

LA TUTELA DE LOS LICITADORES ANTES DEL ACTO DE FORMALIZACIÓN DE UN CONTRATO PÚBLICO EN EL ÁMBITO DE LA DEFENSA Y SEGURIDAD

Elisabeth Lora Vega
Comandante auditor
Doctoranda en Derecho¹

Resumen:

Este estudio analiza qué garantías tienen los licitadores en el ámbito de la seguridad y defensa antes de adjudicar y formalizar un contrato, en aras de que se respete la legalidad en todo lo que atañe a la contratación pública. Esta contribución parte del examen del derecho europeo, donde se gesta la tutela restitutoria.

En la Unión Europea nace la idea de garantizar la legalidad del procedimiento de contratación pública, desde su preparación con los propios pliegos de cláusulas administrativas particulares hasta su formalización. Dificilmente se va a ejecutar un contrato de forma óptima si los pliegos están mal redactados y desarrollados. En suma, se hace necesario analizar dos tutelas fundamentales: la tutela restitutoria, respaldada por el recurso especial, y la tutela resarcitoria. Ambas salvaguardan las garantías de los licitadores antes de los actos de adjudicación y formalización de un contrato.

Palabras clave: Tutela, Recurso, Licitador, Contrato en el sector público.

¹ Este trabajo deriva de mi tesis doctoral, en curso, *La contratación en el sector público en el ámbito de la Defensa y la Seguridad*, realizada en el seno del programa de Doctorado en Ciencias Jurídicas de la Universidad de Granada, bajo la dirección del profesor Francisco Miguel Bombillar Sáenz.

Abstract:

This study analyzes the guarantees available to bidders in the field of security and defense before awarding and formalizing a contract, in order to ensure that legality is respected in all aspects of public procurement. This contribution is based on the examination of European Law, where restitution relief is developed.

In the European Union, the idea of guaranteeing the legality of the public contracting procedure was born, from its preparation with the Particular Administrative Clauses Specifications to its formalization. It is difficult to execute a contract in an optimal way if the specifications are poorly drafted and developed. In short, it is necessary to analyze two fundamental protections: restitution relief, backed by the special appeal, and compensatory relief. Both safeguard the guarantees of the bidders before the acts of awarding and formalization of a contract.

Keywords: Relief, Resource, Bidder, Contract in the public sector.

Sumario

Introducción. 1 La tutela restitutoria: definición: 1.1 Los contratos sometidos a regulación armonizada y susceptibles de interposición del recurso especial: 1.1.1 El recurso especial: antecedentes y regulación: 1.2 Los contratos no sometidos a regulación armonizada y fuera del alcance de la interposición del recurso especial: 1.2.1 Recursos en vía administrativa: el recurso de alzada, el potestativo de reposición y el recurso extraordinario de revisión; 1.2.2 El procedimiento específico de responsabilidad patrimonial; 1.2.3 Los recursos de la jurisdicción contenciosa-administrativa. 2 La tutela resarcitoria: definición: 2.1 Ilegalidad en el procedimiento de contratación pública; 2.2 Defraudación de la confianza legítima del licitador; 2.3 La finalización del contrato por voluntad de cada una de las partes: 2.3.1 El desistimiento del contrato por parte de la administración; 2.3.2 La renuncia o desistimiento del contrato por parte del licitador; 2.4 La anulación de la licitación: 2.4.1 Revisión de oficio; 2.4.2 Interposición de recursos administrativos; 2.4.3 Responsabilidad patrimonial; 2.4.4 Pronunciamientos judiciales. 3 Resumen y tablas de las tutelas de los licitadores. Conclusiones. Bibliografía.

INTRODUCCIÓN

En el ámbito del derecho administrativo es fundamental y compleja la rama de la contratación pública. Más técnico se transforma este tema si se trata de la contratación pública en el ámbito de la defensa y seguridad.

En materia de contratación pública, debemos distinguir dos fases fundamentales: la preparación de los contratos y la ejecución del contrato público, que no siempre va a llevar a su óptima finalización.

En este artículo se trata de analizar, en la fase de preparación de los contratos públicos, la tutela de licitadores antes del acto de formalización del contrato. Esto conlleva el análisis de los recursos administrativos y procesales contemplados tanto en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), como en la Ley 24/2011, de 1 de agosto, de Contratos del Sector Público en los Ámbitos de la Defensa y de la Seguridad (LCSPDS), y en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC), en la Ley 40/2015, de 1 octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), y en la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa-Administrativa (LJCA), e incluso de sus homónimas derogadas.

Y ello porque, para que todo contrato público pueda ejecutarse óptimamente y pueda llevarse a término de forma adecuada, es fundamental la preparación del contrato, y la elaboración de un buen pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) y de un correcto pliego de prescripciones técnicas (PPT), más en el ámbito de la defensa y seguridad porque la especificación del material que se pretende adquirir, desarrollar y fabricar, objeto del contrato oportuno, hace esta fase de los contratos públicos esencial.

Este análisis tutelar, en la fase de preparación de los contrato públicos, obliga a analizar de una forma más exhaustiva las directivas de la Unión Europea (UE), fundamento de la creación de este sistema tutelar, cuyo origen se basa, en definitiva, en evitar una responsabilidad patrimonial de la administración pública garante del interés público, y que lleva a nuestro país a la creación del recurso especial, recurso de la tutela de los licitadores antes de acto de formalización del contrato, pero que, como se analizará, no se va a contemplar para todos los tipos de contratos, sino que van a ser solo algunos de ellos, como los sometidos a regulación armonizada (SARA) y otros casos bajo unos parámetros de importes (determinados tanto en la LCSP como en la LCSPDS), los que van a estar dentro del ámbito de aplicación del recurso especial.

Este sistema tutelar nos obliga analizar el derecho europeo y, en concreto, las directivas que siguen:

- Directiva 89/665/CEE: Directiva 89/665/CEE del Consejo, 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 suministros y de obras.

- Directiva 92/13/CEE: Directiva 92/13/CEE) del Consejo, de 25 de febrero de 1992, *relativa a la Coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de las normas comunitarias en los procedimientos de formalización de contratos de las entidades que operen en los sectores del agua, de la energía de los transportes y de las telecomunicaciones.*
- Directiva 2007/66/CE: Directiva 2007/66/CE) del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007, por la que se modifican las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE del Consejo *en lo que respecta a la Mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos.*
- Directiva 2009/81/CE: Directiva 2009/81/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009.
- Directiva 2014/24/UE: Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre Contratación Pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE.
- Directiva 2014/23/UE: Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la Adjudicación de Contratos de Concesión.
- Directiva 2017/25/UE: Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, *relativa a la Contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE.*

Así, este estudio interesa trasladarlo también al ámbito de la defensa y la seguridad porque la especificación del objeto de los contratos públicos en este ámbito hace que la preparación y la ejecución del contrato se transforme en más compleja, si cabe, y ello obliga a los gestores endógenos² y exógenos del expediente de contratación pública a tener una mayor diligencia y cautela a la hora de llevar a cabo ese trabajo, más cuando se trata incluso de proyectos—programas de investigación y desarrollo (I+D).

Lo cierto es que es bastante frecuente que los contratos de grandes proyectos de I+ D y de gran interés para la defensa se modifiquen o se amplíen, en diversas ocasiones —incluso demasiadas—, por mor de la evolu-

² ORTIZ ESPEJO, D. (2021) *El control de la ejecución de los contratos públicos*. Madrid, Aranzadi. Colección Grandes tratados, pp. 75 y 162 y ss. ISBN: 978-84-1345-325-5

ción o estancamiento de la investigación y tecnología que es consustancial a ellos, pero esto podría contrarrestarse, o incluso evitarse, con un sistema tutelar adecuado en la fase de gestión del contrato correspondiente y así conseguir el fin y objetivo de los contratos de defensa y seguridad, que es una óptima ejecución del contrato.

La tutela de los licitadores antes del acto de formalización del contrato va a centrarse en una tutela restitutoria³, que es donde impera el recurso especial, y luego, del mismo modo, va a estar la tutela resarcitoria, más desarrollada en nuestro país y que es fundamentada por el resto de los recursos administrativos. Es por ello que los dos epígrafes principales de este estudio pivotan en torno a la tutela restitutoria y resarcitoria.

1. LA TUTELA RESTITUTORIA: DEFINICIÓN

Analizar la tutela restitutoria nos exige acudir al derecho de la Unión Europea, pues es donde nace y se crea. Es la UE la que exige una regulación por parte de sus Estados miembros (EEMM) que contemple un sistema tutelar-procedimental, en la fase del origen de los contratos públicos, así como en su gestión —en definitiva, antes del acto de adjudicación y formalización del contrato—, a efectos de que en la fase posterior de ejecución del contrato pueda llevarse a término de la forma más correcta y así poder evitar una responsabilidad patrimonial *a posteriori*.

En este sentido, cabe señalar que la última regulación europea sobre contratación pública es del año 2014, la Directiva 2014/24/UE, y esta especifica que este sistema tutelar no debe verse afectado en su procedimiento anterior; este procedimiento es el establecido en la Directiva 89/665/CEE en su redacción de la Directiva 2007/66/CE.

Así, esta tutela nos lleva a tener que adentrarnos en los recursos y las reclamaciones administrativas y procesales que pueden interponer los licitadores en la fase previa o de preparación de los contratos públicos. *A priori*, la tutela restitutoria persigue dos fines fundamentales: por un lado, la protección de los intereses de los particulares y, por otro, el restablecimiento de la legalidad. Estos dos fines llevan a evitar las incidencias de diversa índole en la propia ejecución de los contratos públicos; esto es, una protección más allá de los propios licitadores y que estaría en el ámbito

³ Díez Sastre, S. (2012) *La Tutela de los Licitadores en la Adjudicación de Contratos Públicos*. Madrid, Marcial Pons. Colección: Comentarios y Estudios Jurídicos. ISBN: 9788497689489.

del restablecimiento de la legalidad, aunque la tutela restitutoria conlleva, del mismo modo, la protección del interés público, de cuya consecución es garante la administración pública, lo que supone un tercer fin más de esta tutela y que derivaría de aquellos dos primeros.

De esta forma, tales fines se canalizan a través de distintas instituciones jurídicas transversales que operan con la misma dinámica en distintos sectores del ordenamiento: la restitución de posiciones jurídico-subjetivas (tutela primaria) y la reparación de daños (tutela secundaria o responsabilidad).⁴ Estos dos tipos esenciales de protección jurídica (restitución y resarcimiento) han sido objeto de un tratamiento muy desigual por la doctrina española (es más, en otros sectores de actuación administrativa ni llega a existir una distinción como tal entre ellas).

Si la indemnización (responsabilidad) constituye una institución jurídica con fundamento sustantivo propio, distinguible de las vías procesales de exigencia, la restitución suele estudiarse exclusivamente bajo un prisma procesal centrado en la teoría de la nulidad, sin atender al estudio de las posiciones jurídico-subjetivas de los particulares.

En los procedimientos de contratación pública en los que van a concurrir diversos particulares, perseguidores de un mismo objetivo, estos van a tener los mismos derechos, entre los que destaca el derecho a que el procedimiento se tramite conforme a lo legalmente establecido, de modo que, tras la comisión de una ilegalidad, el deber de restablecimiento se refiere simplemente a la garantía de ese derecho de actuar conforme al ordenamiento vigente.

En esos supuestos será habitual que se retrotraigan las actuaciones hasta el momento inmediatamente anterior a aquel en que se originó la ilegalidad, para que se actúe de nuevo, y no cabrá dictar una resolución determinada a favor de uno de los particulares, puesto que su posición jurídica-subjetiva no alcanza a garantizar un resultado concreto, de forma que, si no se lleva a cabo conforme a lo que legalmente se establece, los interesados tendrán derecho a que se les devuelva lo que era suyo; es decir, a que se les restituya a su situación inicial. Por ello, hay que entender que la tutela restitutoria no se configura como un mecanismo de castigo directo al responsable de una infracción (como si pudiera desprenderse de un resarcimiento/indemnización civil o penal).

Por otro lado, los particulares también tienen derecho a que se les repare económicamente el daño causado. Aquí se estaría ante la tutela resarcitoria, la cual tiene unos presupuestos diferentes a la restitución, ya que

⁴ DÍEZ SASTRE, S., *op. cit.*, pp. 69, 73 -74, 78 y 79.

el resarcimiento gira en torno a un deber de indemnización. Esta tutela no exige que se compruebe el ajuste de la realidad al derecho como pasa en la restitución de posiciones jurídicas-subjetivas, sencillamente deben concurrir los criterios a través de los cuales el derecho decide que el coste del daño pase del patrimonio de la víctima que lo padece al del agente que lo causa. De esta manera, puede llegar a afirmarse la existencia de un deber indemnizatorio, que pivota en torno a la idea de daño.

