

Real Decreto 814/2015: la regulación del recurso especial en materia de contratación

Irene Fernández Puyol

Asociada Senior del Área de Derecho Público de Gómez-Acebo & Pombo

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 (BOE de 25 de septiembre y corrección de errores en el BOE de 4 de noviembre), (el "**Reglamento**"), introduce importantes novedades en el procedimiento de revisión de decisiones en materia de contratación recogido en los artículos 40 y siguientes del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público ("**TRLCSP**")¹.

Tras varios años de andadura del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales ("**TACRC**") y de sus correspondientes homólogos autonómicos, se ha procedido a cumplir el mandato legal de desarrollar a través de una disposición reglamentaria aspectos concretos de la composición de este órgano y de su procedimiento. Este desarrollo completa en gran medida, y gracias en gran parte a la experiencia adquirida, lagunas existentes en el TRLCSP. Sin embargo, algunas de sus disposiciones tienen tanta entidad que, en la práctica, vienen a configurar de nuevo ciertos aspectos del procedimiento, como a continuación veremos.

El Reglamento, como establece su artículo 1, tiene tres objetivos: a) establecer las normas que regulan la constitución, composición y régimen jurídico del TACRC; b) desarrollar la regulación del procedimiento del recurso especial en materia de contratación contenida en el TRLCSP y en la Ley 31/2007, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, así como las cuestiones de nulidad reguladas en ambas leyes; y c) regular la utilización de los medios electrónicos en la tramitación de estos procedimientos cuando la competencia corresponda al TACRC.

Los preceptos del Reglamento que desarrollan el procedimiento especial en materia de contratación que aquí nos ocupa tienen carácter de legislación básica (no así los referidos a la utilización de los medios electrónicos y a la organización del TACRC: disposición final primera). Por consiguiente, el procedimiento que desarrolla este Reglamento resulta aplicable a los distintos tribunales de recursos contractuales creados por las Comunidades Autónomas. Por ello, todas las referencias que hagamos en la presente nota a "**Tribunal**" se entenderán referidas al tribunal de recursos contractuales que, por su ámbito de competencia, sea de aplicación.

¹ También es aplicable al procedimiento de reclamación previsto en los artículos 101 y ss de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.

1. Plazo de resolución del procedimiento (artículo 15)

Una de las principales novedades del Reglamento es la regulación expresa en su artículo 15 del plazo de resolución del procedimiento y del sentido del silencio. Conforme a este precepto, "transcurridos dos meses contados desde el siguiente a la interposición del recurso sin que se haya notificado su resolución, el interesado podrá considerarlo desestimado a los efectos de interponer recurso contencioso-administrativo". El Reglamento viene así a cubrir una laguna inexplicable del TRLCSP y que ha generado no pocos problemas.

2. Regulación del acceso al expediente de contratación (artículos 16 y 29)

Otra de las cuestiones novedosas que encontramos en el Reglamento es la regulación del derecho de acceso al expediente de contratación por parte de los interesados, tanto en la fase inicial previa a la interposición del recurso como en el momento posterior en el que éste ya ha sido interpuesto.

Con respecto a la fase previa, el artículo 16 del Reglamento recoge la obligación del órgano de contratación de poner de manifiesto el expediente a los interesados que lo soliciten en el plazo de 5 días hábiles desde la solicitud, sin perjuicio de los límites de la confidencialidad previstos en el TRLCSP. El Reglamento viene de este modo a "positivizar" la repetida doctrina del TACRC sobre el derecho del recurrente y de los interesados a acceder a los documentos del expediente teniendo siempre como límite

el derecho a la confidencialidad de las ofertas previsto en los artículos 140 y 153 del TRLCSP².

Por lo que respecta al alcance de la confidencialidad de las ofertas, verdadero límite del derecho de acceso al expediente, tanto el TACRC como la propia Junta Consultiva han analizado de manera muy prolija esta cuestión. En este sentido, existe ya una consolidada doctrina que sostiene que no son válidas las declaraciones globales de confidencialidad, y que el órgano de contratación tiene la facultad de verificar si dicha declaración de confidencialidad responde efectivamente a la necesidad de proteger el secreto comercial o industrial.³ En todo caso, el Reglamento prevé que el órgano de contratación incluya en el expediente también los documentos declarados confidenciales, sin perjuicio de la obligación de hacer constar su carácter confidencial en el índice y en el lugar del expediente en el que se encuentren.

