

Recurso especial en materia de contratación. Extemporaneidad

Francisco Blanco López

RESUMEN

La eficacia de la directiva 89/665, de 21 de diciembre, modificada por la directiva 2007/66/CEE, de 11 de diciembre, obliga a una interpretación del art. 145.1 TRLCSP que permita la admisión del recurso especial contra el acto de adjudicación con alegaciones contra los pliegos reguladores de la licitación, siempre que el recurrente pueda invocar que el perjuicio se ha producido en el momento de conocer el propio acto de adjudicación.

PALABRAS CLAVE: recurso especial, extemporaneidad.

ABSTRAC

The effectiveness of Directive 89/665, of 21 December, as amended by Directive 2007/66/CEE, of 11 December, requires an interpretation of Article 145.1 allowing TRLCSP knowledge of special appeal against the award process with arguments against regulatory specifications of the tender, provided that the appellant may invoke that injury occurred at the time of knowing one award process.

KEY WORDS: special resource, lateness.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. 1. El planteamiento de la cuestión. 2. Pronunciamientos de los Tribunales de recursos contractuales. II. CONTEXTO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL. 1. Regulación legal. 2. La posición del Tribunal Su-

premo. 3. La posición del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. III. RECURSO CONTRA ACTO DE ADJUDICACIÓN Y ALEGACIONES CONTRA LOS PLIEGOS. 1. Nulidad de pleno derecho. 2. Efecto útil de la directiva 89/665 de recursos. IV. LOS TRIBUNALES DE RECURSOS APLICAN EL DERECHO COMUNITARIO. CUESTIÓN PREJUDICIAL. V. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN¹

Resumo anticipadamente el objeto de este artículo y su conclusión. Pretendo analizar críticamente la decisión que están adoptando todos los Tribunales de recursos contractuales inadmitiendo o desestimando por extemporáneo un recurso especial interpuesto contra un acto de adjudicación pero en el que se alegan regulaciones ilegales del pliego de cláusulas administrativas (o de condiciones) y/o del de prescripciones técnicas. Se arguye por los Tribunales de recursos contractuales que la participación del recurrente en la licitación supuso la aceptación incondicionada de dichos pliegos (art. 145.1 TRLCSP) y, por tanto, el recurso contra ellos hubo de interponerse en el plazo de 15 días hábiles (art. 44.2.a TRLCSP) desde que se recibieron o fueron conocidos y ya no es posible recurrirlos cuando se notifica el acto de adjudicación por motivo de haber transcurrido el plazo para hacerlo y tratarse de un acto consentido y firme.

Mi opinión es que la aplicación efectiva de la directiva 89/665, de 21 de diciembre de 1989, de recurso en materia de contratos públicos, reformada por la directiva 2007/66/CEE, de 11 de diciembre, que tiene como objetivo garantizar el correcto cumplimiento de la normativa comunitaria en materia de contratación pública y asegurar la aplicación del principio de igualdad de trato entre los licitadores y el de favorecimiento de la concurrencia, deben habilitar la interposición de un recurso especial contra el acto de adjudicación en el que el recurrente alegue la infracción del ordenamiento jurídico en las regulaciones de los pliegos cuando dicha infracción aún no le suponía una lesión directa que le excluía del

.....

- 1 Abreviaturas utilizadas. CE: Constitución española; LCAP: Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas; LCSP: Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público; LRJPAC: Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y del Procedimiento Administrativo Común; LRJCA: Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa; TACPA: Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón; TACPM: Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid; TACRC: Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales; TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea; TRLCSP: Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado mediante Real decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre; TC: Tribunal Constitucional; TS: Tribunal Supremo.

procedimiento licitatorio, sino que pudo licitar y la lesión se materializó en la propia operativa de selección de la oferta más ventajosa que conoce con la notificación del acto de adjudicación².

Los argumentos son los siguientes:

1. EL PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

La directiva 2007/66/CEE, de 11 de diciembre, modificó la directiva 89/665/CEE, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministro y de obras e incorporó previsiones a los efectos de perfeccionar algunos puntos débiles en los mecanismos del recurso que preveía la directiva 89/665. Uno de ellos era la ausencia del establecimiento de un plazo concreto de espera, de suspensión procedimental, entre la decisión de adjudicación del contrato y la «celebración» del mismo (entendiendo por celebración lo que en España hemos denominado «formalización» es decir, el momento de la eficacia del contrato, ex art. 27.1 TRLCSP). La directiva 2007/66/CEE configuró ese plazo con el carácter de suspensivo del procedimiento de contratación³.

.....

- 2 Creo que la doctrina más autorizada no ha recaído aún en la distorsión que analizo. La tesis es mantenida por los Tribunales de recursos contractuales y los analistas y está instalada y repetida casi como un estribillo. Debe destacarse la opinión, en el sentido de lo que se defiende en este artículo, de la profesora Silvia Díez Sastre en su monografía «La tutela de los licitadores en la adjudicación de contratos públicos», Marcial Pons, 2012. En el apdo. 246 final, la profesora afirma: «La negación general de la posibilidad de impugnar las bases una vez que se ha presentado la oferta no cohonesta con las Directivas de recursos. Lo que se explica porque no siempre será sencillo detectar las posibles infracciones de las reglas de procedimiento antes de la presentación de las ofertas. Sobre esta cuestión deberá establecerse una regulación legal más precisa».
- 3 El art. 2.bis.2 de la directiva 2007/66/CE, de 11 de diciembre, establece que: «En el caso de los contratos regulados por la Directiva 2004/18/CE, la celebración del contrato consecutiva a la decisión de adjudicación no podrá tener lugar antes de que expire un plazo de al menos diez días civiles a partir del día siguiente a aquel en que se haya remitido, por fax o por medios electrónicos, la decisión de adjudicación del contrato a los licitadores y candidatos afectados, o, si se han utilizado otros medios de comunicación, antes de que expire un plazo de al menos quince días civiles a partir del día siguiente a aquel en que se haya remitido la decisión de adjudicación del contrato a los licitadores y candidatos afectados, o de al menos diez días civiles a partir del día siguiente a la fecha de la recepción de la decisión de adjudicación del contrato».

En correspondencia, el art. 156.3 TRLCSP establece que, «Si el contrato es susceptible de recurso especial en materia de contratación conforme al art. 40.1, la formalización no podrá efectuarse antes de que transcurran quince días hábiles desde que se remita la notificación

El art. 2 b) de la directiva 89/665/CEE (según redacción tras la reforma llevada a cabo por la directiva 2007/66), declara que, respecto a los procedimientos de recurso que establece, la regulación legal concreta queda en manos de cada Estado miembro, de forma que han de prever las facultades necesarias para «anular o hacer que se anulen las decisiones ilegales, incluida la supresión de las características técnicas, económicas o financieras discriminatorias contenidas en los documentos de licitación, en los pliegos de condiciones o en cualquier otro documento relacionado con el procedimiento de adjudicación del contrato en cuestión».

El TJUE en su Sentencia 444/06, de 3 de abril de 2008, conoció el recurso que interpuso la Comisión Europea contra España por motivo de considerar que el texto refundido de la LCAP, aprobado por Real decreto legislativo 2/2000, de 16 de junio, no se ajustaba a los objetivos de la directiva de recursos. La sentencia, como es sabido, condenó a España porque su normativa de contratación pública no preveía un plazo obligatorio para que la entidad adjudicadora notifique a todos los licitadores la decisión de adjudicación del contrato y tampoco preveía un plazo de suspensión obligatorio entre la adjudicación del contrato y su celebración.

El proceso de trasposición de la directiva 89/665/CE parece haber culminado mediante la incorporación en la LCSP de determinados ajustes normativos que establecen un plazo de suspensión del procedimiento licitatorio entre el acto de adjudicación y la celebración del contrato, el momento de eficacia del mismo, que coincide con su formalización (hoy previstos en los art. 37.3 i 156.3 TRLCSP). Estas regulaciones se incorporaron en la LCSP, mediante la ley 34/2010, de 5 de agosto, de Economía Sostenible, cerrando así un período que transcurre desde el año 1995, en el que el legislador estatal partió de una posición que manifestaba que la normativa procesal española –ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (LRJPAC) y ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa (LRJCA)– ya garantizaban y cumplían los objetivos de la directiva de recursos 89/665, hasta el año 2010 en que, después de una resistencia numantina, se ha incorporado el recurso especial en los contratos armonizados, se ha instituido un plazo suspensivo entre la adjudicación y la formalización contractual, modificando complementariamente la LRJCA para adecuarla a las nuevas regulaciones de la LCSP –nuevo art. 101 e) y

.....

de la adjudicación a los licitadores y candidatos. Las Comunidades Autónomas podrán incrementar este plazo, sin que exceda de un mes». El art. 45 TRLCSP establece, en relación con la interposición del recurso especial que, «una vez interpuesto el recurso, si el acto recurrido es el de adjudicación, quedará en suspenso la tramitación del expediente de contratación».

art. 11.1 f)–. La reforma se ha completado, en aplicación del art. 41 TRLCSP, con la creación del TACRC y los correspondientes órganos en algunas Comunidades Autónomas e incluso Administraciones locales u otras Instituciones o la formalización de Convenios entre CC AA y el TACRC.

La creación y entrada en funcionamiento de los Tribunales de Recursos ha puesto en acción la sistemática procesal del recurso especial en materia de contratación y, a mi juicio, en este tiempo se está poniendo de manifiesto alguna disfunción con los objetivos de la directiva 89/665, de 21 de diciembre de 1989.

La finalidad de este artículo es, como he manifestado al principio, analizar una, a mi juicio, contradicción, entre determinado pronunciamiento de los Tribunales de Recursos contractuales y los objetivos de tutela de los derechos legales de los licitadores de acuerdo con la directiva de recursos, diagnosticar su origen y causa y proponer medidas correctivas.

2. PRONUNCIAMIENTOS DE LOS TRIBUNALES DE RECURSOS CONTRACTUALES

El TACRC, en la Resolución 172/2011, de 29 de junio, ha declarado inadmisibles atender alegaciones de un licitador, recurrente contra el acto de adjudicación, en las que se recurre al mismo tiempo determinadas previsiones de un pliego que establecían criterios de adjudicación contrarios a Derecho porque, afirmó el Tribunal, debieron invocarse esas alegaciones en un recurso contra el pliego en el plazo adecuado, de forma que, pese a su eventual irregularidad, no pueden ya enjuiciarse. Esta imposibilidad de enjuiciar, según el TACRC, extemporáneamente, las pretensiones del recurrente, llevan al Tribunal a admitir prescripciones ilegales, que se reconoce que existen, pero no recurridas, como la utilización de la experiencia o del arraigo territorial como criterio de adjudicación (Resoluciones TACRC 28/2011, y 138/2011, de 11 de mayo) o la exigencia de marcas de fabricante concreto en el suministro de material informático sin utilizar el término «o equivalente» (Resolución TACRC 155/2011, de 8 de junio), en cuanto que los pliegos no fueron objeto de recurso en plazo y forma, y el Tribunal entendió que no se producía en ninguno de los supuestos anteriores causa de nulidad de pleno derecho.

