

El control sobre los contratos públicos en la Ley 9/2017: el recurso especial y la oficina independiente de regulación y supervisión de la contratación

Prof. Dr. Manuel J. Sarmiento Acosta

Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Las Palmas de Gran Canaria

SUMARIO:

I. UNA NUEVA LEY CON FUERTES INFLUENCIAS DEL DERECHO COMUNITARIO Y UNA PREOCUPACIÓN CRECIENTE POR EL CONTROL. II. EL RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN. 1. Planteamiento general de la cuestión: la influencia determinante del Derecho de la Unión Europea 2. En particular, las nuevas Directivas sobre contratación de 2014. 3. Sobre los antecedentes en el Derecho español anteriores a lo previsto en la Ley 9/ 2017: recurso especial y potestativo. A) Antecedentes normativos. B) El recurso especial y potestativo. C) Las características del órgano: independencia y cualificación. D) Referencia al procedimiento de recurso. E) Los órganos de resolución de recursos en el ámbito de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones Locales: los convenios de atribución de competencias al Tribunal Administrativo Central. III. EL RECURSO ESPECIAL REGULADO EN LA LEY 9/ 2017, DE 8 DE NOVIEMBRE, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO. 1. Una regulación más avanzada: ampliación del objeto y de los sujetos legitimados y eliminación del anuncio previo. 2. Los actos susceptibles de recurso especial. 3. El procedimiento propiamente dicho: iniciación, tramitación y resolución. Examen particular de las medidas cautelares. 4. El órgano competente para la resolución del recurso en la Administración General del Estado. 5. Órganos competentes para la resolución del recurso en las Comunidades Autónomas y Entidades Locales. 6. Análisis específico de los recursos contra las adjudicaciones efectuadas por poderes adjudicadores que no sean Administración Pública y por entes del sector público que no sean poderes adjudicadores. 7. Régimen de los recursos contractuales de los órganos constitucionales del Estado y de los órganos legislativos y de control autonómicos. IV. LA OFICINA INDEPENDIENTE DE REGULACIÓN Y SUPERVISIÓN DE LA CONTRATACIÓN. 1. Encuadramiento y competencias. 2. Concepto y características esenciales. V. CONSIDERACIONES FINALES

RESUMEN: La nueva Ley 9/ 2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, que incorpora las Directivas 23 y 24 de la Unión Europea, de 26 de febrero de 2014, muestra una preocupación evidente por el control sobre la contratación pública. En particular, son destacables la ampliación del objeto del recurso especial y la creación de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión. En este estudio se analiza esta nueva regulación, así como sus antecedentes y características más notables.

PALABRAS CLAVE: Directivas 2014/23/UE y 2014/24/UE sobre contratación pública y contratos de concesión; recurso administrativo especial y problemas en su aplicación; Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la contratación.

ABSTRACT: The new Law 9/ 2017, of November 8, on contracts of the public sector, that incorporates the European Directives 23 and 24 of February 26, 2014, shows evident concern for the control of public procurement. Particularly noteworthy is the enlargement of the scope of the review procedures and the foundation of the Independent Office for the Regulation and Supervision of Procurement. In this study we analyze this new regulation, as well as its antecedents and most notable characteristics.

KEYWORDS: European Directives 2014/23/UE y 2014/24/UE on public procurement and the award of concession contracts; review procedures and enforcement problems; Independent Regulation and Supervision Office.

ABREVIATURAS UTILIZADAS:

BOE.....	Boletín Oficial del Estado
CE.....	Constitución Española de 1978
FJ.....	Fundamento Jurídico
LCSP'17.....	Ley de Contratos del Sector Público de 8 de noviembre de 2017
LJCA.....	Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa
LRBRL.....	Ley reguladora de las bases del régimen local de 1985
STC.....	Sentencia del Tribunal Constitucional

STJUE.....	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STS.....	Sentencia del Tribunal Supremo
TRLCSP'11.....	Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público de 2011
UE.....	Unión Europea

I. UNA NUEVA LEY CON FUERTES INFLUENCIAS DEL DERECHO COMUNITARIO Y UNA PREOCUPACIÓN CRECIENTE POR EL CONTROL

La *Ley 9/ 2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen 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*¹, es una norma de una importancia evidente para el Derecho Administrativo español, ya que deroga el no tan antiguo Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/ 2011, de 14 de noviembre² e incorpora, como dice su propia disposición final quinta, Derecho Comunitario; en concreto, las Directivas de 2014 ya indicadas, sobre contratación pública, y contratos de concesión. Es una Ley amplia (tiene un largo Preámbulo, con 6 apartados en romanos, 347 artículos, 53 disposiciones adicionales, 5 disposiciones transitorias, 1 disposición derogatoria, 16 disposiciones finales, y 6 Anexos), que abarca prácticamente todo el régimen jurídico esencial de los contratos públicos (poderes adjudicadores, procedimientos, tipos de contratos, organización administrativa, etc., etc.), aunque es, como suelen ser las normas de contratación pública, bastante compleja³, lo que se comprueba en aspectos tan esenciales como su ámbito de aplicación (arts. 2 y 3, así como la disposición final

¹ Entró en vigor el 9 de marzo de 2018.

² *Cfr.*, la disposición derogatoria de la Ley 9/ 2017

³ Es, por tanto, una Ley que sigue la estela de otras anteriores, las cuales se caracterizan por su creciente extensión y una complejidad e inestabilidad que amenaza seriamente la seguridad jurídica. No hace mucho tiempo, el profesor J. A. SANTAMARÍA PASTOR criticaba con crudeza esta deriva hacia la extensión desmesurada de las Leyes sobre contratos, y argüía que hay una notable diferencia entre la Ley de Contratos de 1965, que tenía “solo” 125 artículos y la vigente cuando él redactó su estudio en 2016, que tenía 331 artículos, lo que “viene a ser 6, 3 veces mayor, en número de caracteres, que la Ley de 1965” [*Vid.* “Contratos del sector público y Derecho de la Unión”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 200 (2016a), p. 85].

primera, relativa a los títulos competenciales), su categorización de procedimientos⁴, la terminología que emplea⁵ y el entramado organizativo⁶ y funcional que recoge.

Esta Ley introduce novedades relevantes en materia de contratación, la mayoría derivadas de las normas europeas y, en particular, de las Directivas ya referidas⁷, pero también coherentes con el contexto político, social y económico que se ha definido en la última década⁸ con ocasión de la gran crisis económica que ha sufrido- y está todavía sufriendo-, el país, donde asuntos como la corrupción⁹, los paraísos fiscales (disposición adicional 50), la necesidad de incentivar la actividad económica y, en particular, la de las pymes, la exigencia de la sostenibilidad presupuestaria y el cumplimiento de la regla de gasto, etc., implican que deba enfocarse la contratación pública desde unas coordenadas no idénticas a las que imperaban solo hace una década. Así, junto a la necesidad de hacer operativos principios como los de integri-

⁴ Artículo 131 (abierto, negociado, diálogo competitivo, licitación con negociación, restringido y el procedimiento denominado asociación para la innovación); además, se crea la figura del procedimiento abierto simplificado, y en caso del procedimiento negociado se suprime el procedimiento negociado con o sin publicidad por razón de la cuantía. También se suprime la aplicación de este procedimiento respecto de las obras y servicios complementarios *Cfr.* Preámbulo, punto IV). Estos procedimientos constituyen, además, un *numerus clausus*, y no pueden establecerse otros ni siquiera análogos o similares (STJUE de 10 de diciembre de 2009, *Comisión contra Francia*).

⁵ Estrategia Europea 2020, procedimiento de asociación para la innovación, sistemas de racionalización de la contratación (acuerdos marco, sistemas dinámicos, centralización de la contratación), estrategia nacional de contratación pública (art. 324), etc.

⁶ Con órganos de contratación, órganos de asistencia, órganos consultivos (arts. 323 y ss.), aparte de otros órganos que no se mencionan en ese apartado, pero que constituyen también su aparato organizativo, como los Tribunales de contratos públicos

⁷ Véase GIMENO FELIÚ, J. M.^a, “La transposición de las directivas de contratación pública en España: una primera valoración de sus principales novedades”, en *Documentación Administrativa. Nueva Época*, núm. 4 (2017), pp. 11 y ss., que se refiere precisamente a la nueva Ley de 2017.

⁸ Solo por referir algunas: a) se rechazan las ofertas anormalmente bajas, por el procedimiento previsto en el artículo 149; b) se suprime el contrato de colaboración público-privada; c) desaparece el contrato de gestión de servicio público, y surge el contrato de concesión de servicio (*cf.*, disposición adicional 34); d) se regula el llamado medio propio de la Administración o encomienda de gestión (arts. 30 y ss.), e) se intenta fomentar la contratación de las pymes y se regula la división de los contratos en lotes, por lo que se presume que las pymes tendrán acceso a contratos que antes solo podían permitirse grandes empresas, f) se regula la subasta electrónica (art. 143); g) se suprime la cuestión de nulidad (*Vid.* Preámbulo, punto IV); h) se amplía, como veremos, el ámbito del recurso especial en materia contractual; i) se destaca la declaración responsable (art. 141); j) se aplica a los partidos políticos y organizaciones sindicales (art. 3.4), o, en fin, j) se regula todo un entramado de órganos colegiados para asegurar los principios y controlar mejor la contratación pública.

⁹ *Vid.* RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. F., “Compliance y self-cleaning en la contratación pública (Una aproximación europea)”, en *Administración de Andalucía. Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 95 (2016), pp. 21 y ss., referido a la lucha contra la corrupción.

dad, publicidad y transparencia¹⁰, o la igualdad de acceso a las licitaciones (*cfr.*, art. 1.1), destaca la incorporación “*de manera transversal*” y preceptiva de criterios sociales y medioambientales, siempre que guarden relación con el objeto del contrato “*en la convicción de que su inclusión proporciona una mejor relación calidad- precio en la prestación contractual, así como una mayor y mejor eficiencia en la utilización de fondos públicos*”; igualmente se trata de facilitar el acceso a la contratación pública a las pequeñas y medianas empresas y a las empresas de economía social (art. 1.2).

Pero sin duda uno de los rasgos que más destaca es la regulación del control sobre la contratación pública, que abarca distintas modalidades como el realizado por la propia Administración por virtud de la revisión de oficio (art. 41), la regulación del recurso especial (arts. 44 y ss.), las normas relativas a la lucha contra la corrupción y prevención de los conflictos de intereses (art. 64), la obligación de remitir información a la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (arts. 69.2, 150), la posibilidad de formular recurso de alzada ante el Ministerio de Hacienda y Función Pública en relación con el acuerdo de clasificación de empresas (art. 80.1), el deber de informar a la Comisión Europea cuando se refiera a un contrato sujeto a regulación armonizada en relación con ofertas anormalmente bajas (art. 149.5), o cuando el contrato haya sido anunciado en el “Diario Oficial de la Unión Europea” (art. 152.1) y el órgano de contratación desista del procedimiento o decida no adjudicar o celebrar el contrato, o asimismo cuando es elegido el procedimiento negociado sin publicidad y la Comisión Europea solicite informe (art. 168, a) 1.^o)¹¹; también es muestra del rigor controlador lo que dispone el artículo 154.7 de la Ley, cuando se decida no publicar determinados datos del contrato, lo que obliga con carácter previo a la decisión de no publicar a solicitar un informe del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno.

Muestra de ese control interno es también lo que dispone el artículo 235 para los contratos de obras que tengan un presupuesto igual o superior a 500.000 euros, respecto de los cuales hay que solicitar un informe de las correspondientes oficinas o unidades de supervisión de los proyectos encargadas de verificar si se han tenido en cuenta las disposiciones generales o la normativa técnica. También es una evidencia del control lo que se establece en el artículo 326.5 con respecto a la integración de

¹⁰ La Ley estatal 19/ 2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, ha establecido también medidas sobre la publicidad de los contratos públicos [*cfr.*, art. 8.1, a)].

¹¹ Tan o más relevante es si cabe lo que establece el artículo 328. 4, que impone a la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado el deber de elaborar y remitir a la Comisión Europea cada tres años un informe referido a todos los poderes adjudicadores estatales, autonómicos y locales que, respecto de la licitación pública y ejecución de los contratos de obras, suministros, servicios, concesión de obras y concesión de servicios estén sujetos a regulación armonizada; informe que se publicará en los portales de transparencia y en la Plataforma de Contratación del Sector Público. También es destacable el informe que prevé el artículo 336, redactado por los órganos de contratación, en relación con cada contrato de obras, suministro, etc., sujeto a regulación armonizada, siempre que lo solicite la Comisión Europea.

la Mesa de contratación en relación con la función de secretario y del interventor y la prohibición expresa de que en ningún caso podrán formar parte de las Mesas ni emitir informes de valoración de las ofertas “*los cargos políticos representativos ni el personal eventual*”¹². Otra evidencia es que se hace una regulación del perfil del contratante más exhaustiva (Cfr. Preámbulo, V).

Pero uno de los controles más significativos, que analizaremos con más detalle más adelante, es el que prevé el artículo 332 en relación con la *Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación*, que sigue la estela, cada día más intensa, de la atribución a autoridades u órganos con una notable independencia el desarrollo de sus competencias, que en este caso tienen como núcleo central velar por la aplicación de la legislación y promover la concurrencia y combatir las ilegalidades en relación con la contratación pública. Esta Oficina tiene garantizada por Ley (art. 332.1) “plena independencia orgánica y funcional”.

Son destacables, además, no solo los controles externos realizados por el Tribunal de Cuentas (art. 335) o por la jurisdicción contencioso- administrativa (arts. 27 y 199), sino el deber del Gobierno de elevar anualmente a las Cortes Generales un informe sobre la contratación pública en España, a partir de los datos y análisis proporcionados por el Registro de Contratos del Sector Público (art. 346.8), y a su vez el Ministerio de Hacienda y Función Pública pondrá en conocimiento de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia el informe a que se refiere el párrafo anterior; esto es, el informe enviado a las Cortes (art. 346.8, segundo párrafo).

Por otra parte, la disposición adicional 45 prevé la remisión de contratos de concesión de obras y de concesión de servicios al Comité Técnico de Cuentas Nacionales, que emitirá informe sobre los efectos de la celebración de contratos en relación con los contratos adjudicados en el sector público autonómico y local, cuyo valor estimado sea igual o superior a doce millones de euros, o en cuya financiación se prevea cualquier forma de ayuda o aportación estatal, o el otorgamiento de préstamos o anticipos.

En resumen, se pueden observar controles internos, insertos dentro de la propia estructura de la Administración, y controles externos, que no solo se ejercen por los Tribunales de Justicia, sino por el Tribunal de Cuentas y por las instituciones de la Unión Europea.

¹² Como destaca SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho Administrativo. Parte General*, Tecnos, Madrid, 12.ª ed., 2016, p. 613, la intervención de órganos colegiados y con presencia de funcionarios cualificados es, sin duda, una garantía importante de la objetividad o imparcialidad de la contratación pública y de ahí que no puedan ser sustituidos por órganos de composición política o partidista (STS de 16 de diciembre de 2004).

Interesan en este trabajo fundamentalmente dos: el control realizado a través del recurso especial en materia de contratación, que ha visto enriquecida su funcionalidad, y las competencias que desarrolla la mencionada *Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación*, porque obedecen a un enfoque distinto al que normalmente tenía el típico recurso administrativo y se desarrollan en un contexto en el cual se intenta fiscalizar la labor de la Administración desde una perspectiva en la cual no se erige al Poder Judicial como único eficaz.

II. EL RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN¹³

1. Planteamiento general de la cuestión: la influencia determinante del Derecho de la Unión Europea

El recurso especial en materia de contratación se ha incorporado al ordenamiento jurídico español por influencia del Derecho de la Unión Europea¹⁴; esta incorporación, además, ha sido un poco traumática, porque se ha establecido después de condenas pronunciadas por el Tribunal de Luxemburgo, y casi a la fuerza después de una resistencia del Legislador español más que evidente¹⁵. De manera que una previsión que se debió establecer en la legislación de los años noventa del pasado siglo – ya que la Directiva que lo disponía era la 89/665/CEE, del Consejo de las Comunidades Europeas, de 21 de diciembre de 1989¹⁶-, no fue incorporada en la Ley 13/ 1995, de 18 de mayo, de contratos de las Administraciones Públicas con el argumento, expresado en el Preámbulo de dicha Ley estatal de que “*la materia de recursos es ajena a la legislación de contratos de las Administraciones públicas*”, y respecto a la 89/665, además,

¹³ Véase SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Los recursos especiales en materia de contratos del Sector Público*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015.

