



La instrucción del procedimiento del recurso especial en materia de contratación pública

José Enrique Candela Talavero

Doctor en Derecho

Secretario de Administración Local

Extracto

La figura del recurso especial es clave para conseguir el efectivo control a la Administración en sede de contratación pública y facilitar al interesado, licitador, la resolución de su conflicto con esta Administración. Para ello, además de preconizarse como instrumento rápido y eficaz, debe conseguir que cuando el afectado no vea satisfecha su pretensión, se le facilite acudir a la sede contencioso-administrativa o en vía administrativa mediante el acceso al recurso especial, porque debe encontrar una garantía fuerte y eficaz frente a posibles actos irregulares, que se logra si se es ágil en la resolución, evitándose estrategias procesales que impidan esa eficacia reclamada desde Europa.

Palabras clave: recurso especial; instrucción; control; contratos; procedimiento.

Fecha de entrada: 23-09-2019 / Fecha de aceptación: 25-10-2019

Cómo citar: Candela Talavero, J. E. (2020). La instrucción del procedimiento del recurso especial en materia de contratación pública. *Revista CEFLegal*, 231, 77-112.



The instruction of the special appeal procedure in public contracting

José Enrique Candela Talavero

Abstract

The figure of the special resource is key to get the effective control of the Administration in public procurement headquarters and facilitate the interested party, tenderer, the resolution of their conflict with this Administration. For this, in addition to being recommended as a quick and efficient instrument, it must be ensured that when the affected party does not see his or her claim satisfied, it is facilitated to go to the administrative-administrative headquarters or through administrative means by accessing the special resource because they must find a strong and effective guarantee against possible irregular acts, which is achieved if it is agile in the resolution avoiding procedural strategies that prevent that claimed effectiveness from Europe.

Keywords: special resource; instruction; control; contracts; procedure.

Citation: Candela Talavero, J. E. (2020). La instrucción del procedimiento del recurso especial en materia de contratación pública. *Revista CEFLegal*, 231, 77-112.





Sumario

1. Introducción
 2. Tramitación
 - 2.1. Remisión del expediente
 - 2.2. Puesta de manifiesto del expediente y alegaciones
 - 2.3. La prueba
 3. Terminación del procedimiento
 - 3.1. Formas anormales de terminación del procedimiento
 - 3.1.1. Allanamiento
 - 3.1.2. Desistimiento y la satisfacción extraprocedimental
 - 3.1.3. Imposibilidad
 - 3.2. Forma normal de terminación del procedimiento
 - 3.2.1. La resolución
 - 3.2.1.1. Congruencia y motivación
 - 3.2.1.2. El plazo
 - 3.2.1.3. Sentido de la resolución: su contenido
 4. Ejecución y actos posteriores a la resolución
 - 4.1. Recurso contencioso-administrativo
 - 4.2. La revisión de oficio en el recurso especial
 - 4.3. Recursos administrativos
 5. Conclusiones
- Referencias bibliográficas

Nota: Este trabajo forma parte de la tesis doctoral con el título «El recurso especial en materia de contratación: instrumento de protección al licitador y mecanismo de vigilancia a la Administración en la contratación pública», defendida en la Facultad de Ciencias Sociales de Cuenca de la Universidad de Castilla-La Mancha, el 12 de junio de 2019.



1. Introducción

Nuestro sistema de contratación pública dispone de un mecanismo de control, como es el recurso especial, como mecanismo protector que ofrece nuestro ordenamiento jurídico, que no significa, empero, que sirva a cualquier precio y que cualquier funcionamiento material y orgánico del mismo sea válido, sino que en función de la interpretación jurisprudencial, y analizados sus efectos prácticos, deberá reafirmarse cada año su eficacia y valoración. De hecho, será capital para su plena validez lograr la independencia del órgano encargado de la resolución del recurso, así como la profesionalidad de sus miembros.

Recurso especial con una proyección protectora de los derechos de los licitadores y que salvaguarda el procedimiento para su realización eficaz, resultando ser un sector administrativo donde, estando presente la discrecionalidad de la Administración, de la que disfruta para poder fijar «los criterios que han de servir para valorar las ofertas presentadas por los que concurren a la licitación así como en la determinación de la puntuación atribuible a cada uno de aquellos», pero como afirmaron las SSTs de 28 de junio de 2004 y 24 de enero de 2006, «no acontece lo propio con la asignación particularizada a cada uno de los concursantes a la vista de la documentación presentada. En esta segunda fase la administración debe respetar absolutamente las reglas que ella estableció en el correspondiente pliego. Es incontestable que en materia de concursos el pliego de condiciones se constituye en la ley del concurso». Para esa eficacia apuntada se regula la instrucción de un procedimiento del recurso especial, con particularidades en las que se pretende hacer realidad una protección efectiva y una defensa de la legalidad contractual conforme a nuestro sistema incorporado por tener este medio de control un origen comunitario.

2. Tramitación

2.1. Remisión del expediente

En primer lugar, saber de la remisión general del procedimiento para tramitar los recursos especiales en materia de contratación pública, para regirse por las disposiciones de la Ley 39/2015 (Palomar Olmeda, 2017 y Gutiérrez Colomina, 2017), por lo que comienza la

instrucción del procedimiento en los términos del artículo 56 del LCSP 2017 con las especialidades siguientes:

2. Interpuesto el recurso, el órgano competente para la resolución del recurso lo notificará en el mismo día al órgano de contratación con remisión de la copia del escrito de interposición y reclamará el expediente de contratación a la entidad, órgano o servicio que lo hubiese tramitado, quien deberá remitirlo dentro de los dos días hábiles siguientes acompañado del correspondiente informe. Si el recurso se hubiera interpuesto ante el órgano de contratación autor del acto impugnado, este deberá remitirlo al órgano competente para la resolución del recurso dentro de los dos días hábiles siguientes a su recepción acompañado del expediente administrativo y del informe a que se refiere el párrafo anterior.

Este envío del expediente será:

Por medio electrónicos siempre que sea posible, deberá ir acompañado de un índice de los documentos que contenga, una relación de los participantes en la licitación con su número de identificación fiscal. En el caso de las uniones temporales de empresas se incluirán los números de identificación fiscal correspondientes a cada una de las entidades que, en su momento, la hayan de constituir. En el expediente se incluirán los documentos declarados confidenciales por los licitadores haciendo constar su carácter confidencial en el índice y en el lugar del expediente donde se encuentren dichos documentos.

3. Cuando, a juicio del Tribunal, la documentación recibida se encuentre incompleta o se hayan omitido antecedentes relevantes para la resolución del asunto, requerirá al órgano o entidad autor del acto impugnado para que complete el expediente en el plazo de los dos días hábiles siguientes (art. 28.1, 2 y 3 RD 814/2015).

Corroborado por el actual artículo 54 de la LCSP 2017 al reconocer que «las comunicaciones y el intercambio de documentación entre los órganos competentes para la resolución de los recursos, los órganos de contratación y los interesados en el procedimiento se harán por medios electrónicos», así como también por la disposición adicional decimosexta de la LCSP 2017, que prevé el uso de medios electrónicos, informáticos y telemáticos¹.

Expediente que de no ser correctamente enviado por el órgano de contratación al tribunal, y tras serle de nuevo requerido, será comunicado al recurrente a efectos de alegacio-

¹ Contratación electrónica sobre la que saber de normas, como el Decreto 28/2018, de 15 de mayo, de Castilla-La Mancha por el que se regula la contratación electrónica en el sector público regional. (DO-CLM de 21 de mayo de 2018) o el Decreto 1/2018, de 10 de enero, por el que se regula la prestación del servicio en la modalidad no presencial, mediante la fórmula del teletrabajo, en la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura. (DOE 15 de enero de 2018). (Cotino Hueso, 2007).

nes y podrá generar la responsabilidad que proceda, como delimita la disposición adicional vigésima octava de la LCSP 2017 reguladora de la responsabilidad de las autoridades y del personal al servicio de las Administraciones públicas (art. 28.5 RD 814/2015).

Por lo que hace a la referencia al informe que acompaña el envío del expediente, deberá describir la tramitación del mismo, así como analizar jurídicamente las alegaciones adecuadas tanto respecto de las medidas provisionales solicitadas como respecto del fondo de la cuestión planteada (art. 28.4 RD 814/2015). Es decir, no se limitará a exponer actuaciones realizadas hasta la fecha, sino que, considerando el principio de contradicción, deberá manifestarse sobre aspectos tales como la admisibilidad del recurso, la legitimación de los recurrentes, las medidas solicitadas y el fondo del asunto, debiendo albergar la razón y motivación de los actos y decisiones debatidas en el propio recurso (Resolución n.º 116/2018, de 5 de diciembre, del TARCCYL). Informe preceptivo al recurso especial que acompaña al expediente de contratación (art. 56.2 LCSP 2017), sobre el que se ha pronunciado el TACPA en diversas ocasiones (Acuerdo n.º 34/2015, de 18 de marzo, siguiendo los acuerdos n.º 12/2012, n.º 48/2012 y n.º 8/2014) en el sentido de que

debe contener la razón y motivación de las decisiones sobre las cuestiones debatidas en el mismo; pues, lo contrario supone una cierta falta de diligencia, contraria a las prácticas exigibles del derecho a una buena administración. Y que un informe es un documento administrativo (de juicio u opinión) que, por definición, contiene una declaración emitida por el órgano designado en la ley, sobre las cuestiones de hecho o derecho que son objeto de un procedimiento (en este caso el recurso especial en materia de contratación). La finalidad del informe es proporcionar al tribunal datos, valoraciones y opiniones precisos, para la formación de su voluntad y la adopción de sus acuerdos o resoluciones, y no puede limitarse, como ocurre en el presente caso, a una mera descripción o enumeración correlativa de las fechas en que se han producido las distintas actuaciones en el procedimiento licitatorio, y a la afirmación de que se mantiene la puntuación asignada a la recurrente por el motivo que acaba de reproducirse, sin mayor fundamentación.

Y sin perjuicio, y conectado con la práctica de la prueba es, como recordara Santiago Fernández (2018, pp. 678), la posibilidad del tribunal de solicitar asesoramiento técnico en las cuestiones de trascendencia para la resolución, y que no quedaran claras en el informe del órgano de contratación. Asesoramiento con voz y sin voto, no previsto en la LCSP 2017 pero sí para el Tribunal de Contratos de Andalucía en el Decreto 332/2011 (art. 8.4).

2.2. Puesta de manifiesto del expediente y alegaciones

Sin perjuicio de lo dispuesto respecto al acceso al expediente por parte del recurrente (art. 52) se establece en el artículo 56.3 de la LCSP 2017 que:

Dentro de los cinco días hábiles siguientes a la interposición, el órgano competente para la resolución del recurso dará traslado del mismo a los restantes interesados, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, que deberán presentarse necesariamente, en el registro del órgano competente para la resolución del recurso.

De forma simultánea a este trámite, decidirá, en el plazo de cinco días hábiles, acerca de las medidas cautelares, si se hubiese solicitado la adopción de alguna en el escrito de interposición del recurso o se hubiera procedido a la acumulación, en el caso de que la solicitud de tales medidas se hubiera realizado con anterioridad a la presentación del recurso.

Asimismo en este plazo, resolverá, en su caso, sobre si procede o no el mantenimiento de la suspensión automática prevista en el artículo 53, entendiéndose vigente esta en tanto no se dicte resolución expresa acordando el levantamiento. Si las medidas cautelares se hubieran solicitado después de la interposición del recurso, el órgano competente resolverá sobre ellas en los términos previstos en el párrafo anterior sin suspender el procedimiento principal. En todo caso, las medidas cautelares podrán acordarse de oficio por el órgano competente en cualquier fase del procedimiento dando audiencia sobre ello al órgano de contratación autor del acto impugnado, por plazo de dos días.

