

Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público: diez novedades en la regulación del recurso especial en materia de contratación

Blanca Lozano Cutanda

Catedrática de Derecho Administrativo
Consejera académica de G A _ P

Irene Fernández Puyol

Abogada senior del Área
de Derecho Público de G A _ P

La nueva Ley de Contratos del Sector Público (BOE de 9 de noviembre del 2017), que sustituye y deroga el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2001, mantiene el recurso especial en materia de contratación, así como su carácter potestativo, para poder recurrir a los tribunales contencioso-administrativos, pero introduce diversas novedades relevantes en su regulación.

Lo más destacable de la regulación del recurso especial contenida en el capítulo V del libro primero de la nueva Ley de Contratos del Sector Público (arts. 44 y ss.) es, sin duda, *la decidida apuesta del legislador por esta vía administrativa de recurso, cuyo ámbito de aplicación se ve notablemente ampliado*. Pero la ley contiene además otras muchas novedades respecto a la regulación del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2001 que en algunos casos modifican o derogan tácitamente las disposiciones contenidas en el Real Decreto 814/2015, 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. En todo lo que no se oponga a la nueva ley, este reglamento —dotado también de carácter básico en la mayoría de sus preceptos— continúa en vigor.

La ley tiene un periodo de *vacatio legis* de cuatro meses (disposición final decimosexta), por lo que entrará en vigor el 9 de marzo del 2018.

Advertencia legal: Este análisis sólo contiene información general y no se refiere a un supuesto en particular. Su contenido no se puede considerar en ningún caso recomendación o asesoramiento legal sobre cuestión alguna.

N. de la C.: En las citas literales se ha rectificado en lo posible —sin afectar al sentido— la grafía de ciertos elementos (acentos, mayúsculas, símbolos, abreviaturas, cursivas...) para adecuarlos a las normas tipográficas utilizadas en el resto del texto.

1. Órganos competentes para la resolución del recurso: posibilidad de crear nuevos tribunales en Ayuntamientos que tengan la consideración de gran municipio y en Diputaciones Provinciales.

El artículo 46 de la ley introduce como novedad que «los Ayuntamientos de los municipios de gran población a los que se refiere el artículo 121 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, y las Diputaciones Provinciales podrán crear un órgano especializado y funcionalmente independiente que ostentará la competencia para resolver los recursos». En caso de crearse, estos nuevos órganos de resolución del recurso especial se registrarán en cuanto a su constitución, funcionamiento y régimen de sus miembros por lo que establezca la legislación de la comunidad autónoma o, en su defecto, por las previsiones del artículo 45 de la ley. Esta previsión abre la vía a una multiplicación de los órganos de resolución del recurso especial que, como ha puesto de manifiesto la doctrina¹, puede resultar disfuncional tanto en términos de eficiencia como de garantías de imparcialidad.

Junto con esta novedad, cabe destacar el *reconocimiento del carácter gratuito del recurso* —recordemos, por ejemplo, que Cataluña ha exigido el pago de una tasa para poder acceder al recurso— y la supresión de la posibilidad —que no se había utilizado— de que las comunidades autónomas prevean la interposición de recurso administrativo previo al recurso especial).

Por último, para evitar diferencias de criterio, la disposición adicional vigesimotercera dispone que los distintos órganos competentes «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».

2. Ampliación de su ámbito de aplicación (art. 44)

El ámbito de este recurso se amplía de forma importante, tanto por razón del tipo de contratos a los que se aplica como por el tipo de actuaciones que pueden recurrirse por esta vía.

2.1. Contratos a los que se aplica

La nueva ley *desvincula la posibilidad de interponer el recurso especial del carácter de contratos sujetos a regulación armonizada* (salvo para los contratos subvencionados, que son susceptibles de ser recurridos por esta vía cuando revistan tal carácter según el artículo 23 de la ley) y *rebaja los umbrales a partir de los cuales es posible utilizar esta vía*.

¹ GONZÁLEZ GARCÍA, J., «Nueva Ley de Contratos del Sector Público» en la página web *Global Politics and Law*.