¹⁴ Según MEILÁN GIL, J. L., “*la incidencia del derecho de la Unión Europea en materia de contratos públicos ha supuesto un auténtico meeting point de tradiciones jurídicas, significativamente para Alemania y Reino Unido*” [La estructura de los contratos públicos, Iustel, Madrid, 2008, pp. 93-114; también, del mismo autor, “Las prerrogativas de la Administración en los contratos administrativos: propuesta de revisión”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 191 (2013), p. 15].

¹⁵ SANTAMARÍA PASTOR, J. A., habla de “*resistencia numantina*”, con la oposición a la transposición de las Directivas 89/665/CEE y 2007/66/CE, solo doblegada tras las sucesivas condenas al Reino de España (Sentencias de 15 de mayo de 2003, Comisión c. reino de España, y C-214/00, de 3 de abril de 2008, Comisión c. reino de España, C- 444/06). *Cfr.*, (2016: 95-96). También de este profesor, “Un síndrome de Lázaro en el Derecho Administrativo español”, en el volumen colectivo *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado III*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016b, pp. 2514-2517.

¹⁶ Directiva 89/665/CEE, del Consejo de las Comunidades Europeas, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la 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

“porque nuestro ordenamiento jurídico, en distintas normas procedimentales y procesales vigentes, se ajusta ya a su contenido”. Pero esta consideración de Derecho interno no fue compartida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que en la Sentencia de 15 de mayo de 2003 (Comisión/España C-214/00), condenó al Reino de España, lo que provocó la incorporación al Real Decreto Legislativo 2/ 2000, de 16 de junio del artículo 60 bis sobre las medidas provisionales en vía administrativa¹⁷. Pero la cosa no acabó aquí, porque la posterior Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 3 de abril de 2008 (Asunto C-444/06) mantuvo la misma posición, y condenó a España de nuevo, cuando ya se había aprobado una nueva Ley: la Ley 30/ 2007.

Mientras tanto la propia legislación de la Unión Europea iba cambiando, y en este contexto debe destacarse la modificación de la citada Directiva 89/665 por medio de otras Directivas (las Directivas 92/13/CEE, de 25 de febrero de 1992, la 2007/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007) que tenían por objeto mejorar la eficacia de los recursos establecidos imponiendo un plazo suspensivo a la celebración del contrato y atribuyendo la resolución del recurso a un órgano independiente, lo que originó la aprobación de la Ley 34/ 2010, de 5 de agosto, que modificó tanto la Ley de Contratos del Sector Público¹⁸, como la Ley de Contratos de los Sectores excluidos¹⁹ y la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso- administrativa²⁰. Esta Ley produjo una modificación de calado en el sistema de recursos administrativos previstos en la Ley 30/ 2007, de 30 de octubre, encomendando la resolución de los recursos – tanto el especial en materia de contratos como la llamada cuestión de nulidad- a un órgano diferenciado e independiente, el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales, que podía ser central, autonómico o local²¹. Fue una Ley importante, pero no extendió el recurso especial, porque solo lo circunscribió a los contratos sujetos a regulación armonizada²², algo que fue criticado por la doctrina que se ha ocupado en particular sobre este tema²³.

¹⁷ Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “Observaciones sobre la tutela cautelar en la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa de 1998”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 151 (2000), pp. 266-271, que se refería precisamente a estas Directivas.

¹⁸ Ley 30/ 2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público.

¹⁹ Ley 31/ 2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.

²⁰ Ley 29/ 1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso- administrativa

²¹ Vid. MORENO MOLINA, J. A., *La reforma de la Ley de Contratos del Sector Público en materia de recursos. Análisis de la Ley 34/ 2010, de 5 de agosto*, La Ley, Madrid, 2010.

²² Véase sobre esta categoría, MORENO MOLINA, J. A., “Un mundo para Sara”. Una categoría nueva en el Derecho español de la contratación pública: los contratos sujetos a regulación armonizada”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 178 (2009), pp. 175-213.

²³ Vid. NOGUERA DE LA MUELA, M.ª B., “El proceso de europeización de las reglas nacionales en el establecimiento de un sistema rápido y eficaz de control de la contratación pública: el recurso

Por su parte, el más reciente Real Decreto Legislativo 3/ 2011, de 14 de noviembre, por el que se aprobó el TRCSP'11 sigue la estela de la anterior Ley 34/ 2010, de 5 de agosto, si bien parece que logra ubicar mejor los mecanismos de impugnación en la fase preparatoria de los contratos del sector público (Capítulo VI, arts. 40- 50), mantiene el carácter potestativo del recurso, frente a la regulación anterior que consagraba el carácter preceptivo, y atribuye la competencia a un órgano independiente y especializado²⁴.

2. En particular, las nuevas Directivas sobre contratación de 2014²⁵

En el año 2014 se han aprobado por las instituciones de la Unión Europea varias Directivas: la Directiva 2014/ 23/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión; la Directiva 2014/ 24/ UE, de 26 de febrero, sobre contratación pública -que ha derogado a la Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo de 2004-, y la Directiva 2014/ 25/UE, del Parlamento y del Consejo, de 26 de febrero de 2014²⁶, que afecta a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales – que deroga a su vez la Directiva 2004/ 17/CE-. Estas nuevas normas se enmarcan en la pretensión de conseguir la plasmación efectiva de un conjunto de principios que se juzgan esenciales para la consecución de *un mercado interior común* en materia de contratación, y la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad, que está consagrada en el artículo 18 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, y es considerada por el Tribunal de Justicia como el fundamento de todo el sistema de contratación pública en el marco de la Unión (Sentencia de 22 de junio de 1993, Asunto C- 243/89).

También, y en relación concreta con el procedimiento de recurso, en el “Informe de la Comisión al Parlamento y al Consejo sobre la eficacia de la Directiva 89/665/CEE y la

administrativo especial en materia de contratos”, en el volumen colectivo, *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado III*, ob., cit., pp. 2546-2547.

²⁴ Vid. NOGUERA DE LA MUELA, M.ª B. (2016: 2547).

²⁵ Entre la abundante bibliografía que ha propiciado este bloque de normas comunitarias puede citarse a RAZQUIN LIZARRAGA, M. M.ª, “Las nuevas Directivas sobre contratación de 2014: aspectos clave y propuestas para su transformación en España”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 196 (2015), pp. 97- 135; también, GIMENO FELIÚ, J. M.ª, *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia. El contrato administrativo como herramienta del liderazgo institucional de los poderes públicos*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014.

²⁶ También la Directiva 2014/55/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, relativa a la facturación electrónica en la contratación pública. Estas Directivas son llamadas de “cuarta generación”. Vid. RAZQUIN LIZARRAGA, M. M.ª y VÁZQUEZ MATILLA, F. J., *La adjudicación de los contratos públicos en la nueva Ley de Contratos del Sector Público*, Thomson Reuters Proview- Aranzadi, Cizur Menor, 1.ª ed. 2017, p. 28 y bibliografía allí citada.

Directiva 92/13/CEE, modificada por la Directiva 2007/66/CE, en cuanto a los procedimientos de recurso en el ámbito de la contratación pública” (Bruselas, 24 de enero de 2017), se destaca que estas “Directivas sobre procedimientos de recurso, por tanto, constituyen un elemento fundamental del ámbito de la contratación pública y un ejemplo único, en la legislación de la Unión, de plena aplicación de los derechos de la Unión a escala nacional”²⁷

Estas Directivas debieron ser transpuestas al ordenamiento jurídico español a más tardar el 18 abril de 2016, pero las circunstancias políticas no hicieron posible tal transposición en el tiempo señalado, porque, como es conocido, el Gobierno español estuvo en funciones durante diez meses (de 21 de diciembre de 2015 al 30 de octubre de 2016) y, como también es sabido, un Gobierno en funciones no puede presentar Proyectos de Ley ante el Parlamento (*cf.*, art. 21.5, b) de la Ley 50/ 1997, de 27 de noviembre, del Gobierno). De manera que pese al incumplimiento temporal de la transposición finalmente, con notable retraso, se ha publicado en el “BOE” la referida Ley 9/ 2017, de 8 de noviembre, que es la que transpone las Directivas 2014/23/ UE y 2014/24/UE, ya mencionadas.

En materia de control, la Directiva 2014/24/UE destaca que los poderes adjudicadores tratarán a los operadores económicos en pie de igualdad y actuarán con arreglo a los principios de transparencia y proporcionalidad (art. 18); además en los artículos 83 y siguientes se detallan deberes de información en orden a controlar mejor la contratación pública en el marco de la Unión. Por su parte, el artículo 1 de la Directiva 89/665/CEE dice que la Directiva (de recursos) se aplica a los contratos previstos en la Directiva 2014/24/UE, salvo que estén excluidos por ésta.

3. Sobre los antecedentes en el Derecho español anteriores a lo previsto en la Ley 9/ 2017: recurso especial y potestativo

A) Antecedentes normativos

A pesar del claro retraso que se produjo para la incorporación de lo establecido en la citada Directiva 89/665/CEE, el legislador español²⁸ implantó este recurso en la Ley de Contratos del Sector Público de 30 de octubre de 2007 (art. 37, bajo el epígrafe “*Recurso especial en materia de contratación*”²⁹), con una ulterior modificación

²⁷ Pp. 2-3 de dicho informe de 2017.

²⁸ Ciertamente de forma muy precaria, pues no se preveía el órgano independiente para conocerlo y resolverlo [*Vid.* SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (2016b: 2516)].

²⁹ No obstante, lo dispuesto en este precepto no cumplía con las exigencias de la Directiva de la Unión Europea, puesto que atribuía la competencia para la resolución del recurso “*al órgano de contratación, cuando se trate de contratos de una Administración pública o el titular del departamento, órgano, entre el organismo al que esté adscrita la entidad contratante o al que corresponda su tutela, si esta no tiene el carácter de Administración pública*”. Por otra parte, este recurso era preceptivo, y no potestativo, sustitutivo de los recursos administrativos ordinarios, y contra la resolución que se dictase solo cabía la interposición del recurso contencioso-administrativo.

llevada a cabo por la Ley 34/ 2010, de 5 de agosto³⁰; modificación operada a instancias de la Comisión Europea. Luego se incorporaron estos cambios en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público de 14 de noviembre de 2011 (arts. 40- 49), y en el importante *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*³¹.

B) El recurso especial y potestativo

A partir de esta regulación se introduce en el ordenamiento español un modelo de resolución de recursos en materia contractual que se caracteriza por su *independencia y especialización*, y por no estar inserto ni en el Poder Judicial³² ni en otras organizaciones administrativas que actúan con cierto margen de independencia como los Tribunales Económico- Administrativos. También porque se sustituyen los clásicos recursos de alzada y reposición.

Ahora bien, el ámbito sobre el cual se extiende el recurso no es universal (ya hemos advertido que es un recurso especial, y no ordinario³³), sino limitado a los contratos sujetos a regulación armonizada, incluidos los subvencionados, así como a algunos otros contratos de servicios de cuantía igual o superior a 207.000 euros y a los contratos de gestión de servicios públicos cuyo presupuesto de gastos de primer establecimiento sea superior a 500.000 euros y su duración superior a cinco años.

³⁰ En la tramitación de esta Ley se sugirieron otras alternativas, finalmente desechadas, como la de crear una Sala especial dentro del Tribunal Económico-Administrativo Central. También se descartó la atribución de la competencia para resolver este recurso a la jurisdicción contencioso- administrativa. Téngase en cuenta que la Sentencia de 4 de febrero de 1999 del Tribunal de Justicia había declarado que los Estados miembros pueden optar por dos soluciones a la hora de organizar el sistema de control de los contratos públicos [Vid. NOGUERA DE LA MUELA, M.ª B. (2016: 2551 y 2552), en nota].

³¹ Sin embargo, de forma un tanto sorpresiva la *disposición transitoria séptima* del TRLCSP' 11, estableció que mientras una Comunidad Autónoma no regule ante quien debe incoarse la cuestión de nulidad o interponerse el recurso o no haya suscrito el convenio la "competencia continuará encomendada a los mismos órganos que la tuvieran atribuida con anterioridad", es decir, al órgano de contratación, cuando se trate de contratos de una Administración Pública, o al titular del departamento, órgano, ente u organismo al que esté adscrita la entidad contratante y al que corresponda su tutela, si esta no tiene el carácter de Administración Pública. Lo que suponía consagrar el incumplimiento de la Directiva comunitaria, que exige órganos independientes.

³² SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (2016b: 2518 y ss.) analiza la elección por el modelo administrativo que se ha hecho en España, y asevera que lo más probable es que jugara un importante papel la convicción "general de que la rapidez exigida por la Directiva de Recursos era imposible de lograr en una jurisdicción cuya carga de trabajo conlleva notables demoras en resolver cualquier tipo de impugnación"; aunque este autor rebate esas consideraciones, si bien considera un acierto la regulación en este punto de la Ley de 2010.

³³ Vid. SARMIENTO ACOSTA, M. J., *Los recursos administrativos en el marco de la justicia administrativa*, Civitas, Madrid, 1996, pp.124-125.

Quedan fuera, pues, muchos otros contratos, respecto de los cuales cabían los recursos administrativos ordinarios o el recurso jurisdiccional. Además, se atribuye carácter potestativo, y no preceptivo (art. 40.5 y 6).

Y no abarca todos los actos en materia de contratación, sino los tasados por la Ley: a) los anuncios de licitación y los pliegos de cláusulas u otros documentos contractuales que establezcan las condiciones del contrato; b) los actos de trámite del procedimiento de adjudicación que decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos, incluidos los actos de exclusión de licitadores adoptados por la Mesa de contratación; y c) los actos de adjudicación del contrato (*cf.*, art. 40.2). Tampoco podían ser objeto del recurso las decisiones sobre modificación de los contratos no previstas en el pliego³⁴.

Pero también este recurso se caracteriza porque los actos objeto de impugnación no son solo los que provienen de las Administraciones Públicas en sentido técnico, sino también de los llamados “*poderes adjudicadores*” dependientes o vinculados a ellas, aunque tengan naturaleza privada, y de quienes adjudiquen los contratos subvencionados. Lo que produce la consecuencia de que la resolución del recurso produce en todo caso un auténtico acto administrativo (la resolución), que como tal es impugnable ante los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa³⁵.

En cuanto a los sujetos legitimados para interponerlo, la norma permite (más bien permitía, pues el TRLCSP’11 ha sido ya derogado) que lo puedan formular los licitadores, los que se vean perjudicados o afectados en sus derechos e intereses legítimos por el acto recurrido (art. 42); también se admite la legitimación activa a las asociaciones o entidades representativas de intereses relacionados con el objeto del contrato en defensa de los intereses colectivos de sus miembros, e, incluso a los Colegios Profesionales (*cf.*, art. 24.1 del Reglamento aprobado por Real Decreto 814/ 2015), también los miembros de las Corporaciones locales que hayan votado en contra del acto recurrido (*cf.*, art. 63.1, b) , LRBRL).

C) Las características del órgano: independencia y cualificación

Una de las exigencias del Derecho Comunitario, que tanto ha tardado el legislador español en transponer, es precisamente la de que se resuelva no por un órgano

³⁴ Algo que fue criticado por la doctrina *especializada, como poco justificado* [*Cfr.* SÁNCHEZ MORÓN, M. (2016: 635)].

³⁵ Es palmario que no procede entrar en el análisis de este importante tema para el Derecho Administrativo, pero es una muestra más de la necesidad de reconsiderar el concepto de acto administrativo; sobre esta materia puede consultarse CARRO FERNÁNDEZ- VALMAYOR, J. L., “Reflexiones sobre las transformaciones actuales del Derecho Público, en especial del Derecho Administrativo”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 193 (2014), p. 36.

de la Administración activa, sino por un órgano especializado e independiente. Y así se creó en el ámbito de la Administración General del Estado el *Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales* (Ley 34/ 2010, de 5 de agosto), que tiene su sede en Madrid y está integrado por el Presidente, dos Vocales y el Secretario General (arts. 3 y 4.1 del Real Decreto 814/ 2015, de 11 de septiembre), aunque cuando el volumen de asuntos sometidos a su conocimiento lo requiera, el número de vocales se incrementará mediante Real Decreto. Los miembros de Tribunal “*ejercerán con total independencia y bajo su responsabilidad las funciones que tienen legalmente atribuidas*” (art. 7 del citado Real Decreto 814/ 2015). El Presidente, además, tiene voto de calidad, en caso de empate, y el Secretario General asistirá a las reuniones “*con voz pero sin voto*” (art. 8.2 del Real Decreto 814/ 2015). Fuera de los casos previstos en la legislación de procedimiento administrativo común de abstención y recusación, “*ninguno de los asistentes podrá abstenerse de votar y el que disienta de la mayoría podrá formular voto particular por escrito en el plazo de 48 horas. El voto particular se incorporará al expediente y a la resolución del recurso*” (art. 8.3 del Real Decreto 814/ 2015).