Además de las citadas anteriormente, pueden añadirse también, por ejemplo, la Resolución TACRC núm. 115/2011, de 27 de abril, en la que se considera que no puede anularse un criterio de adjudicación consistente en que las empresas de vigilancia que licitaran debían poseer un establecimiento en la Región de Murcia y un número determinado de vigilantes en plantilla también en la Región de Murcia; 241/2011, de 19 de octubre, en la que se admite la inclusión de medios acreditativos de la solvencia técnica no previstos en la LCSP; 59/2012, de

22 de febrero, en la que se considera una reclamación acerca de que un pliego no define rigurosamente la ponderación de las mejoras; 69/2012, de 21 de marzo, en el que el TACRC reconoce que la regulación de las mejoras no reconoce la necesaria igualdad ni el trato no discriminatorio de las distintas ofertas.

Podemos calificar esta argumentación jurídica como criterio uniforme del TACRC. Este criterio se considera tan consolidado y pacífico que ni siquiera es destacado como una actuación procesal significativa en la Memoria de actividades del año 2011⁴.

El TACPM, al conocer un recurso especial interpuesto contra la adjudicación de un contrato que alegaba estipulaciones de un pliego contrarias a Derecho, lo inadmite por extemporáneo ya que no se recurrió el pliego en el plazo de 15 días hábiles desde que fue conocido. Se trata de la Resolución núm. 73/2011, de 3 de noviembre de 2011: la empresa Novartis Vaccines Diagnostic, SL, recurrió el acto de adjudicación (la recurrente no había participado en la licitación) del contrato licitado por el Centro de Transfusiones de la Comunidad de Madrid de un contrato de suministro de reactivos necesarios para la detección de ácidos nucleicos del virus de la hepatitis C (VHC), del virus de inmunodeficiencia humana (VIH) y del virus de la hepatitis B (VHB) en donantes de sangre, con un presupuesto de 2.872.000 euros. La Resolución del Tribunal contiene una argumentación justificativa de la declaración de inadmisión del recurso especial más matizada que la desarrollada por el TACRC. Así, afirma que la decisión sobre la admisibilidad de un recurso contra un acto de adjudicación en el que se incluyen argumentaciones que suponen realmente un recurso también contra el pliego debe ser considerada en función del caso concreto. El TACPM no admitirá el recurso contra el acto de adjudicación porque se fundamenta dicho recurso en la invalidez de los criterios de adjudicación que contenía el pliego y éste no se recurrió en plazo. Afirma el Tribunal administrativo, que, «Efectuada la adjudicación del contrato pretende su impugnación por razones íntimamente relacionadas con actos anteriores que han devenido firmes y consentidos ya que la causa invocada es la invalidez de los criterios de adjudicación contenidos en el Pliego, que no recurrió en su momento, por lo que no procede la admisión del recurso interpuesto contra la adjudicación del contrato *dadas las circunstancias de este caso concreto* (la cur-

.....

- 4 El TACRC no considera en muchas de sus resoluciones de inadmisión la cuestión de si concurre causa de nulidad de pleno derecho. Así, en Resolución 178/2013, de 14 de mayo, los recurrentes alegan que la licitación del contrato de servicio de transporte por ambulancia incumple la regulación reglamentaria que exige que en cada ambulancia exista conductor y ayudante con formación adecuada, en contra de los que prescribe el pliego de prescripciones técnicas. La inadmisión es automática por alegación extemporánea sin considerar y descartar argumentalmente la posible causa de nulidad radical.

siva es mía)». El TACPM, procede en la resolución que se analiza, a una última comprobación y es que no concurra causa de nulidad, puesto que, en ese supuesto, afirma, «sí cabría impugnar los pliegos de forma indirecta». Para ello, el Tribunal entra en el fondo del asunto, conoce y analiza las reclamaciones del recurrente y las rebate, con un análisis pormenorizado sobre la corrección de los criterios de adjudicación que considera, contra la opinión del recurrente, que están vinculados al objeto del contrato y no son discriminatorios. Después de este *excursus*, la Resolución «concluye» afirmando que, «Por último siendo extemporáneo el recurso contra los pliegos, al no concurrir causa de nulidad en los mismos, el recurrente carece de legitimación activa⁵ para impugnar la adjudicación». Por fin, el acuerdo primero inadmite el recurso especial, «[...] por resultar extemporáneo el recurso contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y contra el acto de adjudicación del contrato por no haberse impugnado las actuaciones administrativas precedentes que constituye acto consentido, sin que concurriese causa alguna que se lo impidiese ni se advierta causa de nulidad de pleno derecho».

Podemos afirmar que el Tribunal administrativo no efectúa una declaración de inadmisión *ad limine* del recurso sino que conoce el fondo del asunto, debate y refuta los argumentos jurídicos de fondo, afirma y argumenta la legalidad del Pliego, para concluir regresando al punto de partida y declarando inadmisibile el recurso. Ello previo descarte de la concurrencia de causa de nulidad de pleno derecho. Para efectuar esa eliminación de la concurrencia de causa de nulidad el TACPM efectúa una consideración más que discutible: afirma, ya antes de cualquier otro razonamiento, que la invocación de que dos criterios de adjudicación planteados en el pliego no tengan relación con el objeto del contrato no es causa de nulidad radical de la licitación. La indeterminación de un criterio de adjudicación y la ausencia de relación directa con el objeto del contrato de otros dos criterios son vicios que de existir, afirma el TACPM, serían causas de anulabilidad pero no de nulidad radical.

.....

5 No es correcta la afirmación de que el recurrente carece de legitimación activa. La empresa Novartis tenía interés legítimo, es decir, una específica relación entre el actor y el contenido de la petición que se ejercita, «una relación material unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión (acto o disposición impugnados) de tal forma que su anulación produzca automáticamente un efecto positivo (beneficio) o negativo (perjuicio), actual o futuro, pero cierto», debiendo entenderse tal relación referida a un interés en sentido propio, cualificado y específico, actual y real; no potencial o hipotético. La Resolución puede inadmitir el recurso o desestimarlos por causa procesal prevista en norma legal, pero ello no comporta la negación de la legitimación activa del recurrente: máxime, recuérdese, que en la licitación de referencia solo se presentó una empresa por lo que la eventual anulación de la licitación por el Tribunal Administrativo supondría un beneficio para la empresa recurrente, que no participó en la licitación, ya que se le abrirían potencialmente nuevas oportunidades para participar en una eventual nueva licitación en la que se establecerían nuevas condiciones de licitación.

En el mismo sentido, la Resolución del mismo Tribunal, 80/2011, de 23 de noviembre, advierte que el pliego de cláusulas administrativas contempla como criterio de adjudicación la calidad de la oferta sin que el pliego permita indicar qué se entiende por calidad media. El Tribunal afirma que ello reduce el grado de transparencia en la adjudicación para, seguidamente, afirmar, «Esto no obstante, dado que los Pliegos y en concreto el PCAP, no han sido impugnados, debe considerarse que se trata de actos consentidos a cuya observancia deben sujetarse los licitadores y sobre cuya validez no puede pronunciarse este Tribunal en virtud del principio de congruencia, al no observarse la presencia de vicios determinantes de la nulidad radical del PCAP».

También el TACPA en, por ejemplo, Acuerdo 14/2011, de 19 de julio; 27/2011, de 29 de noviembre, (FJ tercero) o el acuerdo 20/2012, de 14 de junio (FJ cuarto) mantiene la tesis que se ha descrito, si bien en este acuerdo del año 2012, el Tribunal considera que la inclusión como criterio de adjudicación de «mejoras» sin delimitar ni precisar su exacta consideración, constituye una desigualdad de trato que vicia de nulidad radical el procedimiento por lo que el Tribunal estima la alegación contra el pliego aunque se hiciera con ocasión de recibir la notificación de la adjudicación del contrato.

II. CONTEXTO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

1. REGULACIÓN LEGAL

El art. 80.1⁶ LCAP, es el que inaugura la previsión expresa que sirve de fundamento para la interpretación que lleva a los Tribunales administrativos de recursos contractuales a la inadmisión de recursos indirectos contra pliegos en fase posterior a su publicación y agotado el plazo específico para su recurso. Este artículo se expresaba así: «1. Las proposiciones serán secretas y se arbitrarán los medios que garanticen tal carácter hasta el momento de la licitación pública. Se sujetarán al modelo que se establezca en el pliego de cláusulas ad-

.....

6 Con carácter básico para todas las Administraciones Públicas, según establecía la disposición final primera LCAP-1995. La redacción y el carácter básico se mantiene en el art. 79.1 del Real decreto legislativo 2/2000, de 16 de junio, que aprobó el Texto refundido de la LCAP. Seguirá en el art. 129.1 LCSP y art. 145 TRLCSP aprobado por Real decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre. La previsión normativa objeto de análisis no se encuentra, sin embargo, en la ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de contratos públicos de Navarra.

En el ámbito de la regulación de los sectores especiales no se contempla esa regulación. Ni en la ley 31/2007, de 30 de octubre, ni en su antecedente, ley 48/1998, de 30 de diciembre.

ministrativas particulares. *Su presentación presume la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de dichas cláusulas sin salvedad alguna*».

En la actualidad, el 145.1 TRLCSP mantiene la misma redacción que el anterior mencionado art. 80.1 LCAP-1995, si bien se ha añadido una condición complementaria, «[...] sin salvedad o reserva alguna», que refuerza el mensaje que la presentación de las proposiciones supone la aceptación incondicionada del pliego.

