a la vista de la normativa legal vigente (constituida por la propia Ley 30/2007 EDL 2007/175022 y por la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa), subyace una sombra de duda sobre si este efecto resulta o no respetuoso con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la materia. No olvidemos que dicho Tribunal (en sentencia de 15 de mayo de 2003, asunto C-214/2000, Comisión contra España EDJ 2003/9412) había señalado expresamente que el sistema de medidas cautelares previsto en nuestro ordenamiento jurídico (arts. 129 y siguientes de la Ley Jurisdiccional) no garantizaba un sistema de tutela judicial efectiva provisional para corregir de manera eficaz los errores cometidos por la entidades adjudicadoras. Por mi parte entiendo que las exigencias derivadas de la normativa europea y de la jurisprudencia que lo interpreta son, sin duda, formalmente respetadas por la nueva regulación, en cuanto faculta al interesado para solicitar y eventualmente obtener no sólo medidas provisionales (anteriores a la impugnación en cuanto al fondo), y garantiza la suspensión automática del acuerdo de adjudicación cuando se acude al recurso administrativo especial que nos ocupa. La utilización por el licitador de la vía jurisdiccional de manera directa (obviando el recurso administrativo) no producirá el efecto de la suspensión automática de la adjudicación, aunque podrá interesar y conseguir, en su caso, dicha medida cautelar en el seno del proceso contencioso administrativo correspondiente.

La separación entre adjudicación y formalización del contrato a la que antes se ha hecho referencia dura, cabalmente, el plazo para interponer el recurso especial (quince días). Nuevamente, y en los términos apuntados, surgen dudas sobre el ajuste de esta previsión a las exigencias comunitarias. ¿Debería haberse extendido este plazo a los dos meses de impugnación ante la vía judicial? ¿Debería haberse previsto un recurso jurisdiccional a interponer en el plazo de quince días para salvaguardar los derechos de quien no quiere ir al recurso especial? Probablemente esta segunda opción sería todavía más garantista que la regulación actual, por cuanto permitiría al interesado obtener la correspondiente tutela cautelar (y la consiguiente suspensión automática del acto adjudicatorio) cualquiera que fuera la vía de impugnación por la que, legítimamente, optase, aunque hubiera requerido una reforma en profundidad de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo EDL 1998/44323 que, como se ha visto, no parece que sea una necesidad ineludible y obligatoria para respetar la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

La tramitación prevista en la Ley (art. 316 EDL 2007/175022) para el recurso que nos ocupa puede calificarse de bien intencionada pero, probablemente, imposible de cumplir en la práctica: el órgano encargado de la resolución reclamará el expediente al de contratación en el mismo día en que se interponga el recurso; éste lo remitirá en el plazo de dos días hábiles con el correspondiente informe; en los cinco hábiles siguientes se dará audiencia a las partes; se prevé un período de prueba (facultativo) de diez días hábiles; y la resolución se adoptará en los cinco días hábiles siguientes a las últimas alegaciones de las partes.

La nueva Ley EDL 2010/149688 no regula la figura del silencio ni, sobre todo, contiene previsión alguna sobre al alcance de la ausencia absoluta de resolución respecto de la suspensión automática. ¿Qué ocurre si el órgano competente no sólo no resuelve, sino que no se pronuncia sobre el mantenimiento o alzamiento de la suspensión? ¿Se prolonga "*sine die*" esa medida cautelar o deberá existir algún pronunciamiento del órgano jurisdiccional si se acude al recurso contencioso administrativo? ¿Quién puede instar ese pronunciamiento? En la redacción originaria de la Ley (art. 37,7 EDL 2007/175022) se imponía la resolución expresa en los casos de impugnación de la adjudicación provisional, hasta el punto de que quedaba en suspenso la tramitación del expediente hasta que se dictara la correspondiente decisión expresa, previsión que no tiene correlato en la redacción actual de la Ley. Por mi parte, y sin perjuicio de las decisiones jurisprudenciales que se producirán en el caso, entiendo: a) Que la falta de resolución en plazo debe entenderse en sentido desestimatorio (silencio negativo) por aplicación del art. 43,1 de la Ley 30/1992, de 26 noviembre EDL 1992/17271 (norma a la que remite expresamente la propia Ley de Contratos del Sector Público EDL 2007/175022 al regular el recurso especial que nos ocupa); b) Que la suspensión automática sólo se prolonga hasta que se produzca el indicado acto presunto, pues no tendría sentido -a falta de un precepto como el que se contenía en la redacción originaria de la ley- que la suspensión producida por la interposición de un recurso se mantenga cuando tal recurso -aunque sea por la ficción legal del silencio- ha sido desestimado.

V. El órgano competente para la tramitación y resolución del Recurso Especial en materia de contratación

Aunque sin imponerlo expresamente, la reciente normativa comunitaria (Directiva 2007/66/CE, de 11 diciembre EDL 2007/229879) venía pronunciándose a favor de la necesidad de que la competencia para la resolución del recurso se encomiende a un órgano independiente del de contratación, con la finalidad de salvaguardar la seguridad jurídica y los derechos de los licitadores.

Por eso, la reforma operada en 2010 EDL 2010/149688 encomienda tal competencia en el nuevo art. 311 de la Ley EDL 2007/175022, en el ámbito de la Administración del Estado, a un órgano al que califica como "*funcionalmente*" independiente, insertado en el Ministerio de Economía y Hacienda (el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales). La pregunta es si este órgano responde o no a la exigencia comunitaria de que se trate de un órgano "*independiente*", cuestión que se abordó en el debate parlamentario de la reforma y en el que se barajaron hasta cuatro opciones: atribuir la competencia para el conocimiento del recurso a la Junta Consultiva de Contratación, establecer una Sección Especial en el actual Tribunal Económico Administrativo Central, encomendar esta potestad a los Juzgados de lo Contencioso Administrativo o crear un órgano "*ad hoc*", tesis que finalmente se impuso por entender, sobre todo, que la carga de trabajo que pesaba sobre aquellos órganos jurisdiccionales impediría con toda seguridad alcanzar las finalidades pretendidas por la Ley con la rapidez requerida.