Se trata, pues, de un órgano radicado en la Administración Pública³⁶ – y no, por tanto, como ya nos consta, en el Poder Judicial-, pero que goza de independencia, para lo cual los miembros son nombrados por un período de seis años no renovables y tienen carácter inamovible durante su mandato, salvo ciertas causas legales tasadas (art. 41.1 TRLCSP’11), parecidas a las que existen en otros órganos o entidades dotados de un notable grado de autonomía (expiración del mandato, renuncia aceptada por el Gobierno, incapacidad, incumplimiento grave de sus obligaciones, etc., etc.). Además deben tener cualificación, y en este sentido tienen que ser funcionarios de carrera y licenciados o graduados en Derecho, con quince años al menos de experiencia profesional, relacionada preferentemente con el Derecho Administrativo de la contratación pública.

D) Referencia al procedimiento de recurso

La interposición del recurso da lugar a un verdadero procedimiento, como se deduce de los artículos 12 y siguientes del Real Decreto 814/ 2015, que regula los plazos de interposición y de resolución, el lugar de presentación, los efectos de la interposición, los requisitos de admisión, las medidas provisionales, las garantías, la instrucción del expediente, las alegaciones y pruebas y la resolución. Así, para formular el recurso especial en materia de contratación *se precisa – se*

³⁶ Así el artículo 41.1 TRLCSP’11 y el propio Real Decreto 814/ 2015, de 11 de septiembre, se dictó “*a propuesta del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas*”. El artículo 45 LCSP’17 sigue el mismo criterio, como veremos más adelante.

*precisaba*³⁷, anunciarlo *previamente* ante el órgano de contratación, concretando el acto que vaya a ser objeto del mismo (art. 44.1 de la Ley). Este mismo anuncio y el escrito fundado de interposición deben presentarse en el plazo de quince días hábiles en el registro del propio órgano de contratación o en el órgano encargado de resolver el recurso. El plazo se cuenta desde el momento de notificación del acto recurrido o, si es un anuncio, desde su publicación, o bien desde que los pliegos o documentos equivalentes son recibidos o puestos a disposición de los licitadores o, si es un acto de trámite, en un procedimiento sin publicidad, desde que se tiene conocimiento de la infracción legal. Como es habitual, el recurso debe ir acompañado de un conjunto de documentos en orden a propiciar su admisión³⁸.

Pero lo más destacable en orden a preservar derechos e intereses afectados es que su interposición contra el acto de adjudicación origina la suspensión de la tramitación del expediente (art. 45 de la Ley). El artículo 21.1 del referido Real Decreto 814/ 2015 lo dice claramente: “*Cuando el recurso se interponga contra el acto de adjudicación, el órgano de contratación suspenderá de inmediato la ejecución del mismo si el recurso se interpone ante él o, en otro caso, en cuanto se reciba el requerimiento del Tribunal para remitir el expediente*”.

³⁷ En efecto, el nuevo artículo 50.1 LCSP'17 ha eliminado este requisito que imponía el ya derogado TRLCSP'11. Hay que tener en cuenta que en la *Memoria del I encuentro de coordinación entre órganos de recurso especial en materia de contratación* – de 11 de febrero de 2013–, se propuso la supresión del anuncio previo a la interposición del recurso, que no dejaba ser una carga inútil, y fácilmente subsanable, que operaba en contra de los intereses de los recurrentes. Cambiando lo cambiante, este anuncio recordaba a la también inútil “comunicación previa a la interposición del recurso contencioso- administrativo” prevista en la redacción original del artículo 110.3 de la Ley 30/ 1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común, que fue también criticada por la doctrina y finalmente eliminada [Vid. SARMIENTO ACOSTA, M. J., “La comunicación previa a la interposición del recurso contencioso- administrativo en la doctrina del TC”, en *Revista del Poder Judicial*. Tercera época, núm. 55 (1999), pp. 555 y ss.]

³⁸ Debe destacarse que el artículo 22 del citado Real Decreto 814/ 2015, regula los requisitos de admisión; y dice: “*Solo procederá la admisión del recurso cuando concurren los siguientes requisitos:*

- 1.º Competencia para conocer del recurso.
- 2.º Acreditación de la legitimación y de la representación del recurrente mediante poder que sea suficiente a tal efecto.
- 3.º Que el recurso se refiera a alguno de los contratos contemplados en el artículo 40.1 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.
- 4.º Que el recurso se interponga contra alguno de los actos enumerados en el artículo 40.2 del texto refundido citado.
- 5.º Que la interposición se haga dentro de los plazos previstos en el artículo 44.2 del mismo texto refundido.
- 6.º Que se acompañen al escrito de interposición los documentos y requisitos a que se refiere el artículo 44.5 del texto refundido, sin perjuicio de lo en él dispuesto respecto de la posibilidad de subsanación”.

de contratación³⁹, aunque el órgano que tiene la competencia para resolver el recurso puede mantener o levantar la suspensión. Este efecto suspensivo automático no se produce cuando lo que se impugnan son otros actos.

La resolución del recurso debe ser motivada⁴⁰, y se pronunciará sobre las cuestiones planteadas, y puede declarar la inadmisión, la estimación parcial o total o la desestimación del recurso (art. 47.2 de la Ley). Además, si la resolución es estimatoria no solo puede anular el acto impugnado, sino también suprimir las características, determinaciones o condiciones discriminatorias contenidas en los anuncios, pliegos u otros documentos contractuales, si procede, o retrotraer las actuaciones del procedimiento de contratación o incluso acordar la adjudicación a otro licitador. También puede establecer la obligación de indemnizar al interesado y a solicitud de éste por los daños y perjuicios derivados de la actuación ilegal recurrida, que serán al menos los gastos de la preparación de la oferta y la participación en el procedimiento (art. 47.3 y 48.2 de la Ley). Es importante también subrayar que cuando el Tribunal de Contratos *aprecie temeridad o mala fe en la interposición del recurso* acordará en la resolución que se dicte la *imposición de una sanción pecuniaria* al recurrente en los términos que establece el artículo 47.5 de la Ley (*cf.*, art. 31. 2 del Real Decreto 814/ 2015); asimismo la resolución deberá acordar el levantamiento de la suspensión o de las medidas cautelares que hubieran sido acordadas.

Esta resolución motivada pone fin a la vía administrativa, y solo puede ser recurrida ante los órganos de la jurisdicción contencioso- administrativa; en concreto, ante la Audiencia Nacional o los Tribunales Superiores de Justicia (arts. 49 de la Ley de Contratos del sector Público, y 10.1 k) y 111 f) LJCA).

Por último, es preciso tener en cuenta que los órganos competentes para la resolución de los recursos especiales en materia de contratación pueden, también, elevar cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, porque se les reconoce a estos efectos el carácter jurisdiccional (STJUE de 6 de octubre de 2015, *Consorti Sanitari del Mareisme*).

³⁹ El artículo 43 de la Ley de Contratos del Sector Público preveía también la posibilidad de solicitar medidas provisionales ante el mismo órgano competente para resolverlo por parte de quienes tengan legitimación para interponerlos; pueden solicitarse incluso con carácter previo a la interposición del recurso o adoptarse de oficio por parte del Tribunal (art. 25 del Real Decreto 814/ 2015).

⁴⁰ Sorprende un poco que esta exigencia de motivación no se diga expresamente en el artículo 31 del Real Decreto 814/ 2015, cuando es regla común que toda resolución de recurso debe ser motivada.

E) Los órganos de resolución de recursos en el ámbito de las Comunidades Autónomas⁴¹ y de las Corporaciones Locales⁴²; los convenios de atribución de competencia al Tribunal Administrativo Central.

Los contratos públicos firmados por las Comunidades Autónomas y por las Corporaciones Locales también tienen la posibilidad de ser controlados a través de estos recursos especiales. Así, las Comunidades Autónomas pueden crear – y así lo han hecho algunas – órganos específicos para la resolución de los recursos especiales contra actos de preparación y adjudicación de contratos de su misma Administración o de los poderes adjudicadores que de ellas dependen, así como de las Corporaciones locales de su territorio (art. 41.3 de la Ley). Pero también se deja la posibilidad de que puedan, a través del correspondiente *convenio*, trasladar esta competencia al Tribunal Central. Así lo prevé el artículo 10 del citado Real Decreto 814/ 2015, que establece que las Comunidades Autónomas, así como las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla podrán atribuir al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales la competencia para resolver todos los recursos especiales en materia de contratación interpuestos contra los actos de la Comunidad o ciudad autónoma y de los organismos y entidades dependientes de ella. Tal atribución se formalizará mediante la suscripción del correspondiente convenio con el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, en el que deberá constar “la compensación económica”, con referencia especial a las normas de Derecho transitorio. El convenio se publicará en el “BOE” y en el “Diario Oficial de la Comunidad o Ciudad autónoma”, y tiene un órgano de control y seguimiento (creación de una comisión mixta), que se regirá por las normas de órganos colegiados previstas en la legislación sobre el procedimiento administrativo común.

La situación que se ha definido en cuanto a esta cuestión no es uniforme. Hay Comunidades Autónomas que han preferido crear sus propios órganos, mientras que otras han decidido acogerse a la previsión que permite la atribución, mediante convenio⁴³, de la competencia al Tribunal Central. Pero también se ha producido un

⁴¹ Puede consultarse el número 228, 2010, de la revista *Documentación Administrativa*, dedicado específicamente a los Tribunales Administrativos de Recursos contractuales (central y autonómicos). Como es obvio, recoge una primera etapa.

⁴² La descentralización o territorialización de estos órganos no es bien acogida por algunos autores, como el ya citado SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (2016b: 2521), que estima un desacierto, y que hubiera sido preferible la concentración de estas competencias en un único tribunal.

⁴³ En los años 2012 y 2013 se suscribieron bastantes convenios de este tipo, y en 2016 sus prórrogas; así 1) Extremadura (“BOE”, de 9 de agosto de 2012), 2) Ciudad de Melilla (“BOE” de 9 de agosto de 2012), 3) La Rioja (“BOE” de 18 de agosto de 2012), 4) Castilla- La Mancha (“BOE” de 2 de noviembre de 2012), 5) Murcia (“BOE” de 21 de noviembre de 2012), 6) Cantabria (“BOE” de 13 de noviembre de 2012),

cambio, y si en un momento determinado se utilizó la alternativa de acogerse por convenio al Tribunal Central, luego se ha cambiado de criterio y han creado (es el caso de Extremadura o Galicia⁴⁴), sus propios órganos para la resolución de los recursos especiales. Además, en cuanto a la estructura o clase de órgano tampoco existe unanimidad. Mientras que algunas han constituido órganos colegiados (Madrid⁴⁵,

7) Illes Balears (“BOE”, de 19 de diciembre de 2012); 8) Ciudad de Ceuta (“BOE”, de 17 de abril de 2013), 9) Comunidad Valenciana (“BOE”, de 17 de abril de 2013), 10) Asturias (“BOE”, de 20 de octubre de 2013), 11) Galicia (“BOE” de 25 de noviembre de 2013). Como hemos ya visto, Extremadura y Galicia ya tienen sus propios órganos especiales de resolución de recursos en materia contractual, y otras Comunidades Autónomas han suscrito prórrogas de sus convenios. Puede consultarse BERNAL BLAY, M. Á., “Los convenios de atribución de competencia para la resolución de recursos y reclamaciones contractuales”, en GIMENO FELIÚ, J. M.^a (dir.), *Observatorio de contratos públicos 2012*, Thomson Reuters/Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 299 y ss.

Se trata de un convenio de colaboración, que se suscribe sobre la base del artículo 8.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común – ahora con apoyo en los arts. 47 y ss., de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público– y que, por tanto, en sentido estricto, no puede servir de cobertura para atribuir competencias, porque, en primer lugar, la competencia “es irrenunciable y se ejercerá por los órganos administrativos que la tengan atribuida como propia, salvo los casos de delegación o avocación, cuando se efectúen en los términos previstos en ésta u otras leyes” (art. 8.1 Ley 40/2015, ya citada), y los convenios de colaboración, en segundo término, no pueden “suponer cesión de la titularidad de la competencia” (art. 48.1 Ley 20/2015). Por consiguiente, es evidente que el uso de este mecanismo de colaboración no resulta apto para “atribuir” competencias, como con total ambigüedad se dice en la norma sobre contratos públicos. El Tribunal Constitucional desde hace ya muchos años lo ha declarado con rotundidad: la imposibilidad de disponer de competencias mediante la celebración de convenios entre el Estado y las Comunidades Autónomas (SSTC 71/1983 de 29 de julio, FJ.1; 95/1986, de 10 de julio, FJ. 5; 96/1986, de 10 de julio, FJ.3 y 13/1992, de 6 de febrero, FFJJ 7 y 10). Lo mismo ha declarado el Tribunal Supremo (STS de 18 de julio de 1997). Con todo, y como veremos más adelante, la nueva LCSP 17 vuelve a insistir en esta incorrección técnica (art. 46.2: “Podrán las Comunidades Autónomas, asimismo, atribuir la competencia para la resolución de los recursos al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales. A tal efecto, deberán celebrar el correspondiente convenio con la Administración General del Estado, en el que se estipulen las condiciones en que la Comunidad sufragará los gastos derivados de esta asunción de competencias”). A mi juicio esta manera de proceder no es correcta. La competencia, en efecto, se atribuye, pero por lo dispuesto en el ordenamiento jurídico no por lo que pueda estipular un mero convenio. También es verdad que se puede transferir o delegar, pero utilizando las normas establecidas para estas técnicas. En conclusión, no ha sido acertada la manera de prever esta “atribución” de competencias ni en el ya derogado TRLCSP 11 ni en la vigente LCSP 17.

⁴⁴ Cfr. Ley 13/2015, de 8 de abril, de Función Pública de Extremadura, que crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Extremadura, y pone fin al convenio suscrito con la Administración General del Estado; y Ley 1/2015, de 1 de abril, de Galicia, de garantía de la calidad de los servicios públicos y de la buena administración de Galicia, que prevé la creación del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Galicia.

⁴⁵ Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de racionalización del sector público de Madrid. Artículo 3. Creación del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid (un Presidente y cuatro Vocales.)

Aragón⁴⁶, Andalucía⁴⁷, Castilla y León⁴⁸, Cataluña⁴⁹ y Navarra⁵⁰, Galicia⁵¹)⁵², otras han creado simples órganos unipersonales (País Vasco⁵³ o Canarias⁵⁴). Desde el punto de vista de la forma jurídica que se ha utilizado para la creación de estos órganos con competencia para resolver los recursos contractuales predomina la aprobación por Ley formal, aunque también hay casos en los que se ha utilizado el mero Decreto (Andalucía, Cataluña o Canarias). A ello hay que añadir que no existe tampoco uniformidad ni en relación con la duración de los mandatos de los miembros del órgano (en unos casos seis años no prorrogables⁵⁵, en otros cinco, con prórroga o con

⁴⁶ Ley 3/ 2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de contratos del sector público de Aragón. Creación del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón (art. 18: un Presidente y al menos dos Vocales)

⁴⁷ Artículo 2 del Decreto 332/ 2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de recursos contractuales de la Junta de Andalucía (habla de un presidente y dos vocales).

⁴⁸ Artículo 60 de la Ley 1/ 2012, de 28 de febrero, de medidas tributarias, administrativas y financieras de Castilla y León: un presidente y dos vocales, y un secretario con voz pero sin voto.

⁴⁹ Artículo 2 del Decreto 221/ 2013, de 3 de septiembre, por el que se regula el Tribunal Catalán de contratos del sector público y se aprueba su organización y funcionamiento.