Si se efectúa un breve recorrido histórico de la previsión legal que nos ocupa, podemos observar que, realmente, la afirmación de que la participación en una licitación mediante la presentación de una oferta implica que el licitador está de acuerdo con todas las previsiones del pliego, se inaugura en LCAP-1995 y que anteriormente no existía esa previsión legal o, mejor dicho, no se pretendió darle ese alcance. Desde luego, en el Decreto de Bravo Murillo publicado en la *Gaceta de Madrid* de 29 de febrero de 1852 no existe esa previsión que no corresponde con el estado de desarrollo normativo de la regulación de la contratación administrativa aún preocupada en que la adjudicación se haga mediante subastas por pliegos cerrados. Tampoco en la Ley de la Hacienda Pública publicada en la *Gaceta de Madrid* de 4 de julio de 1911. No se encuentra esa previsión en la Ley de Contratos del Estado de 1965 que en su art. 10 se ocupa exclusivamente en afirmar que «Las declaraciones contenidas en estos pliegos no podrán ser modificadas por los correspondientes contratos, salvo lo que se dispone en esta ley».

En el Reglamento general de la Ley de Contratos del Estado, aprobado por decreto 3354/1967, de 28 de diciembre, los arts. 122.10 para el contrato de obras, 211.13 para el contrato de gestión de servicios públicos, 255.2.13, 256.9 y 257.11, en relación con las diferentes modalidades del contrato de suministro, establecían que el documento de formalización contractual debía contener la declaración sobre la «[...] sumisión del empresario al pliego de bases del suministro, al presente Reglamento y a la jurisdicción contencioso-administrativa». El art. 73.i) del Reglamento General LCAP, aprobado por Real decreto 1098/2001, de 12 de octubre, afirma que el documento de formalización contractual deberá contener, «Conformidad del contratista a los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas, de los que se hará constar la oportuna referencia».

Parece así, que las normas reglamentarias de 1967 (derogada) y de 2001 (vigente) han pretendido asegurar que el contratista ejecute el contrato según lo previsto en los pliegos y desde el momento de la firma del contrato ya no pueda alegar su disconformidad. Si firma el contrato es que está aceptando las obligaciones definidas en los pliegos.

Las leyes formales posteriores (LCAP-1995 y LCSP-2007) han introducido una regulación de mayor alcance, cual es que la presentación de la proposición supone, «la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de dichas cláusulas sin salvedad o reserva alguna». La interpretación que se ha seguido de esa previsión legal es que la presentación de la proposición implica que el licitador las consiente y ya no podrá discutir las ni oponerse a ellas.

Esta consecuencia creo que es justamente un exceso del legislador y del intérprete que ataca la línea de flotación de la efectividad de la directiva de recursos porque obstaculiza la depuración de ilegalidades en la regulación de los pliegos que el licitador ve materializadas y expresadas en un tiempo posterior al simple conocimiento de los pliegos, cuando se valora su oferta, cuando se ponderan los aspectos de su proposición, cuando se aplican los diferentes criterios selectivos en concurrencia y comparación con otros licitadores. El licitador constata y se le evidencian infracciones jurídicas contenidas en los pliegos no inmediatamente tras su lectura, sino después de presentar su proposición y ser valorada y comparada con otras presentadas, siendo entonces cuando se produce efectivamente la lesión en sus derechos patrimoniales. No niego la posibilidad que el recurso previsto en la directiva 89/665 deba interponerse en un plazo determinado. Se trata de considerar si el efecto útil de la directiva de recursos no queda cercenado si determinadas previsiones de un pliego que aún no causan lesión efectiva en los derechos de los licitadores ni impiden su participación en la licitación pero que, efectivamente, son contrarias a los principios básicos de la contratación pública, no se permite que sean recurridas con posterioridad cuando es notificado el acto de adjudicación y se produce una lesión efectiva en los derechos del licitador.

Por lo que se refiere a la regulación comunitaria de la contratación pública no se incluye como materia de armonización jurídica de aplicación por todos los Estados miembros una previsión como la existente en el actual art. 145.1 TRLCSP. No se encuentra en la directiva 2004/18/CEE ni en sus precedentes ni en la nueva directiva aprobada por el Parlamento europeo el 15 de enero de 2014.

Pero es que esa previsión, que ya estamos avanzando resulta lesiva para la propia eficacia de la directiva de recursos, no se encuentra tampoco en otros Estados miembros. En Portugal, el Código de contratos Públicos, aprobado por decreto ley 18/2008, de 29 de junio, contiene un anexo I (al que remite el art. 57 que regula el contenido de las proposiciones) en el que se fija el modelo de declaración de aceptación por el licitador del contenido de los pliegos y esa declaración compromete al licitador en cuanto a la fase de la ejecución del contrato sin que tenga efectos en la fase de licitación, sin comprometer el objeto de las

eventuales pretensiones en los recursos legales⁷. El Código francés de contratos públicos de 2006 también vincula el acto de presentación de una proposición al compromiso de ejecutar el contrato según establecen los pliegos⁸. Tampoco se encuentra una previsión semejante en el Código italiano de contratos públicos de 2006⁹.

La consecuencia de la prescripción del art. 145.1 TRLCSP es que desde que se conocen las prescripciones de los pliegos han de recurrirse aquellas regulaciones que el licitador considere perjudiciales a sus derechos o a sus expectativas de participación en la licitación, más allá del perjuicio real que le produzcan. Tendrá un plazo de 15 días hábiles para interponer el recurso especial o de un mes si se trata de un recurso administrativo ordinario y deberá recurrir cualquier infracción en que concurran la totalidad de las condiciones y prescripciones. Nada importa si luego sólo se presenta como licitador el recurrente, lo que haría inútil muchas de sus alegaciones o incluso le resultarían contraproducentes y perjudiciales, o que determinadas invocaciones no fuera necesario alegarlas porque acabe siendo adjudicatario. Debe el licitador depurar todas las infracciones que considere existen en los pliegos como un auténtico paladín depurador del Derecho en la actividad del sector público en materia de contratación.

2. LA POSICIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO

Las Resoluciones del TACRC y otros Tribunales de recursos contractuales, antes referidas, apoyan su criterio afirmando que se fundamentan en la regulación legal antes referida del art. 145.1 TRLCSP y en el criterio que mantiene tradicionalmente el TS¹⁰. El TS ha considerado que la presentación de la proposición en un

.....

7 Dice así el anexo referido: «1. [...] tendo tomado inteiro e perfeito conhecimento do caderno de encargos relativo à execução do contrato a celebrar na sequência do procedimento de [...] designação ou referência ao procedimento em causa], *declara, sob compromisso de honra, que a sua representada (2) se obriga a executar o referido contrato em conformidade com o conteúdo do mencionado caderno de encargos, relativamente ao qual declara aceitar, sem reservas, todas as suas cláusulas* (la cursiva es nuestra)».

8 El art. 11 del Code des marchés publics afirma que, «L'acte d'engagement est la pièce signée par un candidat à un accord-cadre ou à un marché public dans laquelle le candidat présente son offre ou sa proposition dans le respect des clauses du cahier des charges qui déterminent les conditions dans lesquelles le marché est exécuté. Cet acte d'engagement est ensuite signé par le pouvoir adjudicateur».

9 He consultado el Codice dei Contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/ce e 2004/18/CE, Decreto legislativo, de 12 de abril de 2006, núm. 163, que puede leerse en <http://www.osservatorioappalti.unitn.it/content.jsp?id=21>

10 Efectivamente, el TS afirma, por ejemplo, en el Fundamento de Derecho segundo de la Sentencia de 9 de febrero de 2001, dictada en el recurso de casación número 1090/1995, que: «[...]

procedimiento de contratación administrativa supone la aceptación de los pliegos que se constituyen en ley entre las partes sin que pueda ya reclamarse nada contra ellos puesto que en ejercicio de la autonomía de la voluntad consagrado en art. 1091 Código Civil se han aceptado¹¹.

.....

es muy reiterada la doctrina de este Tribunal Supremo (plasmada, por ejemplo, en sentencias de 18 de abril de 1986 [RJ 1986, 2797] , 3 de abril de 1990 [RJ 1990, 3576] y 12 de mayo de 1992 [RJ 1992, 4171]) en el sentido de que el pliego de condiciones constituye la Ley del Concurso, debiendo someterse a sus reglas tanto el organismo convocante como quienes soliciten tomar parte en el mismo, especialmente cuando no hubieran impugnado previamente sus bases, pues, en efecto, si una entidad licitante se somete al concurso tal y como ha sido convocado, sin impugnar en ningún momento las condiciones y bases por las que se rija, tomando parte en el mismo, con presentación de su correspondiente oferta, y prestando su consentimiento tanto a las propias prescripciones de la licitación como a la participación de las restantes entidades, carecerá de legitimación para impugnarlo después, contraviniendo sus «propios actos», cuando no resulte favorecida por las adjudicaciones, que obviamente, pretendía». Seguidamente afirma, «Ciertamente, la doctrina que se acaba de reseñar puede ceder cuando los vicios denunciados son constitutivos de causa de nulidad de pleno derecho [...]». En relación con alegaciones respecto un pliego de prescripciones técnicas, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en Sentencia de fecha 11 de setiembre de 2009, recurso 807/2009, afirma con cita de jurisprudencia del TS: «En consecuencia, los pliegos constituyen la base del contrato y sus determinaciones las reglas conforme a las cuales debe ser cumplido al determinar el contenido de la relación contractual. En definitiva, como tiene reiteradamente declarado el Tribunal Supremo (sentencias, entre otras, de 6 de febrero (RJ 1988, 695) y 8 de Noviembre de 1988 (RJ 1988, 8795) , 22 de enero de 1990 (RJ 1990, 402) y 21 de enero de 1994 (RJ 1994, 144)) el Pliego de Condiciones constituye la *lex contractus* con fuerza vinculante para el contratante y la Administración [...]». En el Fundamento de Derecho segundo de la Sentencia núm. 929/2008, de 27 de octubre, el TSJ de Madrid ha afirmado: «Como se dijo en la STS de 28 de junio de 2004 (recurso de casación 7106/00), con cita de otra anterior de 4 de noviembre de 1997 (RJ 1997, 8158), «puede resultar contrario a la buena fe, que debe presidir el contrato, el que se consienta una o varias cláusulas o prescripciones técnicas, aceptando el procedimiento de contratación pública mediante la propia participación y luego, al no resultar, adjudicatario, impugnar la adjudicación argumentando que los actos de preparación consentidos son contrarios al ordenamiento jurídico».

Significa, pues, que aceptadas las bases de la convocatoria solo podemos entrar a examinar si la adjudicación del concurso ha respetado o no los pliegos de condiciones. Como se afirmaba en la STS de 28 de junio de 2004 (recurso de casación 7106/00) «la naturaleza contractual, y no reglamentaria, de los pliegos de cláusulas explica y justifica que la falta de impugnación convalide sus posibles vicios, a menos que se trate de vicios de nulidad de pleno derecho; e, incluso, en este caso en que puede entenderse que la denuncia no está sujeta a plazo preclusivo, habría de seguirse una acción de nulidad con sujeción a los criterios generales de ésta, siempre que resulta a salvo el indicado principio de buena fe y la seguridad jurídica, a cuya preservación tiende la firmeza de los actos para quienes los han consentido, aspirando incluso, en su día a la adjudicación».