El incumplimiento por el órgano de contratación de su obligación de facilitar el acceso al expediente no eximirá a los interesados de su deber de interponer el recurso especial dentro de plazo (quince días hábiles: art. 44.2 TRLCSP), pero podrá alegarlo en el escrito de interposición. Cuando así suceda, el Tribunal, a la vista de las alegaciones y del informe del órgano de contratación, podrá conceder al recurrente el acceso al expediente de contratación en sus oficinas, con carácter previo al trámite de alegaciones y por plazo de cinco días hábiles.

El derecho de acceso al expediente también se concede a los interesados que hubieren comparecido en el procedimiento de

² Resolución nº 718/2015 del TACRC: "Pues bien, la confidencialidad no puede significar vulneración de los principios de publicidad y transparencia, en el sentido de dejar sin contenido el derecho de otros licitadores a acceder a la información en que se fundamentan las decisiones que se adoptan a lo largo del procedimiento de selección y adjudicación, de manera que necesariamente debe buscarse el equilibrio y proporcionalidad en la ponderación de los diferentes intereses en juego. El artículo 151.4 del TRLCSP determina la necesaria motivación de la adjudicación, a efectos de poder trasladar al conocimiento del licitador toda la información necesaria para que, si los interesados lo consideran oportuno, puedan interponer el correspondiente recurso. Es en este punto en el que opera el artículo 35 de la Ley 30/92 permitiendo el acceso a los documentos de un expediente administrativo salvo que existan las razones de confidencialidad previstas en el TRLCSP. Sin olvidar que la Disposición Final 3ª del TRLCSP establece la aplicación subsidiaria de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre y normas complementarias."

³ Resolución nº 829/2015 del TACRC; Resolución 343/2015 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado; Resolución nº 718/2015 del TACRC, entre otras.

adjudicación para formular alegaciones. En este caso, el trámite se llevará a cabo por la Secretaría del Tribunal durante el plazo de cinco días hábiles desde la interposición del recurso que se les otorga para realizar alegaciones. Estos interesados podrán tomar notas pero únicamente podrán solicitar copia o certificado de aquellos documentos que "sean indispensables para ejercer su derecho de defensa" (se impide así que se solicite copia de todo el expediente, con el fin de no hacer recaer cargas excesivas sobre la Secretaría del Tribunal).

3. Algunos casos especiales de legitimación (artículo 24)

A pesar de que el TRLCSP regula de manera muy amplia la legitimación para interponer el recurso especial en su artículo 42⁴ —en la línea seguida por la LJCA⁵—, el Reglamento ha optado por hacer mención expresa a determinados supuestos de legitimación.

En primer lugar, el Reglamento reconoce legitimación para impugnar actos del órgano de contratación a las asociaciones representativas de intereses relacionados con el objeto del contrato, pero únicamente "cuando lo sean para la defensa de los intereses colectivos de sus asociados". La impugnación únicamente podrá, por ello, referirse a las resoluciones de aprobación de los pliegos ya que la impugnación de los acuerdos de exclusión de un licitador o de adjudicación del contrato no suponen la defensa de intereses colectivos, estándoles vedada, en consecuencia, esta posibilidad.

También en esta misma línea de defensa de los intereses colectivos, se otorga legitimación, de conformidad con el artículo 63 de la Ley 7/1985 de Bases del Régimen Local, a los miembros de las entidades locales que hubieran votado en contra de los actos y acuerdo impugnados. Nos encontramos aquí con un caso particular y que, entendemos, no se encuentra limitado a

la impugnación de los pliegos sino que puede extenderse a todos los actos dictados por el órgano de contratación y que el recurrente considere lesivos para la entidad local.

También se introduce una novedad esencial en el régimen de legitimación de las UTEs al reconocer la posibilidad de cualquiera de las empresas que constituyen la UTE de interponer el recurso "siempre que sus derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados y puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso". Esta previsión va a crear sin duda situaciones muy incómodas en el seno de las UTEs puesto que una eventual resolución estimatoria beneficiará a todos los miembros de la UTE pero una resolución desestimatoria podría suponer multas sólo a alguno de ellos.

4. Sobre la remisión del expediente (Artículo 28.5)

El artículo 46.2 del TRLCSP concede al órgano de contratación un muy breve plazo de 2 días hábiles desde la interposición del recurso para remitir el expediente de contratación al Tribunal junto con un informe sobre el contenido del recurso. Este plazo parece a todas luces insuficiente para que el órgano de contratación prepare el informe que deberá acompañar al expediente. Este informe va a tener una importancia sustancial en todo el proceso puesto que expresa el parecer del órgano de contratación sobre el objeto del recurso y, como veremos, es el documento en el que el órgano autor del acto impugnado puede proponer los medios de prueba que estime necesarios en defensa de su decisión.