⁵⁰ Artículo 208 bis. 2, de la Ley Foral 6/ 2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos (un presidente y dos vocales), modificada por la Ley Foral 3/ 2013, de 25 de febrero (arts. 49- 53).

⁵¹ Artículo 35 bis de la Ley 14/ 2013, de 26 de diciembre, de racionalización del sector público autonómico, modificado por la Ley 1/ 2015, de 1 de abril, de garantía de la calidad de los servicios públicos y de la buena administración.

⁵² SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (2016b: 2535 y 2536) argumenta que inicialmente Andalucía, Cataluña, País Vasco y Canarias optaron por órganos unipersonales, pero, como ya hemos visto, Andalucía y Cataluña han establecido con posterioridad órganos colegiados. Sostiene este profesor que el artículo 2.9 de la Directiva de Recursos habla en plural de “miembros”, por lo que es fácil colegir que debe existir un presidente acompañado por algunos vocales; pero que hay una razón de mayor peso: la razón institucional, que aconseja que sea más adecuado un órgano colegiado para resistir mejor las presiones y garantizar mejor la independencia. Por nuestra parte, participamos de la misma opinión. Crear un órgano unipersonal para resolver recursos de esta complejidad puede que tenga alguna justificación al principio; desde luego no la tiene si el sistema gana importancia – como así ha ocurrido – y se quiere respetar de verdad la independencia.

⁵³ Disposición adicional octava. 7 de la Ley 5/ 2010, de 23 de diciembre, por la que se aprueban los Presupuestos Generales de la Comunidad de Euskadi: “El órgano administrativo de recursos contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi se crea inicialmente con el carácter de unipersonal”. Se recalca que “inicialmente”, con lo que se deja entrever que en el futuro perderá tal carácter.

⁵⁴ Cfr., artículo 1 del Decreto 10/ 2015, de 12 de febrero, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad Autónoma de Canarias, que dice que se crea un “Tribunal”, pero es un órgano “unipersonal” (sic). No tuvo el legislador en cuenta la advertencia que le hizo, por ejemplo, el Consejo Consultivo de Canarias en el *Dictamen 46/ 2015, de 3 de febrero, emitido en relación con el Proyecto de Decreto por el que se crea el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad Autónoma de Canarias, según la cual “es procedente señalar que en nuestro Ordenamiento jurídico no existe ningún órgano administrativo ni judicial, que denominándose Tribunal sea de carácter unipersonal”*. Es obvio el caso que luego se le hizo a esta correcta observación.

⁵⁵ Vid., por ejemplo, artículo 19.1 de la Ley 3/ 2011, de Aragón o artículo 3.3 de la Ley 9/ 2010, de Madrid, o artículo 4.2 del Decreto de Canarias.

reelección indefinida) ni tampoco respecto a la forma de vinculación y la estructura del órgano, puesto que algunas Comunidades Autónomas, como Castilla y León⁵⁶ o Extremadura⁵⁷ atribuyen esta función al Consejo Consultivo de cada una de esas Comunidades⁵⁸, produciendo una mezcla en las categorías dogmáticas de los órganos administrativos, porque una cosa es un órgano consultivo y otra un órgano de control, con competencia resolutoria, además. La Ley de Extremadura destaca, no obstante, esa separación de funciones (disposición final tercera, punto 4).

En relación con la forma (Ley- Decreto) por virtud de la cual se han establecido los órganos no resulta ocioso hacer dos observaciones: a) la opción por una u otra forma no es irrelevante, ya que el mero Decreto evita la confrontación de posiciones en el Parlamento en relación con la composición del Tribunal, su ámbito de actuación, los requisitos de sus miembros, y, por supuesto, un aspecto esencial, y que es si debe tener o no carácter de órgano colegiado; y b) incluso en aquellos casos de creación por Ley, es obvio que muchas veces habrá quedado oscurecida o relegada a un segundo lugar esta creación, porque al formar parte de un bloque de medidas mucho más amplio (Leyes de Presupuestos, etc.) la posibilidad real de debate y crítica es mucho menor. Por el contrario, la aprobación por Decreto es perfectamente impugnabile para comprobar si se ajusta o no a la normativa de rango superior -en particular, como es obvio, a la Directiva de recursos-, por virtud del recurso jurisdiccional correspondiente; en cambio, la aprobación por Ley queda revestida de mayor blindaje, porque solo puede ser impugnada por el correspondiente recurso ante el Tribunal Constitucional.

Por lo que se refiere a las Corporaciones Locales, hay que advertir que tampoco la situación es uniforme. Hay que partir de la base del artículo 41.4 de la Ley, que permitía a las Comunidades Autónomas la competencia para resolver los recursos cuando tengan atribuida la competencia normativa y de ejecución en materia de régimen local y de contratación. Pues bien, hay Comunidades, como Madrid⁵⁹,

⁵⁶ Artículo 62 de la Ley 1/ 2012, de 28 de febrero, de medidas tributarias, administrativas y financieras: “*El Tribunal Administrativo de recursos contractuales se adscribe al Consejo Consultivo de Castilla y León*”.

⁵⁷ *Cf.*, la disposición final tercera.2 de la Ley 13/ 2015, de 8 de abril, de Función Pública de Extremadura.

⁵⁸ Es más, como recuerda J. A. SANTAMARÍA PASTOR (2016b: 2537), en una fase inicial incluso se encomendó la resolución del recurso a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

⁵⁹ Artículo 3 de la Ley referida.

Cataluña,⁶⁰ Extremadura⁶¹, Aragón, Galicia⁶², y Castilla y León que *han atribuido la competencia al órgano autonómico*; otras que han atribuido por convenio la competencia al Tribunal Central y, por tanto, también pueden conferir a éste la competencia para el caso de recursos en la esfera local (*cf.*, por ejemplo, *cláusula tercera* del Convenio de colaboración entre el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y la Comunidad Valenciana, “BOE”, de 17 de abril de 2013). Pero cabe también otra posibilidad, más descentralizadora, pero también mucho más peligrosa para la independencia y la cualificación: *la de permitir a las propias Entidades locales la creación de sus órganos de resolución de recursos*; es el caso del País Vasco⁶³, Andalucía⁶⁴ o Canarias⁶⁵ aunque es una posibilidad que ha sido criticada por la doctrina que se ha ocupado de este tema, puesto que pone en serio peligro su independencia e imparcialidad⁶⁶.

⁶⁰ Decreto 221/2013, de 3 de septiembre, por el que se regula el Tribunal Catalán de contratos del sector público y se aprueba su organización y funcionamiento (art. 3.1, que alude a las entidades locales).

⁶¹ Disposición final segunda.4 de la Ley 13/ 2015, de 8 de abril, de Función Pública de Extremadura.

⁶² Artículo 35 bis.3 de la Ley 14/ 2013, de 26 de diciembre, de racionalización del sector público autonómico, modificada por la más reciente Ley 1/ 2015, de 1 de abril, de garantía de la calidad de los servicios públicos y de la buena administración.

⁶³ Disposición adicional octava de la Ley 5/ 2010, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales de Euskadi; se dice que los municipios de más de 50.000 habitantes podrán crear su propio órgano competente. Se han creado órganos de resolución de contratos en las tres Diputaciones Forales (*cf.*, por ejemplo, Decreto Foral 44/ 2010, del Consejo de Diputados, de 28 de diciembre: Un Presidente/ 2 vocales)

⁶⁴ Artículo 10 del Decreto 332/ 2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía. Luego en varias Diputaciones Provinciales (Málaga, Jaén, etc.) y en bastantes Ayuntamientos se han creado estos órganos (Linares, Sevilla, etc., etc.)

⁶⁵ *Vid.* Decreto 10/ 2015, de 12 de febrero, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad Autónoma de Canarias.

⁶⁶ Particularmente duro se muestra SANTAMARÍA PASTOR, J. A., en relación con los Decretos andaluz y canario (*Vid.* 2016b: 2525). Dice este profesor: “*Es cierto que ambos decretos permiten a los entes locales confiar esta tarea al Tribunal autonómico mediante convenio. Pero la mera posibilidad de que cada ayuntamiento andaluz (770 en total, más ocho diputaciones) y canario (88, más siete Cabildos Insulares), abstracción hecha de las dimensiones de su administración respectiva, pueda crear su propio tribunal de recursos contractuales constituye un disparate soberano y una notoria infracción de la Directiva de Recursos: no solo por la multiplicidad de órganos que supondría y por la disparidad de criterios a que daría lugar (además de su coste de mantenimiento), sino porque es un hecho incontrovertible que las posibilidades de independencia real de un órgano están siempre en función inversa del tamaño de la organización a la que pertenece y de la proximidad a los gestores a los que habrá de controlar. Es prácticamente imposible que un tribunal de contratos de un ayuntamiento de mil habitantes sea independiente de su respectiva corporación; máxime, si es esta la que ha de fijar las retribuciones de sus miembros. La autonomía local, que invoca el precepto (...), puede dar lugar a un resultado abiertamente contradictorio con la Directiva*”.

Pero es que en el caso de la norma canaria la cuestión puede ser también pintoresca por no decir absurda. Piénsese que el Decreto canario establece un órgano unipersonal, a pesar de que le confiera el nombre de “Tribunal”, con lo que incluso si se suscriben esos convenios el incremento de trabajo de tal órgano está automáticamente asegurado, con lo que se debería ampliar el número de miembros del Tribunal. En este punto, se debe observar que el artículo 4.1 del Decreto permite que en el caso de que “*el volumen y especificidad de asuntos sometidos a su conocimiento 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*

III. EL RECURSO ESPECIAL REGULADO EN LA LEY 9/ 2017, DE 8 DE NOVIEMBRE, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

1. Una regulación más avanzada: ampliación del objeto y de los sujetos legitimados y eliminación del anuncio previo

La Ley 9/ 2017, de 8 de noviembre incorpora novedades de calado en la regulación del recurso especial en materia de contratación. El mismo Preámbulo (punto IV) se encarga de precisarlo:

“Dentro del Libro I se suprime la cuestión de nulidad, si bien sus causas podrán hacerse valer a través del recurso especial en materia de contratación; y se mantiene la regulación del régimen de invalidez de los contratos del sector público y del recurso especial en materia de contratación.

Se amplía el ámbito de aplicación de este recurso, sin que dicha ampliación afecte a la necesaria agilidad que debe tener el sistema en la resolución de estos recursos, dejando de estar vinculado a los contratos sujetos a regulación armonizada, de tal manera que se puede interponer en el caso de contratos de obras, concesiones de obras y de servicios cuyo valor estimado supere los tres millones y contratos de servicios y de suministros cuyo valor supere los cien mil euros.

El recurso, que mantiene el carácter potestativo⁶⁷ que tiene en la actualidad, tendrá efectos suspensivos automáticos siempre que el acto recurrido sea el de adjudicación, salvo en el caso de contratos basados en un acuerdo marco o de contratos específicos en el marco de un sistema dinámico de adquisición. Esta última salvedad encuentra su fundamento en que en este tipo de contratos un plazo suspensivo obligatorio podría afectar a los aumentos de eficiencia que se pretende obtener con estos procedimientos de licitación, tal y como establece el considerando 9 de la Directiva 2007/66/CE,

colegiado, a propuesta conjunta con el titular del Departamento competente en materia de organización administrativa (...). Esta transformación de un órgano unipersonal a otro colegiado tiene, en buena lógica jurídica, que hacerse por una norma del mismo rango (es decir, Decreto aprobado por el Gobierno), que la que lo creó, por lo que es bastante dudoso que esto respete el principio de jerarquía normativa (art. 9.3 de la Constitución Española), como, por otro lado, se lo advirtió el Dictamen del Consejo Consultivo 46/ 2015, ya citado. SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (2016b: 2529), también cuestiona que la reducción al nivel de consejero del órgano competente para el nombramiento es difícilmente compatible con la Directiva de Recursos.

⁶⁷ En el Anteproyecto, informado por el Consejo General del Poder Judicial y por el Consejo de Estado, (Dictamen 1.116/ 2015, de 10 de marzo de 2016) figuraba el carácter preceptivo, luego se cambió de criterio y en el Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público, que se publicó en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*. XII Legislatura, de 2 de diciembre de 2016 se decía algo que planteaba dudas sobre su carácter preceptivo: *“Este recurso, en su caso, precederá al recurso Contencioso- Administrativo, lo cual constituye una garantía más frente a posibles actos irregulares. Junto a ello, debe considerarse la 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 (...).”* Finalmente, en la tramitación del Proyecto se incluyó su carácter potestativo, que es el que finalmente incorpora la Ley.

por la que se modifican las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE en lo que respecta a la mejora de la eficacia en los procedimientos de recursos en materia de adjudicación de contratos públicos.

Para concluir la referencia al recurso especial, este se podrá interponer contra los anuncios de licitación, pliegos, documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación, actos de trámite que cumplan los requisitos de esta Ley, acuerdos de adjudicación adoptados por poderes adjudicadores, así como modificaciones contractuales, encargos a medios propios siempre que no cumplan las condiciones previstas en esta Ley y acuerdos de rescate de concesiones (...)."

Por consiguiente, la nueva Ley mantiene el recurso especial con carácter potestativo, lo desvincula a los contratos sujetos a regulación armonizada, y amplía, pues, su ámbito de aplicación, con señalamiento específico de los actos contra los que puede interponerse.

La ubicación sistemática de la regulación se encuentra en el Libro Primero ("Configuración general de la contratación del sector público y elementos estructurales de los contratos"), Título I ("Disposiciones generales sobre la contratación del sector público"), Capítulo V ("Del recurso especial"), artículos 44 a 60 de la Ley⁶⁸. Se hace ahora una regulación pormenorizada de los actos recurribles (art. 44), el órgano competente para la resolución del recurso en la Administración General del Estado (art. 45), el órgano competente para la resolución del recurso en las Comunidades Autónomas y Entidades Locales (art. 46), los recursos contra actos de poderes adjudicadores que no sean Administración Pública y en relación con contratos subvencionados (art. 47), la legitimación (art. 48), que se ha ampliado, las medidas cautelares (art. 49), la iniciación, los plazos, la forma y lugar de interposición del recursos y otros aspectos relativos al procedimiento, como el acceso al expediente, etc. (arts. 50-56), y acaba con la resolución (art. 57), la indemnización y las multas (art. 58), los efectos de la resolución (art. 59) y el emplazamiento de las partes ante los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa (art. 60).

Aparte de lo establecido en el capítulo V, la Ley regula otros aspectos relativos a este recurso, como el artículo 153.3, que alude a que si el contrato es susceptible de recurso especial no podrá formalizarse antes de que transcurran quince días hábiles desde que se remita la notificación de la adjudicación a los licitadores y candidatos "*Las Comunidades Autónomas podrán incrementar este plazo, sin que exceda de un mes*"; la *disposición adicional quince*, que se refiere a que no será aplicable el requisito de publicidad del perfil del contratante a las notificaciones practicadas con motivo del procedimiento de recurso especial; la *disposición adicional decimonovena*, relativa a determinados conciertos a los que les será de aplicación en los términos en ella descritos, las *disposiciones adicionales vigésima novena* - que prevé la posibilidad de constituir

⁶⁸ Debe advertirse que el TRLCSP'11 lo regulaba de los artículos 40 a 49. La ampliación es notable.

Tribunales Administrativos Territoriales de Recursos Contractuales, cuando el número de asuntos del Tribunal Central así lo exija⁶⁹-, y *cuadragésima cuarta*, relativa al régimen de contratación de los órganos constitucionales del Estado y de los órganos legislativos y de control autonómico, y que establece que “*los órganos competentes de las Cortes Generales establecerán, en su caso, el órgano que deba conocer en su ámbito de contratación, del recurso especial regulado en el capítulo V (...), respetando las condiciones de cualificación, independencia e inamovilidad previstas en el artículo 45*”⁷⁰.

Como existen distintos órganos competentes para la resolución de este recurso, la *disposición adicional vigésima tercera* prevé que acordarán las fórmulas de coordinación y colaboración para favorecer la coherencia de sus pronunciamientos y para la unificación de su doctrina en relación con las cuestiones sometidas a su conocimiento⁷¹; además podrán proponer ajustes normativos y recomendaciones para el mejor funcionamiento de los mecanismos de recurso previstos.