11 STS de 18 de abril de 1986 [RJ 1986, 2797], referido a un supuesto de adjudicación de viviendas.

III. LA POSICIÓN DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

El TJUE ha afirmado en numerosas sentencias que la efectividad del cumplimiento de los mandatos de la directiva de recursos 89/665 puede entenderse cumplida si los Estados miembros regulan en sus leyes procesales que la interposición del recurso contra los actos derivados de la licitación pública de un contrato deba realizarse en un plazo determinado¹².

La posición sustentada por el TJUE es de exquisita prudencia, repleta de matices y consideraciones atendiendo las circunstancias singulares de cada caso concreto. El TJUE ha revisado y anulado en varias sentencias la declaración de la caducidad de las acciones cuando, por parte del órgano de contratación, ha habido evasivas o se han generado dificultades de información del licitador respecto a determinados datos o condiciones contenidos en los pliegos que, tras un requerimiento de precisión en fase de licitación por algún licitador, ha encontrado respuestas del órgano de contratación evasivas o poco clarificadoras, de forma que se impide la interposición en tiempo de los recursos o se enturbia la

.....

12 A título de ejemplo, véase los apdos. 74 y ss. de la STJUE de 12 de diciembre de 2002, asunto C-470/99, *Universale-Bau Ag.* También apdo. 51, STJUE de 28 de enero de 2010, asunto C-456/08, *Comisión Europea/Irlanda*, con referencia a otras sentencias. En STJUE de 11 de octubre de 2007, asunto C-241/06, *Lämmerzahl GmbH*, ha afirmado en apdos. 50 a 52:

«50. Por lo que respecta a la primera parte de esta cuestión, debe recordarse que la Directiva 89/665 no se opone a una normativa nacional que establezca que los recursos contra una decisión de la entidad adjudicadora deben formularse dentro de un plazo fijado a tal efecto y que cualquier irregularidad del procedimiento de adjudicación que se alegue en apoyo de dicho recurso debe invocarse dentro del mismo plazo, so pena de caducidad, de forma que una vez transcurrido éste ya no es posible impugnar tal decisión o invocar dicha irregularidad, siempre que el plazo en cuestión sea razonable (sentencias de 12 de diciembre de 2002, *Universale-Bau* y otros, C-470/99, Rec. p. I-11617, apdo. 79, y de 27 de febrero de 2003, *Santex*, C-327/00, Rec. p. I-1877, apdo. 50).

51. Esta posición se basa en la consideración de que la completa consecución del objetivo que la Directiva 89/665 pretende alcanzar se vería comprometida si los candidatos y licitadores pudieran alegar en cualquier momento del procedimiento de adjudicación infracciones de las normas de adjudicación de contratos públicos, obligando con ello a la entidad adjudicadora a iniciar de nuevo la totalidad del procedimiento a fin de corregir dichas infracciones (sentencia *Universale-Bau* y otros, antes citada, apdo. 75).

52. Sin embargo, los plazos de caducidad nacionales, y sus condiciones de aplicación, no deben, por su naturaleza, imposibilitar ni dificultar excesivamente en la práctica el ejercicio de los derechos que el Derecho comunitario confiere, en su caso, al interesado (sentencia *Santex*, antes citada, apdo. 55; véase asimismo, en este sentido, la sentencia *Universale-Bau* y otros, antes citada, apdo. 73)».

decisión de su interposición por manifestaciones confusas, de forma que, en aplicación del principio de eficacia, se reconoce el recurso fuera del plazo legalmente establecido. Así, en Sentencia, de 11 de octubre de 2007, dictada en asunto C-421/06, en la que se considera la ausencia de información en el anuncio de licitación del valor del contrato y actitudes dilatorias y poco claras del órgano de contratación para informar los costes del contrato.

La jurisprudencia del TJUE ha destacado la necesidad de garantizar el efecto útil de la directiva 89/665 de forma que las disposiciones nacionales no obstruyan o hagan imposible la aplicación del derecho comunitario¹³.

Cuando el TJUE, Tribunal de Primera Instancia, ha conocido recursos de anulación de decisiones de las propias Instituciones europeas en licitaciones de contratos que han tramitado, ha vertido reflexiones de especial interés para las tesis que defiende en este artículo.

.....

- 13 Así, en los apdos. 51 y 52 de la Sentencia de 27 de febrero de 2003, asunto C-327/00, ha afirmado:

«En particular, el Tribunal de Justicia ha declarado que, si bien corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro definir los requisitos en materia de plazos relativos a los recursos jurisdiccionales destinados a garantizar la salvaguardia de los derechos que el Derecho comunitario confiere a los candidatos y licitadores perjudicados por las decisiones de las entidades adjudicadoras, *dichos requisitos no deben privar de efecto útil a la Directiva 89/665* (la cursiva es mía), la cual pretende garantizar que las decisiones ilícitas adoptadas por tales entidades adjudicadoras pueden ser recurridas de manera eficaz y lo más rápidamente posible (sentencia *Universale-Bau* y otros, antes citada, apdos. 71, 72 y 74). En el apdo. 56 de esta sentencia, el TJUE ofrece un desarrollo conceptual del principio de efectividad de la directiva 89/665 afirmando que, «Sin embargo, para la aplicación del principio de efectividad, debe analizarse cada caso en el que se plantea la cuestión de si una disposición procesal nacional imposibilita o dificulta excesivamente la aplicación del Derecho comunitario, teniendo en cuenta el lugar que ocupa dicha disposición dentro del conjunto del procedimiento, de su desarrollo y de sus peculiaridades (véase la sentencia de 14 de diciembre de 1995, *Peterbroeck*, C-312/93, Rec. p. I-4599, apdo. 14)». En el apdo. 40 de la Sentencia de 28 de enero de 2010, asunto C-406/08, ha afirmado que, «Por otra parte, el objetivo de celeridad perseguido por la Directiva 89/665 no permite a los Estados miembros prescindir del principio de efectividad, de acuerdo con el cual las normas de aplicación de los plazos de caducidad nacionales no deben hacer imposible o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos de los interesados al amparo del Derecho comunitario, principio que subyace al objetivo de eficacia del recurso, expresado en el art. 1, apdo. 1, de dicha Directiva». En el apdo. 56 de la STJUE de 28 de enero de 2010, asunto C-456/08, *Comisión/Irlanda*, el Tribunal ha manifestado que, «Según una reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la aplicación de un plazo de caducidad nacional no debe llevar a privar de efecto útil al ejercicio del derecho a recurrir contra las decisiones de adjudicación de los contratos públicos (véanse, en este sentido, las sentencias de 12 de diciembre de 2002, *Universale-Bau* y otros, C-470/99, Rec. p. I-11617, apdo. 72; de 27 de febrero de 2003, *Santex*, C-327/00, Rec. p. I-1877, apdos. 51 y 57, así como *Lämmerzahl*, antes citada, apdo. 52)».

Hay que recordar que la contratación de las Instituciones comunitarias se rige por el Reglamento del Consejo, de 25 de junio de 2002, núm. 1605/2002¹⁴, que aprueba el Reglamento financiero aplicable al presupuesto general de las Comunidades Europeas (aplicable a las licitaciones públicas de los contratos de las Instituciones Comunitarias) que sigue el modelo de las directivas comunitarias pero no incorpora las previsiones de la directiva de recursos 89/665, que vincula a los Estados miembros pero no a las Instituciones comunitarias.

El art. 230 TCE (hoy art. 263 TFUE) afirma que toda persona física o jurídica podrá interponer recurso contra las decisiones de las que sea destinataria y contra las decisiones que, aunque revistan la forma de un reglamento o de una decisión dirigida a otra persona, le afecten directa e individualmente. El Tribunal de Primera Instancia, ha afirmado, en sentencia de 21 de mayo de 2008, asunto T-495/04, Belfass SPRL, invocando dicho art. 230 TCE, que un pliego de condiciones que no afectaba individualmente a un licitador concreto, *cuyas prescripciones no le impidieron licitar*, no es un acto que afecta individualmente a una empresa debido a ciertas cualidades que le son propias o a una situación de hecho que la caracteriza en relación con cualesquiera otras personas y, por ello, la individualiza de manera análoga a la de un destinatario del acto. Ha afirmado en su Considerando 42, caracterizando jurídicamente el pliego de condiciones, que «[...] el pliego de condiciones [...] se aplica a situaciones objetivamente determinadas y produce efectos jurídicos respecto a categorías de personas contempladas de manera general y abstracta. Por tanto, tiene carácter general y no puede considerarse que su comunicación individual a las empresas preseleccionadas por el órgano de contratación permita individualizar, en el sentido del art. 230 CE, cuarto párrafo, a cada una de dichas empresas en relación con cualesquiera otras personas»¹⁵. Destaca esta sentencia una condición en la que se insistirá especialmente más adelante. Esta condición es que cuando el TJUE ha reconocido la posibilidad de establecer un plazo preclusivo para la interposición de un recurso contra el pliego lo ha hecho considerando que esa regulación impida al licitador su participación en la licitación.

.....

14 Modificado por Reglamento núm. 1995/2006, de 13 de diciembre, publicado en DOUE de 30 de diciembre de 2006.

15 También apdos. 71 a 76 STJUE de 20 de setiembre de 2011, asunto T-461/08, Evropaiki Dynamiki contra Banco Europeo de Inversiones. El TJUE vuelve a realizar una caracterización jurídica de los pliegos de especial interés al no considerarlos un acto administrativo individual si bien en un contexto singular como es la licitación de un órgano administrativo comunitario como el Banco Europeo de Inversiones que no contiene en sus Estatutos una regulación expresa sobre la posibilidad de recurso contra los pliegos.

III. RECURSO CONTRA ACTO DE ADJUDICACIÓN Y ALEGACIONES CONTRA LOS PLIEGOS

Debe advertirse que en los supuestos que ha conocido el TJUE, que se han referido en el apartado anterior, se trataba de circunstancias que provocaban que el licitador no podía participar atendiendo a una determinada prescripción contenida en los pliegos, quedaba automáticamente excluido, pero en este artículo se postula que en los supuestos que la cuestión que se dilucida en el recurso especial es un criterio de adjudicación o una prescripción, que aunque discriminatorios no le ha impedido participar al licitador recurrente, no tiene por qué convertirse en un Quijote en la persecución de la pureza y de la adecuación del pliego a la normativa, asimilando el recurso especial a un recurso en interés de ley. Ciertamente, entiendo que si una prescripción determinada establecida en un pliego impide la licitación de una persona o colectivo determinado, quienes tengan legitimación para recurrir deben hacerlo en cuanto tienen conocimiento del pliego y conocen esa prescripción sin que quepa el recurso ante el acto de adjudicación alegando esas regulaciones anticoncurrenciales¹⁶.