Pero debiendo el órgano competente para la resolución del recurso

en todo caso, garantizar la confidencialidad y el derecho a la protección de los secretos comerciales en relación con la información contenida en el expediente de contratación, sin perjuicio de que pueda conocer y tomar en consideración dicha información a la hora de resolver. Corresponderá a dicho órgano resolver acerca de cómo garantizar la confidencialidad y el secreto de la información que obre en el expediente de contratación, sin que por ello, resulten perjudicados los derechos de los demás interesados a la protección jurídica efectiva y al derecho de defensa en el procedimiento (art. 56.5 LCSP 2017).

De manera que recibido el expediente

los interesados podrán tomar cuantas notas necesiten para formular sus alegaciones y solicitar copia o certificado de aquellos documentos contenidos en el expediente que sean indispensables para ejercer su derecho de defensa, que se expedirán por la Secretaría siempre que los medios disponibles lo permitan y no se vea afectada la eficacia del funcionamiento de los servicios públicos. La Secretaría no estará obligada a aceptar ninguna solicitud genérica respecto de la expedición de copias (art. 29.2 RD 814/2015).

Trámite de acceso al expediente cuya doctrina interpretativa queda expuesta en la Resolución n.º 1014/2017 del TACRC, para procurar que quede equilibrada la confidencia-

lidad de las ofertas y el derecho de acceso a la información (STJCE de 14 de febrero de 2008), remitiéndose a su Resolución n.º 19/2016, para identificar «qué concreto derecho o interés legítimo del adjudicatario puede verse comprometido por el acceso al expediente y explicando en qué medida la naturaleza de los datos contenidos en el expediente han de ser protegidos del conocimiento por otro licitador». Así, la obligación de confidencialidad no puede ser tan genérica que afecte a la totalidad de la oferta realizada por el adjudicatario (Resolución n.º 592/2014), pues al denegar el acceso podrán incurrir, de no respetar los supuestos de denegación, en fraude de ley (Resolución n.º 45/2013, de 30 de enero). En cualquier caso, señalar el criterio favorable a reconocer la obligación de dar vista del expediente a los licitadores si así lo solicitan, sentado por el TACPMad (Resolución n.º 52/2011) y por el TACPA (Resolución n.º 5/2011 y Acuerdo n.º 20/2012).

Sobre la confidencialidad (Bassols Coma, 2010, pp. 103-104) y la extensión del derecho o denegación de acceso al expediente se sentó la siguiente doctrina. Para ser confidenciales las ofertas se precisa que el licitador señale qué documentación tiene carácter confidencial y lo justifique suficientemente: Resolución n.º 58/2018, de 19 de enero del TACRC, así como por el OARC en su Resolución n.º 010/2018, de 23 de enero, siguiendo el criterio de la Resolución n.º 196/2016 del TACRC y del Acuerdo n.º 106/2015 del TACPMad, que entendió correcta la denegación de acceso a la documentación por contener

datos sobre costes directos e indirectos, que no son de acceso general y cuyo conocimiento por los competidores comerciales puede perjudicar intereses empresariales legítimos y la leal competencia. Esta observación es una ponderación adecuada de la tensión entre el derecho a la confidencialidad y el de acceso al expediente, ya que el conocimiento de la citada información permite seguir el proceso interno de toma de decisiones empresariales fundamentales y, en especial, de elaboración de la oferta; a ello debe añadirse que, como señala la adjudicataria impugnada, también constan datos de las relaciones contractuales con proveedores, igualmente sensibles a estos efectos.

Denegación también acordada cuando estemos ante una petición abusiva y que solo pretenda paralizar o ralentizar el procedimiento. Fue este el acuerdo adoptado por la Resolución n.º 072/2016, de 15 de junio del OARC, pues

el deber de transparencia para con los licitadores que obliga al poder adjudicador debe corresponderse con una diligencia mínima de estos en el ejercicio de su derecho; en el supuesto analizado la segunda solicitud de acceso, cuya denegación es la que permite una nueva solicitud, esta vez ante este OARC, se fundamenta en la necesidad de que la documentación sea examinada por una persona concreta que no acudió a la primera revisión.

Por su parte en la Resolución n.º 130/2015 del OARC ya se señaló que el correcto ejercicio del derecho de acceso al expediente requiere una

diligencia adecuada para el correcto ejercicio de su derecho de acceso, diligencia que la jurisprudencia europea considera exigible a quien se quiere beneficiar de la obligación de transparencia en el procedimiento (STJUE de 18/10/2001, asunto C-19/00, de 24/11/2005, asunto C-331/04, y de 12/11/2009, asunto C-199/07), [incluyendo la puesta a disposición de la tarea de revisión de] medios humanos suficientes en cantidad y adecuación técnica, cuya disponibilidad se le supone por el hecho de aspirar a obtener la adjudicación. Dado que el recurrente no fue lo bastante diligente como para organizar sus recursos humanos de modo que la revisión fuera satisfactoria para sus intereses y que no se alegó otro motivo para el nuevo acceso distinto de la ausencia en el primero de una persona concreta, motivo imputable en exclusiva al citado recurrente, este OARC concluye que la denegación fue adecuada.

Confidencialidad que no se debe guardar cuando solicitados documentos acreditativos de la solvencia técnica por su vinculación a secretos técnicos o comerciales. Según el TACRC (resoluciones n.º 393/2016 y n.º 916/2015) manifestara,

es criterio de este Tribunal el que aquella tampoco, al menos en principio, cabe sustraerla al conocimiento de los interesados que concurrieron al procedimiento de licitación. Desde luego, ello es evidente cuando se trata de trabajos que hayan tenido como destinatarias a Administraciones públicas o a otras entidades comprendidas en el ámbito de aplicación del TRLCSP, pues, aunque se pueda restringir la difusión de información relativa a la adjudicación, ello no afecta nunca al sentido en que aquella se ha dictado, esto es, a la identidad del adjudicatario, que debe ser siempre publicada, al margen, huelga decir, de los casos excepcionales comprendidos en la legislación de secretos oficiales (resolución n.º 096/2015, de 24 de agosto de 2016, FD 9.º).

No obstante, solicitado por el recurrente la vista del expediente según prevé el artículo 16 del Real Decreto 814/2015, si obtiene la negativa por respuesta del órgano de contratación, reconoce el artículo 29.3 del Real Decreto 814/2015 que:

El Tribunal, a la vista de lo alegado en el escrito de interposición y del informe del órgano de contratación, podrá conceder al recurrente el acceso al expediente de contratación en sus oficinas, con carácter previo al trámite de alegaciones, y por plazo de cinco días hábiles, para que proceda a completar su recurso, concediendo en este supuesto un plazo de dos días hábiles al órgano de contratación para que emita el informe correspondiente y cinco días hábiles a los restantes interesados comparecidos en el procedimiento para que efectúen alegaciones.

Trámite este que no puede perder de vista que si el artículo 52 de la LCSP 2017 regula el régimen de acceso al expediente de contratación, precisa que el incumplimiento por el órgano de contratación del régimen de acceso al expediente no eximirá a los interesados de la obligación de interponer el recurso especial dentro del plazo (resoluciones n.º 166/2012, de 3 de agosto y n.º 1150/2015, de 18 de diciembre del TACRC), concluyendo la Resolución n.º 73/2016, de 29 de enero del TACRC, que el plazo de interposición no se suspende

ni por la petición de acceso al expediente ni por el hecho de que dicho acceso no se facilite temporáneamente por el órgano de contratación, aunque sin perjuicio de la posibilidad de hacer uso del trámite al que se refiere el artículo 29.3 del Real Decreto 814/2015.

En todo caso, las medidas cautelares podrán acordarse de oficio por el órgano competente en cualquier fase del procedimiento, dando audiencia sobre ello al órgano de contratación autor del acto impugnado, por plazo de dos días.

Acceso a expediente que supone 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.

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

3. El incumplimiento de las previsiones contenidas en el apartado 1 anterior no eximirá a los interesados de la obligación de interponer el recurso especial dentro del plazo legalmente establecido. Ello no obstante, el citado incumplimiento podrá ser alegado por el recurrente en su recurso, en cuyo caso el órgano competente para resolverlo deberá conceder al recurrente el acceso al expediente de contratación en sus oficinas por plazo de diez días, con carácter previo al trámite de alegaciones, para que proceda a completar su recurso. En este supuesto concederá un plazo de dos días hábiles al órgano de contratación para que emita el informe correspondiente y cinco días hábiles a los restantes interesados para que efectúen las alegaciones que tuvieran por conveniente (art. 52 LCSP 2017).

Recordar asimismo el Informe n.º 72/11, de 1 de marzo de 2012, relativo a la recomendación de la JCCA a los órganos de contratación para la interpretación correcta de la Directiva 2007/66/CE y la norma d) de la disposición transitoria séptima del TRLCSP, tras la decisión de los Servicios de la Comisión Europea, Dirección General de Mercado Interior y Servicios, al dirigirse a las autoridades españolas exponiendo la necesidad de clarificar que ante la inexistencia de órgano independiente en una comunidad autónoma o de convenio atribuyendo el conocimiento del recurso especial al TACRC los recursos contra los actos de adjudicación que se plantean ante los tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa tienen carácter suspensivo de celebración del contrato hasta que dicha jurisdicción se haya pronunciado sobre el fondo o sobre las medidas provisionales.

Sobre los efectos de la suspensión consecuente con la interposición del recurso especial, según el Informe n.º 58/11, de 1 de marzo de 2012 de la JCCA, resultó procedente el

mantenimiento de la medida cautelar de suspensión del procedimiento, con amparo en la disposición transitoria segunda, apartado d) de la Ley 34/2010, de 5 de agosto, (disposición transitoria séptima, d/ del TRLCSP), una vez resuelto el recurso especial en materia de contratación frente al acuerdo del Pleno del Ayuntamiento que resolvió la adjudicación definitiva del contrato, hasta que dicho acuerdo devenga firme o la medida sea expresamente levantada por el órgano judicial correspondiente, quedando con ello en suspenso la formalización del contrato y el inicio de las prestaciones.

Así se encargó de remarcarlo la Resolución n.º 878/2014 de 28 de noviembre del TACRC al resolver que este recurso administrativo especial en materia de contratación:

No suspende el procedimiento de contratación de manera automática sino a instancia del recurrente, salvo que el recurso se interponga contra los acuerdos de adjudicación, en cuyo caso la suspensión será automática con la interposición del recurso, y sin perjuicio de que en el plazo de cinco días el Tribunal acuerde mantener o levantar la medida.

A los efectos de las alegaciones, si el objeto del recurso fue la adjudicación por falta de motivación, saber que la adjudicación se entenderá motivada de forma adecuada si al menos contiene la información que permita al licitador interponer el recurso en forma suficientemente fundamentada. Caso contrario, se le estaría privando de los elementos necesarios para configurar un recurso eficaz y útil, produciéndole indefensión (Resolución n.º 103/2012, de 9 de mayo del TACRC). Exigiéndose motivos de hechos y de derecho sucintos siempre que sean suficientes (STC n.º 37/1982, de 16 de junio y SSTS de 9 de junio de 1986, 31 de octubre de 1995, 20 de enero de 1998, 11 y 13 de febrero de 1998, 9 de marzo de 1998, 25 de mayo de 1998, 15 de junio de 1998, 19 de febrero de 1999, 5 de mayo de 1999 y 13 de enero de 2000). De manera que invocándose indefensión por haberse puesto de manifiesto el expediente con cinco días antes del vencimiento del plazo para la interposición del recurso «por aplicación de los principios de publicidad y transparencia, se exige que el acceso a los documentos que obran en el expediente sea la regla general y la salvaguarda de la confidencialidad de los datos contenidos en las ofertas la excepción» (Resolución n.º 689/2014, de 23 de septiembre del TACRC).