Esa indemnización por el daño causado debe analizarse a través de la existencia de un vínculo causal entre el hecho lesivo y el daño producido: el título de imputación, que, aunque originariamente se haya enfocado desde el punto de vista de la culpa, no es la única razón para imputar los daños, pues en los casos de preparación de los contratos públicos puede darse el mero incumplimiento de las reglas establecidas, lo que puede derivar en la obligación de resarcir por los repetidos daños ocasionados.

Según Díez Sastre (2012: 79)⁵:

«[...] el título de imputación es una buena razón para entender que alguien debe responder por las lesiones ocasionadas por sus actos. En este punto se han planteado muchas dudas en torno a la determinación de uno o dos títulos de imputación. Tradicionalmente se partía de la culpa, como consecuencia de la influencia ejercida por el Derecho penal en la configuración de las reglas de responsabilidad [...]. Sin embargo, la culpa no es la única razón para imputar daños. En ocasiones se puede realizar una actividad de riesgo que puede ocasionar daños [...]. En otras se sacrifica un bien jurídico en aras de otro mayor, creando un daño sacrificial por el que tiene que responder quien se beneficia de la acción salvadora [...]. Es el caso de la responsabilidad contractual [...] el mero incumplimiento de las mismas parece ser título de imputación suficiente para derivar la obligación de resarcir los daños ocasionados».

A fin de articular ambas tutelas, cuya interrelación es indudable, se realiza en este trabajo un análisis separado de cada una de ellas. Al saber de antemano que, en esta fase del procedimiento de contratación pública (gestión, tramitación, hasta la adjudicación y formalización del contrato), la tutela restitutoria establece una protección, podría decirse, más adecuada que la resarcitoria, al menos más eficaz para el restablecimiento de la legalidad.

⁵ DÍEZ SASTRE, S., *op. cit.*, p. 79.

Conforme a lo anterior, podríamos afirmar que, a mayor restablecimiento por vía de la tutela primaria o restitutoria, menor restablecimiento se requerirá por medio de la tutela secundaria o resarcitoria, ya que una subsanación a tiempo puede llevar incluso a que no se dé la indemnización de daños y perjuicios, ya que el restablecimiento de la legalidad ofrece una protección más completa y, por tanto, mejor que el resarcimiento. Por eso, como afirmábamos, podemos hablar (en palabras de Díez Sastre) de una tutela primaria y de otra secundaria, aunque sean instituciones con un funcionamiento autónomo.

En la adjudicación de contratos públicos, la tutela primaria permite que el adjudicatario que realiza la mejor oferta obtenga el contrato que así mejore su reputación en el mercado, pueda ofrecer empleo a sus trabajadores y se beneficie económicamente por la ejecución del contrato. La tutela secundaria, por el contrario, solo garantiza una indemnización por los gastos de la preparación de la oferta y la participación en la licitación o, en su caso, una indemnización por el beneficio industrial dejado de percibir.

Asimismo, no puede obviarse el hecho de que el restablecimiento de la legalidad evitará normalmente la causación de ulteriores daños; por ello, la creación de mecanismos de restablecimiento de la legalidad eficaces parece ser la mejor opción de protección de los particulares, en términos generales, porque luego, como decíamos, es un beneficio evidente para la administración.

1.1. LOS CONTRATOS SOMETIDOS A REGULACIÓN ARMONIZADA Y SUSCEPTIBLES DE INTERPOSICIÓN DEL RECURSO ESPECIAL

El derecho europeo se ha preocupado por la tutela de los licitadores, obligando a los EEMM de la UE a desarrollar un determinado sistema tutelar con ciertos elementos de flexibilidad. Pero esos elementos de flexibilidad deben respetar algunos límites marcados por los principios de no discriminación y de eficacia, los cuales derivan del principio de cooperación leal, principio regulado en los artículos 56 y ss. de la Directiva de contratos 2014/24/UE, que trata de las disposiciones sobre las cooperaciones reforzadas del Tratado de la UE (TUE).

El legislador español, por su parte, al determinar ese sistema flexible procedimental de tutelas a los licitadores, dotado por el derecho europeo de mayores garantías, en particular, en las gestiones procedimentales previas y antes de la formalización del contrato, va a contemplar un recurso especial (base y fundamento de la tutela restitutoria en el ámbito nacional):

en un primer lugar, en el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), y, posteriormente, con una mayor casuística para su posible interposición en nuestra vigente LCSP, no solo para los contratos SARA, también para los no SARA en determinados casos, según la cuantía del contrato de servicios (art. 44 LCSP y art. 5 LCSPSD).

En este precepto, el artículo 44 de la LCSP estipula que el recurso especial podrá interponerse cuando estemos en los casos de actos y decisiones contempladas en el punto 2 de dicho artículo. De este modo, quedaría un núcleo duro de contratos no SARA y fuera de este quedarían aquellos que, por cuantía, sí les quepa la posibilidad de interponer el recurso especial, sujetos no solo a lo que exponga sobre ellos la LCSP y la LCSPSD, sino también a lo que se establezca en el derecho administrativo nacional español general.

En cuanto a lo que se refiere a la revisión de los actos y decisiones administrativas bajo el amparo del recurso especial, están previstos en el punto 2 del artículo 44 de la LCSP, que más adelante estudiaremos.

A continuación, se van a analizar los antecedentes de la tutela restitutoria, hasta la regulación por parte de nuestro legislador nacional de esa tutela con el recurso especial.

1.1.1. El recurso especial: antecedentes y regulación

1.1.1.1. Antecedentes de las directivas europeas en relación con el recurso especial

La UE lo que siempre ha pretendido es evitar, en este ámbito de la contratación pública, la consolidación de posibles vulneraciones de las reglas procedimentales, así como asegurar que dichas reglas de desarrollo procedimental sean conformes a derecho. Así, el mismo recurso especial, que ampara algunos contratos tanto en el ámbito de la contratación pública en general como en el ámbito de la defensa y seguridad, nos obliga a invocar, en primer lugar, el artículo 10 del extinto Tratado de la Comunidad Europea, el cual imponía a los Estados miembros la creación de vías judiciales de recurso efectivas que aseguraran el cumplimiento de las obligaciones derivadas del propio Tratado o resultantes de los actos de las instituciones de la Comunidad. En ese mismo *iter*, surge la Directiva 89/665/CEE, de 21 de diciembre de 1989, cuyo propósito fue el de armonizar las legislaciones

nacionales, promovidas para garantizar la aplicación de las disposiciones comunitarias en materia de contratación pública, además de implementar medios concretos y eficaces para su salvaguarda, como los recursos que el administrado puede impulsar contra las resoluciones de adjudicación y actos previos a ellas pronunciados por los correspondientes órganos de contratación.

Dicha Directiva 89/665/CEE propuso 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 suministros, obras, y servicio.

En este sentido, se deben señalar los denominados «sectores excluidos», del artículo 71 de la antigua Directiva 2004/17/CE, de 31 marzo, *de Coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales*, que remite al sistema de reclamaciones previsto por la Directiva 92/13/CEE.

Luego, la Directiva 2004/17/CE venía a establecer que la ausencia de los medios de recursos eficaces o la insuficiencia de los medios de recursos existentes en algunos de los Estados miembros tiene un efecto disuasorio sobre las empresas comunitarias, factor que era —y es— importante porque los EEMM debían —y deben— remediar esa situación.

Del mismo modo, esta directiva del 2004 preveía que, cuando se considerara que se había cometido una violación clara y manifiesta en un procedimiento de adjudicación de contrato público, la Comisión podría intervenir ante las autoridades competentes del Estado miembro y el poder adjudicador de que se tratara, con objeto de que adoptaran medidas adecuadas para obtener la rápida corrección de cualquier presunta infracción. De lo que se trataba —y se trata—, en definitiva, era —y es— de garantizar la existencia de un sistema de recursos hábil para dar satisfacción a los principios generales de igualdad en el acceso a la contratación administrativa, no discriminación y libre concurrencia, bases de todo expediente de contratación pública.

Así, por un lado, el artículo 2.1 la Directiva 89/665/CE compelmía a los EEMM a:

- a) Que se adoptaran por el procedimiento de urgencia las medidas provisionales para corregir la infracción o para impedir que se produjeran perjuicios a los intereses afectados, o incluso que se establecieran medidas en aras de suspender la adjudicación.

- b) Que se adoptaran medidas para anular o para hacer que se anularan las decisiones ilegales, incluidas la supresión de pliegos de cláusulas administrativas tanto las particulares como las técnicas.
- c) Que se adoptaran medidas para conceder una indemnización por daños y perjuicios a las personas perjudicadas por una infracción. Este punto es importante porque se reconocía ese derecho de una forma explícita por parte de esta directiva. Posteriormente, esto se vio contemplado en nuestra anterior norma de contratos, el TRLCSP y, actualmente, nuestras normas, tanto en la LCSP como en la LCSPDS (toda vez que aquella es supletoria a esta).

Por otro lado, el apartado 8 del mismo artículo 2 establecía que esas medidas deberían ser adoptadas por un organismo independiente del poder adjudicador y del organismo de base.

Con fundamento en este punto 8 del artículo 2 de la Directiva 89/665/CEE, se reguló el artículo 41 de la LCSP, que contempla al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TCARC) adscrito al Ministerio de Economía y Hacienda y con plena independencia funcional en el ejercicio de sus competencias, cuya regulación está establecida en nuestro ámbito nacional en el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, *mediante el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del TCARC* (Real Decreto 814/2015).

Aunque aquella meritada Directiva 89/665/CE solo establecía los requisitos mínimos que los EEMM debían tener en cuenta a la hora de elaborar dichos procedimientos de recursos en sus ordenamientos jurídicos para garantizar lo establecido en la misma, solo era una norma de mínimos; luego siempre se podía mejorar en los ordenamientos nacionales. Sin embargo, el ordenamiento jurídico español, en un principio, no va mucho más allá de las bases estipuladas en ella, y menos en aquellas fechas en que todavía no se había reparado en un sistema tutelar restitutorio en el ámbito que aquí nos atañe.

La Directiva 92/13/CEE, aunque muy parecida a la anterior en sus premisas y objetivos, presentaba una novedad en su artículo 2.1.c), al regular que los EEMM dispondrán los poderes necesarios para adoptar, a la mayor brevedad posible, mediante un procedimiento de urgencia o, si fuese necesario, mediante un procedimiento definitivo en cuanto al fondo, las medidas distintas a las consideradas en las letras a) y b) que tengan por objeto corregir la violación comprobada e impedir que se causen perjuicios a los intereses afectados; en particular, emitir una orden de pago de una canti-

dad determinada en caso de que la infracción no fuera corregida o evitada. Los EEMM, así, podían efectuar dicha elección bien para el conjunto de las entidades contratantes, o bien para categorías de entidades definidas a partir de criterios objetivos, salvaguardando en todo caso la eficacia de las medidas establecidas con el fin de impedir que se cause un perjuicio a los intereses afectados. De este modo, lo que se preveía era un sistema de certificación para el cumplimiento del ordenamiento comunitario en materia de contratación pública que tomara como base desde el precepto 2 hasta el 7.

Pero no se consideró que la directiva fuese suficiente a tales fines, por lo que se optó por su reforma con la Directiva 2007/66/CE. Así, surge esta última, del Parlamento Europeo y del Consejo, que introduce novedades con el mismo objetivo que las anteriores; esto es, garantizar la eficacia de los recursos en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos.

En este sentido, afirmaba Moreno Molina (2010: 50 y ss.)⁶ que:

«[...] las modificaciones recogidas por la reforma de las Directivas de recursos introducen normas coordinadas destinadas a clarificar y mejorar la eficacia de las disposiciones vigentes sobre los recursos precontractuales contemplados en el marco de procedimientos formales de adjudicación de contratos o en el marco de contratos de adjudicación directa. También tienen como objetivo reorientar el mecanismo corrector que puede activar la Comisión hacia los casos de infracciones graves y, como se ha señalado derogar, dos mecanismos (el de certificación de las entidades contratantes y el de conciliación) aplicables únicamente en los sectores especiales y que no ha sido utilizados por las entidades pública».

De lo que antecede, cabe colegir que se introducen normas destinadas a clarificar las disposiciones vigentes sobre los recursos precontractuales. Así, la Directiva 2007/66/CE modifica la Directiva 89/665/CEE en sus artículos 1, 2, 3 y 4 e introduce varios preceptos y también modifica la Directiva 92/13/CEE en sus artículos 1, 2, 3 a 7, 8, y 9 a 12 e inserta otros artículos entre los anteriores preceptos.