Podrán así ser objeto de recurso especial los contratos de obras, concesiones de obras y de servicios (nueva figura introducida por la ley en sustitución del contrato de gestión de servicio público) cuyo valor estimado supere los tres millones, y los contratos de servicios y suministros cuyo valor supere los cien mil euros.

Pero, además, la posibilidad de interponer el recurso especial se amplía también a las siguientes formas contractuales:

- a) *A los acuerdos marco y sistemas dinámicos de adquisición* que tengan por objeto la celebración de alguno de los contratos enunciados.
- b) *A los contratos administrativos especiales* cuando, por sus características, no sea posible fijar su precio de licitación o, en otro caso, cuando su valor estimado sea superior a cien mil euros.
- c) *A los encargos a medios propios* cuando, por sus características, no sea posible fijar su importe o, en otro caso, cuando este importe, atendida su duración total más las prórrogas, sea igual o superior a cien mil euros.

2.2. Actuaciones recurribles

El recurso especial *pierde su carácter de recurso precontractual* por cuanto amplía su ámbito de aplicación a actuaciones como las modificaciones o el rescate de concesiones.

En concreto, a partir de la entrada en vigor de la ley, cabrá interponer este recurso frente a las siguientes actuaciones (las nuevas se destacan en cursiva):

- a) Los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación.
- b) Los actos de trámite calificados adoptados en el procedimiento de adjudicación.

Además de los actos de trámite que revisten este carácter de conformidad con la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (los que decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable en derechos o intereses legítimos), se amplía la presunción de carácter calificado que contenía la ley anterior.

Así, junto con los actos de la mesa o del órgano de contratación por los que se acuerde la inadmisión de un licitador y la exclusión de ofertas, se presumirá que tienen también carácter calificado a efectos de este recurso los actos que acuerden

la admisión de un licitador o candidato o la admisión de ofertas. Se aclara así que la admisión del licitador y la admisión de ofertas son también susceptibles de este recurso especial, siguiendo la línea marcada por la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 5 de abril del 2017 (as. C-391/15)². Con relación a *la exclusión de ofertas, se aclara que son también recurribles las exclusiones por ofertas anormalmente bajas.*

- c) Los acuerdos de adjudicación.
- d) *Las modificaciones que incumplan lo dispuesto en la ley (arts. 204 y 205) por entender que la modificación debió ser objeto de una nueva adjudicación.*
- e) *La formalización de encargos a medios propios en los casos en que éstos no cumplan los requisitos legales.*
- d) *Los acuerdos de rescate de concesiones.*

La ampliación del ámbito de aplicación del recurso especial procede también del hecho de que, si bien la ley suprime la cuestión de nulidad, las causas de nulidad que la determinaban podrán seguir haciéndose por medio de este recurso especial cuando proceda.

En contraste con esta ampliación objetiva del ámbito de aplicación del recurso especial, la ley contiene una *exclusión subjetiva, referida a las actuaciones de preparación y adjudicación del contrato de las entidades del sector público que no tengan el carácter de poderes adjudicadores.* En efecto, si bien de forma criticable no se hace ninguna referencia a ello en el capítulo referido al recurso especial, el artículo 321.5 de la ley dispone que las actuaciones efectuadas en la preparación y adjudicación de los contratos por las entidades del sector público que no revistan el carácter de poderes adjudicadores «se impugnarán en vía administrativa de conformidad con lo dispuesto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, ante el titular del departamento, órgano, ente u organismo al que esté adscrita la entidad contratante o al que corresponda su tutela. Si la entidad contratante estuviera vinculada a más de una Administración, será competente el órgano correspondiente al que ostente el control o participación mayoritaria».

3. Ampliación de la legitimación (art. 48)

La ley reconoce un concepto muy amplio de legitimación para interponer el recurso especial; la tendrá cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan

² Vid. FERNÁNDEZ PUYOL, IRENE, «La admisión de licitadores es un acto de trámite susceptible de recurso especial en materia de contratación (STJUE de 5 de abril de 2017)», *Análisis GA_P* accesible en internet.

visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso. Respecto de la ley anterior, se añade la precisión de que los intereses pueden ser «individuales o colectivos» según el tipo y objeto del contrato.