2.3. La prueba

Acerca de los medios de prueba el artículo 56.4 de la LCSP2017 reconoce que:

Los hechos relevantes para la decisión del recurso podrán acreditarse por cualquier medio de prueba admisible en Derecho. Cuando los interesados lo soliciten o el órgano encargado de la resolución del recurso no tenga por ciertos los hechos alegados por los interesados o la naturaleza del procedimiento lo exija, podrá acordarse la apertura del período de prueba por plazo de diez días hábiles, a fin de que puedan practicarse cuantas juzgue pertinentes.

El órgano competente para la resolución del recurso podrá rechazar las pruebas propuestas por los interesados cuando sean manifiestamente improcedentes o innecesarias, mediante resolución motivada.

La práctica de las pruebas se anunciará con antelación suficiente a los interesados.

Práctica de la prueba que se desarrolla con la regulación del artículo 30 del Real Decreto 814/2015, solicitándose en el escrito de interposición del recurso, si la insta el recurrente, en el de alegaciones, si es cualquiera de los restantes interesados, y en el informe remitido acompañando al expediente de contratación, si es el órgano autor del acto recurrido, debiendo identificarse los extremos sobre los que debe versar y la persona o personas propuestas para practicarla, corriendo con los gastos derivados de su práctica quien la solicite y contra cuya decisión no cabrá recurso alguno, sin perjuicio de que en el recurso contencioso-administrativo se aduzca su denegación.

En cualquier caso, el propio tribunal de oficio o a instancia de parte y antes de la resolución podrá acordar la práctica de la prueba, en cuyo caso será notificada a los interesados en el recurso dentro del plazo de cinco días hábiles a partir de la fecha en que el tribunal acuerde la apertura del período de prueba, indicando, en su caso, el lugar, la fecha y la hora de su práctica.

En materia de acreditación de extremos en esta fase de prueba, disponiendo el órgano encargado de la resolución del recurso de discrecionalidad técnica, son los informes técnicos los que examinarán si los licitadores cumplen las exigencias del pliego de prescripciones técnicas, toda vez que el tribunal «carece de elementos de juicio para sustituir aquella, sin perjuicio de poder supervisar los errores o infracciones manifiestos del ordenamiento jurídico en que los técnicos hayan podido incurrir» (resoluciones n.º 177/2014 de 28 de febrero, n.º 230/2015, de 13 de marzo, y n.º 52/2015 del TACRC). Y en caso de no constar informe técnico de contradicción, si el interesado no solicita prueba y presenta informes técnicos detallados de la Administración demandada que discutan razonadamente las tesis técnicas de la empresa recurrente, se resolverá decaer el motivo del recurso (Resolución n.º 1107/2017, 24 de noviembre del TACRC).

3. Terminación del procedimiento

3.1. Formas anormales de terminación del procedimiento

3.1.1. Allanamiento

El allanamiento como forma anormal de terminación del procedimiento es admitida en relación con el procedimiento del recurso especial (González Pérez, 1958, pp. 89-94, y Ro-

drigo Moreno, 1983, pp. 679-692) a la luz de la regulación de la jurisdicción contencioso-administrativa, que lo reconoce como otros modos de terminación del procedimiento en el artículo 75 de la LJCA, pudiendo considerar la postura favorable al mismo si así aparece en el informe a la pretensión del órgano de contratación, cuando interpuesto ante él, lo remite al órgano encargado de resolverlo acompañado del expediente administrativo y de aquel informe.

Fue el caso aplicable a la institución del allanamiento, ante reconocimiento de la pretensión de la recurrente efectuada por la Administración, en la Resolución n.º 089/2014, de 5 de febrero del TACRC, una vez comprobado técnicamente por la Administración que su valoración fue errónea. Haciendo una remisión a lo manifestado en las resoluciones n.º 295/2012 y n.º 104/2013 del TACRC cuando asimiló ese reconocimiento al allanamiento de la Administración en el proceso contencioso-administrativo, con la salvedad de que no suponga infracción manifiesta del ordenamiento jurídico. Infracción relacionada a los supuestos en los que la infracción surge o se aprecia fácilmente, *prima facie*, sin necesidad de exégesis (STSJ de Navarra de 17 de julio de 2009) y no requiere de «interpretación jurídica o exigencia de esfuerzo dialéctico» (STSJ de Canarias de 29 de julio de 2005) (Resolución n.º 295/2012 del TACRC).

Además advertir que será innecesario que proceda el tribunal encargado de la resolución del recurso a entrar a analizar las alegaciones de las partes una vez que «se ha manifestado el reconocimiento o aceptación por parte del órgano de contratación de la mayoría de alegatos de la recurrente, y ello aun cuando tal aceptación –parcial– de los motivos del recurso haya ido precedida en algún caso de la propia apreciación técnica de dicho órgano en justificación de las previsiones contenidas en el PCAP. Al respecto, debe considerarse tal reconocimiento por parte del órgano de contratación como un allanamiento a las pretensiones del recurso, y al no existir una regulación de esta figura en nuestro ordenamiento jurídico administrativo ni contractual, hemos de acudir al artículo 75.2 de la LJCA. Resolviendo, con base en este precepto que

de cuestiones eminentemente técnicas las que suscitan la presente controversia, no existen razones jurídicas para considerar que tal reconocimiento o allanamiento del órgano de contratación pueda constituir una infracción del ordenamiento jurídico, por lo que procede estimar el recurso en todos aquellos aspectos donde el citado órgano muestra su conformidad con la pretensión actora (Resolución n.º 252/2017, de 21 de noviembre del TARCAAnd).

En todo caso, lo que debe impedirse es que el allanamiento provoque «cualquier notorio fraude a los intereses públicos o lesión por "contrarius actus" de derechos subjetivos de terceros» (STS de 6 de febrero de 1980). En términos similares la Resolución n.º 590/2015, de 19 de junio del TACRC, que aunque no se contemplara el allanamiento en la regulación de contratos públicos, pues el artículo 47.2 del TRLCSP solo prevé que en su resolución el tribunal deberá «decidir motivadamente cuantas cuestiones se hubiesen planteado», resul-

ta aplicable en estos procedimientos la regulación del allanamiento en la LJCA (resoluciones n.º 104/2013, n.º 105/2015, de 30 de enero y n.º 7/2016, de 12 de enero del TACRC).

Asimismo, quedará asimilada la figura del allanamiento del órgano de contratación al allanamiento de la Administración en el proceso contencioso-administrativo previsto en el artículo 75 de la LJCA (resoluciones n.º 295/2012 y n.º 104/2013 del TACRC), que habilitó a ser admitida en la Resolución n.º 938/2014 de 18 de diciembre del TACRC, pues el órgano de contratación reconoció que la empresa recurrente fue indebidamente excluida, tratándose de una cuestión objetiva que no requiere un análisis jurídico y que no resulta contraria a los intereses públicos, por lo que no apreció infracción del ordenamiento jurídico.

3.1.2. Desistimiento y la satisfacción extraprocedimental

La terminación anormal también puede ocurrir por satisfacción extraprocedimental de las pretensiones del actor (art. 76 LJCA), es decir, por reconocimiento de la pretensión en vía administrativa, de manera que, vista la impugnación de un acto, la propia Administración acceda a lo pedido por el recurrente y lo anule o modifique (sin necesidad de proceder a su revisión de oficio).

Producida por falta sobrevenida de objeto del recurso, fue aplicada en la Resolución n.º 845/2016, de 21 de octubre, del TACRC (FD 5.º), toda vez que el recurso n.º 822/2016 quedó sin objeto, ya que la adjudicación en él realizada fue sustituida por la recurrida en el recurso n.º 893/2016, precisamente como consecuencia de haberse acogido por el órgano de contratación las alegaciones de la recurrente en su recurso n.º 822, resultando una actuación que no infringió el ordenamiento jurídico, sino que se acomodó a la motivación de la adjudicación y su notificación (Resoluciones n.º 340/2015, n.º 148/2014, n.º 274/2016 y n.º 740/2016 del TACRC). Desistimiento por el órgano de contratación como forma anormal de terminación del procedimiento, que hace desaparecer el objeto del recurso (Resolución n.º 48/2018, de 21 de marzo, FD 2.º, del TACPCan y Resolución n.º 246/2018 de 7 de septiembre, del TARCAnd), que supone la imposibilidad material de continuar el procedimiento de recurso por causas sobrevenidas, prevista en el artículo 84.2 de la Ley 39/2015 y que impide entrar a analizar los requisitos de admisión y los motivos de fondo.

La renuncia y el desistimiento como forma anormal de terminación del procedimiento de licitación por falta de objeto, que se prevé en el artículo 152 de la LCSP 2017 y el artículo 22 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, afectará al expediente en sí (y por ende a todos los actos y acuerdos adoptados en el mismo antes de la adjudicación) e «implica que cualesquiera que sean los documentos o acuerdos impugnados, así como las causas o motivos de impugnación, el objeto del recurso ha desaparecido por lo que no despliega efecto alguno, llevando aparejada la consecuencia de la inadmisión del recurso interpuesto contra el mismo» (Resolución n.º 934/2014, de 18 de diciembre del TACRC y Resolución n.º 103/2017, de 28 de agosto de 2018 del OARC).

Cuáles sean los requisitos y condiciones a observar para adoptar un desistimiento por la Administración de un procedimiento de adjudicación fue puesto de relieve por la JCCA de Galicia en su Informe n.º 6/2016, de 29 de septiembre. De él extraemos estas notas clarificadoras que uniremos a los pronunciamientos que sobre esta forma de terminación han surgido del TACRC. Así, se trata de la forma de finalización unilateral del procedimiento de contratación, adoptada antes de la adjudicación del contrato, y que debe fundarse en la concurrencia de una infracción no enmendable o subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación, tomada para velar la consecución de un interés público de manera motivada y que deberá respetar el principio de la audiencia previa a los licitadores participantes. Audiencia previa que se deduce del criterio ofrecido por la Audiencia Nacional en su Sentencia 5/2016, de 21 de diciembre de 2015, que aunque se refería a un supuesto de renuncia de un contrato, su argumentación es aplicable a los requisitos a respetar en el acuerdo de desistimiento, y finalmente deberán ser explicitadas y puesta en conocimiento las razones a los licitadores (Sentencia de 11 de diciembre de 2014, la Corte Europea de Justicia (Sala Quinta) en el asunto 440/2013).

Ahora bien, no provocará indefensión de ningún tipo a los recurrentes, toda vez que el propio acuerdo de desistimiento es susceptible de impugnación y que además no impide iniciar, como así se establece en el artículo 125.4 del LCSP 2017, un nuevo procedimiento de licitación, cuyos documentos y acuerdos serán susceptibles igualmente de impugnación, incluidos los pliegos de cláusulas, por los mismos u otros motivos diferentes (Resoluciones n.º 934/2014, de 18 de diciembre y n.º 157/2016, de 19 de febrero del TACRC). Admitida esta forma de terminación «a la vista de una circunstancia posterior a la interposición de los presentes recursos especiales en materia de contratación, puede concluirse que el objeto de los recursos ha desaparecido dado que el órgano de contratación ha desistido de la licitación», aunque no se emplearan los términos de «desistimiento», si bien sus efectos son idénticos, dado el abandono del anterior procedimiento (Resolución n.º 40/2017 de 20 de enero del TACRC).