En resumen, se observa que para la nueva Ley el recurso desempeña un papel relevante en el sistema de los contratos públicos. Se establece una regulación más avanzada en orden a tutelar derechos e intereses, con una ampliación del objeto y de la legitimación, y la eliminación del inútil anuncio previo de la interposición.

2. Los actos susceptibles del recurso especial

Sin lugar a dudas es uno de los aspectos más significativos de la Ley, puesto que, como precisa el Preámbulo, se ha ampliado el ámbito del recurso, se reducen los umbrales y ya no está vinculado a los contratos sujetos a regulación armonizada, que era uno de los extremos que más crítica había originado en relación con la anterior normativa. La regulación de estos actos se encuentra en el artículo 44, que alude a

⁶⁹ Ya el TRLCSP'11 lo establecía (Disposición adicional treinta).

⁷⁰ Sobre esto incidiremos más adelante

⁷¹ La necesidad de coordinar y unificar doctrina es fundamental para garantizar la seguridad jurídica (*cf.*, art. 9.3. CE) y la propia credibilidad del sistema; de poco valdría establecer este modelo de resolución de recursos si luego la anarquía y al contradicción fueran las moneda comunes en función del Tribunal Contractual ante el cual se recurre, lo que perjudicaría de forma evidente a los operadores económicos y sin duda vulneraría la Directiva de recursos. Por ello resulta positivo la elaboración de memorias o informes, así como la publicación de la misma doctrina en las correspondientes páginas webs, algo que en la actualidad se puede hacer con relativa facilidad, y se puede localizar, también, sin muchos obstáculos o problemas. Por otra parte, los propios Tribunales han tomado la iniciativa en orden a procurar la coordinación de su doctrina.

En la actualidad ya hay en muchos casos cumplida información de estos órganos de resolución de recursos (*cf.*, por ejemplo, las memorias anuales de las actividades del Tribunal Administrativo Central de recursos contractuales, o de otros órganos autonómicos, como el de Aragón, entre otros).

la posibilidad de impugnar “actos y decisiones”⁷², con lo que da a entender que hay “decisiones” que no son técnicamente actos, pues de lo contrario carecería de sentido esta distinción legal. Además, el mencionado artículo refiere cuáles son los contratos – indicando tipos y umbrales- y cuáles son las “actuaciones” susceptibles de recurso:

- En cuanto a los *contratos* son: a) Los contratos de obras cuyo valor estimado sea superior a *tres millones de euros*, y de suministros y servicios, que tengan un valor estimado superior a *cient mil euros*; b) Acuerdos marcos y sistemas dinámicos de adquisición que tengan por objeto la celebración de alguno de los contratos tipificados en la letra anterior, así como los contratos basados en cualquiera de ellos; c) *Concesiones de obras o de servicios* cuyo valor estimado supere *los tres millones de euros*. Serán igualmente recurribles los contratos administrativos especiales, cuando, por sus características no sea posible fijar su precio de licitación o, en otro caso, cuando su valor estimado sea superior a lo establecido para los contratos de servicios. Asimismo, serán susceptibles del recurso especial en materia de contratación *los contratos subvencionados* a que se refiere el artículo 23 de la Ley, y los encargos cuando, por sus características no sea posible fijar su importe o, en otro caso, cuando éste, atendida su duración total más las prórrogas, sea igual o superior a lo establecido para los contratos de servicios⁷³.

- Por lo que afecta a *las actuaciones* son: a) Los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban

⁷² El artículo 40 del TRLCSP’11 aludía a los “actos relacionados”; se señalaba también a los contratos de colaboración entre el sector público y sector privado; además establecía umbrales más elevados; v.gr.: cuando se refería al contrato de servicios aludía a 209.000 euros; y, por supuesto, se refería a contratos sujetos a regulación armonizada. En este sentido, hay que tener en cuenta que el Dictamen 1.116/ 2015, de 10 de marzo de 2016 del Consejo de Estado había destacado que aun cuando las exigencias de la Directiva comunitaria queden cumplidas con aplicar estos mecanismos de garantía a los contratos sujetos a regulación armonizada, “*sería conveniente valorar su extensión a todos los contratos comprendidos en el ámbito de aplicación del Anteproyecto de Ley*”.

Por su parte, el Observatorio de Contratación Pública en el Informe “*Propuesta de modificaciones y mejora al Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público, por el que se transponen 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 (Publicado en el Boletín Oficial de las Cortes, Congreso de los Diputados 2 de diciembre de 2016)*”, de 30 de enero de 2017 asevera que es recomendable la extensión del recurso especial al margen del importe: “*La no extensión del recurso especial a cualquier contrato con indiferencia de su importe y su limitación a los contratos de importe armonizado con carácter exclusivo, impide corregir las debilidades detectadas de nuestro modelo de contratación pública. Preservar la transparencia en la contratación pública es una necesidad, que debe “protegerse” con una estrategia del control preventivo que sea efectivamente útil, rápido, e independiente, vinculado al derecho a una buena administración y no a las prerrogativas de la Administración. Principio exigible en cualquier tipo de contrato público al margen de su importe (...)*” (p. 4). Por otra parte, ya la *Ley Foral 6/ 2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos*, establecía (art. 210.1.º) que puede interponerse este recurso en cualquier contrato público que pueda celebrar una entidad sometida a la Ley “*con independencia de su cuantía*”.

⁷³ Se incluyen, pues, los sistemas dinámicos de adquisición, las concesiones de servicios y los encargos.

regir la contratación; b) Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que estos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. En todo caso se considerará que concurren las circunstancias anteriores en los actos de la mesa o del órgano de contratación por los que se acuerde la admisión o inadmisión de candidatos o licitadores, o la admisión o exclusión de ofertas, incluidas las ofertas que sean excluidas por resultar anormalmente bajas como consecuencia de la aplicación del artículo 149; c) Los acuerdos de adjudicación; d) Las modificaciones basadas en el incumplimiento de lo establecido en los artículos 204 y 205 de la Ley, 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 estos no cumplan los requisitos legales; f) Los acuerdos de rescate de concesiones⁷⁴.

Al igual que sucedía en la anterior regulación se dispone que los defectos de tramitación que afecten a actos distintos de los contemplados en el apartado dos podrán ser puestos de manifiesto por los interesados al órgano al que corresponde la instrucción del expediente al órgano de contratación, a efectos de su corrección con arreglo a derecho, y sin perjuicio de que las irregularidades que les afecten puedan ser alegadas por los interesados al recurrir el acto de adjudicación. Por otro lado, no se dará este recurso en relación con los procedimientos de adjudicación que se sigan por el trámite de emergencia (art. 44. 3 y 4), y, como es evidente *y para preservar la misma independencia*, contra las resoluciones del recurso especial no caben recursos administrativos ordinarios (esto es, ni alzada ni potestativo de reposición)⁷⁵, aunque contra los actos que se dicten en los procedimientos de adjudicación de contratos de las Administraciones Públicas que no puedan ser objeto del recurso especial “podrán

⁷⁴ Se regulan ahora las modificaciones basadas en el incumplimiento de lo establecido en los artículos 204 y 205, y la formalización de encargos a medios propios.

⁷⁵ Vid. SARMIENTO ACOSTA, M. J., *Las vías previas en la justicia administrativa. Tribunales y recursos administrativos en el sistema español e incidencia en México*, Centro de Estudios Superiores en materia de Derecho Fiscal y Administrativo, México, 2017; también del mismo autor “Capítulo XLII. Los recursos administrativos generales”, en el vol. colectivo, dir. por E., GAMERO CASADO, *Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 2425-2480.

Más problemática ha sido la admisión o no del recurso administrativo extraordinario de revisión en relación al cual se han dictado resoluciones contradictorias (*Vgr.*: la Resolución del Tribunal Administrativo Central, de 22 de febrero de 2012 (Recurso 026/ 2012; resolución 056/ 2012), admitió dicho recurso, con el argumento de la aplicación supletoria de la Ley 30/ 1992; luego la Resolución del mismo órgano de 30 de abril de 2014 lo rechaza, lo mismo que la resolución del Tribunal Administrativo de Aragón de 20 de abril de 2015). Hubiese sido deseable que el legislador, después de esta controversia, hubiera aclarado este extremo, oportunidad que ha perdido sin mucha justificación, ya que no hay que descartar que en algún caso pueda tener alguna utilidad este recurso extraordinario (caso de infracciones penales, etc.)

ser objeto de recurso de conformidad” con lo establecido en la legislación de procedimiento administrativo común y en la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa⁷⁶. *Lo que supone la consagración de una dualidad en materia de control de los contratos*, porque subsisten los recursos de alzada, de reposición, y, en su caso, extraordinario de revisión en aquellos casos en los que no sea posible la interposición del recurso especial en materia de contratación.

Frente a alguna propuesta doctrinal y la propia redacción del Anteproyecto, se sigue manteniendo, como ya hemos visto, el *carácter potestativo del recurso y se enfatiza también su gratuidad*⁷⁷ (art. 44.7).

3. El procedimiento propiamente dicho: iniciación, tramitación y resolución. Examen particular de las medidas cautelares

El recurso especial en materia de contratación da lugar a un procedimiento administrativo, puesto que se dilucida ante un órgano administrativo -aunque sea especializado-, que tiene, además, naturaleza impugnatoria, ya que tiene por objeto verificar si se ajusta a la legalidad un acto o decisión en los términos del ya referido artículo 44 de la Ley. Tiene, además, singularidades propias⁷⁸, porque no es identificable pura y simplemente con un procedimiento administrativo normal, ni con el procedimiento que se sustancia con ocasión de la interposición de un recurso administrativo ordinario (de alzada o potestativo de reposición). Menos aún se identifica con el procedimiento de revisión de oficio (*cf.*, art. 41) con el que hay una evidente lejanía. Antes de interponerse el recurso se pueden solicitar medidas cautelares (art.

⁷⁶ El precepto además destaca que en el caso de actuaciones realizadas por poderes adjudicadores que no tengan la condición de Administraciones Públicas también se les aplica el régimen común (Ley 39/2015), ante el titular del Departamento, órgano, ente, etc., al que esté adscrito la entidad contratante o que ejerza la tutela.

⁷⁷ Es ya una consideración política establecer la posibilidad de una tasa o no en orden a evitar recursos carentes de justificación, aunque no debe olvidarse que la corrección a este tipo de actuación puede venir también de las multas que se pueden imponer por temeridad o mala fe en la interposición del recurso (art. 58).

⁷⁸ El plazo para formular este recurso es una singularidad evidente: quince días hábiles (art. 50.1 de la Ley). Es clara la cortedad de este plazo, que se justifica por la misma materia sobre la que recae – el Preámbulo de la LCSP’17 destaca la “*necesaria agilidad que debe tener el sistema*”, como hemos visto más atrás-, y por el auge de las comunicaciones electrónicas, que agilizan muchísimo lo que antes tardaba bastante más. No resulta ocioso recordar que en el sistema de recursos administrativos que se estableció en la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958 se criticaba, justamente, la cortedad de los quince días (art. 122.4), para la formulación del recurso de alzada. La Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo común elevó a un mes a lo que llamaba “recurso ordinario” (art. 114.2), luego se retomó en 1999 (Ley 4/1999, de 13 de enero) el tradicional nombre de “recurso de alzada” [*Vid.* SARMIENTO ACOSTA, M. J. (2017: 214 y ss.)].

49)⁷⁹ ante el órgano competente para resolverlo, el cual decidirá motivadamente en el plazo de cinco días hábiles, después de dar la posibilidad al órgano de contratación a que alegue lo que considere pertinente. Podrá imponerse fianza o caución si se producen perjuicios por la adopción de medidas cautelares⁸⁰.

Es un procedimiento administrativo que se inicia por la interposición de un recurso, mediante escrito, en el *plazo de quince días hábiles* y por los sujetos legitimados para ello. En este punto hay que decir que se recogen reglas particulares y de cierta complejidad para computar ese plazo; así, el artículo 50 de la Ley dispone:

a) Cuando se interponga contra el anuncio de licitación, el plazo comenzará a contarse a partir del día siguiente al de su publicación en el perfil del contratante.

b) Cuando el recurso se interponga contra el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya publicado en el perfil del contratante el anuncio de licitación, siempre que en este se haya indicado la forma en que los interesados pueden acceder a ellos. Cuando no se hiciera esta indicación el plazo comienza a contar a partir del día siguiente a aquel en que se hayan entregado al interesado los mismos o este haya podido acceder a su contenido a través del perfil del contratante⁸¹. Es importante destacar que “*Con carácter general no se admitirá recurso contra los pliegos y documentos contractuales que hayan de regir una contratación si el recurrente, con carácter previo a su interposición, hubiera presentado oferta o solicitud de participación en la licitación correspondiente, sin perjuicio de lo previsto para los supuestos de nulidad de pleno derecho*”.

c) Cuando se interponga contra actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación o contra un acto resultante de la aplicación del procedimiento negociado sin publicidad, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya tenido conocimiento de la posible infracción.

⁷⁹ Como ya se ha destacado, no exige el artículo 50.1 el anuncio previo, como sí hacía el ya derogado artículo 44 TRLCSP 11.

⁸⁰ Por otra parte, la Ley establece que las medidas cautelares que se soliciten y acuerden con anterioridad a la presentación del recurso especial decaerán una vez transcurra el plazo establecido para su interposición sin que el interesado lo haya deducido (art. 49.5).

⁸¹ Dice la Ley que en el caso del procedimiento negociado sin publicidad el cómputo del plazo comenzará desde el día siguiente a la invitación a los candidatos seleccionados.

Cuando los pliegos no pudieran ser puestos a disposición por medios electrónicos, el plazo comenzará a partir del día siguiente en que se hubieran entregado al recurrente.

- d) Cuando se interponga contra la adjudicación del contrato el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya notificado esta de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional decimoquinta⁸² a los candidatos o licitadores que hubieran sido admitidos en el procedimiento
- e) Cuando el recurso se interponga en relación con alguna modificación basada en el incumplimiento de lo establecido en los artículos 204 y 205 de la Ley, por entender que la modificación debió ser objeto de una nueva adjudicación, desde el día siguiente a aquel en que se haya publicado en el perfil del contratante.
- f) Cuando el recurso se interponga contra un encargo a medio propio por no cumplir los requisitos establecidos en el artículo 32 de la Ley, desde el día siguiente a aquel en que se haya publicado en el perfil del contratante.
- g) En todos los demás casos, el plazo comenzará a contarse a partir del día siguiente de la notificación realizada de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional decimoquinta.

Pero la dificultad es mayor todavía en este auténtico galimatías de determinación del plazo para formular el recurso. Porque el artículo 50.2 dice: “ No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, cuando el recurso se funde en alguna de las causas de nulidad previstas en el apartado 2, letras c), d), e) o f) del artículo 39, el plazo de interposición será el siguiente: a) Treinta días a contar desde la publicación de la formalización del contrato en la forma prevista en la Ley, incluyendo las razones justificativas por las que no se ha publicado en forma legal la convocatoria de la licitación o desde la notificación a los candidatos o licitadores afectados, de los motivos del rechazo de su candidatura o de su proposición y de las características de la proposición del adjudicatario que fueron determinantes de la adjudicación a su favor, b) en los restantes casos, antes de que transcurran seis meses a contar desde la formalización del contrato.

Como se ha dicho, el recurso debe formularse por escrito por los sujetos legitimados para ello (art. 48), que pueden ser incluso organizaciones sindicales o empresariales sectoriales. Tal escrito, como sucede por lo demás en cualquier recurso, deberá concretar el acto recurrido, el motivo que fundamente el recurso, los medios de prueba de que pretenda valerse y las medidas cautelares que solicite. Deberá estar acompañado de los documentos que prevé el artículo 51. 1, a) a e), es decir, documentos que acrediten la representación y la legitimación, la copia o traslado del

⁸² La disposición adicional decimoquinta se refiere a las normas relativas a los medios de comunicación utilizados en los procedimientos regulados en la LCSP'17.

acto expreso que se recurra⁸³, o indicación del expediente en que haya recaído o del boletín o perfil de contratante en que se haya publicado; también se debe adjuntar el documento o documentos en que se funde su derecho, así como una dirección de correo electrónico “habilitada” a la que enviar, de conformidad con la disposición adicional decimoquinta, las comunicaciones y notificaciones.