Del mismo modo, la directiva de reforma previó un plazo de suspensión del contrato de al menos diez días hábiles a partir de la fecha de no-

⁶ 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 agosto, La Ley, Madrid, 2010 (1ª ed.), pp.50 y ss. ISBN:9788481267655

tificación a los operadores económicos de la decisión de adjudicación del contrato, a fin de garantizar la eficacia de los recursos en los procedimientos de adjudicación.

Por otro lado, contemplaba un mecanismo corrector para cuando los EEMM incumplieran el derecho comunitario en materia de contratación pública, a través de la Comisión, y a instancia de los propios interesados. Este mecanismo estaba enunciado en el artículo 3 de la Directiva 89/665/CEE, cuyo *iter* procedimental era (y sigue siendo) el siguiente:

Comienza con la notificación por parte de la Comisión al Estado miembro de que se trate de los motivos por los cuales la Comisión sospecha que se ha cometido una infracción grave, y le solicita que la infracción sea corregida. Dentro de los 21 días hábiles siguientes a la recepción de la notificación, el Estado de que se trate comunicará a la Comisión:

- a) La confirmación de que se ha corregido la infracción.
- b) Una respuesta motivada que explique por qué no se ha realizado corrección alguna.
- c) Una notificación que indique que el procedimiento de adjudicación del contrato se ha suspendido, por iniciativa del poder adjudicador, o en el marco del ejercicio de las facultades previstas en el artículo 2, apartado 1, letra a).

En el caso de que el Estado en cuestión no se atuviese al dictamen de la Comisión en el plazo que esta determinó, podrá interponer recurso por incumplimiento del derecho comunitario en contratación pública ante el TJUE.

Dicho recurso ha sido utilizado ante la Comisión en diferentes ocasiones, en alguna de las cuales estaba involucrada España.

Así, en el Reino de España se han producido diferentes incumplimientos de las directivas de recursos y ha sido condenada, por tanto, en diversas ocasiones por el TJUE. En este sentido, cabe traer a colación la sentencia de 3 de abril de 2008, Asunto C-444/06, Comisión contra España, en la cual resulta condenado nuestro país por incumplir las obligaciones derivadas del artículo 2, apartado 1, en sus letras a) y b), de la Directiva 89/665/CEE, en su versión modificada por la Directiva 92/50/CEE, del Consejo, de 18 de junio de 1992, al no prever un plazo obligatorio para que la entidad adjudicadora notifique la decisión de adjudicación de un contrato a todos los licitadores y al no prever un plazo de espera obligatorio entre la adjudicación de un contrato y su celebración.

Tales incumplimientos de la directiva de recursos ponían también en tela de juicio a la derogada LRJPAC y a la propia LJCA, ya que, con el Texto Refundido 2/2000, de 16 de junio, de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP), el acto adjudicador no podía ser objeto de recurso específico con anterioridad a la propia celebración de contratos y es ese recurso el que se buscaba con la Directiva 2007/66/CE.

La protección proyectada por la directiva de recursos no deja de ser una garantía para los posibles adjudicadores y para el propio poder adjudicador, ya que tiene la posibilidad de enmendar lo incorrecto o ilegal antes de la celebración del contrato. Las diversas sentencias como la anterior fueron las que llevaron a nuestro legislador a que no le quedara más remedio que tomar medidas y modificar lo que fuera necesario para plasmarlo en la normativa de contratación pública. Todo ello con el fin de garantizar dichos procedimientos de recursos y la posible restitución o indemnización de daños y perjuicios que se pudiera derivar al producirse una vulneración que afecte a los posibles adjudicadores.

A raíz de la referenciada directiva, surge, tras diversas modificaciones de otras leyes, la Ley de Contratos 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP 2007). Posteriormente, y tras nuevas modificaciones, se promulgó el TRLCSP.

Cabe señalar que la Directiva 2009/81/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, tuvo su desarrollo con nuestra Ley 24/2011, de 1 de agosto, de Contratos del Sector público en los Ámbitos de Defensa y de la Seguridad. También es de señalar que, aunque para el caso de las cuestiones que estamos analizando existe una remisión casi permanente a las distintas disposiciones de la derogada Ley 30/2007, de 30 de octubre de Contratos de Sector Público, en la actualidad esas remisiones cabe entenderlas a la luz de la vigente LCSP.

Así, y con todo este devenir, llegamos al año 2014, cuando la UE aprueba otras nuevas directivas que regulan, del mismo modo los contratos públicos. Las precitadas Directivas 2014/23/UE y 2014/24/UE son conocidas como las directivas de cuarta generación y entraron en vigor a los 20 días de su publicación, cuyo vencimiento del plazo de transposición fue el 18 de abril de 2016, plazo que España rebasó más que de sobra, aunque, en materia de recursos precontractuales, poco vienen a innovar estas con respecto a la base conformada años atrás, por aquellas otras.

1.1.1.2. El recurso especial en la LCSP y en la LCSPDS y su incidencia en la tutela de los licitadores antes del acto de adjudicación del contrato

Como decíamos, dentro de la tutela restitutoria es fundamental el análisis del recurso especial en el ámbito nacional español, recurso este que, en el sistema procedimental de la tutela de los derechos de los licitadores, se sitúa antes del acto de formalización del contrato, fase temporal contractual esta del procedimiento fundamental regular por los legisladores nacionales, en aras de establecer un sistema de recursos que garantice que los contratos puedan ejecutarse de forma óptima.

Cabe afirmar que, si todos los contratos estuvieran sometidos al sistema de regulación armonizada o, al menos, fueran susceptibles del recurso especial, se podría garantizar una mejor ejecución de los contratos, sobre todo en los procedimientos abiertos y de tramitación ordinaria.

Así que, en este punto, debemos partir, en primer lugar, de lo contemplado respecto al recurso especial, de la regulación establecida en nuestra norma cabecera; esto es, la LCSPDS, en cuyo título IV, artículos 55 a 58, contempla primero la cuestión de nulidad (en la actualidad regulada dentro del recurso especial de la LCSP) y, en los artículos 5, 59 y 60 de la citada LCSPDS, donde regula meritado recurso.

Esa regulación base (vía art. 4 de la LCSPDS) remite a los artículos 310 a 319 de la derogada LCSP 2007, reenvío que se entiende realizado actualmente a los artículos 44 y ss. de la vigente LCSP. Ahora bien, la disposición final primera de la LCSPDS, para los contratos en los ámbitos de la defensa y seguridad, estipula que estos, en cuanto a la preparación, selección, adjudicación y subcontratación, se registrarán en primer lugar por la LCSPDS y, supletoriamente, por la LCSP.

Pues en aquella derogada ley, al igual que el TRLCSP, con respecto a los contratos SARA, solo estos eran los seleccionados y los susceptibles de interposición del recurso especial, cuestión que en la actualidad se ve ampliada por la casuística contemplada en nuestra LCSP. Además de lo contemplado por el Real Decreto 814/2015, reglamento de desarrollo de la LCSP con respecto a este recurso especial y al TCARC.

Así, el capítulo IV de la LCSP, el cual regula el régimen de invalidez en los procedimientos de los expedientes de contratación pública, comienza analizando la nulidad (invalidez y nulidad propiamente denominada) absorbida en la mismas LCSP en el recurso especial y nos remite a los artículos 38 y ss. de la LCSP al respecto.

1.1.1.2.1. Actos y decisiones recurribles

Centrándonos ahora en el recurso fundamental de la tutela de los licitadores antes del acto de formalización del contrato, base de la tutela restitutoria, debemos analizar el precepto 44 de la LCSP, el cual estipula que el recurso especial podrá interponerse cuando estemos en los casos de actos y decisiones contempladas en su punto 2, pero solo en los siguientes contratos:

- Contratos de obras cuyo valor estimado sea superior a tres millones de euros y de suministro y servicios que tengan un valor estimado superior 100 000,00 €.
- Acuerdos marco⁷ y sistemas dinámicos de adquisición que tengan por objeto la celebración de alguno de los contratos tipificados en el punto anterior, así como los contratos basados en cualquiera de ellos.
- Concesiones de obras o de servicios cuyo valor estimado supere los tres millones de euros.
- Los contratos especiales cuyos precios de licitación, por alguna vicisitud, no sea posible fijar y, en todo caso, los contratos de servicios cuando su valor estimado sea superior a lo estipulado para los contratos de servicios.
- Contratos subvencionados contemplados en el artículo 23 de la LCSP y los encargos cuando, por sus características, no sea posible fijar su importe, y cuando su duración total —más las prórrogas— sea igual o superior a los establecido para los contratos de servicios.

⁷ En estos casos de los acuerdos marco, de cuyos contratos basados no es exigible su formalización, así como tampoco la elaboración de pliegos de cláusulas complementarias (PCAC), pero para el caso en que el órgano de contratación tome la opción de realizar tanto la formalización de los contratos basados como de elaboración de PCAC, deberá de contemplar para ellos la posibilidad de interponer el recurso especial, aunque se adjudique y se formalice el contrato con el mismo licitador (circunstancia que se da con frecuencia en la Dirección General de Armamento y Material toda vez que son contratos cuyas peculiaridades hacen que solo se pueda licitar y contratar con determinados licitadores), pues es la única opción que tiene de tutelar sus derechos en esa fase de gestión de los citados contratos. Debe publicarse en la Plataforma de Contratación del Sector Público (PLACSP) la orden de proceder con esa posibilidad de interposición del recurso especial; y es que, en algunas ocasiones, por parte de algunos gestores endógenos, se obvia ese paso, a efectos de poder formalizar el contrato antes del transcurso de esos quince días hábiles, sin contar en ocasiones con la esencia y fundamento de este meritado recurso especial, que es, en definitiva, tutelar al licitador antes de formalizar en este caso el contrato basado oportuno y, por ende, garantizar a la administración una correcta gestión del mismo.

Conforme a lo anterior, quedaría un núcleo duro de contratos no SARA, sujetos no solo a lo que exponga sobre ellos la LCSP, sino también a lo que se prevea en el derecho administrativo nacional español general.

En cuanto a lo que se prevé a la revisión de los actos y decisiones administrativas del punto 2 del artículo 44 de la LCSP, son las siguientes actuaciones:

- a) Los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación.
- b) Los actos de trámite 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. Se considerarán actos de trámite que determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento los actos de la mesa de contratación por los que se acuerde la exclusión de licitadores.
- c) Los acuerdos de adjudicación⁸.
- d) Las modificaciones basadas en el incumplimiento de lo establecido en los artículos 202 y 203 de la presente 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.

Los defectos de tramitación que afecten a actos distintos de los contemplados en el apartado 2 podrán ser puestos de manifiesto por los interesados al órgano al que corresponda la instrucción del expediente o 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.

Asimismo, serán susceptibles de recurso especial los contratos subvencionados a que se refiere el artículo 23 de la LCSP y los encargos cuando, por sus características no sea posible fijar su importe o, en otro caso, cuan-

⁸ Una vez adjudicado, se formaliza en un contrato, conforme a los requisitos estipulados en el artículo 53 de la LCSP. Y ya ese contrato no es recurrible por medio de este recurso; no obstante, las partes previamente se habrán puesto de acuerdo de forma consensuada para establecer su contenido, aunque hay que tener en cuenta que nunca se podrán prever en la formalización del contrato disposiciones que vayan contra el PCAP ni el PPT, ni tampoco, por supuesto, se podrá cambiar el objeto del contrato contemplado en el propio PCAP.

do este, atendida su duración total más las prórrogas, sea igual o superior a lo establecido para la regulación armonizada en los contratos de servicios.

No se dará este recurso en relación con los procedimientos de adjudicación que se sigan por el trámite de emergencia. Y, contra las actuaciones del apartado 2 del referenciado artículo 44, como susceptibles de ser impugnadas mediante el recurso especial, no procederá la interposición de recursos administrativos ordinarios. Los actos que se dicten en los procedimientos de adjudicación de contratos de las administraciones públicas que no reúnan los requisitos del apartado 1 podrán ser objeto de recurso de conformidad con lo dispuesto en la LPAC.

En el caso de actuaciones realizadas por poderes adjudicadores que no tengan la condición de administraciones públicas, aquellas se impugnarán en vía administrativa de conformidad con lo dispuesto en la LPAC ante el titular del departamento, órgano, ente u organismo al que esté adscrita la entidad contratante o al que corresponda su tutela. Si la entidad contratante estuviera vinculada a más de una administración, será competente el órgano correspondiente de la que ostente el control o participación mayoritaria, así como lo que se contemple en la LJCA.