Por tanto, aún no prevista en el TRLCSP para aplicar la figura de desistimiento, es doctrina consolidada (resoluciones n.º 1092/2016, de 22 de diciembre; n.º 51/2017, de 20 de enero; n.º 429/2017, de 12 de mayo; n.º 318/2017, de 31 de marzo, y n.º 370/2017, de 21 de abril, del TACRC) que el recurrente pueda desistir decretándose el archivo del expediente por aplicación de lo dispuesto en el artículo 94.1 de la Ley 39/2015 de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, a resultas de la cual, y aplicando el artículo 84.1 de esa misma norma, el desistimiento pone fin al procedimiento, con las salvedades previstas en el artículo 94.4 y 5. Parecida es la doctrina del Tribunal de Recursos de Andalucía al afirmar su doctrina, con base en la jurisprudencia comunitaria, en sus resoluciones n.º 59/2015, de 17 de febrero y n.º 260/2017, de 29 de noviembre, FD 3.º, «que el desistimiento del procedimiento, al igual que la renuncia y la declaración de desierto, son –como la adjudicación– actos finalizadores del procedimiento a los que debe extenderse la posibilidad de interposición del recurso especial». Empleo, pues, del recurso especial para controlar los actos de desistimiento precontractual de los

órganos de contratación, garantizado expresamente por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sentencia de 18 de junio de 2002, asunto C-92/00, Hospital Ingenieure Krankenhausstechnik Planungs, y Sentencia de 2 de junio de 2005, asunto C-15/04 Koppensteiner GMBH, que confirma el criterio de la primera). Jurisprudencia para la que la «renuncia a adjudicar no está condicionada a que existan circunstancias graves o excepcionales, sin que la concurrencia de un solo licitador impida la cancelación de un procedimiento sin adjudicación, si concurren causas que la aconsejan» (SSTJCE de 16 de septiembre de 1999 en el asunto C-27/98, considerando 24, y de 18 de junio de 2002 en el asunto C-92/00, considerandos 40-41).

Con esta reflexión debemos recordar la doctrina del TACRC (resoluciones n.º 507/2016, de 24 de junio de 2016 y n.º 400/2017, de 5 de mayo), en las que se resolvió que, partiendo de la necesidad de que discrecionalidad, para apreciar la existencia de interés público, no podrá encubrir una decisión arbitraria, debiendo siempre estar dirigida la actuación administrativa a la satisfacción del superior interés general (Resolución n.º 731/2014), a resultas de la cual para la renuncia será necesario acordarse de manera motivada antes de la adjudicación del contrato, por concurrir una causa de interés público justificada en el expediente.

Acto de desistimiento que será susceptible de recurso especial. Fue el supuesto del recurso en el procedimiento de un contrato calificado como de servicios, admitido en la Resolución n.º 807/2017, de 22 de septiembre, del TACRC. En este caso se recurrió el acto de desistimiento, y el tribunal lo admitió como acto recurrible al tratarse del acto que pone fin al procedimiento, siguiendo el criterio de las resoluciones n.º 95/2015, n.º 742/2014 y n.º 983/2017, de 27 de octubre del TACRC, Resolución n.º 43/2015 del TARCCYL y Resolución n.º 103/2017, de 28 de agosto del OARC.

Ahora bien, debemos diferenciar entre renuncia y desistimiento. Basta en la primera que se justifique una causa de interés general, mientras que en la segunda se tiene que probar y acreditar la infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las que regulan el procedimiento de adjudicación, y en este caso sí será posible iniciar un nuevo procedimiento (resolución n.º 64/2016, del TACRC). Para este último supuesto, saber que «la eventual deficiencia del pliego en la definición de la presunción de temeridad de la oferta económica no ha determinado una distorsión insubsanable del procedimiento de adjudicación que, por sí, impida o dificulte la adjudicación del contrato a la oferta económicamente más ventajosa» (Resoluciones n.º 1004/2015 y n.º 427/2017, de 12 de mayo del TACRC). Aunque ambas figuras se adoptarán siempre antes de la adjudicación del contrato y no una vez adjudicado. Y de querer dejar sin efecto un acuerdo por otro nuevo, por apreciar el poder adjudicador una anomalía detectada, habrá de acudir al procedimiento de revisión de oficio (Resolución n.º 1073/2015, de 20 de noviembre, FD 5.º, del TACRC).

Renuncia analizada por el TACPA (Acuerdo n.º 32/2016, de 29 de marzo) que se refiere a actos que, salvo en un supuesto (modificaciones previstas en el contrato), se encuadran en la fase de selección del contratista y adjudicación de los contratos.

De manera que mientras que la renuncia de la licitación es susceptible de recurso especial de acuerdo con el apartado 2 c) del artículo 40 TRLCSP, en tanto en cuanto la renuncia constituye una forma de terminación del procedimiento de licitación, asimilable a la adjudicación, no así lo es la compensación de gastos por ser una consecuencia de la renuncia a la celebración del contrato o del desistimiento del procedimiento.

Fue el supuesto del recurso a la renuncia de la celebración de un contrato del servicio de conservación, mantenimiento, reposición y nueva implantación de la señalización horizontal y vertical de tráfico en las vías públicas de competencia municipal del término municipal, alegándose por el ayuntamiento en cuestión (Valladolid) «con el fin de redimensionar las prestaciones a externalizar y reestructurar los lotes previstos». Analizado este recurso por la Resolución n.º 6/2016, de 4 de febrero, del TARCCYL se acordó su estimación, resultando, en su FD 2.º, la doctrina que se va consagrando sobre un criterio amplio en cuanto a los actos susceptibles de recurso, en orden a una mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos. Ejemplo de esto fue la STJUE de 18 de junio de 2002 –asunto C-92/00–, que declaró susceptible de recurso la decisión de la entidad adjudicadora de cancelar la licitación para la adjudicación de un contrato público. Criterio seguido por la Resolución n.º 96/2012, de 16 de octubre del TARCAnd y la Resolución n.º 17/2011, de 8 de junio del TACPMad.

El elemento clave de la renuncia es la justificación del interés público por el órgano de contratación, si bien

dispone de la libertad de no adjudicar el contrato por un motivo de interés público sobrevenido con posterioridad al inicio del procedimiento de adjudicación; sin embargo, el ejercicio del «ius variandi» por la Administración exige para ello una adecuada motivación, con el fin de desterrar la arbitrariedad, por lo que deberán justificarse las razones de interés público en que se funda este derecho en el caso concreto, sin que baste la mera invocación de dicho interés público (Resoluciones n.º 6/2016, de 4 de febrero de 2016, FD 3.º y n.º 54/2013, de 25 de septiembre, del TARCCYL citando su Resolución n.º 1120/2015, de 4 de diciembre).

Con base en este criterio resultó estimado el recurso, por no admitirse como argumento de interés público «un cambio de gobierno o la reestructuración de los servicios no afecta, en principio, al interés público ni fundamenta la renuncia a la celebración», «la obtención de condiciones más ventajosas para el erario público justifica la renuncia a la celebración del contrato» (STSJ de la Comunidad Valenciana, de 9 de enero de 2008) o la eficiencia en la ejecución del servicio. En definitiva, en estas decisiones de renuncia la «discrecionalidad puede encubrir una decisión arbitraria, debiendo siempre estar dirigida la actuación administrativa a la satisfacción del superior interés general» (Resoluciones n.º 292/2012, de 5 de diciembre y n.º 731/2014, del TACRC).

Por su parte, el artículo 152 de la LCSP 2017 estipula como novedad la opción de renunciar a la celebración del contrato o el desistimiento del procedimiento pudiendo acordarse por el órgano de contratación antes de la formalización. Renuncia que, en la medida que atiende a la finalidad de satisfacer un interés público, resultará imprescindible, para ser válida, que se respete el elemento reglado de la concurrencia del motivo de dicho interés público y de lo que tiene que dejarse constancia en el expediente en que se contenga la acreditación documental del procedimiento (STSJ de las Islas Canarias n.º 282/2014, de 16 diciembre), por ser razones de interés público, que conllevan que no se satisfaga la prestación objeto del contrato por innecesaria o no conveniente.

Para la renuncia conviene también señalar la doctrina del TACRC, mencionada en el Acuerdo n.º 32/2016, de 29 de marzo del TACPA, reflejada en la Resolución n.º 731/2014, para justificarla cuando

en el caso de que por unas u otras razones se advierta en el desarrollo de un procedimiento de licitación que tal objetivo no va a cumplirse, existirá razón de interés público suficiente para renunciar a la celebración del contrato, no pudiendo verse constreñido el órgano de contratación a concluir un contrato en tales circunstancias, lo que supondría un evidente perjuicio para el ente público contratante y una quiebra de los principios rectores de la contratación pública... En tal sentido, señalábamos en nuestra Resolución n.º 292/2012, de 5 de diciembre, que, en el ámbito de sus competencias y en razón de la oportunidad y de las disponibilidades presupuestarias que tenga asignadas, el órgano de contratación puede decidir libremente si celebra o no determinado contrato, y, en caso afirmativo, el contenido de la prestación objeto del mismo. Esta libertad alcanza asimismo a la posibilidad de renunciar a la celebración de un contrato encontrándose en curso un procedimiento de contratación, siempre que existan razones de interés público para ello, como no puede ser de otro modo, puesto que ningún ente del sector público puede verse constreñido a celebrar un contrato si existen razones justificadas para estimar improcedente dicha contratación.

Asimismo se advirtió en la STJUE de 11 de diciembre de 2014, *Croce Amica One Italia Srl*, que la normativa europea no establece que la renuncia del poder adjudicador a adjudicar un contrato público se limite a casos excepcionales o se base necesariamente en motivos graves. En todo caso, por razones de transparencia,

sí se obliga a la entidad adjudicadora a comunicar, en el caso de que decida cancelar la licitación, los motivos de su decisión a los candidatos y a los licitadores, lo que no implica que la entidad adjudicadora esté obligada a llevar a término el procedimiento de adjudicación. En conclusión, la existencia de interés público en la renuncia justifica la validez de la misma y el control de legalidad –que no de oportunidad– que puede realizar este tribunal administrativo se limita a verificar si concurre, o no, el presupuesto habilitante de la renuncia: la existencia de interés público.

3.1.3. Imposibilidad

Reconoce el artículo 84.2 de la Ley 39/2015 que «también producirá la terminación del procedimiento la imposibilidad material de continuarlo por causas sobrevenidas. La resolución que se dicte deberá ser motivada en todo caso», aplicándose esta forma de terminación anormal en virtud de la vigencia en la tramitación de procedimiento de los recursos especiales en materia de contratación de las disposiciones de la Ley 39/2015 (art. 56.1 LCSP 2017).