Con ello se incorpora la legitimación reconocida por el Real Decreto 814/2015 —siguiendo la línea marcada por los tribunales de recursos contractuales— «a las asociaciones o entidades representativas de intereses relacionados con el objeto del contrato que se impugna exclusivamente cuando lo sean para la defensa de los intereses colectivos de los asociados».

Además, la ley precisa que «en todo caso se entenderá legitimada la organización empresarial sectorial representativa de los intereses afectados».

Por otro lado, se reconoce también la legitimación para interponer recurso especial a las organizaciones sindicales para el control del cumplimiento por el empresario de las obligaciones sociales o laborales en la ejecución del contrato.

4. Excepciones al efecto suspensivo de la interposición del recurso (art. 53)

Se mantiene el efecto suspensivo de la interposición del recurso especial para el caso de que el acto recurrido sea el de adjudicación, aunque se incorporan dos excepciones: *los contratos basados en un acuerdo marco* y *los contratos específicos en el marco de un sistema dinámico de contratación*. Conforme a la exposición de motivos, esta excepción se justifica porque el plazo suspensivo obligatorio podría afectar a los aumentos de eficiencia que se pretenden obtener con estos procedimientos de licitación.

5. Medidas cautelares (art. 49)

Las medidas *provisionales* pasan a denominarse *cautelares*, pero su regulación apenas varía. Únicamente cabe reseñar dos novedades:

- Se prevé que, con independencia de que hayan sido solicitadas o no por el recurrente, en todo caso, «las medidas cautelares podrán acordarse de oficio por el órgano competente en cualquier fase del procedimiento dando audiencia sobre ello al órgano de contratación autor del acto impugnado, por plazo de dos días» (art. 56.3).
- Cuando sean solicitadas por el recurrente y se acuerde cautelarmente la suspensión del procedimiento, la ley dispone que esta suspensión podrá afectar al plazo concedido para la presentación de ofertas o proposiciones por los interesados (lo que en el texto refundido no se admitía «en ningún caso»).

6. Novedades en la iniciación del procedimiento y en el cómputo del plazo para interponer el recurso (art. 50)

Se suprime el *anuncio previo a la interposición del recurso especial*, de tal forma que se inicia directamente mediante el escrito de interposición (de hecho, algunos órganos competentes para la resolución del recurso consideraban ya, en aplicación del principio de eficacia procedimental, que la presentación de este escrito implicaba la comunicación previa exigida).

La ley enuncia casos específicos para el cómputo del plazo para interponer el recurso que completan y en algún caso matizan los supuestos previstos en el Real Decreto 814/2015.

Interesa destacar en este sentido que, para el supuesto de que *se recurra el anuncio de licitación*, el plazo comenzará a contarse en todo caso a partir del día siguiente al de su publicación en el perfil del contratante, suprimiéndose el cómputo desde la fecha de la publicación en el *Diario Oficial de la Unión Europea* para los contratos en los que se exigiese que preveía el Real Decreto 814/2015.

Por otro lado, se acoge el criterio jurisprudencial de que, siendo los pliegos «la ley del contrato», si no son recurridos en el momento de su aprobación o publicación, *devienen firmes e inatacables para quien los consistió aunque se excluyen los supuestos de nulidad de pleno derecho*. Dice así el artículo 50b: «con carácter general no se admitirá el recurso contra los pliegos y documentos contractuales que hayan de regir una contratación si el recurrente, con carácter previo a su interposición, hubiera presentado oferta o solicitud de participación en la licitación correspondiente, sin perjuicio de lo previsto para los supuestos de nulidad de pleno derecho».

Los nuevos casos específicos para el cómputo del plazo de quince días se corresponden con las actuaciones a las que se amplía el ámbito de aplicación de este recurso. Así:

- cuando el recurso se interponga en relación con alguna modificación por entender que ésta debió ser objeto de una nueva adjudicación, desde el día siguiente a aquel en que se haya publicado en el perfil de contratante;
- cuando el recurso se interponga contra un encargo a medio propio, desde el día siguiente a aquel en que se haya publicado en el perfil de contratante.