Lo primero que debe destacarse es que, a pesar del "*nomen iuris*" empleado, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales no tiene naturaleza jurisdiccional sino estrictamente administrativa. En cuanto a su composición (un Presidente y dos Vocales, sin perjuicio de la posibilidad de ulterior ampliación por vía reglamentaria), destaca la necesidad de que tanto el Presidente como los Vocales sea elegido entre funcionarios de carrera y licenciados en Derecho y que haya desempeñado su actividad profesional por tiempo superior a quince años, aunque resulta criticable el requisito de que tal desempeño se haya efectuado "*preferentemente*" en el ámbito del Derecho Administrativo relacionado directamente con la contratación, pues bien podía haberse impuesto esta condición (la especialidad en materia contractual) como verdadero presupuesto.

Sí resulta encomiable, en cuanto refuerza la independencia de los nombrados, la definición de sus miembros como "*inamovibles*" y la rígida regulación de las causas de remoción, que cuando no tienen naturaleza reglada (como la expiración del mandato no prorrogable de seis años o la renuncia) exigen la tramitación del correspondiente expediente contradictorio por el Gobierno.

Por otra parte, en el seno de las Cortes Generales, se ha creado -por decisión de las Mesas del Congreso de los Diputados y del Senado de 21 de diciembre de 2010- el Tribunal de Recursos Contractuales de las Cortes Generales, órgano competente para conocer del recurso especial en materia de contratación cuando éste se interponga frente a los contratos que pretendan concertar el Congreso de los Diputados, el Senado, las Cortes Generales, la Junta Electoral Central y el Defensor del Pueblo y que está compuesto por un parlamentario de cada Cámara y un funcionario de las Cortes Generales que cuenta con la necesaria cualificación y no haya tenido participación en los actos que van a enjuiciarse.

En el ámbito de las Comunidades Autónomas, así como en el de los órganos competentes de sus Asambleas Legislativas y de las instituciones autonómicas análogas al Tribunal de Cuentas y al Defensor del Pueblo, la competencia para resolver los recursos será establecida por sus normas respectivas, debiendo crear un órgano independiente cuyo titular, o en el caso de que fuera colegiado al menos su Presidente, ostente cualificaciones jurídicas y profesionales que garanticen un adecuado conocimiento de las materias de que deba conocer, si bien la Ley permite a tales Comunidades Autónomas: a) Establecer un recurso administrativo previo al contemplado en el art. 310 EDL 2007/175022; b) Atribuir la competencia para la resolución de los recursos al Tribunal especial estatal, debiendo celebrar el correspondiente convenio con la Administración General del Estado.

Por lo demás, en los ámbitos administrativos de las Corporaciones locales y de otros poderes adjudicadores o contratos subvencionados a ellos vinculados la competencia será establecida por las normas de las Comunidades Autónomas cuando éstas tengan establecida competencia normativa y de ejecución en materia de régimen local y contratación, correspondiendo, en el supuesto de que no exista previsión expresa en la legislación autonómica, al mismo órgano competente para resolver los recursos de la Comunidad autónoma en cuyo territorio se integren, sin que sea posible -por falta de previsión al respecto- que las Corporaciones locales atribuyan unilateralmente esta competencia al Tribunal Administrativo Central mediante convenio con la Administración General del Estado.

A la competencia referida, la Ley (art. 39 EDL 2007/175022) añade una más: la relativa a la cuestión de nulidad, cuya tramitación deberá atemperarse a la establecida para el recurso especial con las siguientes matizaciones: a) Se excluye la necesidad de anunciar previamente la interposición de la cuestión; b) Su interposición no acarreará consecuencia suspensiva alguna; c) Se amplían los plazos para formular alegaciones en relación con las medidas cautelares solicitadas o que puedan solicitarse (a siete días) y se amplía también el plazo de remisión del expediente administrativo por el órgano administrativo (igualmente a siete días). En cuanto a los motivos de nulidad previstos en el art. 37 EDL 2007/175022 merece destacarse (por su relación con el recurso especial) el apdo. c), según el cual será nulo de pleno derecho el contrato "*cuando a pesar de haberse interpuesto el recurso especial en materia de contratación (.) se lleve a efecto la formalización del contrato sin tener en cuenta la suspensión automática del acto de adjudicación en los casos en que fuera procedente, y sin esperar a que el órgano independiente hubiese dictado resolución sobre el mantenimiento o no de la suspensión del acto recurrido*".

Para terminar, procede analizar someramente el régimen impugnatorio de las decisiones adoptadas por este nuevo órgano. Dice al respecto el art. 319,1 de la Ley EDL 2007/175022 que "*contra la resolución dictada en este procedimiento solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo conforme a lo dispuesto en el art. 10, letras k) y l) del apartado 1 y en el art. 11, letra f) de su apartado 1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa EDL 1998/44323*", preceptos de los que se infiere: a) Que las Salas de lo Contencioso Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia conocerán tanto de las decisiones de los Tribunales Territoriales de Recursos Contractuales que puedan crear las Comunidades Autónomas como de las resoluciones del Tribunal Central estatal en relación con los contratos incluidos en el ámbito competencial de las Comunidades Autónomas o de las Corporaciones locales; b) Que la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional será competente para resolver los recursos frente a los actos del Tribunal Económico Administrativo Central de Recursos que no están incluidos en el ámbito de las competencias autonómicas o locales.