En este sentido recordar el acuerdo del TACRC sobre la inadmisión del recurso por desaparición sobrevenida del objeto del recurso, al apreciar que la cuestión suscitada había quedado sin objeto, toda vez que se acordó por el ayuntamiento, autor del expediente, suprimir «la cláusula del PPT impugnada, remitida la rectificación al DOUE y, consiguientemente, ampliado el plazo de presentación de proposiciones» (resolución n.º 730/2017, de 24 de agosto). Terminación anormal que también se produce al aplicar la doctrina de los actos firmes y consentidos, que el TACRC ha denominado impropia «cosa juzgada administrativa». Considerando la jurisprudencia sobre el particular (SSTS de 12 de junio de 1997 y 5 de abril de 1965) y los dictámenes del Consejo de Estado de 27 de junio de 2002 –expediente 1656/2002–, 18 de julio de 2002 –expediente 1877/2002–, 5 de diciembre de 2002 –expediente 3307/2002– y 3 de marzo de 2005 –expediente 93/2005–), resolvió con claridad que veda reproducir ante este tribunal cuestiones que ya fueron resueltas por decisión de este contra la que no se dedujo recurso contencioso-administrativo (entre otras, resoluciones n.º 110/2012, n.º 195/2012, n.º 413/2013, n.º 216/2014, n.º 535/2014, n.º 24/2015, n.º 58/2016 y n.º 338/2016), y que concluyó, visto que la recurrente presentó una alegación y fundamentación de su recurso especial, sobre la que ya se pronunció el TACRC, quedó ya zanjada la discusión, y caso de entender no ajustada a derecho acudir ya al orden contencioso-administrativo (Resolución n.º 352/2017, de 21 de abril, FD 5.º).

3.2. Forma normal de terminación del procedimiento

3.2.1. La resolución

3.2.1.1. Congruencia y motivación

La congruencia es una de las notas características de la resolución mediante la que se debe atender la petición del recurso. Resolución cuyo sentido, según el artículo 57.2 de la LCSP 2017, será estimar en todo o en parte o desestimar las pretensiones formuladas o declarará su inadmisión, así como, de manera motivada, decidir cuantas cuestiones se plantearan, pero siendo capital en todo caso, que

la resolución será congruente con la petición y, de ser procedente, se pronunciará sobre la anulación de las decisiones no conformes a derecho adoptadas duran-

te el procedimiento de adjudicación, incluyendo la supresión de las características técnicas, económicas o financieras discriminatorias contenidas en el anuncio de licitación, anuncio indicativo, pliegos, condiciones reguladoras del contrato o cualquier otro documento relacionado con la licitación o adjudicación, así como, si procede, sobre la retroacción de actuaciones. En todo caso la estimación del recurso que conlleve anulación de cláusulas o condiciones de los pliegos o documentación contractual de naturaleza análoga, determinará la anulación de los actos del expediente de contratación relacionados con su aprobación.

Novedoso no obstante es que en la nueva regulación se modifique «decisiones ilegales», por «decisiones no conformes a derecho».

Las pretensiones o la petición del recurrente, dice la normativa, que induce a aclarar un asunto trascendental para los intereses del interesado y de la resolución del recurso especial, como es el principio de congruencia,

impone al recurrente la carga de individualizar su pretensión y hacer constar las concretas razones que la sustentan. Por eso, y a diferencia de lo que acaece en otros ámbitos como en los recursos administrativos o en las reclamaciones económico-administrativas, en los que el órgano que conoce de unos y de otras, debe resolver todas las cuestiones que suscite el expediente, hayan sido o no planteadas por los interesados, el ámbito de cognición que se abre por la interposición del recurso especial previsto en el TRLCSP o de la reclamación de la LCSE está siempre limitado por lo alegado por el impugnante, no bastando por ello con efectuar un cuestionamiento genérico de la decisión frente a la que se recurre (Resoluciones n.º 300/2014, n.º 527/2014, n.º 782/2014, n.º 85/2015, n.º 916/2015 y n.º 349/2016 del TACRC).

Resolución que, como se analizó al considerar el principio de la seguridad jurídica, deberá ser motivada. En definitiva, principio de seguridad jurídica en el que tienen cabida reglas y principios básicos para la protección de derechos: prescripción, no retroactividad, exhaustividad y publicidad de los actos (STS de 6 de octubre de 2005 y SSTC n.º 150/1990, de 4 de octubre [NFJ004014] y n.º 142/1993, de 22 de abril [NSJ000528]), y que no es sino la realidad según la cual la Administración tiene que actuar siempre de forma que sus actuaciones, tanto por la forma como por el fondo, puedan provocar confianza en el administrado (STS de 26 de febrero de 1990). El respeto, pues, a estos principios generales no es incompatible con la discrecionalidad administrativa; razón que fue base de la resolución del TARCAnd (Resolución n.º 238/2015, de 29 de junio, para la que

si tuvieran que definirse siempre en los pliegos de modo pormenorizado los elementos a considerar en la valoración de un criterio o subcriterio de adjudicación de carácter no automático, el margen de apreciación discrecional del órgano técnico evaluador quedaría reducido al absurdo, y la naturaleza del criterio en sí resultaría alterada.

Contenido motivado de la resolución de tal trascendencia que habilita al afectado, ante su ausencia, para poder recurrir dicha la resolución, pues supondría un abandono de sus pretensiones, no atendidas diligentemente por la Administración. Para la motivación, aunque se pudiera incorporar a la resolución parte del contenido del informe técnico de valoración para una más amplia motivación, «no es menos cierto, que nuestro ordenamiento jurídico posibilita la motivación "in aliunde", esto es, por referencia al contenido del expediente administrativo», aceptación de informes o dictámenes, que servirá de motivación a la resolución cuando se incorporen al texto de la misma. No obstante, el aparente rigor de esta previsión ha sido mitigado por la jurisprudencia, que ha señalado que esta incorporación «se satisface con que los informes que motivan la resolución administrativa obren en el expediente administrativo y el destinatario haya tenido cumplido acceso al mismo, pues ello permite el conocimiento por el receptor del acto de la justificación de lo decidido por la Administración» (SSTS de 21 de octubre de 2011, 9 de julio de 2010, 15 de enero de 2009, 89/2009, entre otras) entendiéndose por «cumplido acceso» al expediente el hecho de hallarse el mismo a disposición de los interesados y que, por ello, puedan conocerlo «en cualquier momento» (STS de 15 de diciembre de 2014, y resoluciones n.º 23 de 18 de marzo de 2016, FD 9.º, del TACPCan y n.º 150/2018, de 23 de mayo del TARCAnd).

Exigida motivación de la resolución para velar por el principio de seguridad jurídica y de igualdad de trato, no obstante para su contenido, siguiendo el criterio de la jurisprudencia (por todas, STC 37/1982, de 16 de junio, SSTS de 9 de junio de 1986, 31 de octubre de 1995, 20 de enero de 1998, 11 y 13 de febrero de 1988, 9 de marzo de 1998, 25 de mayo de 1998, 15 de junio de 1998, 19 de febrero de 1999, 5 de mayo de 1999 y 13 de enero de 2000), y según el acuerdo n.º 43/2014, de 6 de octubre, FD 8.º, del TACPNav,

no precisa ser un razonamiento exhaustivo y pormenorizado en todos los aspectos y perspectivas, bastando con que sea racional y suficiente, así como su extensión de amplitud suficiente para que los interesados tengan el debido conocimiento de los motivos del acto para poder defender sus derechos e intereses, pudiendo ser los motivos de hecho y de derecho sucintos siempre que sean suficientes.

Doctrina sobre la motivación de la adjudicación que también sigue el TACPMad, para el que «está en estrecha relación con la posibilidad de plantear un recurso fundado y de obtener un beneficio con la resolución del mismo» (Resoluciones n.º 303/2017, de 25 de octubre y n.º 84/2018, de 22 de marzo). De esta manera, que ante

una incorrecta valoración del proyecto técnico presentado por la adjudicataria, cabe recordar que corresponde al órgano de contratación realizar la valoración de los elementos susceptibles de juicio de valor de acuerdo con criterios de discrecionalidad técnica que no pueden ser suplidos por los Tribunales de recursos contractuales como órganos revisores, salvo en los supuestos en que se exceden los límites que enmarcan la actividad discrecional de la Administración, tales como la adecuada motivación, la razonabilidad o la inexistencia de errores materiales en sus decisiones (Resolución n.º 84/2018 de 22 de marzo, FD 6.º).

También en este sentido para esta necesaria motivación, siguiendo al TACPMad que

no implica necesariamente que la motivación tenga que ser extensa y prolija, pero sí debe exteriorizar los rasgos más esenciales del razonamiento que ha llevado a la adopción de la decisión, pues solo así se puede apreciar la racionalidad de la medida y mejorar las posibilidades de defensa (Resolución n.º 46/2016 de 9 de marzo, FD 5.º),

lo que provocó la estimación del recurso en la puesta

a la vista de los documentos obrantes en el expediente administrativo y del informe emitido con ocasión del recurso, se concluye que la Resolución de adjudicación no incluyó la información correspondiente a la exclusión de la recurrente al lote n.º 9, por lo que efectivamente, aun cuando estuviese esa información en otros documentos, la recurrente no ha tenido conocimiento de su exclusión y de los motivos de la misma, puesto que la notificación tampoco se ha realizado de forma correcta y se ha limitado a enviar la Resolución tal y como fue dictada (Resolución n.º 142/2016 de 20 de julio, FD 5.º).

Ahora bien, hacer hincapié particular, por lo que supone de garantía del principio de seguridad jurídica respecto a la motivación, que es obligación que depende de la naturaleza del acto de que se trate y del contexto en el que se haya adoptado (SSTJUE 2 de abril de 1998, Comisión/ Sytraval y Brink's France, c 367/95 p, Rec. p. I 1719, apartado 63, y de 1 de febrero de 2007, Sisón/Consejo, c 266/05 p, Rec. p. I 1233, apartado 80 y de 17 de marzo de 2005, Scippacercola/ Comisión, t 187/03, Rec. p. II 1029, apartado 66), provoca una incongruencia omisiva cuando la resolución no responde a las pretensiones y a los motivos del recurso (SSTS 21 de mayo de 1988, 17 de junio de 1988, 26 de septiembre de 1989, 20 de julio de 1990 y 1 de octubre de 1992).

La actividad administrativa contractual está hoy limitada y controlada. Actividad a la que se le reconoce discrecionalidad pero dentro de la órbita de nuestro Estado social y democrático de derecho, donde el control administrativo guiado por el principio de legalidad a través de jueces y tribunales indujo a Rodríguez-Arana (2010, p. 686) a la fundamental afirmación de

que las técnicas jurídicas de control de la discrecionalidad, cuya máxima expresión es la determinación del interés general, deben proyectarse acerca de si la Administración opera bajo el imperio del interés general concreto que preside esa actuación, procediendo en su actuar a motivar sus decisiones a causa de que la Administración no puede contratar con quien quiere, sino con quien debe según ley (STS de 20 de diciembre de 2007).

De suerte que:

La discrecionalidad administrativa no es un ámbito exento o excluido del orden jurídico, sino que se enmarca en este. Por ello, sí es competencia de este tribunal

analizar los aspectos formales de la valoración, tales como las normas de competencia o de procedimiento, que en la valoración no se hayan aplicado criterios de arbitrariedad o discriminación o que finalmente no se haya incurrido en error material al ejecutarla. (Resolución n.º 80/2012, de 30 de marzo, TACRC y Acuerdo n.º 32/2013, de 7 de octubre de 2013, del TACPNV, FD 4.º).