El Reglamento introduce una suerte de ampliación del plazo concedido al órgano de contratación. En efecto, si el Tribunal no ha recibido los documentos requeridos en el citado plazo de 2 días hábiles, deberá requerir de nuevo al órgano de contratación para que los aporte en un nuevo plazo de otros dos días

⁴ Artículo 42: "Podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso".

⁵ Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

hábiles. Concluido este nuevo plazo sin que se haya remitido el expediente, el Tribunal lo pondrá de manifiesto al recurrente para que alegue lo que considere conveniente a su derecho respecto de este incidente y aporte, en el plazo de cinco días hábiles, los documentos que considere apropiados para la resolución del recurso. La falta de envío del expediente no interrumpe, por tanto, la tramitación del recurso, sin perjuicio de las responsabilidades en que puedan incurrir los responsables de su remisión.

5. Medidas provisionales: revisión de oficio de la suspensión y desarrollo normativo de las garantías (artículos 21 y 26 a 27)

En relación a las medidas provisionales, procede destacar, en primer lugar, que cuando el Tribunal acuerde la suspensión inmediata por interponerse el recurso contra el acto de adjudicación, "el Tribunal revisará, de oficio, la medida de suspensión en el plazo de treinta días hábiles desde la interposición del recurso especial, pudiendo dejarla sin efecto si concurren nuevas circunstancias que así lo requieran".

Entendemos que esta revisión de oficio "obligada" no impide que el recurrente pueda solicitar en cualquier momento anterior el levantamiento de la suspensión si concurren circunstancias que lo justifican. Por otro lado, hay que señalar que, dada la brevedad de la tramitación del recurso especial, treinta días hábiles, parece un plazo demasiado dilatado para revisar la medida provisional, pues prácticamente va a coincidir con la resolución del recurso (máxime cuando entre en vigor en octubre del año que viene la nueva Ley Reguladora del Procedimiento Administrativo Común, que excluye de su cómputo los sábados).

En segundo lugar, el Reglamento dispone, de una manera más clara que el TRLCSP, que, fuera de los casos en los que la suspensión es automática, las medidas provisionales podrán adoptarse tanto a solicitud de las partes interesadas como de oficio por el Tribunal, previa audiencia por un plazo de dos días al órgano de contratación. El Reglamento también precisa de forma taxativa que cuando se adopte la medida provisional de suspensión del procedimiento, el órgano de contratación, una

vez recibida la notificación del Tribunal, "la llevará a cabo de inmediato".

Por lo demás, se regula de forma muy detallada todo lo relativo a la posible exigencia de garantías para responder de los daños que la adopción de medidas provisionales pudiera causar. En este sentido, para los procedimientos de licitación en los que exista presupuesto de licitación o de adjudicación, se deja indicado incluso el importe de la garantía fijándolo en el 5% del presupuesto de licitación del contrato o del importe de la adjudicación (dependiendo del momento en el que la medida provisional se adopte), salvo que el Tribunal entienda justificadamente que la responsabilidad en la que el solicitante de la medida pueda incurrir alcanzará previsiblemente una cuantía inferior o superior.

6. Trámite de prueba (artículo 30)

El TRLCSP regula de forma muy breve en el apartado 4 del artículo 46 la apertura de un posible trámite de prueba. La cuestión probatoria no es baladí en un procedimiento en el que, en ocasiones, la base fáctica es fundamental para determinar si puede haber existido una vulneración de los principios contractuales, sobre todo a la vista de la complejidad creciente de algunas licitaciones (por ejemplo licitaciones de bienes y servicios complejos como pueden ser los sanitarios).

El Reglamento precisa que la solicitud de prueba deberá hacerse en el escrito de interposición del recurso, si la solicita el recurrente, y en el de alegaciones cuando la solicite cualquiera de los restantes interesados. También aclara que el órgano autor del acto recurrido podrá proponer prueba en el informe remitido acompañando al expediente de contratación.

Si se acuerda, la prueba deberá notificarse a los interesados en el recurso, indicando, en su caso, el lugar, fecha y hora de su práctica. También precisa el Reglamento que los gastos que se deriven de la práctica de la prueba deberán ser soportados por quien la haya solicitado.

Por el carácter sumario de este procedimiento, se prescinde de la posibilidad de recurrir las resoluciones relativas a la prueba, aunque su

denegación puede ser aducida como fundamento del recurso contencioso-administrativo.

7. Posibilidad de que el Tribunal acuerde la indemnización de daños y perjuicios

Otra novedad importante del Reglamento es la previsión de que el Tribunal, en el caso de estimar el recurso, podrá apreciar en su resolución, a instancia del recurrente, los daños y perjuicios que le ha irrogado la actuación del órgano de contratación fijando al efecto la indemnización a satisfacer por ello. Se precisa que entre los daños indemnizables podrán incluirse "los gastos necesariamente originados por la intervención en el procedimiento de recurso incluidos los derivados de la práctica de prueba. En todo caso deberá tratarse de daños y perjuicios reales, efectivos y evaluables económicamente" (art. 33).