Entiendo que el plazo para la interposición del recurso especial contra los pliegos debe considerarse de carácter preclusivo cuando la prescripción del pliego le impide participar en la licitación y así el licitador debe reaccionar necesariamente interponiendo el recurso y el no hacerlo no puede ser calificado más que como un consentimiento o aquietamiento a la situación y pretender recurrirlo tiempo después puede ser calificado como un acto que infringe el principio de buena fe y confianza legítima que perjudica el procedimiento de contratación, su tramitación e introduce una inseguridad jurídica.

Más concretamente aún. Si un pliego establece que sólo podrán licitar, por ejemplo, los Ingenieros superiores, desde el momento en que dicha prescripción

.....

16 El considerando 40 de la STJUE de 12 de febrero de 2004, asunto C-230/02, Grossmann Air service afirma que, «Habida cuenta de todo lo anterior, procede responder a las cuestiones primera y tercera que los artículos 1, apartado 3, y 2, apartado 1, letra b), de la Directiva 89/665 deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a que, después de la adjudicación de un contrato público, se considere que una persona no tiene derecho a acceder a los procedimientos de recurso previstos por dicha Directiva cuando esta persona no ha participado en el procedimiento de adjudicación del citado contrato, debido a que no estaría en condiciones de prestar todos los servicios objeto de la licitación, como consecuencia de la existencia de características supuestamente discriminatorias en la documentación relativa a ésta, y contra las cuales, aun así, no interpuso un recurso antes de la adjudicación del citado contrato».

es conocida debe ser recurrida por aquellos licitadores que entiendan que son excluidos por aplicación de dicha prescripción. Esa prescripción efectivamente excluye a todos los profesionales que no tengan titulación superior a los que les produce un perjuicio efectivo y concreto y materializado desde su conocimiento, como es la imposibilidad de licitar. Lo que no se podrá pretender es recurrir el acto de adjudicación (publicado en el perfil de contratante, según preceptúa el art. 151.4 TRLCSP) alegando la injusticia del criterio antes reseñado. Es el caso sustanciado en la Resolución del TACRC núm. 153/2012. En idéntico sentido, una prescripción que obligara a la aportación de un certificado de calidad ISO-9001 (que no se posee), como se aborda en la Resolución TACRC 223/2012, de 11 de octubre.

Creo que cualquier otra regulación contenida en los pliegos referida a la fase de licitación que no ha impedido la participación del licitador-recurrente podría ser recurrida por el licitador, alternativamente y opcionalmente, al conocer el contenido del pliego o al recibir la comunicación del acto de adjudicación. Así, pongamos un ejemplo que permita expresar más gráficamente la idea: una licitación en la que se establece que el 15 % de la puntuación total está destinada a valorar las obras realizadas en el ámbito territorial cercano a la Administración contratante. Ese criterio de adjudicación es, a mi juicio, nulo de pleno derecho pero no excluye directa y previamente a ningún licitador. Su efecto perverso, su perjuicio, puede materializarse o no. El licitador que advierte el atropello pero no se considera campeón en la defensa de causas nobles puede pensar que puede ocurrir que solo se presente él o que todas las empresas que participen en la licitación no sean de la zona territorial premiada, en fin, en el licitador no se ha producido aún una lesión efectiva, un perjuicio efectivo. Es en estos casos, en los que cuando la prescripción que es nula de pleno derecho o infringe principios básicos de la contratación pública pero no provoca aún ningún perjuicio efectivo, en los que debe ponderarse la efectiva aplicación de los objetivos de la directiva de recursos y debiera efectuarse una interpretación de la normativa contractual española a la luz de la eficacia de esos mandatos u objetivos comunitarios. La forma de cumplir esa conjunción es abandonando las tesis mantenidas hasta el momento en un contexto procesal y jurídico anterior al proceso de codificación de la contratación pública en el ámbito de la unión europea, que no se corresponde con el actual y habilitando la admisión y conocimiento de un recurso especial en las condiciones que describo.

Creo que exigir a un empresario que deba recurrir en todo caso el pliego en cuanto lo conozca lo aboca a cumplir una función de revisor de la legalidad, a interponer un recurso especial como si fuera un recurso en interés de ley. Se le está exigiendo que interponga el recurso aunque no sepa el resultado del proceso

selectivo, aunque quizás, pese a la infracción normativa que contiene el pliego, él pudiera ser el ganador del concurso¹⁷.

No se puede admitir con la imperturbabilidad con que lo hace el TACRC y resto de Tribunales de recursos especiales de contratación, que un pliego que, por ejemplo, contiene criterios de adjudicación donde se prima la territorialidad o arraigo territorial de la empresa y su experiencia en relación con el lugar de ejecución del contrato pueda adquirir validez si no es recurrido oportunamente cuando el pliego se da a conocer. En esos supuestos concurren diferentes circunstancias que quiero analizar: 1º) la mayoría de esos supuestos son causas de nulidad de pleno derecho; 2º) aunque no lo fueran, el licitador no ha sufrido una lesión y puede interponer el recurso cuando efectivamente la sufre, es decir, cuando se le notifica el acto de la adjudicación contractual.

1. NULIDAD DE PLENO DERECHO

Las Resoluciones de los Tribunales de recursos que se han referido desestiman los recursos especiales, en el supuesto que se analiza, finalizando con la afirmación de que no concurre causa de nulidad, afirmación no argumentada y que se convierte en un argumento ritual. Uno de esos casos fue la utilización de la experiencia o del arraigo territorial como criterio de adjudicación que fue aceptado en las Resoluciones TACRC 28/2011 y 138/2011, de 11 de mayo, por falta de recurso en plazo del pliego correspondiente. También en su Resolución 172/2011, el TACRC ha afirmado que : «Así, basado en la doctrina de que los pliegos son ley del contrato, se ha admitido por este Tribunal la utilización de la experiencia o del arraigo territorial como criterio de adjudicación (Resoluciones TACRC 28/2011 y 138/2011, expedientes 10/2010 y 101/2001), y la exigencia de marcas en el suministro de material informático sin utilizar el término *o equivalente* (Resolución TACRC 155/2011, expediente 120/2011), en cuanto que los pliegos no fueron objeto de recurso en plazo y forma, y el Tribunal entendió que no se producía en ninguno de los supuestos anteriores causa de nulidad de pleno derecho».

Son muchas las Resoluciones de los Tribunales que al seguir esta «doctrina» constatan las actuaciones infractoras de los principios rectores de la contrata-

.....

17 La STJUE de fecha 19 de junio de 2003, asunto C-249/01, Werner Hackermüller, ha afirmado (apdo. 18): «De lo anterior resulta que esta disposición (se refiere a la interposición de un recurso de acuerdo con directiva 89/665) no obliga a los Estados miembros a garantizar que dichos procedimientos de recurso sean accesibles a cualquier persona que desee obtener la adjudicación de un contrato público, sino que les permite exigir que, además, la persona interesada se haya visto perjudicada o pueda verse perjudicada por la infracción que alega». Se exige el acceso cuando se produce un perjuicio efectivo o potencial.

ción pública pero se afirma que no pueden ser revisados por los Tribunales, según éstos manifiestan, al no suponer actuaciones que puedan ser calificadas de nulas de pleno derecho y, al mismo tiempo, ser consentidas por no haberse recurrido «en tiempo» los pliegos¹⁸.

Inmediatamente habrá que afirmar que no puedo coincidir con los criterios que se siguen por esos Tribunales para negar la concurrencia de causa de nulidad. El TS en Sentencia de 12 de enero de 2001, RJ\2001\1635, Ponente Juan José González Rivas, ha considerado contrarios al art. 14 de la CE, la incorporación de unos criterios selectivos de solvencia técnica en un procedimiento restringido consistentes en la valoración de criterios de arraigo territorial, manifestando (FJ 6º, final) que, «[...] adolecen de una desproporción que es constitucionalmente rechazable porque implican un resultado constitucional desmedido, desde la

.....

18 Así ocurre también en la Resolución núm. 88/2011, de 21 de diciembre, del TACPM, que afirma que la definición efectuada en el pliego acerca de la ponderación del criterio de adjudicación referido a la «calidad técnica» de los productos a suministrar referentes a material sanitario desechable para cirugía endoscópica (40 puntos sobre 100, siendo el otro criterio el precio con 60 puntos). El Tribunal reconoce que, «Se observa que en este caso el PCAP, como decimos, se limita a atribuir una puntuación en función de la calidad media del producto, sin establecer de forma clara, ni las características del producto a tener en cuenta, ni qué debe considerarse calidad media del mismo, ni un baremo de puntuación desglosado para cada característica. Ello reduce el grado de transparencia en la adjudicación al no desglosar suficientemente la puntuación que corresponde otorgar en la valoración del criterio [...]», para seguidamente declarar que «El Pliego se limita a establecer que se puntúan con 40 puntos las ofertas que se ajusten a las características exigidas y supere claramente la calidad media del resto de las ofertas y con 20 puntos cuando se ajusta a las características técnicas exigidas, sin explicitar los criterios objetivos que se seguirán para la puntuación concreta de cada oferta y sin definir cómo se calcula la calidad media, ni qué aspectos o consideraciones seguirá para su determinación lo cual, evidentemente no garantiza la objetividad y transparencia que debe presidir la actuación administrativa, de manera que las empresas licitadoras formularán sus propuestas sin conocer qué aspectos serán merecedores de puntuación, en relación con los criterios de valoración fijados en el pliego, lo cual introduce, como se ha dicho, arbitrariedad y subjetividad en la adjudicación del contrato y dificulta su control posterior [...]». Sin embargo, «[...] Esto no obstante, dado que el PCAP, no ha sido impugnado, debe considerarse que se trata de actos consentidos a cuya observancia deben sujetarse los licitadores y sobre cuya validez no puede pronunciarse este Tribunal en virtud del principio de congruencia, al no observarse la presencia de vicios determinantes de la nulidad radical del PCAP». En idéntico sentido, la Resolución TACRC núm. 179/2013, de 14 de mayo, reconoce que es incorrecta la calificación de un contrato, pero al no haberse recurrido cuando se conoció el pliego ya no puede revisarse. La consecuencia es que no admitiría el recurso especial puesto que el contrato administrativo especial no es susceptible de dicho recurso lo que sustrae del ámbito de la directiva de recursos un contrato con una calificación jurídica en sede nacional.

perspectiva del art. 14 de la Constitución». Se trata por tanto, de un supuesto de nulidad de pleno derecho previsto en el art. 62.1.a) LRJPAC.