Por otro lado, el artículo 5 de nuestra LCSPDS estipula que solo son los contratos SARA⁹ los que están sometidos a ese régimen de revisión restitutoria y no amplía el ámbito de interposición de este recurso en el ámbito de la defensa y seguridad porque se regula conforme a la normativa derogada. Así que parece que, *a priori*, solo serían susceptibles de interposición de este recurso los contratos SARA; no obstante, como decíamos, al hacerse una remisión a la LCSP, se aplican siempre las reglas y parámetros para que se amplíe la posibilidad de interposición del meritado recurso bajo los parámetros de esta última norma la LCSP.

Que el recurso especial solo hubiera estado disponible para los contratos SARA, y ahora para algún contrato más, por razón de su importe, es

⁹ El artículo 5 de la LCSPDS estipula que son contratos sujetos a regulación armonizada:

«a) Los contratos de suministro y de servicios contemplados en su artículo 2, y cuyo valor estimado, sin incluir el Impuesto sobre el Valor Añadido, sea igual o superior a 387.000 euros.

b) Los contratos de obras a que se refiere el artículo 2, cuyo valor estimado, sin incluir el Impuesto sobre el Valor Añadido, sea igual o superior a 4.845.000 euros.

c) En todo caso, los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado».

algo que no tiene justificación y ello ha sido criticado por la doctrina. Así, Gimeno Feliú y Bernal Blay (2011: 252253)¹⁰ ponen de manifiesto que:

«[...] esto significa que para los contratos no armonizados no existe este recurso y la LCSP remite a la legislación general, lo que genera una dualidad de recursos con reconocimiento de la doble jurisdicción –civil o administrativa– en función de su naturaleza o no de Administración pública, con la quiebra del principio de los actos separables».

Del mismo modo opina Moreno Molina (2010: 173)¹¹: «la garantía de rapidez y eficacia en la resolución de las incidencias surgidas en los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos resulta exigible a cualquier tipo de contrato, esté o no sujeto a regulación armonizada».

1.1.1.2.2. El Tribunal Central Administrativo de Recursos Contractuales

En este subepígrafe se hace necesario analizar quién conocerá y será competente para resolver el recurso especial en materia de contratos públicos. Así, el artículo 45 de la LCSP, que contempla qué tribunal tiene la competencia para conocer y resolver el recurso espacial, se dice que este es el TCARC, órgano especializado que actúa con plena independencia funcional en el ejercicio de sus competencias. Dicho órgano está adscrito al Ministerio de Hacienda y Función Pública y está compuesto por un presidente y un mínimo de dos vocales.

Los vocales de este tribunal serán funcionarios de carrera de cuerpos y escalas a los que se acceda con título de licenciado o de grado y que hayan desempeñado su actividad profesional por tiempo superior a diez años, preferentemente en el ámbito del derecho administrativo relacionado directamente con la contratación pública. A su presidente, sin embargo, se le requiere ser funcionario de carrera, de cuerpo o escala para cuyo acceso sea requisito necesario el título de licenciado o grado en derecho y haber desempeñado su actividad profesional por tiempo superior a quince años. La designación de estos componentes del TCARC se realiza por el Gobierno a propuesta conjunta del ministro de Hacienda y Función Pública y del ministro de Justicia. La duración del nombramiento efectuado será de seis años y no podrá prorrogarse.

¹⁰ GIMENO FELIÚ, J. M. y BERNAL BLAY, M. A. (2011). *Observatorio de Contratos Públicos 2010*. Zaragoza, Civitas, pp. 252 y 253. ISBN: 978-84-470-4033-9.

¹¹ MORENO MOLINA, J. A. (2010). *La Reforma de la Ley de Contratos del sector público en materia de recursos, Análisis de la Ley 34/2010*. Madrid, La Ley, p. 173.

El desarrollo reglamentario para el funcionamiento del TCARC fue una mejora importante en este ámbito. Este punto de vista fue compartido por Moreno Molina (2010: 109-110)¹² cuando puso de relieve antes de la vigencia del mismo que:

«[...] para su funcionamiento, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales requiere del desarrollo reglamentario de lo dispuesto por la Ley 34/2010. En este sentido, y dado que el plazo para trasponer la Directiva 2007/66/CE finalizó el 20 de diciembre de 2009, el Consejo de Estado en su dictamen núm. 499/2010, de 29 de abril de 2010, recomendó que se procediera a la elaboración de las normas reglamentarias precisas y a la aprobación de las mismas, en el más breve plazo posible una vez aprobada la Ley [...].

Hay que recordar que pese a las muchas reformas que ha sufrido ya la LCSP, sin embargo, carece todavía de un Reglamento ejecutivo general que resulta imprescindible para una adecuada aplicación de los numerosos aspectos de la norma que precisan de desarrollo reglamentario. Hasta ahora sólo se ha aprobado como reglamento más actual el Real Decreto 817/2009 de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la LCSP 2007, norma que regulaba exclusivamente la solvencia económica y financiera de los contratistas, la revisión de la clasificación de las empresas contratistas, el Registro Oficial de Licitadores y Empresas clasificadas, la composición y funciones de las mesas de contratación, la aplicación de criterios de adjudicación que dependan de un juicio de valor y las comunicaciones al Registro Oficial de Contratos».

Asimismo, se ha de significar que el limitado carácter del recurso especial, ya que solo se limita a los contratos de regulación armonizada y a los otros pocos que, bajo unos parámetros de importe, son susceptibles de su interposición, genera no solo inseguridad jurídica, sino también que ciertas resoluciones de otros recursos no estén impregnadas de la objetividad que se le presume al TCARC. Y ello porque, en el caso de los contratos no SARA, los recursos van a ser resueltos por un órgano de contratación que a veces carece de la objetividad e independencia que debe para dictar dichas resoluciones.

De este modo lo expone Moreno Molina (2010: 50-52)¹³ al afirmar que:

¹² MORENO MOLINA, J. A., *op. cit.*, pp. 109-110.

¹³ MORENO MOLINA, J. A., *op. cit.*, pp. 50-52.

«[...] una de las principales novedades de la LCSP es la creación de un recurso especial materia de contratación, que pretende incorporar a nuestro Derecho las exigencias comunitarias al respecto. Ahora bien, de acuerdo con el artículo 44 de la LCSP, son susceptibles del mismo sólo determinadas decisiones contractuales que se adopten en los procedimientos de adjudicación de los contratos sujetos a regulación armonizada, incluidos los contratos subvencionados, y en algunos contratos no SARA».

En cualquier caso, hay que destacar que la limitación del ámbito de aplicación del recurso especial mereció el reproche del Consejo de Estado (Dictámenes 4/2006, de 20 de febrero y 514/2006, de 25 de mayo), para el cual:

«[...] esta distinción entre los mecanismos de control de uno y otro tipo de contratos no está suficientemente justificada y podría generar un cierto nivel de inseguridad jurídica, por lo que debería considerarse su extensión a todos los contratos. La finalidad que se persigue con el nuevo recurso y el sistema especial de medidas cautelares es, en último término, garantizar que el control del procedimiento de adjudicación sea rápido y eficaz, de modo que las incidencias que pueda plantearse se tramiten y resuelvan antes de adoptarse la decisión de adjudicación. Esa conveniencia de rapidez y eficacia en la resolución de las incidencias del procedimiento de adjudicación resulta extensible a cualquier tipo de contrato, esté o no sujeto a regulación armonizada».

1.1.1.2.3. La legitimación para la interposición del recurso especial

La legitimación para la interposición del recurso especial se regula en el artículo 48 de la LCSP, que contempla que podrá interponer el recurso especial materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones que son objeto del recurso.

La solicitud de medidas cautelares se contempla en el artículo 49 de la LCSP y este expone que, antes de interponer el recurso especial, las personas legitimadas para ello podrán solicitar ante el órgano competente que, para resolver el recurso, se adopten medidas cautelares. Tales medidas

irán dirigidas a corregir infracciones de procedimiento o impedir que se causen otros perjuicios a los intereses afectados y podrán estar incluidas, entre ellas, las destinadas a suspender o a hacer que se suspenda el procedimiento de adjudicación del contrato en cuestión o la ejecución de cualquier decisión adoptada por los órganos de contratación. El órgano competente para resolver el recurso deberá adoptar la decisión sobre las medidas cautelares de forma motivada y dentro de los cinco días hábiles siguientes a la presentación del escrito en que se soliciten.

En este sentido, hay que tener en cuenta que la jurisprudencia de la UE y la comunicación interpretativa de la Comisión sobre el derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos —o solo parcialmente cubiertos— por las directivas sobre contratación pública insisten en que todas las personas afectadas por un contrato público tienen derecho a una protección judicial efectiva de los derechos que les confiere el ordenamiento jurídico comunitario. Por lo que la ampliación del ámbito de aplicación del recurso especial se quedó muy corta y carece de justificación razonable. Ello produce una limitación de las garantías de los derechos de los licitadores en los contratos no SARA y en el resto de los casos que no son especiales por valor del importe del contrato y que, por ende, no son agraciados de aquella posible interposición. Esta regulación del recurso especial de contratación puede ser contraria a las exigencias europeas, se deriva de la doctrina del TJUE y está asentada en sentencias como en el Caso Alcatel de 28 de octubre de 1999 y la de la Comisión contra España en el caso del 3 de abril de 2008.

1.1.1.2.4. Requisitos formales para su interposición: plazo, forma y lugar de interposición del recurso especial

El artículo 50 de la LCSP regula la iniciación del procedimiento y el plazo para interponer el citado recurso. Así, este precepto estipula que:

El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles. Dicho plazo se computará:

- 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 de 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 de

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 comenzará a contar a partir del día siguiente a aquel en que se le hayan entregado al interesado los pliegos o este haya podido acceder a su contenido a través del perfil de contratante.

- c) En el caso del procedimiento negociado sin publicidad, el cómputo del plazo comenzará desde el día siguiente a la remisión de la invitación a los candidatos seleccionados.
- d) 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.
- e) 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 establecido en la disposición adicional decimoquinta (de la LCSP) a los candidatos o licitadores que hubieran sido admitidos en el procedimiento.
- f) Cuando el recurso se interponga en relación con alguna modificación basada en el incumplimiento de lo establecido en los artículos 202 y 203 de la LCSP por entender que la modificación debió ser objeto de una nueva adjudicación, el cómputo del plazo comenzará desde el día siguiente a aquel en que se haya publicado en el perfil de contratante.
- g) Cuando el recurso se interponga contra un encargo a medio propio por no cumplir los requisitos establecidos en el artículo 32 de la ley, el cómputo del plazo se iniciará desde el día siguiente a aquel en que se haya publicado en el perfil de contratante.
- h) En todos los demás casos, el plazo comenzará a contar desde el día siguiente al de la notificación realizada.

El punto 2 del artículo 50 contempla la asunción de la cuestión de nulidad. Así, este punto regula el recurso cuando esté fundamentado en alguna de las causas de nulidad previstas en el apartado 2, letras c), d), e) o f) del artículo 39 de la LCSP. El plazo de interposición será:

- a) Treinta días a contar desde la publicación de la formalización del contrato, incluyendo las razones justificativas por las que no se ha publicado en forma legal la convocatoria de la licitación o des-

de 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 para la adjudicación a su favor.

- b) En los restantes casos, antes de que transcurran seis meses a contar desde la formalización del contrato.

El artículo 51 de la LCSP contempla la forma y lugar de interposición del recurso especial, al adaptar todo en lo que se refiere a comunicaciones y notificaciones de las Leyes Administrativas 39 y 40 del 2015.

El escrito de interposición podrá presentarse en los lugares establecidos en el artículo 16.4 de la LPAC. Asimismo, podrá presentarse en el registro del órgano de contratación o en el del órgano competente para la resolución del recurso; ahora sí, los escritos presentados en registros distintos de los dos citados anteriormente deberán comunicarse al tribunal de manera inmediata o de la forma más rápida posible.

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 debe hacerse la presentación de los escritos para entenderla efectuada ante el propio tribunal.

El artículo 52 de la LCSP regula el acceso al expediente y contempla que, 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.

Los interesados podrán hacer la solicitud de acceso al expediente dentro del plazo de interposición del recurso especial y el órgano de contratación debe 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.

El artículo 53 de la LCSP viene a contemplar los efectos derivados de la interposición del recurso y en él se estipula 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 cautelares¹⁴

¹⁴ Ante actos y resoluciones en los que solo sea posible la interposición de los recursos administrativos ordinarios, hay que solicitar específicamente, con la interposición de dichos recursos, la suspensión de ejecución de acto impugnado, conforme al artículo 117 de la LPAC.

que, en relación con estos últimos, podrían adoptarse en virtud de lo señalado en el artículo 56.3.

El artículo 54 de la LCSP contempla las comunicaciones y notificaciones, donde priman los medios telemáticos.