Discrecionalidad que habilita a que no sea permitido confundirla con arbitrariedad, y para ello, al enjuiciar actos dictados en el ejercicio de la facultad administrativa calificada por la discrecionalidad, no cabe detenerse en la periferia de dichos actos, entendiendo por tal las cuestiones relativas a la competencia y al procedimiento, sino que hay que atenerse en la entraña de los expresados actos, penetrando en la forma de ejercitarse la discrecionalidad, a través del control de los hechos sobre los que se mueve, así como también sobre su uso proporcional y racional (STS de 28 febrero de 1989), lo que permitió a Cordón Moreno (2003, pp. 149-155) analizar distintas técnicas de control de esta discrecionalidad administrativa. El control ha de ser realizado, pero no desde la averiguación de cuál pudo haber sido el interés público legitimador de la actuación administrativa, sino desde el diferente parámetro de la racionalidad de esta última, recordando García Costa (2011, pp. 35 y 37) las palabras de Sánchez Morón, para quien

ante situaciones de decisión discrecional la ley no regula con exactitud lo que la Administración debe hacer en un supuesto de hecho, sino que le atribuyen la capacidad de aplicar las normas de diferentes maneras en principio válidas, en función de las circunstancias o estimaciones de oportunidad, de conveniencia para los intereses públicos o de valoraciones técnicas,

y puntualizándose respecto a la imparcialidad por el magistrado García Manzano en su voto particular a la STC n.º 235/2000, que

el deber de imparcialidad que debe ser adecuadamente garantizado se dirige también a los ciudadanos a los que la Administración pública sirve, y no solo al propio funcionario público, pues aquellos son los destinatarios últimos de la actuación administrativa en que se insertan tales funciones.

3.2.1.2. El plazo

Tres plazos merecen ser señalados respecto a la adopción de la resolución que pone fin al procedimiento. Por una parte, que

una vez recibidas las alegaciones de los interesados, o transcurrido el plazo señalado para su formulación, y el de la prueba, en su caso, el órgano competente deberá resolver el recurso dentro de los cinco días hábiles siguientes, notificándose a continuación la resolución a todos los interesados (art. 57.1 LCSP 2017).

Por otra que, pasados 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 (art. 57.5 LCSP 2017). Y finalmente que según el artículo 150.4 de la LCSP 2017:

Si como consecuencia del contenido de la resolución de un recurso especial del artículo 44 fuera preciso que el órgano de contratación acordase la adjudicación del contrato a otro licitador, se concederá a este un plazo de diez días hábiles para que cumplimente los trámites que resulten oportunos.

Si consideramos que el Tribunal Administrativo de Recursos no es un órgano jurisdiccional, no encontrándose integrado en el Poder Judicial y siéndole aplicable las leyes procesales, salvo si estas últimas afectan a la posible intervención en el proceso, destacar que el respeto al plazo para dictar la resolución es determinante para una posible causa de responsabilidad. Fue esta una reflexión de la STSJ del País Vasco n.º 125/2017, de 24 de enero, que nos sirve aunque se refería a una resolución en la regulación de la responsabilidad patrimonial.

Se trata pues de un pronunciamiento que tiene por fundamento el modelo de los tribunales administrativos, aunque como advertiera Gimeno Feliú² es una «justicia administrativa especial», reforzada por la jurisprudencia comunitaria una vez admitida a trámite la cuestión prejudicial presentada por el Tribunal catalán de Contratos del Sector Público en fecha 23 de julio de 2014 (asunto C-203/14), lo que presupone reconocer que estos tribunales administrativos, con fundamento en la Directiva 89/665/CEE y su reforma por la Directiva 66/2007/CE, tienen la calificación de órganos jurisdiccionales por cuanto tienen origen legal, carácter de permanentes, siguen un procedimiento contradictorio aplicando las normas jurídicas y son independientes (STJUE de 17 de septiembre de 1997, asunto C-54/96 Dorsch Consult). Y así se fijaron por la STJUE de 6 de octubre de 2015, Consorci Sanitari del Maresme, C-203/14, las notas exigidas para tal consideración –carácter contradictorio del procedimiento, independencia, y carácter obligatorio de su jurisdicción– resolviendo que los órganos de recursos contractuales de España son órganos jurisdiccionales en el sentido del artículo 267 del TFUE.

3.2.1.3. Sentido de la resolución: su contenido

Por lo que hace al sentido de la resolución y sus efectos se recogen en el artículo 57.2 de la LCSP 2017 al disponer: «La resolución del recurso estimará en todo o en parte o desestimará las pretensiones formuladas o declarará su inadmisión, decidiendo motivadamente cuantas cuestiones se hubiesen planteado». Y de producirse la «estimación total o parcial del recurso, el órgano de contratación deberá dar conocimiento al órgano que hubiera dic-

² Gimeno Feliú (2016, pp. 22) y Santamaría Pastor (2015, pp. 48-64).

tado la resolución, de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la misma» (art. 57.4 LCSP 2017). Además, en materia de medidas cautelares, según el apartado 3: «La resolución deberá acordar el levantamiento de la suspensión del acto de adjudicación si en el 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» (art. 57 LCSP 2017). Además, ahora se añade un efecto a la estimación de la resolución en el artículo 57.2 último párrafo de la LCSP 2017 pues «la estimación del recurso que conlleve anulación de cláusulas o condiciones de los pliegos o documentación contractual de naturaleza análoga, determinará la anulación de los actos del expediente de contratación relacionados con su aprobación».

Relacionado con la obligación de dictar resolución es el efecto del silencio negativo que contempla el artículo 57.5 de la LCSP 2017. Se conecta a la previsión del artículo 24.1 párrafo tercero, de la Ley 39/2015, para fijar los efectos del silencio negativo y señalar un plazo claro de duración máxima del procedimiento (dictamen del Consejo de Estado n.º 1.116/2015). Plazo que supone seguridad en la existencia de resolución para los recurrentes, por su concreción y acogimiento del régimen del procedimiento administrativo general, convirtiéndose en muestra de protección a la previsión constitucional de la tutela judicial efectiva, pues hasta el pronunciamiento del tribunal no podrán acudir aquellos a la sede contencioso-administrativa. Es además una regla esta del silencio negativo que ya encontró su misma regulación en la LCSP de 2007 (art. 37.8) y que no continuó en la Ley 34/2010 ni se mencionó en el Dictamen n.º 499/2010, de 29 de abril, de su anteproyecto por el Consejo de Estado.

El sentido de la resolución en este procedimiento del recurso especial no puede olvidar las notas de rapidez y eficacia. Por eso que para evitar el abuso en su utilización o que esta no tuviera la finalidad protectora de la legalidad que el ordenamiento le reserva, es consecuencia que en caso de apreciarse en su interposición mala fe o temeridad podrá acordarse la imposición al recurrente de indemnización por daños y perjuicios, en los términos que introdujo la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española.

La eficacia del recurso especial por tanto obliga a que sea utilizado con la finalidad y espíritu de su reconocimiento legal. Por eso, caso de no ser así, se contemplan medidas como las previstas en el artículo 58.2 de la LCSP 2017:

En caso de que el órgano competente aprecie temeridad o mala fe en la interposición del recurso o en la solicitud de medidas cautelares, podrá acordar la imposición de una multa al responsable de la misma. El importe de la multa será de entre 1.000 y 30.000 euros, determinándose su cuantía en función de la mala fe apreciada y el perjuicio ocasionado al órgano de contratación y a los restantes licitadores, así como del cálculo de los beneficios obtenidos. El importe de la multa impuesta se ingresará en todo caso en el Tesoro Público. Las cuantías indicadas en este apartado podrán ser actualizadas por Orden del Ministro de Hacienda y Función Pública (Acuerdo n.º 11/2011, de 7 de julio y Acuerdo n.º 38/2013, de 11 de julio, del TACPA).

Importe que se aumenta respecto a la regulación precedente que fijaba el máximo en 15.000 euros, determinándose también ahora según el beneficio obtenido, así como una actualización que no se concreta en dos años, sino tan solo fijarla que será por orden ministerial, así como que se ingresará en el Tesoro Público. Ahora bien, dejar señalada la advertencia que observó el Consejo Económico y Social (Dictamen de 25 de junio de 2015 al proyecto de la nueva ley) al criticar que se eleven las multas a 30.000 euros frente a los 15.000 euros, pues con esta decisión se «puede obstaculizar el ejercicio del derecho de acceso al recurso a los interesados». Sistema con el que también se evita el establecimiento de tasa para interponer el recurso. Tasa por los servicios del tribunal que prevé la Ley 9/2010, de 23 de diciembre de Medidas Fiscales, Administrativas y de Racionalización del Sector Público de Madrid (art. 2) que ha criticado la doctrina (Bernal Blay, 2013, p. 212, y 2016, p. 6) y respaldó la STJUE de 6 de octubre de 2015, C-61/2014, Orizzonte Salute tomada de su interpretación en la Sentencia ÖBB Personenverkehr C-417/13, apartado 74. Se trató de:

examinar la posible infracción del principio de equivalencia por el Ordenamiento italiano, que somete la presentación de recursos contencioso-administrativos en materia de contratos públicos a una tasa judicial más elevada que la que debe abonar el recurrente en los procedimientos contencioso-administrativos ordinarios, concluye que el principio de equivalencia «implica que reciban el mismo tratamiento los recursos basados en la infracción del Derecho nacional y aquellos, similares, fundados en una infracción del Derecho de la Unión, y no la equivalencia de las normas procesales nacionales aplicables a contenciosos de diferente naturaleza, como son el civil, por un lado, y el administrativo, por otro, o los relativos a dos ramas de Derecho diferentes (apartado 67)».

Ahora bien, conviene diferenciar, vista la regulación de la LJCA en sus artículos 10.1 k) y l), 11.1 f), 19.4, 21.3, 44.1 y 49.1, al aludir únicamente a las resoluciones que resuelven los recursos y reclamaciones de tales órganos administrativos, como hiciera Cano Campos (2014, pp. 10 y 11), que quedan

fuera del régimen especial de legitimación del artículo 19.4 las multas (de entre 1.000 y 15.000 euros) que estos órganos especiales pueden imponer a quienes interpongan un recurso especial con temeridad o mala fe, [añadiendo que] puede considerarse que la declaración de responsabilidad de la entidad contratante por los daños causados al interesado forma parte de la resolución del recurso porque con ello se trata de otorgar al licitador la tutela resarcitoria que le es debida por los perjuicios causados (y que la tutela restitutoria o de restablecimiento de la legalidad por sí sola no le brinda), la sanción impuesta por el Tribunal a un recurrente temerario o que actúa de mala fe no ofrece tutela alguna al licitador y la finalidad que con ello se persigue (evitar la interposición abusiva, desmedida o arbitraria de recursos) no forma parte en puridad de la resolución de recurso alguno. En definitiva, no estamos en presencia aquí, como en los supuestos anteriores, de la resolución de un procedimiento de carácter impugnatorio, sino ante el ejercicio de

oficio de la potestad sancionadora que el ordenamiento jurídico atribuye a estos Tribunales administrativos especiales.

Destacar que en el anteproyecto se reconocía la posible indemnización y daños en caso de desestimación del recurso (en su artículo 58.1 párrafo segundo) a cargo del recurrente. Sin embargo, el Consejo de Estado (Dictamen n.º 1116/2015, de 10 de marzo de 2016) alertó de su exceso e instó su eliminación, como así ha ocurrido en el texto definitivo de la LCSP 2017.

En el ámbito del recurso administrativo –argumentó el supremo órgano consultivo– no existe en el Derecho español una regla sobre los gastos derivados de su interposición, siendo con carácter general gratuito y sin intervención de letrado. De otra parte, la regulación de la posibilidad de imponer multas por temeridad o mala fe parece suficientemente disuasoria de la intención de interponer el recurso con finalidad puramente dilatoria o artificial.