En cuanto al criterio de solvencia en un procedimiento restringido fundamentado en valorar el arraigo territorial de la empresa licitadora, el TS en sentencia de 24 de setiembre de 2008 (ponente Sr. Santiago Martínez-Vares García, recurso de casación núm. 4793/2006), ha considerado que es nula, confirmando la STSJ de Andalucía de 23 de mayo de 2006 (Sección 1ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo), la prescripción de una fórmula de valoración de experiencia que favorecía y puntuaba tres veces más los trabajos realizados dentro de la Comunidad Autónoma de Andalucía frente a los realizados en otras Comunidades Autónomas, porque, afirma el TS (FJ 4º), «Ese proceder vulnera el principio de libre concurrencia porque beneficia a unas empresas frente a otras imponiendo un requisito que sirve para gozar de solvencia técnica que no está justificado y que permite alcanzar con mayor facilidad el umbral de puntuación preciso para ser invitado al concurso, y en consecuencia vulnera el principio de igualdad e incurre en discriminación». También, por ejemplo, la STS de 26 de febrero de 2010 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª), ponente Sr. Enrique Lecumberri Martí, en el recurso de casación núm. 3690/2007, afirma que es nula la prescripción referida a un criterio de adjudicación basado en el conocimiento del territorio por parte de los pilotos titulares de las empresas que intervendrán en la ejecución del contrato para la aplicación de productos fitosanitarios en la campaña contra la mosca del olivo en Castilla La Mancha. Afirma (FJ 5º) que, «Por ello, con esta especificidad establecida en el Pliego acerca de cómo se computará la experiencia de los pilotos según el grado de conocimiento del territorio que tengan según discrecionalmente apreciará el funcionario de la unidad administrativa donde se realizaron anteriores trabajos similares, conculca los principios rectores de la contratación administrativa al consagrarse en nuestro sistema jurídico, el principio de la libre concurrencia, potenciado con la integración del Estado español en la Unión Europea»¹⁹.

.....

- 19 La relación de STS podría ser muy larga que evidencia que el criterio seguido por los Tribunales de recursos para negar la calificación de prescripción nula de pleno derecho es muy laxa y contradictoria con la posición del TS en supuestos de prescripciones similares. Añadamos otro ejemplo: «el TS (Sección 4ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Ponente Sr. Antonio Martí García) en su sentencia de 5 de julio de 2005, Recurso núm. 852/2003, FJ 4º, ha entendido que la atribución de un criterio de adjudicación con una ponderación del 20% (o incluso si fuera del 8% según discute la parte recurrente en casación) para la adjudicación del servicio de abastecimiento de aguas potables y mantenimiento de la red de alcantarillado del municipio consistente en valorar la experiencia en contratos similares realizados, valorando hasta un máximo de 20 puntos, la gestión de

El TC recuerda en su Sentencia 144/2008, de 10 de noviembre, FJ 4^a, que, «[...] hemos sostenido la impugnabilidad de un acto o resolución, aunque no lo hubieran sido las bases de la convocatoria, si concurre un supuesto de nulidad radical conforme a la legislación aplicable (así, SSTC 193/1987, de 9 de diciembre; FJ 2; 200/1991, de 28 de octubre, FJ 3; 93/1995, de 19 de junio, FJ 4; 16/1998, de 26 de enero, FJ 2; y 107/2003, de 2 de junio, FJ 2)».

Sin embargo, algunas resoluciones de los Tribunales de recursos inadmiten el recurso especial con una referencia sucinta a que el pliego no se recurrió en tiempo y «[...] no se trata de una nulidad de pleno derecho». Así de lacónica es la Resolución del TACRC núm. 138/2011, cuando el objeto del recurso se refiere a una licitación de servicios de vigilancia en la que se incluye un criterio de adjudicación con una ponderación del 5 % que valora disponer de establecimiento permanente en la región de Murcia y otro criterio con ponderación del 3 % que valora el número de vigilantes en plantilla en el año 2010 en la región de Murcia. El TACRC creo que debió considerar que dicho sistema de adjudicación contractual infringía el principio de igualdad de trato y la concurrencia empresarial, debió declarar nula de pleno derecho la cláusula que regulaba esos criterios de adjudicación y, por tanto, entrar en el fondo del asunto aunque la alegación sobre la ilegalidad de esas regulaciones del pliego se hiciera en un recurso especial contra la adjudicación de dicho contrato.

El TACPM en Resolución 63/2012, de 20 de junio, no admite la alegación del recurrente de que no tenía obligación de presentar certificación ISO 18001 referido a la gestión de la seguridad y salud del personal que emplea la empresa licitadora. El Tribunal se refiere a que el licitador no recurrió el pliego sin considerar que esa inadmisibilidad del recurso imposibilita la garantía de una tutela judicial efectiva. Así, a mi entender, y a salvedad que algún dato sobre el

.....

municipios de Valencia entre 0,5 y 2 puntos, según el número de habitantes, de menos de 10.000, entre 10.000 y 50.000, entre 50.000 y 100.000, y más de 100.000; la gestión en el resto de municipios de la Comunidad Valenciana entre 0,25 y 1 punto, también según el número de habitantes y con la misma escala y proporción que la anterior; y la gestión fuera de la Comunidad a razón de 0,25 puntos en municipios con una población igual o superior a 50.000 habitantes por otro, aun admitiendo que pudiera ser el 8 % de la puntuación y no el 20 % que refiere la sentencia y del que en casación se ha de partir, ese 8 % por sí solo comporta una discriminación para las empresas que no tienen esa experiencia y un trato favorable para las empresas que si la poseen; y en fin porque la propia sentencia del Tribunal Supremo de 21 de enero de 1999 (RJ 1999, 1391), que el recurrente invoca en defensa de su tesis, abona la tesis más atrás expuesta, cuando declara que la igualdad es violada si la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable y en el caso de autos, la sentencia recurrida declara, como más atrás se ha expuesto, que no existe en el expediente las más mínima constancia de alguna singularidad que justificara las aplicación del criterio de experiencia, regional o poblacional».

caso enjuiciado no sea reflejado en la Resolución y pudiera determinar una opinión diferente, creo que el Tribunal debiera haber considerado que la «exigencia» de la aportación del certificado ISO contraviene la directiva 2004/18 y el principio de concurrencia, toda vez que dicha directiva establece en sus arts. 49 y 50 (art. 80 y 81 TRLCSP) que la aportación de certificados acreditativos de garantía de calidad y de gestión medioambiental pueden ser acreditados, además de por aportación de certificados emitidos por organismos oficiales, mediante otros medios de prueba equivalente que aporte el licitador. El Tribunal debió considerar que la prescripción acreditativa de solvencia en los términos que se estableció era contraria a la normativa comunitaria, infringía el principio de concurrencia y era nula de pleno derecho.

No puede concluirse más que el rasero de concurrencia de causa de nulidad utilizado por las resoluciones de los Tribunales referidos y el que sigue el TS son diferentes.

Otra cuestión es la consideración que me pueda merecer la regulación en el TRLCSP de las causas de nulidad. Creo que es deficiente por insuficiente y poco atenta a las causas derivadas de la infracción del Ordenamiento jurídico comunitario, pero incluso la configuración legal actual no se compadece con las declaraciones de los Tribunales de recursos acerca de la no concurrencia de causas de nulidad cuando el órgano de contratación ha establecido criterios de adjudicación o prescripciones técnicas que infringen la igualdad de trato y obstaculizan el principio de libre concurrencia protegido en el art. 1 TRLCSP y objetivo de tutela de la directiva 89/665.

El art. 32 TRLCSP establece unas causas de nulidad de derecho administrativo, entendidas, frente a las causas de anulabilidad, como causas de nulidad radical. Sorprendentemente, entre dichas causas no figura en el TRLCSP la infracción de los principios de la contratación pública establecidos en el art. 1 TRLCSP pero sí se consideran como causas de nulidad, concretamente, la falta de capacidad de obrar o de solvencia económica, financiera, técnica o profesional, debidamente acreditada, del adjudicatario, o el estar éste incurso en alguna de las prohibiciones para contratar señaladas en el art. 49 TRLCSP o la carencia o insuficiencia de crédito salvo en los supuestos de emergencia. Mediante art. 44.3 de Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, se ha añadido otra causa de nulidad en el art. 32, letra d), que también considera nulas todas aquellas disposiciones, actos o resoluciones emanadas de cualquier órgano de las Administraciones Públicas que otorguen, de forma directa o indirecta, ventajas a las empresas que hayan contratado previamente con cualquier Administración.

El art. 32. a) TRLCSP considera causa de nulidad de derecho administrativo las indicadas en el art. 62.1 LRJPAC. Dicho art. 62.1 contempla en su letra a) la

causa de nulidad en el supuesto que los actos de las Administraciones Públicas lesionen derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional y el apartado 2 del art. 62 afirma que también serán nulas de pleno derecho las disposiciones administrativas que vulneren la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior, las que regulen materias reservadas a la Ley, y las que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales.

Entiendo que los criterios de adjudicación y otras prescripciones que han tenido ocasión de conocerse en las resoluciones de los Tribunales de recursos (que se han ido desgranando a lo largo de este artículo) y que fueron validadas sin ser consideradas nulas provocaban una desigualdad de trato entre los licitadores con infracción del derecho fundamental previsto en el art. 14 de la CE, así como la infracción del art. 1 TRLCSP y el propio Código comunitario de la contratación pública y nueva directiva de contratación pública que deroga la 2004/18²⁰.

No es objeto de este artículo el análisis y argumentación acerca de la regulación de las causas de nulidad en el TRLCSP ya que desbordaría su objeto pero, ciertamente, hay que afirmar que el art. 32 TRLCSP debiera ser revisado precisando con mejor técnica las causas de nulidad de derecho administrativo en el ámbito de la contratación pública, realizando que lo es también cualquier infracción de los principios a los que debe ajustarse la contratación pública proclamados en art. 1 TRLCSP.

Resumiendo y concluyendo: debe ser reconsiderada la facilidad con que se desestima *ad limine* en algunas resoluciones la no concurrencia de causas de nulidad para no conocer recurso especial contra acto de adjudicación alegando esos vicios del pliego. Se requiere un análisis a fondo de dicha concurrencia con objeto de garantizar la eficacia de la directiva de recursos.