El artículo 55 de la LCSP contempla la inadmisión del recurso por alguna de las causas en él contempladas y estas son:

- a) La incompetencia del órgano para conocer del recurso.
- b) La falta de legitimación del recurrente o de acreditación de la representación de la persona que interpone el recurso en nombre de otra, mediante poder que sea suficiente a tal efecto.
- c) Haberse interpuesto el recurso contra actos no susceptibles de impugnación de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44.
- d) La interposición del recurso una vez finalizado el plazo establecido para su interposición.

Si el órgano encargado de resolverlo apreciara que concurre alguno de ellos, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 51.2, dictará resolución acordando la inadmisión del recurso.

La tramitación del procedimiento se estipula en el artículo 56 de la LCSP, que viene a exponer que el procedimiento para tramitar los recursos especiales en materia de contratación se regirá por las disposiciones de la LPAC, con las especialidades que se recogen en sus apartados y que hacen referencia a las normas actualmente vigentes.

Cabe señalar en este apartado, con respecto al plazo de interposición del recurso especial de quince días, si es el adecuado para aquellos procedimientos aún no catalogados de forma oficial de urgentes y para los procedimientos abreviado/simplificado principalmente, ya que, en los mismos, se retrasa mucho la gestión del expediente y, en definitiva, la adjudicación del contrato también se demora y, por ende, la ejecución del mismo. Probablemente sería más conveniente reducir el plazo de quince días a la mitad, ya que la interposición del recurso especial en dichos casos y en la tramitaciones urgentes en los que no se puede formalizar el contrato hasta que hayan transcurrido quince días hábiles desde su adjudicación significa en muchas ocasiones la caída del expediente.

Ejemplo de lo anterior pueden ser los cierres de año para los órganos gestores del procedimiento y la finalización de la gestión del contrato oportuno, que deben ser para antes del mes de diciembre, si se ha cometido un error de fijar una fecha concreta de fin de ejecución del contrato y esa fecha se ve superada sin poder formalizar el contrato por la fecha de

interposición del recurso¹⁵. Todo ello nos lleva a considerar la posibilidad de haber al menos dos posibles plazos de interposición del recurso especial según la tramitación del procedimiento de contratación ante la que nos encontremos.

Por otro lado, cabe hacer otra crítica del carácter potestativo de este recurso, pues provoca la apertura de dos vías a la hora de interponerlo: una, la jurisdiccional, con el contencioso-administrativo, y, otra, la interposición del mismo. Y con ello también se abren dos plazos diferentes de interposición del recurso: uno de quince días hábiles, en virtud del artículo 50.1 de la LCSP, y otro de dos meses, según el artículo 46.1 de la LJCA. Y se produce disparidad en la automaticidad de la suspensión del procedimiento, que sí se da en el caso de interponer el recurso especial de contratación al solicitar las medidas provisionales y cuando se recurre el acto de adjudicación, pero que no se daría de esa manera tan automática si se atiende a lo dispuesto en los artículos 129 y 130 de la LJCA.

En este mismo sentido vienen a advertirlo Gimeno Feliú y Bernal Blay (2011: 255-257)¹⁶:

«[...] el carácter potestativo del recurso —sugerencia del Consejo de Estado en su Dictamen 514/2006, de 25 de mayo— [...] plantea problemas procesales y procedimentales que pueden resentir la correcta ejecución del contrato, generando una innecesaria inseguridad jurídica [...]. De estas diferencias procesales, la que con mayor claridad se advierte es el plazo para la interposición de recursos, 15 días hábiles, computados de manera diferente en función del acto que se recurra, para el caso del recurso especial materia de contratación pública o bien dos meses contados desde el día siguiente al de la publicación de la disposición impugnada o al de la notificación o publicación del acto que ponga fin a la vía administrativa, si fuera expreso [...] para el caso de interponer el recurso contencioso-administrativo. [...]».

¹⁵ Alguna vez se ha tenido que modificar la fecha fin de ejecución del contrato en los PCAP por la vía del error material, previsto (art. 109.2 de la LPAC), aun sin ser en puridad un error de hecho o aritmético, o por la institución jurídica de la modificación (art. 203 LCSP), para poder así formalizar el contrato conforme al artículo 153 LCSP en tiempo y forma; modificación previa por error material que lleva a retrotraer o modificar justo después de formalizar, lo que en puridad es un fraude de ley.

¹⁶ GIMENO FELIÚ, J. M. y BERNAL BLAY, M. A. (2011). *Observatorio de Contratos Públicos 2010*. Zaragoza, Civitas, pp. 255-257.

Y también, Moreno Molina (2010: 184-187)¹⁷, al exponer que:

«[...] se han realizado ya diversas modificaciones en la legislación de contratos que han afectado a los recursos en vía administrativa y a la adopción en esta misma vía de medidas provisionales. La principal de estas reformas es la que dio lugar a la introducción del recurso especial materia de contratación [...]. Sin embargo, el legislador se ha negado a introducir reformas, en relación con los recursos contenciosos administrativos que se puedan plantear por los licitadores en el curso de un procedimiento de adjudicación de un contrato público [...] para garantizar una mayor rapidez en la resolución de los recursos, o para suspender de forma automática la celebración del contrato, cuando el recurso se plantee contra la decisión de adjudicación como exige la Directiva 89/665 [...] el recurso contencioso-administrativo del artículo 46 de la LJCA no cumple en la actualidad ninguno de esos requisitos [...] de acuerdo con los datos del CGPJ correspondiente a 2008, la duración media de los procesos ante los Juzgados de lo contencioso-administrativo es de 10.6 meses, ante las Salas de lo contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia es de 29 meses, ante Juzgado Central de lo Contencioso es de 11.8 meses, ante la Sala Contencioso de la Audiencia Nacional es de 18.1 meses y ante la Sala 3ª del Tribunal Supremo es de 20.9 meses».

Así, de acuerdo con Gimeno Feliú y Bernal Blay (2011: 257)¹⁸, «por ello, hubiera sido mejor regular un recurso obligatorio y preclusivo con plazos efectivos, que conciliase tanto el derecho a la defensa como a la pronta ejecución de la prestación», que dejan clara su opinión de estar a favor del recurso jurisdiccional escogido por la mayoría del derecho comparado y no un recurso administrativo que es el elegido por nuestro derecho.

1.1.1.2.5. La resolución del recurso especial: indemnizaciones

La resolución del recurso especial se contemplada en el artículo 57 de la LCSP. En este sentido, solo cabe significar que la resolución deberá acordar el levantamiento de la suspensión del acto de adjudicación si en el

¹⁷ MORENO MOLINA, J. A. (2010). *La Reforma de la Ley de Contratos del sector público en materia de recursos, Análisis de la Ley 34/2010*. Madrid, La Ley, pp. 184-187.

¹⁸ GIMENO FELIÚ, J.M. y BERNAL BLAY, M.A., *op. cit.*, p. 257.

momento de dictarla continuase suspendido, así como de las restantes medidas cautelares que se hubieran acordado y la devolución de las garantías cuya constitución se hubiera exigido para la efectividad de las mismas, si procediera.

Transcurridos dos meses contados desde el siguiente a la interposición del recurso sin que se haya notificado su resolución, el interesado podrá considerarlo desestimado a los efectos de interponer recurso contencioso-administrativo.

El artículo 58 de la LCSP regula las indemnizaciones y multas de forma más amplia que el artículo 48 de la misma ley y que el artículo 33 del Real Decreto 814/2015 —lo cual merece una valoración positiva a efectos de acotar mejor las posible indemnizaciones y multas—, toda vez que la LCSP probablemente todavía no ha pormenorizado reglamentariamente la responsabilidad administrativa en estos casos tras la derogación del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprobaba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Publicas en materia de Responsabilidad Patrimonial, por las actuales leyes administrativas.

El órgano competente para la resolución del recurso, a solicitud del interesado, podrá imponer a la entidad contratante la obligación de indemnizar a la persona interesada por los daños y perjuicios que le haya podido ocasionar la infracción legal que hubiese dado lugar al recurso, y de resarcirle, cuando menos, los gastos ocasionados por la preparación de la oferta o la participación en el procedimiento de contratación. La cuantía de la indemnización se fijará atendiendo en lo posible a los criterios establecidos en el capítulo IV del título preliminar de la LRJSP.

Cuando el recurso interpuesto haya sido desestimado, el órgano que resuelva el recurso podrá apreciar, a solicitud del órgano de contratación o de cualquiera de los interesados, la existencia de daños derivados de la interposición y acordar la indemnización de los mismos a cargo del recurrente.

La LCSP estipula que, contra la resolución dictada en este tipo de procedimientos, solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo conforme a lo dispuesto en el artículo 10, letras k) y l) del apartado 1 y en el artículo 11, letra f) de su apartado 1 de la LJCA, aunque la resolución será directamente ejecutiva.

No procederá la revisión de oficio de la resolución ni de ninguno de los actos dictados por los órganos competentes para la resolución del recurso. Tampoco estarán sujetos a fiscalización por los órganos de control interno de las administraciones a que cada uno de ellos se encuentre adscrito.

Los órganos competentes para la resolución del recurso podrán rectificar en cualquier momento, de oficio o a instancia de los interesados, los

errores materiales, de hecho, o aritméticos existentes en sus actos, incluida la resolución del recurso.

Por último, el emplazamiento de las partes ante los órganos de la jurisdicción se regula en el artículo 60 de la LCSP, que estipula que, 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 que reclama 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, el emplazamiento se hará en la forma prevista en el artículo 49 de la LJCA.

Por último, cabe significar que las resoluciones del TCARC solo son vinculantes para las partes cuyo fallo-resuelvo afecte el supuesto de hecho concreto, aunque crean una fuente importante de precedente que se debe tener en cuenta, principalmente por los órganos de contratación, en la preparación, gestión y adjudicación de los contratos públicos.

1.2. LOS CONTRATOS NO SOMETIDOS A REGULACIÓN ARMONIZADA Y FUERA DEL ALCANCE DE INTERPOSICIÓN DEL RECURSO ESPECIAL

1.2.1. Recursos en vía administrativa: el recurso de alzada, el potestativo de reposición y el recurso extraordinario de revisión

En los contratos no sujetos a regulación armonizada, los actos preparatorios y de adjudicación que no son susceptibles de interposición de recurso especial podrán ser objeto de recurso administrativo, ya sea de alzada, de reposición o extraordinario de revisión, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 112 y siguientes de la LPAC, a los que nos remitimos en su integridad, pues estos recursos administrativos han sido analizados por abundante doctrina y jurisprudencia, mucho más que el recurso especial. Además, el estudio se centra en las tutelas restitutoria y resarcitoria, más en la primera que en la segunda, y estos no son el fundamento principal de dicha tutela restitutoria. No obstante lo anterior, cabe señalar que:

- El recurso de alzada está regulado en los artículos 121 y 122 de la LPAC. Y la autoridad administrativa llamada a resolver deberá

hacerlo en el plazo máximo de tres meses, tras lo que quedará expedita la vía jurisdiccional contencioso-administrativa.

- El recurso potestativo de reposición está contemplado en los artículos 123 y 124 de la LPAC. Y la autoridad administrativa llamada a resolver deberá hacerlo en el plazo máximo de un mes, tras lo que quedará expedita la vía jurisdiccional contencioso-administrativa.
- Y el recurso extraordinario de revisión está preceptuado en los artículos 125 y 126 de la misma LPAC. Y la autoridad administrativa llamada a resolver deberá hacerlo en el plazo máximo de tres meses, si no, se entenderá desestimado, tras lo que quedará expedita la vía jurisdiccional contencioso-administrativa.

Otra cuestión importante que tener en cuenta en este punto es la cuestión que, si algún licitador quiere que se suspenda el acto impugnado, deberá solicitarlo conforme a lo preceptuado en el artículo 117 de la LPAC, cuestión esta que se produce *a sensu contrario* de forma automática con la interposición del recurso especial sin necesidad de invocación.

Acorde con lo anterior, señala Díez Sastre (2012: 251)¹⁹ que:

«[...] conforme al artículo 40.5, 2º párrafo del TRLCSP [...] los actos de preparación y adjudicación de los contratos administrativos deberán ser objeto de impugnación mediante los recursos administrativos previstos en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC), recurso de alzada obligatorio, cuando el órgano que dicta el acto no agota la vía administrativa, y recurso potestativo de reposición, cuando el órgano que dicta el acto sí pone fin a la vía administrativa. Posteriormente, habrá que acudir a la Jurisdicción contenciosa-administrativa que es competente para conocer de estos asuntos conforme al artículo 21.1 TRLCSP. Además, en estos contratos también podrá solicitarse la revisión de oficio al órgano de contratación, conforme a las reglas generales de la LRJPAC, siempre que se haya producido un vicio de nulidad en la fase de preparación y adjudicación del contrato».