Se incluye, además, una regla supletoria en virtud de la cual «en todos los demás casos, el plazo comenzará a contar desde el día siguiente al de la notificación realizada de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional decimoquinta» (que regula la comunicación electrónica). Esta regla será la aplicable cuando se trate de acuerdos de rescate de concesiones, que podrán recurrirse por esta vía en el plazo de quince días contados desde el día siguiente a su notificación.

Interesa señalar, por último, que los plazos para interponer el recurso especial se amplían cualquiera que sea la actuación recurrida cuando el recurso se fundamente en alguna de las causas de nulidad del artículo 39 que la ley especifica. Para estos supuestos —que antes podían ser objeto de la acción de nulidad—, ahora se establecen plazos más amplios (de treinta días o seis meses, según los casos).

7. Novedades en la forma y lugar de interposición del recurso (art. 51)

En cuanto a la forma, se añade a los documentos que han de presentarse junto al escrito de interposición la indicación de «una dirección de correo electrónico “habilitada” a la que enviar, de conformidad con la disposición adicional decimoquinta, las comunicaciones y notificaciones». Según expondremos en el apartado número 9, la ley impone con carácter general la tramitación electrónica del procedimiento de sustanciación del recurso especial en materia de contratación. Para las comunicaciones y notificaciones telemáticas, en este procedimiento la ley opta por el sistema de dirección electrónica habilitada (DEH)³.

Una novedad favorable para el recurrente es *la ampliación de los lugares en los que puede presentarse el recurso*: además del registro del órgano de contratación o en el del órgano competente para la resolución del recurso, ahora podrá presentarse en cualquiera de los previstos por el artículo 16.4 de la Ley del Procedimiento Administrativo Común; en este último caso, los escritos «deberán comunicarse al tribunal de manera inmediata y de la forma más rápida posible».

8. Se refuerza el derecho de acceso al expediente del recurrente (art. 52)

Se mejora la garantía del derecho de acceso al expediente del recurrente. Así, además de incorporar a la ley la regulación hasta ahora contenida en el Real Decreto 814/2015, en caso de que el órgano de contratación le hubiera denegado al recurrente el acceso al expediente de forma previa a la interposición del recurso y así lo alegue en el escrito de interposición, se prevé como obligatorio que el tribunal le conceda dicho acceso «por plazo de diez días, con carácter previo al trámite de alegaciones, para que proceda a completar su recurso». De esta forma, el plazo de acceso al expediente se configura como preceptivo y se amplía en cinco días.

³ Este sistema y el de la comparecencia en la sede electrónica del órgano competente están previstos con carácter general por el artículo 43.1 de la Ley del Procedimiento Administrativo Común y, para los contratos del sector público, por la disposición adicional decimoquinta de la ley. El servicio de dirección electrónica habilitada (DEH) lo presta actualmente de forma gratuita la Administración General Tributaria a los ciudadanos y empresas que lo soliciten y consiste en un buzón electrónico en que pueden recibir las notificaciones y comunicaciones administrativas con plenas garantías de confidencialidad y autenticidad; para acceder a estas notificaciones es necesario disponer de un certificado electrónico. Vid., http://www.agenciatributaria.es/AEAT.internet/Inicio/Ayuda/_comp_Consultas_informaticas/Categorias/Otros_servicios/Notificaciones_electronicas/Direccion_Electronica_Habilitada__DEH_/Como_registrarse_en_la_DEH/Como_registrarse_en_la_DEH.shtml.

No obstante, se sigue manteniendo la exigencia del respeto y garantía de la confidencialidad y el derecho a la protección de los secretos comerciales en relación con la información contenida en el expediente de contratación, que deberá ser valorada por el propio órgano de resolución del recurso. Sobre las exigencias del principio de confidencialidad en la contratación administrativa versa, en especial, el artículo 133 de la ley.