Como es evidente, y sucede en todo procedimiento administrativo, es posible la subsanación de las omisiones o defectos en que se haya podido incurrir, lo cual procede hacer *en el plazo de tres días hábiles desde el siguiente a su notificación, “con indicación de que, si así no lo hiciera, se le tendrá por desistido de su petición, quedando suspendida la tramitación del expediente a los efectos previstos en la Ley 39/ 2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas”*.

La Ley de Contratos prevé tres posibilidades para presentar el escrito de recurso: 1) en los lugares establecidos en el artículo 16.4 de la referida Ley 39/ 2015; 2) en el registro del órgano de contratación, y 3) en el registro del órgano competente para la resolución del recurso. Los escritos presentados en registros distintos de los dos citados específicamente, deberán comunicarse al Tribunal de manera inmediata y de la forma más rápida posible⁸⁴.

Es importante destacar que una vez interpuesto el recurso quedará en suspenso la tramitación del procedimiento cuando el acto recurrido sea el de adjudicación, salvo en el supuesto de contratos basados en un acuerdo marco o de contratos específicos en el marco de un sistema dinámico de adquisición, sin perjuicio de las medidas cautelares que en relación a estos últimos podrán adoptarse (art. 53 de la Ley).

El procedimiento se tramita como todo procedimiento de esta naturaleza – administrativo impugnatorio⁸⁵ –, y por ello la Ley se remite a la Ley 39/ 2015, pero señalando algunas especialidades derivadas de la materia y de la rapidez con la cual se tramita; así se prevé que el órgano competente para la resolución del recurso lo notifique el mismo día al órgano de contratación, con remisión de la copia del escrito de interposición, “*y reclamará el expediente de contratación*”, que deberá remitirlo dentro de los dos días hábiles siguientes *acompañado del correspondiente informe*.⁸⁶ Esta rapidez

⁸³ Nótese que aquí la Ley no es coherente con el artículo 44, ya que éste alude a “actos y decisiones”, como hemos dicho.

⁸⁴ El artículo 51. 4, además, dispone: “*El órgano competente para la resolución del recurso hará públicas a través de su página web, mediante resolución de su Presidente, las direcciones de registro en las que deba hacerse la presentación de los escritos para entenderla efectuada ante el propio Tribunal*”.

⁸⁵ No es necesario asistir con Letrado ni Procurador.

⁸⁶ Señala también el precepto que “*Si el recurso se hubiera interpuesto ante el órgano de contratación autor del acto impugnado, este deberá remitirlo al órgano competente para la resolución del recurso dentro de los dos días hábiles siguientes a su recepción acompañado del expediente administrativo y del informe a que se refiere el párrafo anterior*” (art. 56.2, segundo párrafo).

-verdaderamente inusual en los hábitos de nuestras Administraciones, que suelen ser bastante más parsimoniosas-, se ajusta a la exigencia prevista en el artículo 54 en orden al uso de los medios electrónicos (*cf.*, asimismo, disposiciones adicionales 15 y 16 LCSP'17). Es claro que caben alegaciones, al margen de lo previsto en el artículo 52 de la Ley en relación con el acceso al expediente⁸⁷, en el plazo de cinco días hábiles, que deberán presentarse necesariamente en el registro del órgano competente para la resolución del recurso. De forma simultánea, y en plazo de cinco días hábiles, de decidirá acerca de las medidas cautelares solicitadas en el escrito, o el mantenimiento o no de la suspensión automática prevista en el artículo 53, si bien las medidas cautelares podrán también acordarse de oficio por el órgano competente en cualquier fase del procedimiento⁸⁸.

Como en todo procedimiento, cabe el uso de cualquier medio de prueba admitido en Derecho, y cuando los interesados lo soliciten o el órgano encargado de la resolución no tenga “*por ciertos los hechos alegados por los interesados o la naturaleza del procedimiento lo exija, podrá acordarse la apertura del periodo de prueba por plazo de diez días hábiles*”. También el órgano competente podrá rechazar las pruebas propuestas por los interesados, y garantizar la confidencialidad y el derecho a la protección de secretos comerciales.

Una vez que se practican todos los trámites, se dicta la resolución del recurso en el plazo de cinco días hábiles; resolución que deberá ser *motivada y congruente* con la petición. El artículo 57.2 lo detalla de la siguiente manera:

⁸⁷ Este precepto dice textualmente:

“1. Si el interesado desea examinar el expediente de contratación de forma previa a la interposición del recurso especial, deberá solicitarlo al órgano de contratación, el cual tendrá la obligación de ponerlo de manifiesto sin perjuicio de los límites de confidencialidad establecidos en la Ley.

2. Los interesados podrán hacer la solicitud de acceso al expediente dentro del plazo de interposición del recurso especial, debiendo el órgano de contratación facilitar el acceso en los cinco días hábiles siguientes a la recepción de la solicitud. La presentación de esta solicitud no paralizará en ningún caso el plazo para la interposición del recurso especial.

3. El incumplimiento de las previsiones contenidas en el apartado 1 anterior no eximirá a los interesados de la obligación de interponer el recurso especial dentro del plazo legalmente establecido. Ello no obstante, el citado incumplimiento podrá ser alegado por el recurrente en su recurso, en cuyo caso el órgano competente para resolverlo deberá conceder al recurrente el acceso al expediente de contratación en sus oficinas por plazo de diez días, con carácter previo al trámite de alegaciones, para que proceda a completar su recurso. En este supuesto concederá un plazo de dos días hábiles al órgano de contratación para que emita el informe correspondiente y cinco días hábiles a los restantes interesados para que efectúen las alegaciones que tuvieran por conveniente”

⁸⁸ También puede el órgano competente para la resolución del recurso declarar la inadmisión, después de reclamar y examinar el expediente. La inadmisión se produce en los supuestos previstos en el artículo 55 de la Ley: incompetencia del órgano, falta de legitimación o de acreditación del representante, actos no susceptibles de impugnación, interposición fuera de plazo. Supuestos, por tanto, obvios en los que no debe procederse a entrar en la resolución del fondo, ya que, por ejemplo, la falta de competencia es una cuestión de orden público de inexcusable cumplimiento. *Vid.* LAVILLA RUBIRA, J. J., voz “Competencia. Organización”, en la *Enciclopedia Jurídica Básica I*, Civitas, Madrid, 1.ª ed. 1995, p. 1213.

“La resolución del recurso estimará en todo o en parte o desestimará las pretensiones formuladas o declarará su inadmisión, decidiendo motivadamente cuantas cuestiones se hubiesen planteado. En todo caso, la resolución será congruente con la petición y, de ser procedente, se pronunciará 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, anuncio indicativo, pliegos, condiciones reguladoras del contrato o cualquier otro documento relacionado con la licitación o adjudicación, así como, si 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 naturaleza análoga, determinará la anulación de los actos del expediente de contratación relacionados con la aprobación”.

La resolución del recurso, además, levantará la suspensión del acto de adjudicación, y demás medidas cautelares, y acordará la devolución de garantías. Además, en caso de estimación total o parcial del recurso, el órgano de contratación deberá dar conocimiento al órgano que hubiera dictado la resolución, de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la misma (art. 57.4). Cabe, además, la imposición de indemnizaciones y multas (art. 58); en este último caso, si se aprecia temeridad o mala fe⁸⁹.

La resolución del recurso debe hacerse en el plazo de dos meses, y si no se produce la resolución se entiende desestimado (silencio administrativo negativo). Contra dicha resolución – que es directamente ejecutiva y permite el uso de medios de ejecución forzosa-, solo cabe la interposición del recurso contencioso- administrativo, por lo que es claro que agota la vía administrativa (art. 59⁹⁰). Por otra parte, no procederá la revisión de oficio de la resolución de ninguno de los actos dictados por los órganos competentes para la resolución, ni se sujeta a la fiscalización de los órganos internos de la Administración. Es claro que esto es coherente con la independencia exigida por la legislación de la Unión Europea (Directiva de recursos).

⁸⁹ Artículo 58.2: “En caso de que el órgano competente aprecie temeridad o mala fe en la interposición del recurso o en la solicitud de medidas cautelares, podrá acordar la imposición de una multa al responsable de la misma.

El importe de la multa será de entre 1.000 y 30.000 euros, determinándose su cuantía en función de la mala fe apreciada y el perjuicio ocasionado al órgano de contratación y a los restantes licitadores, así como del cálculo de los beneficios obtenidos (...).”

⁹⁰ En este sentido, el artículo 60.1 de la Ley dispone: “Cuando contra una resolución del órgano competente para la resolución del recurso se interponga recurso contencioso- administrativo, aquel, una vez recibida la diligencia del Tribunal Jurisdiccional reclamando el expediente administrativo, procederá a emplazar para su comparecencia ante la Sala correspondiente al órgano de contratación autor del acto que hubiera sido objeto del recurso y a los restantes comparecidos en el procedimiento (...).”

4. El órgano competente para la resolución del recurso en la Administración General del Estado

Está previsto en el artículo 45 de la Ley, el cual sigue el mismo perfil que ya estaba regulado en la anterior Ley derogada. Se trata de constituir un órgano colegiado adscrito a la Administración General del Estado⁹¹ – en concreto, al Ministerio de Hacienda y Función Pública (art. 45.1)- que resuelve los recursos sobre la base de los principios de independencia y especialización exigidos por la Directiva de la Unión Europea (art. 2 Directiva 89/ 665/CEE). Este órgano se denomina “*Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales*”, y estará compuesto por un Presidente y un mínimo de dos Vocales, aunque la Ley dispone que mediante Acuerdo del Consejo de Ministros podrá incrementarse el número de vocales que hayan de integrar el Tribunal cuando el volumen de asuntos sometidos a su conocimiento lo aconseje. De acuerdo con la regulación que se establece en la Ley estatal podemos deducir las siguientes características:

- 1.^a Es un órgano, por lo tanto, no es un ente ni un organismo público, ni tiene, pues, personalidad jurídica propia.
- 2.^a El hecho de que se le denomine “Tribunal” no puede inducir a confusión. No es en modo alguno un órgano jurisdiccional en sentido propio, aunque el Tribunal de Luxemburgo a unos concretos efectos lo considera así (STJUE de 6 de octubre de 2015, ya cit.). Se trata de un auténtico órgano administrativo, y no de un órgano jurisdiccional, adscrito a la Administración General del Estado
- 3.^o Es, además, un órgano colegiado, por lo que se rige por las normas relativas a estos órganos previstas en la Ley 40/ 2015, de 1 de octubre de Régimen Jurídico del Sector Público para su constitución y funcionamiento.
- 4.^a Es independiente, adscrito a la Administración General del Estado, pero no inserto dentro de su estructura jerárquica. Esta independencia se intenta lograr por: a) la no sujeción a los poderes inherentes a la jerarquía administrativa, b) por la inamovilidad de sus miembros, los cuales cesan por causas tasadas, y no por decisión discrecional del órgano que los nombra (art. 45.4⁹²), c) por la limitación temporal de sus funciones (seis años sin prórroga,

⁹¹ Vid. SARMIENTO ACOSTA, M. J., “Notas críticas sobre la Administración General del Estado”, en *Revista Jurídica de Canarias*, núm. 32 (2014), pp. 3-20.

⁹² Este precepto dice textualmente: “*La designación del Presidente y los Vocales de este Tribunal se realizará por el Gobierno a propuesta conjunta del Ministro de Hacienda y Función Pública y del Ministerio de Justicia. Los designados tendrán carácter independiente e inamovible, y no podrán ser removidos de sus puestos sino por las causas siguientes:*

Por expiración del mandato.

Por renuncia aceptada por el Gobierno.

Por pérdida de la nacionalidad española.

art. 45.5⁹³), d) porque sus resoluciones no son susceptibles de recursos jerárquicos (de alzada) ante otros órganos ni se someten a la revisión de oficio por otros órganos administrativos (art. 59.1 y 3 de la Ley), y e) porque no están sujetos a la fiscalización de los órganos de control interno de la Administración (art. 59.3 de la Ley).

5.^a Es un órgano que puede establecerse en las capitales de las Comunidades Autónomas en una operación que constituye una especie de desconcentración⁹⁴. Así se puede inferir de lo establecido en la disposición adicional vigésima novena (“*Régimen de los órganos competentes para resolver los recursos de la Administración General del Estado y Entidades Contratantes adscritas a ella*”), según la cual “*A medida que el número de asuntos sometidos al conocimiento y resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales lo exija se podrán constituir Tribunales Administrativos Territoriales de Recursos Contractuales con sede en cada una de las capitales de Comunidad Autónoma*”. Y estos órganos colegiados tendrán competencia exclusiva para la resolución de los recursos interpuestos contra los actos de la Administración territorial del Estado o de los Organismos y Entidades dependientes. Son varias las consideraciones que merece este precepto: en primer lugar, alude a una operación que constituye una suerte de desconcentración⁹⁵ – y no de descentralización⁹⁶, pues se trata de órganos insertos de la Administración General del Estado, que, por tanto, no se pueden confundir con los órganos que las Comunidades Autónomas puedan constituir con arreglo a lo preceptuado

Por incumplimiento grave de sus obligaciones.

Por condena mediante sentencia firme a pena privativa de libertad o de inhabilitación absoluta y especial para empleo o cargo público por razón del delito.

Por incapacidad sobrevenida para el ejercicio de su función.

La remoción por las causas previstas en las letras c), d), e) y f) anteriores se acordará por el Gobierno previo expediente”

⁹³ Dispone el referido artículo 45.5: “*La duración del nombramiento efectuado de conformidad con este apartado será de seis años y no podrá prorrogarse. Durante el tiempo en que se hallen prestando servicios en el Tribunal, tanto el Presidente como los Vocales pasarán a la situación de Servicios Especiales dentro de su cuerpo de origen*”.

⁹⁴ Vid. MESEGUER YEBRA, J., *La competencia administrativa y sus modulaciones. Manual para la desconcentración, delegación, avocación, encomienda de gestión, delegación de firma y suplencia*, Bosch, Barcelona, 2005, pp. 35 y ss.

El TRLCSP 11 (disposición adicional treinta) también permitía esta posibilidad.

⁹⁵ En sentido figurado, pero no técnico estricto.

⁹⁶ Aunque no se diga específicamente en la Ley, ni tampoco pueda inferirse con arreglo a los criterios estrictos que exige la desconcentración. La STS de 12 de marzo de 1989 es diáfana: “*(...) es preciso distinguir la técnica de la delegación, de la desconcentración y descentralización, ya que mientras que la desconcentración supone la transferencia de competencias a favor de órganos de un mismo ente público, esto es de órganos superiores a otros inferiores, la descentralización conlleva un traslado de competencias a otro u otros entes, la descentralización conlleva un traslado de competencias a otro u otros entes, suponiendo una transferencia de competencias entre personas jurídicas administrativas, esto es, Administraciones públicas (...)*”.

en el artículo 46; en segundo término, se dice que conocen *de actos dictados por la “Administración Territorial del Estado”*, expresión un poco ambigua, ya que se está refiriendo a la Administración periférica del Estado⁹⁷, en contraposición con la central. La Ley 40/ 2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, en su artículo 55.4 lo dice claramente: “*En la organización territorial de la Administración General del Estado son órganos directivos tanto los Delegados del Gobierno en las Comunidades Autónomas (...), como los Subdelegados (...)*”⁹⁸; en tercer lugar, se ubicarán necesariamente en las capitales de Comunidad Autónoma. Además, el nombramiento del Presidente y los Vocales de estos Tribunales se hará “en los mismos términos y requisitos previstos para el del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, “*si bien solo se le exigirán diez años de antigüedad*”; y, en cuarto lugar, no se refiere la posibilidad de formular recursos de alzada ante el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, lo cual es coherente con el carácter que se le otorga a este órgano⁹⁹.

Los integrantes del Tribunal son, pues, el Presidente (funcionario de carrera, con título de Licenciado o Grado en Derecho y con más de quince años de experiencia), los Vocales (funcionarios de carrera, con título de Licenciado o Grado en Derecho y con más de diez años de experiencia), y son nombrados por el Gobierno a propuesta conjunta del Ministerio de Hacienda y Función Pública y del Ministro de Justicia por una duración de seis años, no prorrogables (art. 45.5), lo que pretende asegurar la independencia de este órgano, que en cuanto tal se rige por las normas que sobre esta clase de órganos administrativos establece la Ley 40/ 2015 (art. 45.8). Dispone asimismo de un Secretario General, con voz pero sin voto (art. 45.7).