Así, para el nuevo sistema de indemnizaciones por desistimiento fue sugerida su supresión por el Consejo de Estado, por ser el recurso especial en materia de contratación un recurso ágil y eficaz de este tipo frente a las decisiones ilegales de los poderes adjudicatadores, sin que se obstaculice su acceso al mismo (Dictamen n.º 1116/2015), pues estas indemnizaciones por desistimiento parecen contrariar los postulados de la directiva de recursos; en concreto a sus considerandos sexto y séptimo que rezan así:

Considerando que es necesario garantizar en todos los Estados miembros procedimientos adecuados con miras a permitir la anulación de las decisiones ilegales y la indemnización de las personas perjudicadas por una infracción. Considerando que, si las empresas no interponen recurso, no podrían corregirse determinadas infracciones, a no ser que se establezca un mecanismo específico.

Especificando el artículo 31.2 del Real Decreto 814/2015 que solamente para el supuesto de desestimarse totalmente las pretensiones formuladas por el recurrente se le podrá imponer multas.

Y para el supuesto de ser parcial la resolución, estimatoria o desestimatoria, no se resolverá nada sobre la cancelación de las garantías, dirigiéndolo al trámite previsto en el artículo 37.2 y 3 (art. 31.3 RD 814/2015). Junto a la opción del interesado que compareció o del órgano de contratación, ante errores materiales u oscuridad de la resolución misma, para solicitar su aclaración o rectificación en el registro del tribunal dentro del plazo de tres días hábiles a contar desde la recepción de su notificación, dándole respuesta en el día hábil siguiente a su recepción (art. 32 RD 814/2015).

Respecto a los supuestos indemnizatorios, no procederá indemnización de daños y perjuicios caso de cometerse por el adjudicatario una infracción del derecho en materia de

contratación pública ante la inexistencia de culpa en esta infracción. En este sentido fue resuelta la STJUE de 30 de septiembre de 2010, que resolvió que la Directiva 89/665/CEE, modificada por la Directiva 92/50/CEE,

incluso cuando la aplicación de dicha normativa –nacional– se base en la presunción de que dicha entidad ha actuado culposamente y en la imposibilidad de que esta invoque la falta de competencia individual y, por lo tanto, una falta de imputabilidad subjetiva de la supuesta infracción.

Además de ser el principio de efectividad, el que se opone a la

normativa nacional que supedita la presentación de una demanda de indemnización de daños y perjuicios por la infracción de una norma del Derecho de contratación pública, a que se haya declarado previamente la ilegalidad del procedimiento de adjudicación del contrato considerado debido a que no se ha publicado previamente un anuncio de licitación, cuando la solicitud de dicha declaración de ilegalidad está sometida a un plazo de preclusión de seis meses que empieza a correr el día siguiente al de la adjudicación del contrato público controvertido, y ello con independencia de si el demandante podía conocer o no la existencia de la ilegalidad relativa a dicha decisión del poder adjudicador (STJUE de 26 noviembre 2015, C-166).

Directiva 89/665/CEE en suyo preámbulo se consideró

necesario garantizar en todos los Estados miembros procedimientos adecuados con miras a permitir la anulación de las decisiones ilegales y la indemnización de las personas perjudicadas por una infracción.

La mala fe o temeridad se vinculan al fraude de ley, siguiendo el criterio sentado por el Consejo de Estado (Dictamen de 14 de julio de 1970), los informes n.º 71/1999, de 11 de abril de 2000 y n.º 22/2004, de 7 de junio de la JCCA y la Resolución n.º 303/2011, de 7 de diciembre del TACRC, que sentaron doctrina, para que partiendo del hecho de que los pliegos siendo ley de contrato carecen, sin embargo, de toda sustancia normativa en sentido propio, hace que conceptualmente sea difícil la entrada en juego del fraude de ley.

Fraude que no se presume ni puede descansar en meras conjeturas o sospechas, por racionales y bien fundadas que puedan resultar, sino que ha de ser acreditado por el que lo invoca, pues su existencia, como la del abuso de derecho, solo podrá declararse, si existen indicios suficientes de ello, que necesariamente habrán de extraerse de hechos que aparezcan como probados.

No apreciándose la concurrencia de mala fe o temeridad cuando todos los motivos de actuación se corresponden con el sentido teleológico del acto dictado y constando expre-

samente en el expediente, sin que se aprecie ocultación respecto a la concurrencia del interés público (resoluciones n.º 267/2012, de 30 de noviembre y n.º 352/2017, de 21 de abril, FD 6.º, del TACRC).

En cualquier caso, el criterio expresado en la Sentencia de la Audiencia Nacional de 4 de marzo de 2015 consideró que la finalidad de la multa es la de asegurar la seriedad del recurso, y por esto conviene conocer el criterio básico del TACRC resumido en su Resolución n.º 352/2017, de 21 de abril, en la que hace un recordatorio (resoluciones n.º 505/2013, n.º 728/2015 y n.º 898/2016) para afirmar la necesidad, para apreciar o no la mala fe o temeridad, de un análisis de las circunstancias del caso concreto, como es el caso en que la impugnación carezca de un mínimo fundamento (resoluciones n.º 536/2014, n.º 414/2015, n.º 321/2015, n.º 553/2015, n.º 949/2016 o n.º 165/2017, entre muchas otras) o cuando los motivos esgrimidos sean de escasa consistencia (resoluciones n.º 593/2013, n.º 191/2014, n.º 284/2014 y n.º 426/2014).

Mientras que sí se apreció mala fe o temeridad por la Resolución n.º 448/2013, de 16 de octubre del TACRC, en la interposición del recurso especial, dado que se limitó

o bien a reproducir las mismas alegaciones y argumentos que ya fueron definitivamente resueltos por este mismo tribunal en su Resolución n.º 267/2013, o bien a impugnar determinados aspectos de los pliegos que no fueron objeto de impugnación en el anterior recurso, pudiendo haberlo hecho, lo que acreditaba una voluntad meramente dilatoria en la interposición de este segundo recurso y que supuso ser considerado como constitutiva de mala fe al perseguir tan solo, aparentemente, la paralización de un procedimiento contractual más que la depuración de sus posibles irregularidades o infracciones sustantivas o formales que pudieran perjudicar a sus intereses.

Temeridad fijada en la Resolución n.º 374/2016, de 13 de mayo del TACRC, al comprobarse la absoluta falta de argumento, desarrollo o prueba de la afirmación al interponer el recurso por la «imposibilidad de que se pudiera derivar ningún beneficio para la recurrente incluso en el caso de que se estimase el recurso». Tratándose en estos casos de la impugnación del acuerdo de adjudicación por una entidad mercantil que no participaba como licitadora en este concreto expediente de contratación, y no encontrándose en situación objetiva de la que de forma directa ni indirecta pudiera derivarse una ventaja o beneficio de la resolución que pusiera fin al procedimiento (resoluciones n.º 619/2014, n.º 899/2014, n.º 38/2015 y n.º 195/2015 del TACRC).

Acudiendo al criterio del Consejo de Estado en su Dictamen n.º 2667/2000, de 21 de septiembre, ya se refirió a las repercusiones indemnizatorias que derivan del desistimiento precontractual, tratándose de un supuesto que podría subsumirse en la *culpa in contrahendo*. Mala fe o temeridad que, en materia de impugnación de pliegos, debemos recordar, para el caso de alegarse supuestos de bajas temerarias, ofertas con valores anormales o

desproporcionados, es necesario que estas posibilidades sean atendidas y previstas en los pliegos de cláusulas administrativas particulares (Informe n.º 28/2005, de 29 de junio de la JCCA y resoluciones n.º 24/2011, de 9 de febrero y n.º 1/2011, de 19 de enero del TACRC).

Finalmente apuntar, respecto al régimen de la posible indemnización, según el artículo 58.1 de la LCSP 2017, que:

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, resarciéndole, cuando menos, de 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 Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (art. 33 RD 814/2015).

Nuevo régimen jurídico del sector público que hoy toma carta de naturaleza en la ley 40/2015 (art. 34), y que como bien explicitara Moreno Molina (2016, pp. 4),

comprendería la regulación *ad intra* del funcionamiento interno de cada Administración y de las relaciones entre ellas. Contiene también la regulación sistemática de las relaciones internas entre las Administraciones, estableciendo los principios generales de actuación y las técnicas de relación entre los distintos sujetos públicos.

4. Ejecución y actos posteriores a la resolución

4.1. Recurso contencioso-administrativo

La utilización del adverbio «solo» que emplea el legislador en el artículo 59.1 LCSP de la 2017 al estipular que «contra la resolución dictada en este procedimiento solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo», hace que, resuelto el recurso especial mediante una resolución administrativa «que entra a resolver el fondo de la controversia, y estima o desestima las pretensiones deducidas, deja definitivamente zanjada la cuestión» (STS de 29 de mayo de 1995). En sentido similar la STS de 12 de junio de 1997 reconoció que las resoluciones que concluyen los procedimientos «de un modo ordinario tienen atribuidas, paralelamente a la sentencias jurisdiccionales firmes, los mismos efectos de la cosa juzgada formal (o imposibilidad de impugnación dentro de un mismo procedimiento de lo ya resuelto o juzgado) y de la cosa juzgada material, tanto positiva (o prejudicial) como negativa (o excluyente de la posibilidad de volver a plantear, en un nuevo procedimiento, lo ya a finiquitado en otro anterior, con elementos subjetivos y objetivos idénticos)».

Criterio claro es que no es posible recurrir en vía administrativa lo ya resuelto por el tribunal administrativo de recurso especial, pues la regulación muestra de manera inequívoca su opción por limitar la posibilidad de impugnación de las resoluciones de los órganos administrativos de recursos contractuales a la vía contencioso-administrativa, y excluir cualquier otra posibilidad, directa o indirecta, de recurso (Resolución n.º 315/2016, de 7 de diciembre del TARCAnd).

Y por lo que hace a los efectos de la resolución, procede analizar el emplazamiento de las partes ante los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa, la devolución de documentos, la ejecución de las resoluciones y la cancelación, devolución y ejecución de garantías.

Para ello dispone el artículo 59.1 de la LCSP 2017 que:

Contra la resolución dictada en este procedimiento 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 Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, la resolución será directamente ejecutiva.

Reconoce además el artículo 27.1 a) y b) de la LCSP2017 que:

El orden jurisdiccional contencioso-administrativo será el competente para resolver las cuestiones litigiosas relativas a la preparación, adjudicación, efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos. Igualmente corresponderá a este orden jurisdiccional el conocimiento de las cuestiones que se susciten en relación con la preparación y adjudicación de los contratos privados de las Administraciones Públicas.

De esta manera, apuntó Moreno Molina (20 de abril de 2015), «se acaba con la dualidad jurisdiccional y se recupera la teoría de los actos separables». Manteniendo esta postura el artículo 2 b) de la LJCA y resultando preciso, como advirtiera Gimeno Feliú (12 de enero de 2015), «la necesaria unificación de la competencia en el orden contencioso-administrativo en todos los contratos públicos, con indiferencia de cuantías, para las cuestiones de preparación y adjudicación»

No pudiendo el órgano encargado de la resolución del recurso especial conocer ese recurso especial en los supuestos en que se acredite por este mismo órgano que el asunto principal objeto de recurso estuviera pendiente a su vez recurso contencioso-administrativo, instado por el mismo recurrente. Toda vez que

interpuesto recurso contencioso-administrativo contra la ejecución de un Acuerdo de este Tribunal, debe quedar reservado el conocimiento de los actos en ese

procedimiento de contratación, en tanto existe vinculación causal, a la jurisdicción contencioso-administrativa. Las características del recurso especial, así como el carácter prejudicial y preferente de las actuaciones de carácter jurisdiccional, avalan lo anteriormente expuesto (Acuerdo n.º 16/2017, de 20 de febrero del TACPA).