.....

20 Es muy acertada la consideración vertida por el TACPA, en su Acuerdo 27-2011, de 29 de noviembre, cuando afirma: «Pero es que además, el recurso especial tiene su fundamento en el derecho de la UE, y en concreto en la Directiva 89/665/CE, cuya finalidad fundamental es garantizar la tutela de los derechos que la Directiva 2004/18/CE reconoce a los licitadores y que quedan plasmados en el ordenamiento jurídico español en el art. 1 LCSP, que reconoce la libertad de acceso a los licitadores, la exigencia de publicidad y transparencia de los procedimientos y los principios de no discriminación e igualdad de trato. Para que prospere un recurso especial en materia de contratación, no es necesario por tanto que exista un concreto precepto legal o reglamento infringido, sino que basta con que el Tribunal pueda apreciar en el procedimiento una actuación que haya dado lugar a discriminación entre los licitadores y exista una pretensión del recurrente compatible con la finalidad del recurso, que resulta evidente del escrito, al solicitar la anulación del acto recurrido y una nueva propuesta de adjudicación».

2. EFECTO ÚTIL DE LA DIRECTIVA 89/665 DE RECURSOS

El TJUE ha manifestado en abundantísima y uniforme jurisprudencia que el principio de efectividad de la aplicación del derecho de la Unión y las eventuales dificultades en esa aplicación que pueden derivar de disposiciones procesales de un Estado miembro, deben considerarse atendiendo al lugar que ocupan dichas disposiciones nacionales en el conjunto del ordenamiento jurídico y sus peculiaridades²¹.

En ese sentido, la interpretación que se está haciendo del art. 145.1 TRLCSP en cuanto a las consecuencias procesales que conlleva la presentación de una proposición, en el sentido que suponen una aceptación de todas las prescripciones de los pliegos reguladores de un contrato que se licita, comportando un efecto de acto consentido cuando se pretenda recurrir regulaciones de dichos pliegos si el recurso se interpone contra el acto de adjudicación, creo que acaba afectando el principio de efectiva aplicación de la directiva 89/665 de recursos y de la protección de los derechos que dicha directiva propugna.

Así, la posibilidad de recurso contra los pliegos podría ser, si prosperase la interpretación que defiende, directa o indirecta. Sería directa, en aplicación de la previsión del art. 40.2 a) TRLCSP e indirecta al recurrir el acto de adjudicación o la exclusión por acto de trámite especialmente cualificado en aplicación de la previsión del art. 40.2 b) y c). La consideración de la admisibilidad del recurso atendería el momento de la lesión efectiva en la esfera patrimonial del recurrente, de forma que cuando las prescripciones de los pliegos que son objeto del recurso impiden la participación en la licitación o el licitador potencial considera que le causarían un perjuicio es necesario interponer el recurso especial directamente contra los pliegos en cuanto son conocidos (plazo de 15 días hábiles) e indirecta cuando la prescripción ilegal es conocida y constatada, provoca un perjuicio efectivo, al ser aplicada en concurrencia con otros licitadores en el proceso de valoración de ofertas y notificada mediante traslado del acto de adjudicación. El licitador podría así interponer, potestativamente y de forma alternativa, recurso directo o indirecto, no siendo posible la combinación de ambos recursos con idéntico objeto si ya se interpuso el recurso directo previamente²².

.....

- 21 Por ejemplo, apdo. 35 de STJUE de 8 de julio de 2010, asunto C-246/09, Susanne Bulicke. También, apdo. 38, STJUE de 18 de enero de 2011, asunto C-272/10, Souzana Berkizi-Nikolaki
- 22 El apdo. 3 del art. 1 de la directiva 89/665 de recursos, dice: «Los Estados miembros velarán por que, con arreglo a modalidades detalladas que ellos mismos podrán determinar, los procedimientos de recurso sean accesibles, como mínimo, a cualquier persona que tenga o haya tenido interés en obtener un determinado contrato y que se haya visto o pueda verse perjudicada por una presunta infracción».

La trasposición de la directiva de recursos en la LCSP ha alterado el escenario normativo-procesal de los recursos en la materia de la contratación pública y, como consecuencia, exige otra interpretación del art. 145.1 TRLCSP. Es necesario que esa nueva interpretación sea asumida por los órganos judiciales españoles (y la de los tribunales administrativos en materia de recursos contractuales).

Puedo entender que, en la situación anterior a la regulación del recurso especial y establecimiento de un plazo suspensivo obligatorio de quince días hábiles desde la fecha de adjudicación del contrato (art. 156.3 TRLCSP), a los efectos que los licitadores puedan decidir si recurren el acto de adjudicación, en ese contexto normativo anterior, en que el procedimiento de licitación se insertaba estrictamente en el sistema de recursos administrativos previsto en la LRJPAC, la actividad administrativa contractual se rigiera por el principio de presunción de validez del acto administrativo (art. 57 de la ley 30/1992, de 26 de noviembre), de no suspensión del acto administrativo (art. 111 de la ley 30/1992) y del principio de seguridad jurídica entendido como supremacía del procedimiento y actividad administrativa que no pueden verse perjudicados por comportamientos «dilatorios» del administrado (art. 9 CE)²³.

La consideración que la participación en el procedimiento licitatorio provoca que se consiente todo lo que se establezca en los pliegos ex art. 145.1 TRLCSP, con aplicación del art. 28²⁴ de la LRJCA en cuanto a la imposibilidad de recurrirlos con posterioridad, creo que es deducida por los Tribunales de recursos contractuales sin suficiente consideración a la necesidad de alcanzar el efecto útil de la directiva de recursos.

La materialización del efecto útil de la directiva de recursos debe primar sobre el principio de confianza legítima que incluye el de la buena fe, previsto en art. 3.3 LRJPAC y consagrado en art. 7 CC. Estos principios no pueden alcanzar un resultado contrario a la ley o el ordenamiento jurídico.

No se puede mantener, perjudicando el efecto útil de la directiva 89/665, una interpretación del art. 145.1 TRLCSP que comporta una aceptación de causas de nulidad de pleno derecho o infracciones normativas de los principios rectores de la contratación pública, por producirse un acto «consentido»

.....

23 Silvia DÍEZ SASTRE advierte en su artículo «El recurso especial en materia de contratación pública», *Anuario de Derecho Municipal 2011*, 5, p. 134 que la eventual regulación autonómica de un recurso administrativo previo al recurso especial debería garantizar el plazo suspensivo antes de la perfección del contrato.

24 Artículo 28 LRJCA: «No es admisible el recurso contencioso-administrativo respecto de los actos que sean reproducción de otros anteriores definitivos y firmes y los confirmatorios de actos consentidos por no haber sido recurridos en tiempo y forma».

del licitador al participar en la licitación sin recurrir el pliego cuando se conoce. La interpretación jurisprudencial «histórica» de ese precepto no es hoy conciliable con el efecto útil de la directiva 89/665 modificada por la directiva 2007/66/CEE.

Debe procederse a una nueva redacción de ese artículo para asegurar la efectiva protección de los derechos de los licitadores y el aseguramiento de la aplicación de los principios de objetividad e igualdad de trato reflejados en art. 1 TRLCSP. Esa nueva redacción debería expresar la idea que, como plantea el Código de Contratos Públicos portugués y planteaba la normativa española anterior a la LCAP-1995, la participación del licitador presentando una oferta comporta su aceptación irrevocable e incondicionada que el contrato se ejecutará según establecen los pliegos además de las mejoras o variaciones que puedan ofrecerse y admitirse por el licitador. En este sentido, el recurso especial o el recurso administrativo ordinario han de concebirse para que se logre el efecto más favorable para el licitador y con mayor potencia revisora de las eventuales infracciones cometidas por la Administración contratante, de forma que deberá interponerse cuando se produzca una lesión efectiva. Así, el potencial licitador podrá recurrir los pliegos de cláusulas administrativas o de condiciones y de prescripciones técnicas cuando sus regulaciones impidan su participación y podrá alegar vicios de nulidad o anulabilidad de los pliegos cuando recurra el acto de adjudicación si esos vicios no le impidieron su participación y pudo presentar la oferta.

La consecuencia que se deriva de la participación de un empresario en una licitación es que conoce y se compromete a ejecutar el contrato según las prescripciones de los pliegos (excepto las obligaciones que puedan ser modificadas por vía de mejoras o variantes u otras derivaciones del proceso licitatorio como condiciones expresadas en la propia oferta ganadora y admisibles por el propio pliego) y que conoce y se vincula con los trámites procesales necesarios para participar en la licitación²⁵. Es decir, un licitador, al participar voluntariamente en un proceso de licitación pública, se compromete o se adhiere a una ejecución del objeto contractual establecida en los pliegos y, en fin, al conjunto de obligaciones contractuales definidas en los pliegos, no pudiendo, si resulta elegido, discutir o pretender revisar ya esas obligaciones. Pero no se puede pretender que el art. 145.1 TRLCSP deba entenderse como que el pliego de cláusulas adminis-

.....

25 Así, en la Resolución 17/2013 del TACRC, se excluye a un licitador que no se somete a la prescripción del pliego en cuanto a la forma de acreditar la solvencia técnica que se exigía debía realizarse con la aportación de certificados emitidos por los clientes del licitador, mientras que éste aportó una declaración de su representante legal en la que manifiesta los suministros realizados en los últimos tres años. Sin embargo, el Tribunal no acepta la alegación de la recurrente en cuanto a que dicha prescripción del pliego era contraria al art. 74

trativas y de prescripciones técnicas tenga una fuerza vinculante para el licitador incluso en aquellas regulaciones que no le corresponde validar pese a su participación en el proceso licitatorio.

La regla de Decio, «*Volenti non fit iniuria* / No se hace injusticia al que la consiente» (citada en STS de 10 de noviembre de 1980, RJ 1980\4406, como fundamento de la aceptación por licitador de un pliego), no puede servir para derivar la consecuencia, que hoy se extrae por los Tribunales administrativos de recursos, acerca de la significación jurídica de la participación de un licitador que conoce las prescripciones de los pliegos reguladores de la misma. Los pronunciamientos jurisprudenciales acerca de la condición del pliego como *lex contractus* (TS, sentencias de 23 de abril y 25 de junio de 1910) tienen su validez en cuanto a comprometer al licitador en el cumplimiento de los trámites licitatorios más significativos y, fundamentalmente, las obligaciones contractuales futuras sin que, creo, pueda darse la consecuencia procesal, impidiendo el efecto útil de la directiva de recursos, que acaba considerando acto consentido las regulaciones en materia de adjudicación de contratos contrarias al derecho comunitario, si no se recurre el pliego en cuanto se conocen sus regulaciones.