Del mismo modo, Moreno Molina (2010: 139-140)²⁰ manifiesta que:

¹⁹ DÍEZ SASTRE, S. (2012). *La Tutela de los Licitadores en la Adjudicación de Contratos Públicos*. Madrid, Marcial Pons, p. 251.

²⁰ MORENO MOLINA, J. A., *op. cit.*, pp. 139 y 140.

«[...] el recurso a interponer será normalmente el potestativo de reposición como previo al contencioso-administrativo, pues por regla general las resoluciones dictadas por los órganos de contratación ponen fin a la vía administrativa [...] existe un supuesto en el que esto no es así. En efecto, las Juntas de Contratación tienen el carácter de órganos de contratación, pero no ponen fin a la vía administrativa, por lo que sus resoluciones, antes de ser impugnadas ante la Jurisdicción contenciosa-administrativa, deberán ser objeto de recurso de alzada ante el superior jerárquico de la misma, debiendo entenderse por tal órgano del que han recibido las competencias que tengan atribuidas».

Así, debemos tener en cuenta que en esta ley se contempla un procedimiento específico de responsabilidad patrimonial, establecido en los artículos 32 a 37 del capítulo IV del título preliminar de la LRJSP. Tiene una gran importancia lo regulado en el artículo 67.1 de la LPAC, ya que en el mismo se contempla que: «los interesados sólo podrán solicitar el inicio de un procedimiento de Responsabilidad patrimonial, cuando no haya prescrito su derecho a reclamar. El derecho a reclamar prescribirá al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o se manifieste su efecto lesivo».

1.2.2. El procedimiento específico de Responsabilidad patrimonial

Como decíamos, este procedimiento se contempla en la LRJSP en sus artículos 32 y siguientes y se activará cuando se entienda que exista una relación de causalidad entre la lesión y el funcionamiento del servicio público.

Además, el mismo se aplica también para aquellos casos en que exista concurrencia de responsabilidad entre las diferentes administraciones, aunque es necesario que por el legislador se apruebe un reglamento que venga a pormenorizar y determinar el procedimiento de responsabilidad patrimonial como las funciones que realizaba el derogado reglamento patrimonial²¹.

Otra cuestión que se observa en las distintas vías analizadas hasta ahora, y en esta en concreto de responsabilidad patrimonial, es cuándo pode-

²¹ Reglamento 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad patrimonial, procedimiento general artículos 4 a 13 y procedimiento abreviado artículos 14 a 17.

mos considerar que se acaba la vía administrativa para acudir al contencioso: ¿cuando se obtenga la resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos? ¿O se tiene que interponer previamente el procedimiento estipulado en los artículos 32 y ss. de la LRJSP? Estas cuestiones siguen sin resolverse por nuestro legislador.

La respuesta, según el criterio de la doctrina y conforme a lo estipulado en ambas leyes, es que se podrá acudir al contencioso cuando se obtenga la resolución del TCARC y también cuando se agote la vía administrativa de los recursos de alzada y reposición, por lo que este quedaría como un procedimiento específico e independiente del resto; es decir, el de la vía de los artículos 32 y siguientes de la LRJSP.

1.2.3. Los recursos de la jurisdicción contencioso-administrativa

El orden jurisdiccional contencioso-administrativo no solo conocerá de los contratos administrativos y de los actos de preparación y adjudicación, según el artículo 2.b) LJCA, sino también de la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas en este ámbito y respecto de este tipo de actos, de acuerdo con el apartado e) del mismo precepto. Procede contra los actos que pongan fin a la vía administrativa y su plazo de interposición es de dos meses (art. 25.1 LJCA).

Esto lleva a otro punto más de contradicción, y es que no se entienden las diversas regulaciones que realiza el legislador y las diversas vías que deja abiertas sin poner una acotación a las mismas, lo que produce una inseguridad jurídica general.

Y la más evidente es el hecho de que, si para acudir al contencioso-administrativo, es necesario acabar la vía administrativa, ¿cómo es posible que, en los casos de interposición del recurso especial —y de la derogada cuestión de nulidad—, sea —y fuera— de carácter potestativo y no preceptivo?, más si lo que se quiere evitar es una responsabilidad patrimonial de la administración en la propia ejecución del contrato.

Otra circunstancia en este ámbito es la diversidad de plazos que contempla el ordenamiento jurídico para la reclamación de la restitución de la legalidad por parte de los licitadores en relación con la actuación de la administración en lo que afecta a los actos preparatorios y los actos de adjudicación de los contratos públicos: un año, en responsabilidad patrimonial; quince días hábiles, en el recurso especial; un mes para los recursos de alzada y de reposición; tres meses (o cuatro años) en el caso del recurso

extraordinario de revisión, y dos meses para acudir a la jurisdicción contenciosa-administrativa.

2. LA TUTELA RESARCITORIA: DEFINICIÓN

En este punto, debemos analizar la tutela secundaria o tutela resarcitoria. Esta tutela solo se ve completada gracias al resarcimiento de los daños producidos al interesado. Este tipo de tutela se ve determinada por los mismos presupuestos que configuran la responsabilidad civil, es decir, la existencia de un daño antijurídico, la actuación de un hecho lesivo por parte, en estos casos, de la administración y un nexo que vincule el daño con la actuación antijurídica.

Para el análisis de esta tutela no se requiere la distinción entre contratos armonizados o no armonizados, ya que sus diferencias no van a ser estructurantes, pues los criterios que configuran este tipo de tutela son diferentes de los de la tutela restitutoria. Así, en la tutela secundaria, procede analizar lo que sigue:

2.1. ILEGALIDAD EN EL PROCEDIMIENTO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

Son los casos en que, por parte de la administración, se produce una actuación ilegal, por lo que el contrato puede ser adjudicado a otro licitador de una manera ilegal. En estos supuestos en que en la fase previa se produzca una actuación ilegal, tenemos las distintas vías analizadas con anterioridad, esto es, los recursos administrativos y contenciosos, que se analizaron para la tutela restitutoria, en los contratos no sometidos a regulación armonizada y por valores de importe establecidos en la LCSP. Esto es, aquellos recursos contemplados en los artículos 112 y ss. de la LPAC y preceptos 2, 10 y 11 de la LJCA.

2.2. DEFRAUDACIÓN DE LA CONFIANZA LEGÍTIMA DEL LICITADOR

El derecho administrativo reconoce el principio de la confianza en los primeros preceptos de la LPAC. Su función es proteger a los sujetos que ven como su confianza en la obtención o la conservación de una ventaja se frustra legítimamente por otro sujeto.

La protección de la confianza exige la concurrencia de varias circunstancias: en primer lugar, debe existir una actuación concreta capaz de suscitar una confianza objetiva en otro sujeto en que obtendría o mantendría cierta ventaja y, en segundo lugar, esa confianza debe frustrarse necesariamente para actuar conforme a derecho, para ajustarse a nuevas circunstancias o para ejercer legítimamente un derecho.

Por otro lado, el ciudadano debe haber llevado a cabo actuaciones con base en la confianza legítima creada. En esos supuestos, la confianza creada es digna de protección y, en base a ello, se compensará al afectado mediante el abono de una indemnización por los daños vinculados a los actos de disposición que habrían dejado de realizarse (gastos) o que se habrían realizado (costes de oportunidad) de haber sabido desde el principio que no obtendría o mantendría la utilidad.

El eje sobre el que se apoya la responsabilidad por confianza es, entonces, la existencia de una confianza legítimamente protegible. Esto es, no basta con la existencia de una confianza subjetiva de quien en su fuero interno creyó que obtendría o mantendría una ventaja, por lo que repetida confianza debe ser objetivable conforme a un estándar externo de conducta.

Por ello, en el ámbito de la contratación pública habría que diferenciar entre la confianza en la posibilidad de obtener un contrato, la confianza en la adjudicación del contrato, la confianza en el mantenimiento del contrato y la confianza por el respeto por las normas de adjudicación. En todos estos casos, el legislador prevé supuestos indemnizatorios y consecuencias jurídicas diferentes.

2.3. LA FINALIZACIÓN DEL CONTRATO POR VOLUNTAD DE CADA UNA DE LAS PARTES

En este caso, estaríamos ante la situación de un desistimiento o una renuncia por parte del licitador o de la propia administración, lo que conllevaría una serie de consecuencias, las mismas para ambas figuras jurídicas. Aunque es evidente que el concepto jurídico es distinto, pues en el caso de la renuncia se está renunciando al propio derecho. Por el contrario, en el caso del desistimiento, solo se está evitando formalizar un contrato en cuestión, sin renunciar al derecho de poder concurrir a otro procedimiento de licitación que se convoque. Lo que ocurre es que, a efectos prácticos, en un caso y otro y en lo que nos atañe, ambas figuras jurídicas tienen los

mismos efectos: causar baja (de una forma u otra) de un expediente de contratación pública.

Ambas figuras se contemplan en el artículo 152 de la LCSP, en el que se regula en sus distintos puntos una serie de requisitos que son:

- La renuncia o desistimiento solo podrá acordarse por el órgano de contratación antes de la adjudicación.
- Tanto en la renuncia como en el desistimiento se compensará a los candidatos o licitadores por los gastos que hubieran tenido, en la forma que se haya previsto tanto en el anuncio como en los pliegos o, si no, como se prevé en los principios generales que rigen la responsabilidad de la administración.
- Solo podrá acordarse la renuncia por razones de interés público y deberá ser debidamente justificada en el correspondiente expediente de contratación.
- El desistimiento del procedimiento deberá estar fundado en una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras de la adjudicación y también debe justificarse y especificarse la causa concreta en el expediente.

2.3.1. El desistimiento del contrato por parte de la Administración pública

Si por lo anterior no se produjera la formalización del contrato por culpa de la administración, se indemnizarán al contratista los daños y perjuicios que la demora hasta la formalización le hubiera podido ocasionar, ello conforme a lo estipulado en el artículo 153.5 de la LCSP.

2.3.2. La renuncia o desistimiento del contrato por parte del licitador

Los apartados 3 y 4 del artículo 153 de la LCSP prevén que la formalización del contrato para el caso de aquellos expedientes en que no quepa la interposición del recurso especial, deberá efectuarse no más tarde de los quince días hábiles de la notificación de la adjudicación a los licitadores/candidatos, conforme al precepto 151. No obstante, si por causas imputables al adjudicatario no se hubiese podido formalizar el contrato dentro del mencionado plazo, se le exigirá 3 % del importe del presupuesto base de

licitación, sin IVA, que se hará efectivo, en primer lugar, contra la garantía definitiva si se hubiera constituido y el contrato se adjudicará al siguiente concurrente según el orden de clasificación de los posibles adjudicatarios.

2.4. LA ANULACIÓN DE LA LICITACIÓN

Lo previsto en estos casos por parte de la LCSP es que se retrotraigan las actuaciones al momento en que se produjo el acto no deseado, para intentar restablecer la situación con el menor daño posible para el futuro adjudicatario y todos los licitadores. En este caso, se pueden plantear diversas situaciones que se abordan a continuación:

2.4.1. Revisión de Oficio

La regulación de la revisión de oficio se halla en los artículos 102 y ss. de la LPAC. En la fase de preparación de los contratos públicos en el ámbito de la defensa y seguridad, no existen muchas resoluciones de revisión de oficio; sin embargo, sí se da algún caso en la fase adjudicación.

Y, aunque con anterioridad se comentó que está prevista para los casos que se den después de la adjudicación —porque es lo habitual—, eso no quita para que sí se pueda realizar dicha revisión de los actos previos a la adjudicación y del propio acto de adjudicación, siempre que no estemos ante contratos de regulación armonizada, para los cuales, como hemos visto, está previsto el recurso especial, ya que, en el caso de que este se interponga, la resolución del mismo no es revisable de oficio. Pero eso no impide que la administración, antes de la interposición del citado recurso, revise de oficio su actuación.

Así, tenemos que la revisión de oficio de los actos preparatorios y de los actos de adjudicación de los contratos de las administraciones públicas y de los contratos no sujetos a regulación armonizada se efectuará conforme a lo dispuesto en los artículos 112 y ss. de la LPAC.

La revisión oficio es una potestad reglada y la administración se halla obligada a declarar de oficio la nulidad de los contratos, o la lesividad de los mismos, una vez acreditados y comprobados los vicios o motivos de aquella, salvo que entraran en juego los límites establecidos en el artículo 106 de la LPAC.

La revisión de actos nulos, según dispone el artículo 106 de la LPAC, se puede realizar en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud

del interesado y previo dictamen favorable del Consejo de Estado, declarando de oficio la nulidad de los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que hayan sido recurridos en plazo en los supuestos previstos en el artículo 47.1.