8. Nuevos incidentes del procedimiento: Aclaración de resoluciones (artículo 32) y Procedimiento de ejecución de resoluciones (artículo 36)

El Reglamento ha regulado dos nuevos incidentes en el procedimiento que tienen como objetivo primordial regular los momentos posteriores a la resolución del recurso o reclamación.

Se regula en primer lugar el derecho del órgano de contratación o de alguno de los interesados personados en el procedimiento de solicitar la aclaración de algún concepto oscuro o algún error material. Esta solicitud de aclaración o rectificación debe solicitarse dentro del plazo de tres días hábiles a contar desde la recepción de su notificación y el Tribunal sólo dispone de un día para pronunciarse sobre la aclaración o rectificación. A este respecto es preciso comentar que este incidente no pretende entrar en cuestiones de fondo o errores de interpretación y que no existe ningún trámite de audiencia al resto de partes personadas, por lo que previsiblemente el Tribunal limitará mucho en la práctica el uso de este incidente.

En segundo lugar y como novedad relevante, el Reglamento regula en su artículo 36 la forma de ejecución de las resoluciones dictadas por el Tribunal. A pesar de que insiste en que las

resoluciones se ejecutarán por el órgano de contratación autor del acto impugnado y único competente para ello, este artículo 36 viene ya en cierta medida a definir la manera en la que el órgano de contratación deberá ejecutar la resolución que se dicte. Esta cuestión tiene importancia puesto que de facto resta competencias al órgano de contratación predefiniendo el contenido de la resolución que éste puede dictar. De este modo establece que:

- a) si la resolución acuerda la anulación del procedimiento de licitación, el órgano de contratación deberá convocar una nueva licitación para poder proceder a la adjudicación del contrato.
- b) si la resolución sólo anula algún trámite del procedimiento, el órgano de contratación deberá retrotraer el expediente y podrá mantener la validez de aquellos actos y trámites cuyo contenido hubiera permanecido igual de no haberse cometido la infracción.

Además, los interesados que no estén de acuerdo con la manera en que el órgano de contratación esté llevando a cabo la ejecución de la resolución, podrán plantear un incidente al Tribunal que se resolverá de un modo sumario, estableciéndose un plazo común de 10 días a todos los interesados para que presenten alegaciones y una resolución del Tribunal emitida en el plazo de 5 días tras la recepción de las anteriores alegaciones.

9. Tramitación electrónica

En línea con la necesaria implantación de la administración electrónica (que va a tener su principal impulso con la trasposición de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE), el Reglamento pretende adaptar el procedimiento de revisión de decisiones en materia contractual a la nueva administración electrónica.

Sin embargo, los preceptos del Reglamento que regulan la utilización de medios electrónicos no revisten carácter de legislación básica, por lo que las disposiciones sobre la obligatoriedad del uso de

medios electrónicos solo resultan aplicables en las relaciones con el TEAC. Destaca, en este sentido, la previsión de que las sociedades mercantiles ya obligadas por la Agencia Tributaria a recibir las comunicaciones y notificaciones a través de

dirección electrónica habilitada (conforme al art. 4.1 del Real Decreto 1363/2010⁶), recibirán las notificaciones que, en su caso, tenga que trasladarles el Tribunal a través de la dirección electrónica habilitada (art. 41).

⁶ Artículo 4.1 "Estarán obligados a recibir por medios electrónicos las comunicaciones y notificaciones administrativas que en el ejercicio de sus competencias les dirija la Agencia Estatal de Administración Tributaria las entidades que tengan la forma jurídica de sociedad anónima (entidades con número de identificación fiscal -NIF- que empiece por la letra A), sociedad de responsabilidad limitada (entidades con NIF que empiece por la letra B), así como las personas jurídicas y entidades sin personalidad jurídica que carezcan de nacionalidad española (NIF que empiece por la letra N), los establecimientos permanentes y sucursales de entidades no residentes en territorio español (NIF que empiece con la letra W), las uniones temporales de empresas (entidades cuyo NIF empieza por la letra U), y las entidades cuyo NIF empiece por la letra V y se corresponda con uno de los siguientes tipos: Agrupación de interés económico, Agrupación de interés económico europea, Fondo de Pensiones, Fondo de capital riesgo, Fondo de inversiones, Fondo de titulización de activos, Fondo de regularización del mercado hipotecario, Fondo de titulización hipotecaria o Fondo de garantía de inversiones"