Este criterio ya fue seguido por este tribunal aragonés tanto en su Acuerdo n.º 48/2012, de 2 de noviembre, pues se impide que,

una vez exista pronunciamiento, la posterior adjudicación «reabra» un nuevo plazo de impugnación por los mismos motivos del recurso inicial. Así, cuando el recurso presentado, en tanto tenga por finalidad cuestionar lo que ya fue –o pudo ser– debe ser inadmitido, por cuanto existe ya cosa juzgada en vía administrativa,

como en el Acuerdo n.º 12/2011, de 12 de julio, de manera que tras un recurso especial previo solo cabe el recurso contencioso-administrativo, pues otra

interpretación generaría una clara inseguridad jurídica, al reabrirse un procedimiento ya concluido que cumplió las formalidades jurídicas exigidas, sin que las mismas puedan ser objeto de revisión por este Tribunal. El Acuerdo ya adoptado es cosa juzgada formal y por ello no es posible dictar una nueva resolución que vaya en contra de lo ya decidido, siendo esta una causa de inadmisión recogida en artículo 21.2 c) Ley 3/2011 de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón.

Y finalmente vinculada a la necesidad de acudir a la vía jurisdiccional, para el emplazamiento de las partes, seguir las indicaciones del artículo 49 de la LJCA. Una vez que llegamos a la sede contencioso-administrativa, el nuevo artículo 60.1 de la LCSP 2017 contempla este emplazamiento, a resultas del cual:

Cuando contra una resolución del órgano competente para la resolución del recurso se interponga recurso contencioso-administrativo, aquel, una vez recibida la diligencia del Tribunal jurisdiccional reclamando el expediente administrativo, procederá a emplazar para su comparecencia ante la Sala correspondiente al órgano de contratación autor del acto que hubiera sido objeto del recurso y a los restantes comparecidos en el procedimiento.

(Ya previsto en el artículo 34 RD 814/2015). Y firme la resolución se le podrá devolver la documentación presentada al interesado que la solicite, dejando copia cotejada en el expediente, salvo que de manera íntegra se tramitara el procedimiento por vía electrónica (art. 35 RD 814/2015).

Además de saber que se contempla el silencio negativo a los efectos de poder interponer recurso contencioso-administrativo, si «transcurridos dos meses contados desde el

siguiente a la interposición del recurso sin que se haya notificado su resolución, el interesado podrá considerarlo desestimado» (art. 15 RD 814/2015), y finalmente que la seguridad jurídica se hace efectiva habilitándose un mecanismo para la ejecución de las resoluciones administrativas. En nuestro procedimiento se reconoce este efecto en el artículo 36 del Real Decreto 814/2015.

4.2. La revisión de oficio en el recurso especial

Dispone el artículo 59.3 de la LCSP 2017:

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.

Exclusión manifestada en este artículo que habilitó el argumento presentado por las resoluciones n.º 47/2016, de 22 de enero, y n.º 200/2016, de 11 de marzo, del TACRC al manifestar esta última que

así pues, contra las resoluciones de este Tribunal «solo cabe la interposición del correspondiente recurso contencioso-administrativo». Se debe entender, por tanto, que el recurso extraordinario de revisión entra dentro de la exclusión general de todos los recursos. [Resolviendo], como se manifiesta en todas ellas, se debe entender que la aplicación supletoria de la LRJAP-PAC en materia de contratos públicos, presupone siempre la existencia de una laguna «legal» o vacío normativo en la legislación contractual directamente aplicable. Tal situación no se da en absoluto en estos casos dado que el artículo 49.1 del TRLCSP, ya citado, dispone claramente que contra las resoluciones dictadas en los procedimientos del recurso especial en materia de contratación solo cabe el recurso contencioso-administrativo, lo que excluye la posibilidad de interposición de cualquier otro recurso administrativo del tipo que sea y, entre ellos, del extraordinario de revisión. Si este recurso no se regula en la Ley de Contratos, se debe precisamente a que se excluye tajantemente su aplicación.

4.3. Recursos administrativos

A la prohibición de recursos administrativos contra la resolución del recurso especial reconocida en el artículo 59.1 de la LCSP 2017 y analizada en las Resoluciones n.º 205/2014 y n.º 352/2014 del TACRC, debe añadirse la posibilidad de interponer recurso especial contra el acuerdo de adjudicación, dictado tras la resolución del recurso por el que se anula un acuerdo de adjudicación (Resolución n.º 236/2015 del TACRC).

El único óbice, pues, que puede oponerse a la interposición de segundos y ulteriores recursos especiales es el que viene dado por el principio de «cosa juzgada administrativa» que, en último término, no es sino una aplicación de la doctrina de los actos firmes y consentidos (SSTS de 12 de junio de 1997 y 5 de abril de 1965; dictámenes del Consejo de Estado de 27 de junio de 2002, 18 de julio de 2002, 5 de diciembre de 2002 y 3 de marzo de 2005), es decir, lo que está prohibido es reproducir ante el tribunal cuestiones que ya fueron resueltas por este y contra las que, pudiendo hacerlo, no se interpuso recurso contencioso-administrativo (art. 222.2 LEC y resoluciones n.º 535/2014, n.º 216/2014, n.º 413/2013, n.º 195/2012, n.º 110/2012, entre otras, del TACRC) (Gómez-Acebo & Pombo Abogados, 2015). Y sin perjuicio del hecho de que aunque la resolución impugnada diera un pie de recurso incorrecto que indujera a error al recurrente, no vincula al órgano encargado de la resolución del recurso ni confiere a la misma naturaleza de acto de trámite cualificado (Resolución n.º 54/2017, de 24 de marzo del TARGAnd).

5. Conclusiones

El recurso especial en materia de contratación pública es un medio de control a la Administración. Esta por mandato constitucional tiene que satisfacer y proteger los intereses públicos y actuar según los principios de objetividad, neutralidad, interdicción de la arbitrariedad y legalidad, concretados en el sector de la contratación pública en los principios de generales de la contratación: libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, así como asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto (Webwe y Witkos, 2013, pp. 29-41), una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa, tal y como se estipulaba en el artículo 1 de la LCSP 2017, en el considerando 1.º de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública o en el artículo 3 de la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 relativa a la adjudicación de contratos de concesión.

Dos pilares fundamentales del actuar administrativo en sede contractual son ese interés público envuelto en forma de transparencia. Interés público que estará presente en el actuar contractual y justifica el desarrollo normativo del recurso especial, hasta el punto de ser el objetivo final en la contratación administrativa, como advirtiera Muñoz Machado (2015, pp. 14),

la satisfacción de alguna necesidad de interés general, a la que el contrato se ordena. Por esta razón, la regulación de fondo de los contratos persigue sobremanera que estos se extingan por cumplimiento y no por resolución anticipada motivada

por la imposibilidad de alcanzar el fin o por incumplimiento de alguna de las partes. Las reglas especiales que el Derecho Administrativo añade a la contratación de los entes públicos tratan de proteger al contratista frente a las modificaciones que la Administración impone, o los cambios que resultan de circunstancias económicas sobrevenidas, o de las reformas que la legislación o los planes administrativos pueden imponer.

Actuación administrativa respetuosa con la transparencia y la libre concurrencia para lo que, siguiendo a Ortega Álvarez (2009, pp. 7), debido a que gran parte de la normativa derivada del respeto a la libre competencia supone para los poderes públicos unas prácticas que no se dan en el mercado, es clave en la contratación «la aplicación de los principios de derecho público de buena administración y de la transparencia, y no basarlo exclusivamente en los de la libre competencia, que no se aplica en un sistema basado esencialmente en oligopolios económicos».

En definitiva, un recurso especial para la satisfacción de interés público en sede contractual unido al derecho a la tutela judicial efectiva que garantiza el respeto por la Administración al principio de la seguridad jurídica.

Referencias bibliográficas

- Bassols Coma, M. (2010). La confidencialidad en la resolución del recurso especial en materia de contratación en el sector de la defensa y la seguridad pública y el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales. *Revista Documentación Administrativa*, 288.
- Bernal Blay, M. A. (2013). El sistema de tutela de la buena administración contractual: balance de su implantación y propuesta para un mejor aprovechamiento. *Revista Española de Derecho Administrativo*, 160.
- Bernal Blay, M. A. (2016). Hacia la unidad del sistema de recursos en materia de contratación pública. En F. López Ramón (Coord.), *Las vías administrativas de recurso a debate*. Actas del XI Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo. Zaragoza, 5 y 6 de febrero de 2016.
- Cano Campos, T. (2014). La legitimación especial en el contencioso-administrativo de la contratación. *Revista General de Derecho Administrativo*, 37.
- Cordón Moreno, F. (2003). El control judicial del uso por la administración de sus facultades discrecionales. *Revista Jurídica de Castilla y León*, 1.
- Cotino Hueso, L. (2007). Retos jurídicos y carencias normativas de la democracia y la participación electrónicas. *Revista Catalana de Dret Públic*, 35.

- García Costa, F. M. (2011). Delimitación conceptual del principio de objetividad: objetividad, neutralidad e imparcialidad. *Revista Documentación Administrativa*, 289.
- Gimeno Feliú, J. M. (12 de enero de 2015). La necesaria unificación de la competencia en el orden Contencioso-Administrativo en todos los contratos públicos, con indiferencia de cuantías, para las cuestiones de preparación y adjudicación. Recuperado de <www.obcp.es>.
- Gimeno Feliú, J. M. (2016). Novedades del Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público. La transposición de las Directivas de Contratación Pública en España. *Congreso Internacional sobre Contratación Pública*. Cuenca.
- Gómez-Acebo & Pombo Abogados, Grupo de Contratos del Sector Público (2015). El recurso especial en materia de contratación: el manejo de los plazos y de los segundos y ulteriores recursos, 65.
- González Pérez, J. (1958). El allanamiento de la Administración. *Revista de Administración Pública*, 27.
- Gutiérrez Colomina, V. (2017). *Guía sobre el Procedimiento Administrativo común y Especialidades*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Moreno Molina, J. A. (20 de abril de 2015). El Anteproyecto de nueva Ley de Contratos del Sector Público y su imprescindible aprobación. Recuperado de <www.obcp.es>.
- Moreno Molina, J. A. (2016). Antecedentes, objetivos y principales novedades de las Leyes 39 y 40/2015, reguladoras del procedimiento administrativo común y el régimen jurídico del sector público. *Revista del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha*, 6.
- Ortega Álvarez, L. (2009). El equilibrio entre el principio de interés público y el de libre competencia en la contratación pública local. *Revista electrónica del CEMCI*, 3, Granada.
- Palomar Olmeda, A. (2017). *Procedimiento Administrativo*. (2.ª ed.). Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi.
- Rodrigo Moreno, F. (1983). Prohibición de allanamiento y transacción sobre los bienes y derechos de las Corporaciones Locales. *Revista de Estudios de la Vida Local*, 220.
- Rodríguez-Arana Muñoz, J. (2010). Jurisdicción contencioso-administrativa. Derechos fundamentales y Principios Rectores de la Política Económica y Social. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 14.
- Santiago Fernández, M, J. (2018). Procedimiento del recurso especial en materia de contratación. En J. M. Gimeno Feliú (Dir.), *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters, Aranzadi.
- Santamaría Pastor, J. A. (2015). *Los Recursos Especiales en Materia de Contratos del Sector Público*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters, Aranzadi.
- Webwe, M. y Witkos, B. (2013). Enfoque del Tribunal de Cuentas Europeo respecto de la auditoría de la contratación pública en el ámbito de los fondos estructurales y de cohesión. *Revista de Auditoría Pública*, 60.