En cuanto al plazo para ejercitar dicha acción, cabe indicar que la ley no establece un plazo concreto, si bien habrá de estar a lo dispuesto en el artículo 106, que preceptúa la no posibilidad de revisión de oficio cuando, por prescripción de las acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resultase contrario a la buena fe, la equidad, al derecho de los particulares o a las leyes.

La competencia para declarar la nulidad de los contratos administrativos corresponde indistintamente:

- Al órgano de contratación, cuando se trate de contratos de una administración pública.
- Al titular del departamento, órgano, ente u organismo al que esté adscrita la entidad contratante o al que corresponda su tutela, cuando no tenga carácter de administración pública.
- Al titular del departamento, órgano, ente u organismo que hubiese otorgado la subvención, en el caso de contratos subvencionados.

Contra el acto que acuerde el inicio del procedimiento de revisión no procederá recurso administrativo alguno, puesto que se trata de un simple acto de trámite. No ocurre así; sin embargo, con la negativa a iniciar el procedimiento, toda vez que en este caso estaremos ante un acto de trámite que decide indirectamente sobre el fondo del asunto e impide continuar el procedimiento y que sí es, por tanto, recurrible.

Debe recordarse que el Consejo de Estado ha puesto de manifiesto la necesidad de que, en el expediente que se tramite al efecto, conste expresamente el correspondiente acto de incoación. Asimismo, entre los elementos que deben formar parte del citado expediente, deberán incluirse la realización del trámite de audiencia y la oportuna propuesta de resolución.

Finalmente, resulta fundamental que en el expediente se solicite el dictamen del Consejo de Estado que, como pone de manifiesto el artículo 106.3 de la LPAC, tiene carácter preceptivo y vinculante, de tal modo que el sentido del dictamen determinará el sentido de la resolución que debe poner fin al procedimiento, ya sea confirmatorio de la validez de los contratos objeto de revisión, que los declara nulos de pleno derecho.

El plazo para dictar y notificar la resolución expresa ante una solicitud de revisión es de seis meses (arts. 106 y 107 LPAC). Transcurrido este plazo sin haber recaído resolución expresa, podrá entenderse:

- Desestimada la solicitud por silencio, a los solos efectos de permitir a los interesados la interposición del recurso contencioso, si el procedimiento se hubiera iniciado a instancia de parte.
- Caducado el procedimiento, si se hubiera iniciado de oficio.

A diferencia de lo que ocurre con los recursos e instancias, en el caso de los procedimientos de revisión de oficio, el plazo que la ley marca para la resolución no incluye la obligación de notificación.

El órgano competente para la revisión puede acordar motivadamente la inadmisión a trámite de las solicitudes formuladas en los siguientes casos:

- a) Cuando no se base en alguna de las causas de nulidad del artículo 47.
- b) Cuando carezcan manifiestamente de fundamento.
- c) Cuando ya se hubieran desestimado en cuanto al fondo otras solicitudes sustancialmente iguales.

Cuando se trata de actos anulables declarativos de derechos o favorables para los interesados, la administración no puede revisarlos por sí misma, de oficio, aunque se trate de actos viciados o anulables, esto es, dictados con infracción del ordenamiento jurídico. En estos supuestos, la administración debe limitarse a declararlos lesivos para el interés público y proceder luego a su impugnación ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo.

La LCSP regula esta figura en su precepto 41, al hacer una remisión específica y global a la regulación que hace la LPAC en la revisión de oficio. En cuanto a la regulación de la LCSPDS, volvemos a estar en la misma situación que en los casos anteriores, en el sentido de la remisión que hace a la LCSP.

2.4.2. Interposición de recursos administrativos

La interposición de recurso administrativo supone la interposición de alguno de los recursos regulados en los artículos 112 y ss. de la LPAC al dar por reproducido en este punto lo expuesto anteriormente.

Si mediante la resolución de estos recursos se estima la pretensión del interesado, se verán satisfechos sus derechos e intereses, pero, si se desestima, podrá acudir a la vía judicial.

2.4.3. Responsabilidad patrimonial

La otra posibilidad es la de plantear la reclamación de responsabilidad patrimonial de los artículos 32 y ss. de la LRJSP, con un año de plazo para poder interponerla. Del mismo modo, damos por reproducido lo expuesto en los anteriores epígrafes para este punto.

2.4.4. Pronunciamientos judiciales

La existencia de sentencia judicial supone el efecto de cosa juzgada, lo que impedirá la interposición de otro recurso contencioso y, por supuesto, la interposición de cualquier recurso administrativo, pues también la administración queda vinculada a las resoluciones judiciales²², así como al

²² Disponible en: www.elderecho.com, donde se encuentran diferentes planteamientos, así se expone lo que sigue:

- HUERTA GARICANO, I.:

«[...] La cosa juzgada material es, en definitiva, el principal efecto de las sentencias definitivas y firmes sobre el fondo que impiden iniciar un nuevo proceso con el mismo objeto del que ya fue resuelto en un proceso anterior (efecto negativo de la cosa juzgada) [...]. Los límites de la cosa juzgada son: a) Subjetivos: En principio y de ordinario, para que se produzca el efecto negativo de la cosa juzgada material [...] es preciso que exista una identidad de los sujetos en el proceso, aunque ocupen posiciones procesales distintas [...] b) Objetivo: La cosa juzgada comprende la totalidad de las pretensiones deducidas sobre las que se haya pronunciado la sentencia, extendiéndose a la fundamentación jurídica del fallo; c) La cosa juzgada no afectará a los hechos nuevos que se produzcan con posterioridad al momento procesal en que pudieran ser alegados cuando modifiquen la situación contemplada en la sentencia [...]».

A pesar de jugar en estos casos el efecto de cosa juzgada, debemos también tener en cuenta que existe la posibilidad de plantear nuevos motivos en esta vía contencioso-administrativa:

- MAGIDE HERRERO, M. *et al.* (2010). Crónica legislativa y jurisprudencial; administrativo. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*. 27, p. 134.

«Sentencia del Tribunal Constitucional 25/2010, de 27 de abril; El caso resuelto por esta sentencia traía causa de una reclamación económica-administrativa en la que el interesado no había formulado alegaciones en el correspondiente trámite. Ello motivo la desestimación de su posterior recurso contencioso-administrativo al entenderse que todas las alegaciones de la demanda eran cuestiones nuevas no suscitadas ante la

alcance de la cosa juzgada en el procedimiento contencioso-administrativo (artículo 222 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, de aplicación supletoria al proceso contencioso-administrativo).

3. RESUMEN Y TABLAS DE LAS TUTELAS DE LOS LICITADORES

Una vez analizadas ambas tutelas, tanto la restitutoria como la resarcitoria, se hace un resumen y esquema general de todas las opciones de las que disponen los licitadores a la hora de tutelar sus derechos antes del acto de formalización del contrato:

1. En los casos de actos preparatorios y adjudicación de contratos sujetos a regulación armonizada, determinados tipos de contratos de servicios y de gestión de servicios públicos:
 - a) Si opta por interponer el recurso especial²³ de los artículos 44 y ss. de la LCSP, se darán las siguientes circunstancias:
 - Plazo de quince días hábiles para interponerlo (art. 50.1 LCSP); el cómputo se realiza conforme a lo regulado en el propio artículo 44 de la LCSP.
 - Se suspende la ejecución del acto impugnado.
 - No se pueden interponer los recursos ordinarios al haberse decantado por el recurso especial, de acuerdo con lo regulado en el artículo 44.5 de la LCSP, salvo en los casos en que no exista resolución expresa, que entonces sí tendremos en cuenta la regulación contemplada en la LPAC, a efectos de acudir al contencioso²⁴.

Administración. El Tribunal Constitucional considera que esa es una interpretación rigorista del carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa que vulnera el artículo 24.1 de la Constitución. En este sentido, se declara que, cumplida formalmente la carga procesal de agotar una vía administrativa previa, se abre la posibilidad de plantear en la demanda judicial cuantos motivos procedan, hayan sido alegados o no ante la Administración, tal y como establece el artículo 56.1 de la LJCA. Por ello, el hecho de que no se formularan alegaciones en el trámite administrativo correspondiente no permite al tribunal contencioso-administrativo omitir una respuesta sobre el fondo del asunto [...]».

²³

²⁴ Ver artículos 53 y ss. de la LPAC.

- La resolución corresponde al TCARC y no será susceptible de revisión de oficio (arts. 106 y ss. de la LPAC) por parte del dicho órgano, ni tampoco de impugnación mediante recurso alguno, salvo la vía de la interposición del recurso contencioso-administrativo de los artículos 10.1.k) y l) y 11.1.f) de la LJCA, de acuerdo con lo regulado en el artículo 59.1 de la LCSP. En el supuesto de ser la resolución del TCARC, conocerá en única instancia la Audiencia Nacional y, en el caso de encontrarnos ante una resolución del tribunal administrativo de alguna de las CCAA, donde este tribunal exista, deberemos acudir a la sala de lo contencioso-administrativo del TSJ competente.
- Y sobre la posibilidad de acudir al contencioso mediante el artículo 2.e) de la LCJA, no se podría, en primer lugar, porque contra la resolución del repetido tribunal solo cabe interponer el recurso derivado de dichos artículos y, en segundo lugar, porque tendría lugar el efecto de cosa juzgada.
- En último lugar, se podría activar la vía de reclamación de daños y perjuicios a la administración de los artículos 32 y ss. de la LRJSP (de acuerdo con los arts. 38 y ss. LCSP), para lo cual se tendría un plazo de un año desde que se le notificó al interesado la resolución de impugnar o desde que tuvo conocimiento de ello.

b) Si se interpone recurso contencioso-administrativo (art. 2.b) LJCA):

- El plazo para interponerlo es de dos meses según el artículo 46.1 LJCA.
- En este caso no existe la posibilidad de la revisión de oficio, no existe ningún tipo de recurso ordinario ni administrativo, no se suspende la ejecución del acto impugnado; solo procedería la adopción de medidas cautelares.

2. Interposición de los recursos ordinarios:

- Recursos ordinarios contemplados en los artículos 112 y ss. de la LPAC, el plazo general es el de un mes para interponerlos contra actos expresos.
- Cabe la revisión de oficio de los artículos 106 y ss. de la LPAC, no se contempla plazo.

- También puede proceder la suspensión de la ejecución del acto impugnado del artículo 117 LPAC.
 - Se puede acudir al contencioso por el artículo 2.e) de la LJCA.
 - No se puede acudir al contencioso por el artículo 2.b) de la LJCA desde la resolución por responsabilidad patrimonial, pero sí desde la resolución de los artículos 121 y ss. LPAC, pero se perdería el año de plazo.
3. Posibilidad de interponer la vía de los artículos 32 y ss. de la LRJSP, en un año de plazo.
 4. Opción de acudir a la Comisión: originariamente establecido en materia de contratación por el artículo 3 de la directiva del año 1989 y fundamentado del mismo modo en el artículo 227 del TFUE.