⁹⁷ Puede consultarse, SARMIENTO ACOSTA, M. J., *La organización de la Administración periférica*, Ministerio de las Administraciones Públicas, Madrid, 1997; libro centrado fundamentalmente en la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, de 14 de abril de 1997 (LOFAGE), pero también ilustrativo para la nueva regulación, que no difiere en lo sustancial.

⁹⁸ También el artículo 55.2 de la referida Ley establece que la Administración General del Estado comprende: a) La Organización Central, que integra los Ministerios y los servicios comunes, b) La Organización Territorial, y c) La Administración General del Estado en el exterior.

⁹⁹ Hay que recordar que, por ejemplo, en el caso de la reclamación económico- administrativa, la Ley General Tributaria, de 17 de diciembre de 2003, prevé que el Tribunal Económico- Administrativo Central conozca en segunda instancia los recursos de alzada ordinarios que se interpongan contra las resoluciones dictadas en primera instancia por los Tribunales Económico- Administrativo Regionales y Locales (art. 229.1).

5. Órganos competentes para la resolución del recurso en las Comunidades Autónomas y Entidades Locales

Como ya hemos advertido, se han establecido en el ámbito de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales muchos órganos para la resolución de los recursos en materia de contratación. No es cuestión de repetir lo ya estudiado, sino de referir lo dispuesto ahora en el nuevo artículo 46 de la Ley, que es el que se encarga de establecer las normas sobre este extremo.

Se prevé la posibilidad de crear órganos independientes “cuyo titular, o en el caso de que fuera colegiado al menos su Presidente, ostente cualificaciones jurídicas o profesionales que garanticen un adecuado conocimiento de las materias que sean de su competencia” (art. 46.1). Debe observarse la diferencia que se consagra respecto del órgano de la Administración General del Estado. En primer lugar, se admite que sea un órgano unipersonal; y, en segundo término, parece que se rebaja la cualificación y experiencia, puesto que solo se exige cualificaciones jurídicas o profesionales al Presidente, y además no se prevé un plazo mínimo de experiencia profesional. Esto debe criticarse sin reservas. No se ve la justificación de que estos órganos radicados en las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales deban tener esta rebaja, esta laxitud, que en cualquier caso constituye un torpedo a la línea de flotación de la independencia y la cualificación profesional, sobre todo en una situación en la cual desde hace décadas hay miles de titulados en Derecho en prácticamente todas las Comunidades Autónomas. Pero es que parece alejarse del espíritu de lo previsto en el artículo 2.9 de la Directiva 89/665/CEE, que dispone que “Como mínimo, el Presidente de esta instancia independencia deberá poseer las mismas cualificaciones jurídicas y profesionales que un juez”. “Como mínimo”, lo que aconseja que los Vocales estén dotados también de esas cualificaciones.

También pueden crearse órganos especializados para la resolución de recursos en las Entidades Locales, de acuerdo con la normativa de las Comunidades Autónomas¹⁰⁰, y en las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla (art. 46.3). Sin embargo, la nueva Ley dispone que “En todo caso, 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. Su constitución y funcionamiento y los requisitos que deben reunir sus miembros, su nombramiento, remoción y la duración de su mandato se regirá por lo que establezca la legislación autonómica, o, en su defecto, por lo establecido en el artículo 45 de esta Ley. El Pleno de la Corporación será el competente para acordar su creación y nombrar y remover a sus miembros. El resto de los Ayuntamientos podrán

¹⁰⁰ Así, el artículo 46. 4 de la nueva Ley dice:” En lo relativo a la contratación en el ámbito de las Corporaciones Locales, la competencia para resolver los recursos será establecida por las normas de las Comunidades Autónomas cuando estas tengan atribuida competencia normativa y de ejecución en materia de régimen local y contratación”.

atribuir la competencia para resolver el recurso al órgano creado por la Diputación de la provincia a la que pertenezcan” (art. 46.4, último párrafo)¹⁰¹.

Como sucedía en la anterior regulación, también se permite que por virtud de convenios se pueda atribuir¹⁰² por las Comunidades Autónomas o las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla la competencia al Tribunal Administrativo Central del Recursos Contractuales (art. 46.2 y 3).

6. Análisis específico de los recursos contra las adjudicaciones efectuadas por poderes adjudicadores que no sean Administración Pública y por entes del sector público que no sean poderes adjudicadores

Esos recursos quedan equiparados a los que se pueden interponer contra los actos y decisiones adoptados por las Administraciones Públicas (art.44.1); la misma Ley se encarga de establecer una regla para determinar la competencia del Tribunal Administrativo de Contratación Pública que debe conocer de estos recursos (art. 47.1)¹⁰³. Hay una “*administrativización*”, pues, del acto de adjudicación como acto administrativo separable¹⁰⁴.

Por el contrario, cuando no deba conocer el Tribunal de Contratos, se pueden formular los recursos ordinarios en los términos que regula la *Ley 39/ 2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas*; recursos que se pueden interponer ante el titular del Departamento, órgano, ente u organismo al que esté adscrito la entidad contratante o al que corresponda su tutela. Y si la entidad contratante estuviera vinculada a más de una Administración, será competente el

¹⁰¹ También el artículo 46.5 se refiere al caso particular del País Vasco en los siguientes términos: “*En lo relativo a la contratación en el ámbito de los Territorios Históricos Forales, la competencia para resolver los recursos podrá corresponder a los órganos y Tribunales administrativos forales de Recursos Contractuales*”. Se echa en falta, sin embargo, la alusión a las *entidades equivalentes* a las Diputaciones Provinciales en la redacción del mencionado artículo 46, que es la terminología que utiliza, por ejemplo, la Ley reguladora de las Bases del Régimen Local para referirse a Cabildos o Consejos Insulares de los Archipiélagos canario y balear, respectivamente (*cf.*, art. 36.1, LRBRL).

¹⁰² Sobre la problemática jurídico- formal de estos convenios ya hemos abundado más atrás; también, SARMIENTO ACOSTA, M.J., “Las relaciones entre Administraciones tras la reforma de la Ley 4/ 1999”, en *Actualidad Administrativa*, núm. 18 (2000), pp. 587 y ss.

¹⁰³ Dispone el artículo 47.1: “*Cuando se trate de recursos interpuestos contra actos de los poderes adjudicadores que no tengan la consideración de Administraciones Públicas, la competencia estará atribuida al órgano independiente que la ostente respecto de la Administración a que esté vinculada la entidad autora del acto recurrido.*

Si la entidad contratante estuviera vinculada con más de una Administración, el órgano competente para resolver el recurso será aquel que tenga atribuida la competencia respecto de la que ostente el control o participación mayoritaria y, en caso de que todas o varias de ellas, ostenten una participación igual, ante el órgano que elija el recurrente de entre los que resulten competentes con arreglo a las normas de este apartado”

¹⁰⁴ En este sentido, RAZQUIN LIZARRAGA, M. M.^a y VÁZQUEZ MATILLA, F.J. (2017: 415).

órgano correspondiente de la que ostente el control o participación mayoritaria (art. 44.6, párrafo segundo).

Es preciso subrayar asimismo que frente a la adjudicación de los contratos celebrados por los entes del sector público que no tengan la consideración de poderes adjudicadores, no se prevé la vía del recurso especial ante los Tribunales Contractuales¹⁰⁵, que queda reservada a las adjudicaciones efectuadas por los poderes adjudicadores (arts. 44.1 y 47.1 de la Ley, interpretados a sensu contrario)¹⁰⁶. Cabe, no obstante, un recurso de alzada impropio ante la Administración que ejerza la tutela. El artículo 321.5 de la Ley se pronuncia en este sentido:

“Las actuaciones realizadas en la preparación y adjudicación de los contratos por las entidades a las que se refiere el presente artículo, 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 a la que corresponda su tutela. Si la entidad contratante estuviera vinculada a más de una Administración, será competente el órgano correspondiente de la que ostente el control o participación mayoritaria”.

7. Régimen de los recursos contractuales de los órganos constitucionales del Estado y de los órganos legislativos y de control autonómicos¹⁰⁷.

Es de sobra conocido que existe actividad objetivamente “administrativa” en otros órganos e instituciones que no se insertan dentro de lo que se viene entendiendo como Administración Pública. Es un tema ajeno a este estudio, pero que nos sirve para comprobar cómo el legislador asume también este hecho en lo relativo a contratación, y así la *disposición adicional cuadragésima cuarta* de la Ley 9/2017 establece:

“Los órganos competentes del Congreso de los Diputados, del Senado, del Consejo General del Poder Judicial, del Tribunal Constitucional, del Tribunal de Cuentas, del Defensor del Pueblo, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y de las instituciones análogas al

¹⁰⁵ En otro ámbito del procedimiento de contratación hay que destacar también que, según el artículo 80.1 de la Ley, los acuerdos de clasificación de empresas pueden ser objeto de recurso de alzada ante el Ministerio de Hacienda y Función Pública.

¹⁰⁶ RAZQUIN LIZARRAGA, M. M.^a y VÁZQUEZ MATILLA, FJ. (2017:415).

¹⁰⁷ También en los Parlamentos territoriales de Cataluña y Aragón se han creado órganos de esta naturaleza; así, el Acuerdo de 1 de marzo de 2011, *de creación del Tribunal de Recursos Contractuales del Parlamento de Cataluña*, modificado por el Acuerdo de 16 de abril de 2013 (art. 3. Presidente (Diputado) y dos Vocales, Interventor y Letrado). También el Acuerdo de la Mesa de las Cortes de Aragón de 13 de febrero de 2013, por el que se regula *la constitución del Tribunal de Recursos Contractuales de las Cortes de Aragón, el Justicia de Aragón y la Cámara de Cuentas de Aragón* (art. 3: tres miembros, a los que se les exige la condición de funcionario de carrera).

Tribunal de Cuentas y al Defensor del Pueblo ajustarán su contratación a las normas establecidas en esta ley para las Administraciones Públicas.

Asimismo, los órganos competentes de las Cortes Generales establecerán, en su caso, el órgano que deba conocer en su ámbito de contratación, del recurso especial regulado en el Capítulo V del Título I del Libro I de esta Ley, respetando las condiciones de cualificación, independencia e inamovilidad previstas en el artículo 45 de la presente Ley”.

Por Resolución de 21 de diciembre de 2010, adoptada por las mesas del Congreso de los Diputados y del Senado en reunión conjunta, se creó el Tribunal de Recursos Contractuales de las Cortes Generales¹⁰⁸. Este Tribunal tiene competencia para conocer de los recursos en materia de contratos del Congreso de los Diputados, del Senado, las Cortes Generales, la Junta Electoral Central y el Defensor del Pueblo (Cfr. *Exposición de Motivos* de la resolución). Dice, no obstante, que en la composición del órgano “*deben armonizarse tanto los requisitos de cualificación, independencia e inamovilidad exigidos por la Ley, como la naturaleza parlamentaria del órgano que será competente para revisar los actos de las Mesas de las Cámaras en materia de contratación. Por ello se opta por una composición mixta en la que están presentes un parlamentario de cada una de las Cámaras y un funcionario de las Cortes Generales que reúne el requisito legal de la cualificación jurídica, sin que, por razón de su cargo, haya tenido ninguna participación en los actos que van a enjuiciarse*”¹⁰⁹.

El artículo 2 de esta resolución dice:”

“ El Tribunal de Recursos Contractuales de las Cortes Generales estará compuesto por un Diputado, un Senador y el Interventor de las Cortes Generales.

El Diputado y el Senador serán designados por las Mesas de las Cámaras reunidas en sesión conjunta. Actuarán alternativamente como Presidente y Vocal en cada uno de los recursos planteados y la duración de su mandato se extenderá a toda la Legislatura.

El Interventor de las Cortes Generales actuará como Secretario en todos los recursos planteados en relación con los procedimientos de contratación llevados a cabo en el Congreso de los Diputados y en el Senado. En el caso de recursos planteados en los procedimientos de contratación de las Cortes Generales, la Junta Electoral Central y el Defensor del Pueblo, formarán parte del Tribunal en su lugar y actuarán como secretarios, alternativamente, el Interventor del Congreso de los Diputados o el Interventor del Senado”.

Como es obvio, la resolución de los recursos pone fin a la vía administrativa, sin que pueda formularse otro de su mismo carácter (arts. 3.1, a) y 12.1, c) de la Ley 29/ 1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa).

¹⁰⁸ “Boletín Oficial de las Cortes Generales” núm. 385, IX Legislatura, 13 de enero de 2011.

¹⁰⁹ Cfr. *Exposición de Motivos* de la Resolución de 21 de diciembre de 2010.

Es dudoso que esta previsión para el Tribunal de Recursos Contractuales de las Cortes generales respete fielmente lo que impone la Directiva 89/665/CCE. Que integren el Tribunal un Diputado y un Senador - personal político por antonomasia cuya preparación técnica no cabe presumir-, y que siempre asuman nada menos que la Presidencia no es lo que exige la Directiva referida¹¹⁰. Creo que lo que debe primar aquí es la cualificación y la independencia, ya que no se está ante una actividad política o representativa en la cual, como es evidente, el Diputado y el Senador tienen el pleno protagonismo y la total legitimidad, sino ante una actividad técnica o administrativa para la cual no tienen acreditada su solvencia ni por supuesto su independencia.

IV. LA OFICINA INDEPENDIENTE DE REGULACIÓN Y SUPERVISIÓN DE LA CONTRATACIÓN

1. Encuadramiento y competencias

El Preámbulo de la Ley 9/ 2017 destaca que se crean varios órganos en el Libro IV a nivel estatal “con el doble objetivo de dar cumplimiento a las obligaciones de gobernanza que establecen las Directivas Comunitarias y de combatir las irregularidades en la aplicación de la legislación sobre contratación pública”. Y en este contexto y con esos propósitos se explica el surgimiento de esta Oficina en los siguientes términos¹¹¹:

“(...) se crea la Oficina de Supervisión de la Contratación, también a nivel estatal, con plena independencia orgánica y funcional, integrada por un Presidente y cuatro vocales que gozan de la condición de independientes e inamovibles, que deben rendir cuentas anualmente a las Cortes Generales y al Tribunal de Cuentas sobre sus actuaciones. La misma deberá coordinar la supervisión en materia de contratación pública de los poderes adjudicadores del conjunto del sector público con la finalidad de velar por la correcta aplicación de la legislación en esta materia, dado que las Comunidades Autónomas pueden crear sus propias Oficinas de Supervisión. La Oficina está facultada para dar traslado a la Fiscalía u órganos judiciales o administrativos competentes de hechos de los que tenga conocimiento y que sean constitutivos de delito o infracción. Adicionalmente, es el órgano competente para la aprobación de la ya mencionada Estrategia Nacional, en cuya ejecución se verán

¹¹⁰ El artículo 2.9 de la Directiva es palmario: “Como mínimo la presidencia de esta instancia independiente deberá poseer las mismas cualificaciones jurídicas y profesionales que un juez (...)”.

¹¹¹ Debe recordarse que la Directiva 24/2014/UE, de 26 de febrero, establece en su artículo 83 que los Estados miembros velarán para que la aplicación de las normas de contratación sea supervisada, y que los resultados de las actividades de supervisión se pondrán a disposición del público por los medios adecuados.

*involucrados los tres órganos que se han mencionado, así como sus equivalentes a nivel autonómico (...)*¹¹²

La regulación efectiva se hace en el Libro IV, en el apartado dedicado a los órganos consultivos (Capítulo III), junto a la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado (art.328), el Comité de cooperación en materia de contratación pública (art. 329), y los órganos consultivos de las Comunidades Autónomas y de las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla (art. 330). Lo primero que debe destacarse es la inadecuación de esta ubicación, porque esta Oficina de regulación y supervisión *se configura como un órgano de inspección y coordinación* (supervisar es inspeccionar trabajos realizados por otros), que tiene un carácter distinto a un órgano consultivo. Y ello se colige de lo dispuesto en el artículo 332. 6 de la Ley, que se encarga de precisar las funciones que corresponden a dicha Oficina: a) Coordinar la supervisión en materia de contratación de los poderes adjudicadores del conjunto del sector público, b) Velar por la correcta aplicación de la legislación de la contratación pública a los efectos de detectar incumplimientos específicos o problemas sistémicos, c) Velar por el estricto cumplimiento de la legislación de contratos del sector público y, de modo especial, por el respeto a los principios de publicidad y concurrencia y de las prerrogativas de la Administración en la contratación, d) Promover la concurrencia en la contratación pública y el seguimiento de las buenas prácticas, e) Verificar que se apliquen con la máxima amplitud las obligaciones y buenas prácticas de transparencia, en particular las relativas a los conflictos de interés, y detectar las irregularidades que se produzcan en materia de contratación.