9. Novedades en la resolución del recurso especial (art. 57)

No hay novedades de especial relevancia en la fase de resolución; cabe, no obstante, reseñar las siguientes:

- Se precisa que «en todo caso la estimación del recurso que conlleve anulación de cláusulas o condiciones de los pliegos o documentación contractual de naturaleza análoga, *determinará la anulación de los actos del expediente de contratación relacionados con su aprobación*». Esta previsión viene a excluir la aplicación del principio de conservación de los actos y trámites del artículo 51 de la Ley del Procedimiento Administrativo Común y a dotar a las resoluciones estimatorias de recursos frente a los pliegos de un cierto carácter «sancionador» para los órganos de contratación, en la medida en que la estimación obligará al órgano de contratación a reiniciar el proceso de licitación desde el principio.
- Se reconoce la posibilidad de que los órganos competentes para la resolución del recurso lleven cabo de oficio, además de a instancia de los interesados, la rectificación de «los errores materiales, de hecho o aritméticos existentes en sus actos, incluida la resolución del recurso» (art. 59.3). Esta precisión no excluye, por tanto, la posibilidad de solicitud de aclaración o rectificación de errores por parte de los interesados tal como aparece regulada en artículo 32 del real decreto.

10. Novedades en la utilización de medios electrónicos (arts. 51.1e, 54 y disposición adicional decimoquinta)

Una de las novedades que, en transposición de las directivas europeas, aporta la ley es el impulso de la utilización de medios electrónicos en la contratación administrativa. En relación con la tramitación del recurso especial, el artículo 54 dispone que «las comunicaciones y el intercambio de documentación entre los órganos competentes para la resolución de los recursos, los órganos de contratación y los interesados en el procedimiento se harán por medios electrónicos». Para ello, como hemos expuesto, la ley exige que los recurrentes indiquen en el escrito de interposición del recurso una dirección electrónica «habilitada» (DEH) para recibir las notificaciones y comunicaciones.

Lo cierto es que tanto la presentación del recurso especial como su tramitación electrónica se encuentran ya generalizadas⁴.

Ha de entenderse, no obstante, que la obligación de tramitación electrónica del procedimiento puede verse excepcionada en los supuestos (bastante excepcionales), que prevé la disposición adicional decimoquinta —a la que expresamente se remite, en relación con el recurso especial, el artículo 51.1e de la ley—. Conforme a esta disposición, cabe que las comunicaciones o el acceso a la documentación se lleven a cabo por medios no electrónicos en estos casos:

- a) cuando se den circunstancias técnicas que lo impidan según las precisiones de su número 3;
- b) cuando «el uso de medios no electrónicos sea necesario bien por una violación de la seguridad de los antedichos medios electrónicos o para proteger información especialmente delicada que requiera un nivel tan alto de protección que no se pueda garantizar adecuadamente utilizando dispositivos y herramientas electrónicos».

⁴ El Real Decreto 814/2015 dispuso así que tanto la interposición del recurso como los demás trámites para el desarrollo del procedimiento han de efectuarse por vía electrónica, salvo en el caso de que «los interesados justifiquen ante el tribunal su imposibilidad de acceso a la tramitación electrónica del mismo» (art. 38). En todo caso, el real decreto consideró personas obligadas a recibir las comunicaciones o notificaciones por medio de dirección electrónica habilitada a las personas jurídicas ya obligadas por la Agencia Tributaria en el Real Decreto 1363/2010. Ello llevó a los distintos órganos competentes para la resolución de recursos a admitir únicamente la presentación electrónica de los recursos, solución avalada por la doctrina del Tribunal Central de Recursos Contractuales, que afirmó que «el único medio válido para la interposición del recurso especial en materia de contratación, tratándose como es el caso de una persona jurídica [...] es la vía electrónica» (Resolución 451/2016, de 10 de junio). Esta doctrina tiene ahora una expresa apoyatura legal en el artículo 14 de la Ley del Procedimiento Administrativo Común, que obliga en todo caso a las personas jurídicas a relacionarse electrónicamente con la Administración.