Las opciones a las que habría que atender podrían resumirse en los siguientes cuadros resumen, a saber:

LCSP						
	CARÁCTER	PLAZOS	REVISIÓN DE OFICIO	SUSPENSIÓN DEL ACTO	PLAZO DE RESOLUCIÓN	
RECURSOS EN VÍA ADMINISTRATIVA	Recurso especial	Potestativo	15 días hábiles	No	Sí, automáticamente	5 días hábiles
	Recursos administrativos ordinarios contra los actos expesos	Obligatorio acabar la vía administrativa para acudir al contencioso	1 mes contra actos expesos	Sí	A instancias del licitador	3 meses en alzada o 1 mes en reposición
	Recurso extraordinario de revisión	Potestativo	4 años desde la notificación de la resolución firme o 3 meses en el resto de los casos	Sí	A instancia del licitador	3 meses
	Responsabilidad patrimonial	Potestativa	1 año desde la notificación del acto expreso o desde que tuvo conocimiento el licitador del supuesto daño	Sí	A instancia del licitador	6 meses
	Nulidad (dentro del recurso especial)	-----	-----	-----	-----	-----
RECURSOS EN VÍA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA	Contencioso-administrativo	Potestativo	2 meses	No	En caso de medidas cautelares	10 días hábiles desde que el pleito se declaró concluso

LCSPDS y TRLCSP (derogada)						
	CARÁCTER	PLAZOS	REVISIÓN DE OFICIO	SUSPENSIÓN DEL ACTO	PLAZO DE RESOLUCIÓN	
RECURSOS EN VÍA ADMINISTRATIVA	Recurso especial	Potestativo	15 días hábiles	No	Sí, automáticamente	5 días hábiles
	Recursos administrativos ordinarios contra los actos expresos	Obligatorio acabar la vía administrativa, para acudir al contencioso	1 mes contra actos expresos	Sí	A instancias del licitador	3 meses en alzada o 1 mes en reposición
	Recurso extraordinario de revisión	Potestativo	4 años, desde la notificación de la resolución firme o 3 meses en el resto de los casos	Sí	A instancia del licitador	3 meses
	Responsabilidad patrimonial	Potestativa	1 año, desde la notificación del acto expreso o desde que tuvo conocimiento el licitador del supuesto daño	sí	A instancia del licitador	6 meses
	Nullidad (dentro del recurso especial)	Potestativo	30 días o 6 meses	Sí, cuando estábamos en los casos especiales y los solicitara el licitador	No	5 días hábiles
	Contencioso administrativo	-----	2 meses	No	En caso de medidas cautelares	10 días hábiles desde que el pleito se declaró concluso
RECURSOS EN VÍA ADMINISTRATIVA						

4. CONCLUSIONES

1. En materia de contratos públicos son diversas las situaciones en las que un licitador puede sufrir un daño indemnizable; así, no solo en la fase de preparación de los contratos públicos, sino también por el propio acto de adjudicación del contrato y, por supuesto, tras la adjudicación del mismo en la ejecución del contrato correspondiente.
2. No hay un único cauce procedimental para la exigencia de la indemnización. Hay una variedad de mecanismos según el tipo de supuesto indemnizatorio y según el tipo de procedimiento de contratación.
3. El análisis de estos cauces reaccionales no puede realizarse sin estudiar previamente el sistema de recursos orientados a corregir ilegalidades, toda vez que esos cauces son prioritarios, no solo porque vienen implantados por el derecho europeo, sino también porque van dirigidos a evitar la indemnización y corregir la ilegalidad con anterioridad a la ejecución del contrato (se podría decir que vienen a evitar la ilegalidad desde su raíz), como un modo de conseguir que la actuación ilegal se corrija previamente y de este manera evitar hasta cierto punto la indemnización de los daños y perjuicios. En definitiva, a mayor tutela restitutoria, menor tutela resarcitoria.
4. Existe una diversidad de tipos de recursos según el contrato sea armonizado (o asimilado) o no. Así, tenemos el recurso especial para contratos SARA y casos especiales de contratos de obras y servicios y por otro lado estarían los recursos administrativos ordinarios, para los contratos no SARA. Cada uno de ellos ofrece una dicotomía procedimental, muy diferente no solo en los plazos de interposición de los mismos, sino, también, en la diferencia palpable que existe en los órganos resolutores y por tanto en el procedimiento o plazos que seguir para la obtención de sus resoluciones. También se puede acudir a la Comisión invocando la vulneración del derecho europeo de acuerdo con las directivas.
5. A la vista del derecho europeo, se puede apreciar que ni en la Directiva 2007/66/CE, ni en las actuales 2014/24/UE y 2014/23/UE, se ha establecido que los Estados miembros se hayan de obligar a contemplar un recurso especial cuyo ámbito de aplicación vaya más allá de los contratos SARA (como es el caso de España) y se ha dejado a su criterio acotar el tipo de contratos para los cuales quieran prever la tutela primaria y restitutoria. La cuestión de nulidad asumida en el propio recurso especial de la LCSP no ha eximido de la situación de

inseguridad jurídica general en la que nos encontramos, cuestión que ni el propio legislador europeo ha pretendido zanjar.

6. El recurso especial es de carácter potestativo, por lo que el licitador puede acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa sin agotar previamente la vía administrativa. Todo ello al amparo de la LCSP. Esto, aunque acorta los plazos para resolver el mencionado recurso, parece contradictorio a la vista del agotamiento previo de la vía administrativa antes de acudir al amparo jurisdiccional que exige la LJCA para los recursos ordinarios. Esto marca una cierta diferencia en su naturaleza. Con respecto al plazo para su interposición (quince días hábiles), debía acortarse en procedimientos de necesidad de tramitación urgente, sin que fuera necesaria la declaración de urgencia.
7. La regulación del procedimiento administrativo en la LPAC hacía innecesaria la regulación contenida en un reglamento como el tardío Real Decreto 815/2015, posterior a la publicación de esta ley (aunque esta norma no entrara en vigor hasta el 2 de octubre del 2015). Por otro lado, se debió haber observado la intención del legislador de eliminar la cuestión de nulidad (integrada en el propio recurso especial) de cara a la regulación de la contratación pública y no haber elaborado una regulación específica para ella en este reglamento.
8. De todos los preceptos analizados de la LCSP, se puede comprobar que la única diferencia trascendente y que difiere con el derogado TRLCSP en la tutela de los licitadores es que desaparece la cuestión de nulidad, que ahora se puede plantear dentro del propio recurso especial, que es modificado en los umbrales en los cuales el segmento de precios es más amplio para poder interponer el recurso y que contempla algún supuesto especial en materia de contratos de obra y servicios. También se acota la cuestión de nulidad, dentro del recurso especial, con una remisión a la vigente regulación administrativa, esto es, al procedimiento previsto para la nulidad, anulabilidad y revisión de oficio en la LPAC. No obstante, se debe reseñar que se yerra en no ampliar más aún la posible interposición del recurso especial a los contratos no sometidos a regulación armonizada y esos casos muy concretos que referimos; más si, a lo sumo, el derecho europeo no establece límites para la interposición del recurso especial, de forma que se haya podido regular por cada Estado miembro como estime oportuno (lo único que se requería, por la antigua Directiva 2007/66/CE, era que se previera por cada Estado una tutela para los licitadores antes del acto de adjudicación del contrato).

9. No se ha previsto por parte del legislador europeo ni, menos aún, por el nacional, una adopción más actual en la contratación del sector especial en el ámbito de la defensa y seguridad que se encargue de la revisión y puesta al día de este corpus normativo a la vista de las directivas de cuarta generación para estos contratos. No existe una LCSPDS que contemple toda la regulación de tutela primaria (restitutoria) de los licitadores. De ahí que el núcleo de toda esta regulación se contemple aún hoy en la LCSP.
10. En la responsabilidad por confianza se da básicamente en estos supuestos: la responsabilidad frente al licitador (por renuncia o desistimiento del ente público contratante) y la responsabilidad frente al adjudicatario (ante la anulación del contrato por parte de la Administración [a través de la revisión de oficio o al resolver un recurso administrativo] o de un órgano judicial). En alguno de estos no existe un cauce procedimental para la exigencia de la indemnización, ya que se consideran como meros actos trámites la renuncia, el desistimiento y la revisión de oficio. Solo quedaría la posibilidad de la responsabilidad patrimonial de la LRJSP (que reclama un desarrollo reglamentario); posteriormente a dicha resolución, sí se podría acudir a la vía jurisdiccional contencioso-administrativa. En otros supuestos en que el licitador se encuentre con una resolución administrativa por interposición de recurso administrativo previo, se podrá acudir bien al contencioso o bien al recurso por responsabilidad patrimonial de la LRJSP, que se podría interponer en todo caso.
11. La exigencia de responsabilidad por ilegalidad, en los supuestos en que quepa el recurso especial, no cabrá cuando el procedimiento de contratación no haya acabado y la ilegalidad pueda subsanarse. Esta responsabilidad podrá exigirse, con la interposición del recurso administrativo (ordinario), en los casos en que proceda y, en todo caso, con la interposición del recurso contencioso-administrativo. En todos ellos, el licitador puede exigir solo la anulación y esperar a obtener la resolución anulatoria para presentar la reclamación de indemnización (dentro de un año a contar desde la fecha de la notificación de la resolución anulatoria), conforme a la LRJSP.

BIBLIOGRAFÍA

ARENAS ALEGRÍA, C. C. (2019). Límites a la modificación de contratos en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre de Contratos del Sector

- Público. Análisis de la transposición al ordenamiento español de la Directiva 2014/24/UE. *Revista Vasca de Administración Pública*. 115, pp. 317-341.
- BAÑO DE LEÓN, J. M. (2004). El Contencioso precontractual: las insuficiencias de la tutela jurisdiccional. En: GÓMEZ-FERRER MORANT, R (dir.). *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*. Thomson–Civitas. 2.^a, pp. 329-363.
- BOCANEGRA SIERRA, R. (2016). La renuncia a las concesiones de obra como solución equilibrada en los supuestos de ruptura del equilibrio económico del contrato. En: BAÑO LEÓN, J. M. (coord.). *Memorial para la reforma del Estado: Estudios Homenaje al Profesor Santiago Muñoz*. Vol. 3, pp. 2573-2581.
- CALATAYUD PRATS, I. (2017). Riesgo y efectos de la resolución por incumplimiento del contratista de las concesiones de obra y servicio público: la liquidación del contrato (RPA) y la indemnización de daños y perjuicios. *Revista General de Derecho Administrativo*. 44. Iustel.
- CANTERA CUARTANDO, J. M. (2013). *Análisis Práctico de las Primeras 400 Resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales. Toda su doctrina administrativa*. Madrid, La Ley.
- CÓRDOBA CASTROVERDE, D. (2010). *El alcance de la cosa juzgada en el procedimiento contencioso–administrativo (art. 222 LEC de aplicación supletoria al proceso contencioso–administrativo) comentario* [en línea]. [Consulta: 2024]. Disponible en: <http://www.elderecho.com/administrativo/>.
- COSCULLUELA MONTANER, L. (2004). *Manual de Derecho Administrativo. Parte General*. Madrid, Thomson–Civitas.
- DÍEZ SASTRE, S. (2012). *La Tutela de los licitadores en la adjudicación de contratos públicos*. Madrid, Marcial Pons.
- GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, F. (2011). *Manual de contratación del Sector Público*. 2.^a. Granada, Comares.
- GIMENO FELIÚ, J. M. y BERNAL BLAY, M. A. (2011). *Observatorio de Contratos Públicos 2010*. Zaragoza, Civitas.
- GÓMEZ–ACEBO Y POMBO ABOGADOS. (2010). Cuidado con el Derecho de la Administración a repetir contra el Contratista. *Revista de Estudios Locales*. 135, pp. 145-147.
- GONZÁLEZ DE ZÁRATE LORENTE, R. (2022). *Contratación pública y libre competencia*. Navarra, Aranzadi.

- GONZÁLEZ GARCÍA, J. V. (2006). El contrato de colaboración pública–privada. *Revista de la Administración Pública*. 170, pp. 7-39.
- . (2007). Medios propios de la administración, colaboración interadministrativa, y sometimiento a la normativa comunitaria de contratación. *Revista de la Administración Pública*. 173, pp. 217-237.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J. (2006). *Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas*. 4.^a. Madrid, Thomson-Civitas.
- MADRIGAL ESTEBAN, M. J. y VÉLEZ FRAGA, M. (2011). El nuevo régimen de recursos en el ámbito de la contratación pública. Introducción de un procedimiento abreviado de reclamación de deudas a las administraciones públicas. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*. 28, pp. 94-99.
- MAGIDE HERRERO, M. *et al.* (2010). Crónica legislativa y Jurisprudencial; administrativo. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*. 27.
- MARTÍNEZ–ALONSO CAMPS, J. L. (2017). *El TRLCSP de noviembre de 2016 y la gestión contractual de servicios públicos: análisis de su planteamiento y propuesta alternativa*. Estudios y Comentarios de la página del Instituto Nacional de Administración Pública.
- MEDINA ALCOZ, L. (2005). *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo: aproximación a los efectos resarcitorios de la ilegalidad, la morosidad y la deslealtad desde una visión general del sistema*. Madrid, Thomson–Civitas.
- MORALES MORENO, A. M. (2010). *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*. Madrid, Civitas,.
- MORENO MARROIG, T. (2011). La contratación irregular y sus consecuencias. *Revista de la Contratación Administrativa y de los Contratistas*. 114, pp. 30-45.
- MORENO MOLINA, J. A. (2009). La falta de adecuación de la Ley española de contratos del sector público al Derecho Comunitario Europeo, Agua, territorio, cambio climático y derecho administrativo. *Revista Aragonesa de Administración Pública*. Monografía que recoge las ponencias del XVII Congreso Italo–Español de Profesores de Derecho Administrativo, pp. 337-353.
- . (2010). *La Reforma de la Ley de Contratos del Sector Público en materia de recursos, Análisis de la Ley 34/2010, de 5 agosto*. Madrid, La Ley.
- SANZ GANDASEGUI, F. (2008). *El recurso especial en materia de contratación en la Ley de Contratos del Sector Público*. Escuela de Administración Regional de la Junta de Comunidades de Castilla–La Mancha.

TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA. (2016). *Los efectos jurídicos de las Directivas de Contratación Pública ante el vencimiento del plazo de transposición sin nueva Ley de Contratos del Sector Público.*