Para realizar estas competencias puede poner en conocimiento de la Fiscalía u otros órganos judiciales o administrativos hechos constitutivos de delito o infracción, realizar encuestas, impartir instrucciones fijando pautas de interpretación y aplicación, emitir informes de distinto tipo, etc. En especial, tiene relevancia el que debe elaborar sobre la supervisión que remitirá a la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, que se integrará en el informe nacional a remitir a la Comisión Europea cada tres años (art. 332.8). También debe remitir información sobre la contratación pública al Parlamento (Comisión Mixta Congreso- Senado para las relaciones con el Tribunal de Cuentas).

¹¹² Es sin duda una novedad importante, que se desenvuelve en un contexto político y sociológico en el cual la corrupción ha desempeñado un papel relevante. El *Diario Expansión*, con fecha de 26 de julio de 2017, señalaba *“Luz verde a la creación de un “Sheriff” de los contratos públicos”*, y destacaba que la creación de esta Oficina independiente fue defendida especialmente por Ciudadanos, con un corte similar a la Autoridad Fiscal Independiente. Se argumentaba por el representante de ese partido político que se perseguía la *“corrupción blanda”*, relativa al uso de los contratos públicos para fines electorales.

No obstante, como antecedente en el Derecho autonómico español debe indicarse la Oficina de Supervisión y Evaluación Pública que se creó en Cataluña por medio del Decreto 203/ 2011, de 18 de enero.

Se observa que la Oficina no tiene, pues, potestad sancionadora, y sus competencias se ejercen sin perjuicio de las que tiene la Intervención General de la Administración del Estado, que deberá remitir anualmente a dicha Oficina un informe global, que se hará público dentro del mes siguiente a su recepción, con los resultados más significativos (art. 332.11).

2. Concepto y características esenciales

La *Oficina Independiente de regulación y supervisión de la contratación pública* es un órgano administrativo colegiado y especializado, que carece por tanto de personalidad jurídica propia y distinta de la Administración General del Estado. No es pues ni un Organismo Público ni una Entidad de Derecho Público, sino un mero órgano adscrito al Ministerio de Hacienda y Función pública a través de la Subsecretaría del Departamento (art. 332.1)¹¹³.

La LCSP'17 dispone que se trata de un órgano colegiado de los previstos en el artículo 19 de la Ley 40/ 2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, que tiene por objeto velar por la correcta aplicación de la legislación y, en particular, promover la concurrencia y combatir las ilegalidades, en relación con la contratación pública. Es una Oficina que “*actuará en el desarrollo de su actividad y el cumplimiento de sus fines con plena independencia orgánica y funcional*” (art. 332.1, LCSP'17). Ello quiere decir, por consiguiente, que deberá estar fuera de la estructura jerárquica de la Administración, y que su actividad no podrá estar sujeta a los poderes inherentes a la jerarquía administrativa a pesar de ser un mero órgano, y no un ente de Derecho Público.

La independencia se consigue por medio de las normas que ya son comunes en otros órganos y entes que se insertan en lo que convencionalmente se denominan “Administraciones independientes”, y que es asegurando la inamovilidad, eludiendo, como se ha visto, los poderes inherentes a la relación jerárquica, y limitando el tiempo de mandato. Así, la Oficina estará integrada por un Presidente y cuatro Vocales, “*que no podrán solicitar ni aceptar instrucciones de ninguna entidad pública o privada*”. Estos miembros deberán ser funcionarios de carrera, pertenecientes al Subgrupo A1 del artículo 76 del Texto Refundido del Estatuto Básico del Empleado Público, que cuenten al menos con diez años de experiencia profesional en materias relacionadas con la contratación pública¹¹⁴. Serán designados por el Consejo de Ministros, a pro-

¹¹³ Por tanto, formalmente se diferencia de manera clara de la “Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal”, creada por medio de la Ley Orgánica 6/ 2013, de 14 de noviembre, porque esta Autoridad Fiscal tiene el carácter de “ente de Derecho Público dotado de personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada” (art. 1).

¹¹⁴ Se dispone, asimismo, que reglamentariamente se establecerá el nivel administrativo del presidente y los vocales, y que durante el desempeño de sus cargos estarán sujetos a la regulación prevista en

puesta del Ministerio de Hacienda y Función Pública, por un período improrrogable de seis años¹¹⁵.

Los miembros de la Oficina tendrán la condición de independientes e inamovibles durante el período de su mandato y solo podrán ser removidos de sus puestos por las causas siguientes: a) expiración del mandato, b) por renuncia aceptada por el Gobierno, c) por pérdida de la nacionalidad española, d) por incumplimiento grave de sus funciones, e) por condena mediante sentencia firme a pena privativa de libertad o de inhabilitación absoluta o especial para empleo o cargo público por razón de delito, y f) por incapacidad sobrevenida para el ejercicio de su función.

La remoción por las causas previstas, salvo la expiración y renuncia, se acordará por el Gobierno previo expediente.

La Ley de alguna manera es redundante, porque es claro que si todos los miembros deben ser funcionarios de carrera del Subgrupo A1, la pérdida de la nacionalidad española es una de las causas por las cuales se pierde la condición de funcionario, como prevé el artículo 63 del Estatuto Básico del Empleado Público. No se alude específicamente como causa de remoción el “*estar incurso en alguna causa de incompatibilidad*”¹¹⁶, pero es claro que como funcionarios de carrera se les deberá aplicar las normas sobre incompatibilidades.

Por otra parte, el Presidente asume la función típica de toda presidencia de órgano colegiado (*cf.*, por ejemplo, art. 19.2 de la Ley 40/ 2015, ya citada); la Ley vuelve a ser repetitiva en este punto (art. 332.4), aunque añade que este Presidente será vocal nato de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, y remitirá a las Cortes Generales y al Tribunal de Cuentas un informe anual sobre las actuaciones de la oficina; así se dispone que “*comparecerá en las Cortes para la presentación del informe anual y sus conclusiones, o cuando se solicite por las correspondientes Comisiones del Congreso o el Senado(..)*” (art. 332.4). Los vocales por su parte podrán asumir responsabilidades específicas en materia de supervisión; así en el ejercicio de estas funciones participarán en las sesiones del Comité de cooperación en materia de contratación pública y sus secciones, con voz pero sin voto.

los artículos 13, 14 y 15 de la Ley 3/ 2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio de alto cargo en la Administración General del Estado (art. 332.2, LCSP' 17).

¹¹⁵ No obstante - dice la Ley-, la primera renovación de la oficina se hará de forma parcial a los tres años de su nombramiento. Antes de cumplirse el plazo indicado, se determinará, mediante sorteo, los dos vocales que deban cesar. Transcurrido este plazo, quedarán en funciones (art. 332.3, LCSP' 17).

¹¹⁶ Así lo establece, por ejemplo, el artículo 24.5 de la Ley Orgánica 6/ 2013, de creación de la Autoridad Fiscal Independiente para referirse a las causas de cese del Presidente.

Se establece también la posibilidad de crear un “Consejo Asesor”, mediante Real Decreto, formado por académicos, profesionales y técnicos independientes de reconocido prestigio en el ámbito de la contratación pública (art. 332. 5, LCSP’17).

También hay que destacar que dentro de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación está la “Oficina Nacional de Evaluación” (art. 333.1, LCSP’17), como órgano colegiado dentro de otro órgano colegiado, y tiene por finalidad analizar la sostenibilidad financiera de los contratos de concesiones de obras y contratos de concesiones de servicios.

V. CONSIDERACIONES FINALES

La LCSP’17 aborda la regulación de los contratos públicos con una fuerte influencia de las Directivas 23 y 24 de febrero de 2014 de la Unión Europea; incorpora modificaciones relevantes y muestra una particular preocupación por el control o supervisión de la contratación pública, consecuencia de las evidentes bolsas de corrupción que se producen en este ámbito de la actuación de las Administraciones Públicas y del sector público en general.

Mantiene, como no podía ser de otra forma, la regulación del recurso administrativo especial en materia de contratación¹¹⁷, pero extiende su ámbito incorporando otros supuestos y rebajando los umbrales de los contratos¹¹⁸. El Preámbulo de la referida Ley enfatiza que deja de estar vinculado a los contratos de regulación armonizada. Se sigue entonces con una fórmula de control que hasta el momento presente ha dado muy buenos resultados, debido a que son recursos resueltos por órganos independientes y especializados de carácter administrativos que, situados fuera de la estructura jerárquica de la Administración, resuelven con un nivel de calidad y credibilidad estimables, como se ha acreditado en la última década con la doctrina ya sentada por los Tribunales administrativos de recursos contractuales. No obstante, todavía se detectan algunas inconsistencias en el sistema, sobre todo en la regulación que han hecho algunas Comunidades Autónomas¹¹⁹ o la que han previsto las mismas Cortes Generales; inconsistencias que, en mi opinión, alejan el modelo de

¹¹⁷ Con carácter potestativo, y no como recurso preceptivo.

¹¹⁸ Tanto el dictamen del Consejo de Estado, ya citado, como las propuestas del Observatorio de Contratación Pública, también referido más atrás, abogaban por esta ampliación.

¹¹⁹ Tampoco se pueden pasar por alto las inconsistencias ya mencionadas al analizar los recursos contractuales en el ámbito de las Entidades locales. Ciertamente es preciso respetar la autonomía local, reconocida y garantizada por la Constitución Española (*cf.*, arts. 137, 140 y 141), pero dicha autonomía no puede servir de excusa para no cumplir lo que exige la Directiva de recursos de 1989.

lo impuesto por la Directiva de recursos, porque la cualificación y la independencia no están suficientemente garantizadas, como hemos estudiado más atrás¹²⁰.

Se crea, además, una *Oficina Independiente de Supervisión y Regulación*, también fuera de la estructura jerárquica de la Administración, que se erige como un mecanismo de supervisión de la contratación pública en orden a conseguir transparencia y publicidad en la contratación de esta naturaleza. Junto con estos instrumentos, se mantienen, por otro lado, otras fórmulas de control, como los recursos administrativos ordinarios en aquellos casos en los que no pueden formularse los recursos especiales en materia de contratación, la revisión de oficio, así como los controles realizados por la Intervención y por el Tribunal de Cuentas.

Resulta temerario pronosticar algo seguro sobre los resultados prácticos que esta regulación pueda alcanzar en un futuro no muy lejano, puesto que es palmario que hay obstáculos evidentes para que el régimen de contratación se articule de una manera clara y eficaz en la realidad de las Administraciones Públicas -o más ampliamente, de los poderes adjudicadores-. De momento hay que referir todavía algunas inconsistencias que, en buena lógica, deben ser objeto de mejora.

¹²⁰ Es más que evidente que para asegurar mejor la cualificación y la independencia deben establecerse órganos colegiados, y que sus miembros tengan la cualificación y la independencia necesarias. El órgano colegiado no solo garantiza mejor el producto final – es decir, la resolución motivada del recurso-, sino que permite un debate técnico de altura que contribuye al mejoramiento del sistema. Incluir a miembros no técnicos o rebajar la exigencia de cualificación se desenvuelve en la dirección opuesta a la que subyace en el espíritu de la Directiva de recursos.

BIBLIOGRAFÍA:

BERNAL BLAY, M. Á., “Los convenios de colaboración de atribución de competencia para resolución de recursos y reclamaciones contractuales”, en GIMENO FELIÚ, J. M.^a (dir.), *Observatorio de contratos públicos 2012*, Cizur Menor Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2012.

CARRO FERNÁNDEZ- VALMAYOR, J. L., “Reflexiones sobre las transformaciones actuales del Derecho Público, en especial del Derecho Administrativo”, *Revista de Administración Pública*, núm. 193, 2014.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “Observaciones sobre la tutela cautelar en la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa de 1998”, *Revista de Administración Pública*, núm. 151, 2000.

GIMENO FELIÚ, J. M.^a, “La transposición de las directivas de contratación pública en España: una primera valoración de sus principales novedades”, *Documentación Administrativa. Nueva época*, núm. 4, 2017.

GIMENO FELIÚ, J. M.^a, *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia. El contrato administrativo como herramienta del liderazgo institucional de los poderes públicos*, Thomson- Reuters Aranzadi Cizur Menor, Pamplona, 2014.

LAVILLA RUBIRA, J. J., voz “Competencia. Organización”, en *Enciclopedia Jurídica Básica I*, Madrid, 1.^a ed. 1995.

MEILÁN GIL, J. L., *La estructura de los contratos públicos*, Iustel, Madrid, 2008.

MEILÁN GIL, J. L., “Las prerrogativas de la Administración en los contratos administrativos: propuesta de revisión”, *Revista de Administración Pública*, núm. 191, 2013.

MESEGUER YEBRA, J., *La competencia administrativa y sus modulaciones. Manual para la desconcentración, delegación, avocación, encomienda de gestión, delegación de firma y suplencia*, Bosch, Barcelona, 2005.

MORENO MOLINA, J. A., “ ”Un mundo para Sara”. Una categoría nueva en el Derecho español de la contratación pública: los contratos sujetos a regulación armonizada”, *Revista de Administración Pública*, núm. 178, 2009.

MORENO MOLINA, J. A., *La reforma de la Ley de Contratos del Sector Público en materia de recursos. Análisis de la Ley 34/ 2010, de 5 de agosto*, La Ley, Madrid, 2010.

NOGUERA DE LA MUELA, M.^a B., “El proceso de europeización de las reglas nacionales en el establecimiento de un sistema rápido y eficaz de control de

la contratación pública: el recurso administrativo especial en materia de contratos”, *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado III*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016.

RAZQUIN LIZARRAGA, M. M.^a y VÁZQUEZ MATILLA, F. J., *La adjudicación de los contratos públicos en la nueva Ley de Contratos del Sector Público*, Thomson Reuters Proview- Aranzadi, Pamplona, 2017.

RAZQUIN LIZARRAGA, M. M.^a, “Las nuevas Directivas sobre contratación de 2014: aspectos clave y propuestas para su transformación en España”, *Revista de Administración Pública*, núm. 196, 2015.

RODRÍGUEZ- ARANA MUÑOZ, J.F, “Compliance y self- cleaning en la contratación pública (Una aproximación europea)”, *Administración Pública. Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 95, 2016.

SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho Administrativo. Parte General*, Tecnos, Madrid, 12.^a ed. 2016.

SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Los recursos especiales en materia de contratos del Sector Público*, Aranzadi- Cizur Menor, Pamplona, 2015.

SANTAMARÍA PASTOR, J. A., “Contratos del sector público y Derecho de la Unión”, *Revista de Administración Pública*, núm. 200, 2016a.

SANTAMARÍA PASTOR, J. A., “Un síndrome de Lázaro en el Derecho Administrativo español”, *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado III*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016b.

SARMIENTO ACOSTA, M. J., *Los recursos administrativos en el marco de la justicia administrativa*, Civitas, Madrid, 1996.

SARMIENTO ACOSTA, M. J., *La organización de la Administración periférica*. Ministerio de las Administraciones Públicas, Madrid, 1997.

SARMIENTO ACOSTA, M. J., “La comunicación previa a la interposición del recurso contencioso- administrativo en la doctrina del Tribunal Constitucional (sentencias núms. 76, 83, 84 y 89 de 1996)”, *Revista del Poder Judicial* núm. 55, 1999.

SARMIENTO ACOSTA, M. J., “Las relaciones entre Administraciones tras la reforma de la Ley 4/ 1999”, *Actualidad Administrativa*, núm. 18, 2000.

SARMIENTO ACOSTA, M. J., “Notas críticas sobre la Administración General del Estado”, *Revista Jurídica de Canarias*, núm. 32, 2014.

SARMIENTO ACOSTA, M. J., *Las vías previas en la justicia administrativa. Tribunales y recursos administrativos en el sistema español e incidencia en México*, Centro de Estudios Superiores en materia de Derecho Fiscal y Administrativo, México, 2017.

SARMIENTO ACOSTA, M. J., “Capítulo XLII. Los recursos administrativos generales”, en GAMERO CASADO, E (dir.), *Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.