La cuestión que nos ocupa ha sido abordada también en el ámbito de la función pública: el TJUE, en Sentencia de 8 de setiembre de 2011, asunto C-177/10, ha conocido una cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 12 de Sevilla que planteó, entre otros temas referidos al acceso de la función pública, una cuestión que es especialmente significativa en relación a la que se trata en este artículo. El juzgado español planteaba textualmente esta cuestión prejudicial: «Si la cláusula 4 del Acuerdo marco debe interpretarse en el sentido de que, aunque las bases de una convocatoria pública de empleo hayan sido publicadas y no se hayan recurrido por el interesado, el Juez nacional tiene la obligación de examinar si son contrarias a la normativa de la Unión, y si debe, en tal caso, dejar sin aplicar tales bases o la disposición nacional en que traigan causa, en tanto que contradigan la reiterada cláusula.». El TJUE manifestó en su considerando 89 que, «[...] En este contexto, como se desprende de una jurisprudencia consolidada, la regulación procesal de las acciones destinadas a garantizar la tutela de los derechos que el Derecho de la Unión confiere a los justiciables no debe ser menos favorable que la referente a recursos semejantes de Derecho interno (principio de equivalencia) *ni hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario (principio de efectividad)*» (véase, en particular, la sentencia Impact, antes citada, apartado 46 y jurisprudencia citada). En el considerando 92 afirma que, «[...] Por lo que respecta al principio de efectividad, se desprende de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que los casos en los que se plantea la cuestión de si una disposición procesal nacional hace imposible o

excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos a los particulares por el ordenamiento jurídico de la Unión deben analizarse asimismo teniendo en cuenta el lugar que ocupa dicha disposición dentro del conjunto del procedimiento, su desarrollo y sus peculiaridades, ante las diversas instancias nacionales. Desde esta perspectiva, procede tomar en consideración, en su caso, los principios en los que se basa el sistema jurisdiccional nacional, como la protección del derecho de defensa, el principio de seguridad jurídica y el buen desarrollo del procedimiento (sentencia Bulicke, antes citada, apartado 35, y auto Berkizi-Nikolakaki, antes citado, apartado 48)».

El «antiguo» sistema de recursos administrativos debe ceder ante una normativa comunitaria que ha impuesto una paralización del procedimiento de contratación cuando se notifica el acto de adjudicación a los efectos de favorecer y facilitar la interposición del recurso contra dicho acto de forma que se depuren todas las infracciones de la directiva 2004/18 y la norma nacional de trasposición. Es todo un cambio cultural seguramente aún no suficientemente asimilado²⁶. Han quedado afectados o, como mínimo, matizados, principios jurídicos como el de ejecutividad inmediata del acto administrativo y seguridad jurídica de forma que todos los contratos públicos armonizados²⁷, tienen una paralización procesal obligada, para que los licitadores puedan interponer recurso si así lo consideran. También ocurrió con la directiva 2006/123, de 12 de diciembre, relativa a los servicios en el mercado interior,

.....

26 Una adecuada asunción de la directiva 89/665 y de la significación positiva que comporta para la correcta protección de los derechos de los licitadores y para un saneamiento de la contratación pública en España, hubiera sido la previsión del recurso especial para todos los contratos y no solamente para los contratos armonizados y la configuración del recurso especial como recurso preceptivo. Estoy convencido de que un factor de lucha contra la corrupción en la contratación pública es el conocimiento y depuración de los desvaríos en los procesos de adjudicación mediante Tribunales independientes y para todos los contratos públicos, no sólo los sometidos a regulación armonizada, que, en general, están demostrando una notable profesionalidad técnica e independencia de la Administración activa. Así lo advertía ya José María GIMENO FELÍU: «La adjudicación de contratos en la LCSP y los mecanismos de control», Fundación Democracia y Gobierno Local, 2009, p. 241.

27 O en contratos por debajo del umbral que define el contrato armonizado, como es el caso de la Ley 3/2012, de Aragón, que da nueva redacción al art. 17 de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón. El art. 33.5, relativo a la competencia del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, modificando el apdo. 2. a) del art. 17 de la ley 3/2011, declara al Tribunal competente para: «Conocer y resolver los recursos especiales en materia de contratación a que se refiere el artículo 40 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, así como para los contratos de obras de importe superior a 1.000.000 de euros y de suministros y servicios superior a los 100.000 euros, en tanto se considera que tienen carácter transfronterizo».

que supuso la modificación de una gran cantidad de normas legales y decretos y revisó radicalmente la concepción formalista y burocratizante en la regulación jurídica entre Administración y ciudadano.

La regulación comunitaria en materia de recursos en la contratación pública ha incorporado nuevas exigencias de protección efectiva de los derechos de los licitadores para garantizar así, con la ayuda de todos, también de los empresarios de los Estados miembros, la efectiva implantación de un mercado interno y la realización efectiva de los principios de libertad de establecimiento, libertad de circulación de capitales y circulación de servicios consagrados hoy en el TFUE. La directiva 89/665 ha reforzado los mecanismos procesales existentes para garantizar la aplicación efectiva de las reglas comunitarias de concurrencia, igualdad de trato, objetividad y no favorecimiento de lo nacional, en materia de adjudicación de los contratos públicos sobre todo en el momento en que aún pueden ser corregidas esas infracciones²⁸.

Se afirma que el pliego de cláusulas administrativas es un acto administrativo que al no ser recurrido ha devenido firme y consentido por no cumplir los plazos procesales fijados en art. 44.2 a) TRLCSP, que establece que el plazo de 15 días hábiles debe computarse, cuando se recurre el contenido de un pliego, «[...] a partir del día siguiente a aquel en que los mismos hayan sido recibidos o puestos a disposición de los licitadores o candidatos para su conocimiento conforme se dispone en el art. 1458 de esta Ley».

Si el licitador no es excluido por las prescripciones de los pliegos, es la notificación y publicación del acto de adjudicación con la información detallada del proceso de valoración de las ofertas concurrentes, la que desvela la lesión o perjuicio y entonces puede accionarse el recurso, según se afirma en art. 1.3²⁹ de la directiva de recursos en la redacción dada por directiva 2007/66/CEE³⁰. Creo

.....

28 Apartado 26 STJUE de 23 de diciembre de 2009, asunto C-455/08, Comisión/Irlanda.

29 Artículo 1.3 directiva de recursos: «3. Los Estados miembros velarán por que, con arreglo a modalidades detalladas que ellos mismos podrán determinar, los procedimientos de recurso sean accesibles, como mínimo, a cualquier persona que tenga o haya tenido interés en obtener un determinado contrato y que *se haya visto o pueda verse perjudicada por una presunta infracción* (la cursiva es mía)».

30 El TJUE ha mantenido una opinión similar en STJUE, de 12 de febrero de 2004, asunto C-230/02, Grossmann Air Service, (apdo. 37), afirmando: «Pues bien, es necesario señalar que no corresponde a los objetivos de rapidez y eficacia de la Directiva 89/665 el hecho de que una persona no interponga un recurso contra la decisión de la entidad adjudicadora en la que se fijan las características de una licitación, que, sin embargo, considera discriminatorias en su detrimento, puesto que *éstas le impiden participar adecuadamente* en el procedimiento de adjudicación del contrato de que se trata, y espere a la notificación de la decisión de adjudicación de dicho contrato para impugnarla ante el órgano competente, alegando precisamente

que exigir que el licitador debe interponer el recurso contra el pliego, antes de la decisión de presentar la propia oferta, conocer si hay más ofertas presentadas, obligando a la interposición del recurso *ad cautelam*, «[...] bajo la amenaza de preclusión de la posibilidad de impugnar en el futuro, una vez que se declara concluso el procedimiento selectivo, la admisión de un aspirante que pudiera no cumplir los requisitos para ello constituiría para dicha candidata una carga inasumible [...]»³¹.

El art. 145 TRLCSP y la interpretación dominante de su significación en el contexto del ordenamiento comunitario, obliga a que el licitador interponga un recurso de legalidad más allá de las lesiones efectivas en sus derechos. Deberá comprobar la significación de la fórmula de ponderación del precio y estudiar todos los escenarios posibles de número de licitadores y eventuales diferentes cifras de ofertas económicas para poder deducir sus eventuales efectos anticoncurrenciales. También cualquier regulación de las mejoras por imprecisas, aunque fuera el licitador recurrente el único que acabe presentando proposición o hubiera resultando su oferta considerada en términos referenciales la más ventajosa entre las presentadas. Deberá recurrir el pliego por inclusión de la experiencia como criterio excluyente de solvencia técnica por la exigencia de factores locales o regionales aunque hubiera superado, en conjunto, esa fase combinando el examen de otros criterios de solvencia...

Creo que he acotado suficientemente y reiteradamente las condiciones en que el recurso especial no puede ser desestimado por extemporáneo. El licitador que haya participado en la licitación pública, haya sido valorada su oferta y no resulte adjudicatario, tendrá la posibilidad de recurrir el acto de adjudicación invocando un perjuicio efectivo y alegando infracciones del pliego y sólo podrá el licitador atacar estipulaciones del pliego que hayan sido aplicadas en el proceso de adjudicación.

Cualquier otro interesado en el procedimiento que no haya presentado oferta no estará legitimado para presentar un recurso contra el acto de adjudicación y, sin embargo, puede estar perfectamente legitimado para interponer recurso con-

.....

el carácter discriminatorio de dichas características». Entiendo que hay una precisión conceptual de gran calado en las consideraciones del Tribunal cuando considera que son las prescripciones discriminatorias que impiden participar las que deben recurrirse en cuanto son conocidas lo que acota de forma rigurosa el momento procesal de ejercicio del recurso especial.

31 He recogido la expresión formulada (FJ 4º) por el TC, en Sentencia núm. 132/2005, de 23 de mayo (RTC 2005\132), que, ciertamente en un supuesto diferente, referido a un proceso selectivo para la contratación de personal laboral en el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz, se había considerado acto consentido el no recurso de la lista de admitidos (acto de trámite) de forma que ya no se le permitía recurrir la lista de resultados final.

tra el pliego de condiciones pero, efectivamente, deberá declararse extemporáneo si no lo interpone en el plazo fijado en art. 44.2 a) TRLCSP.

Ningún perjuicio añadido, ninguna alteración del normal *iter* procesal provoca la tesis que se defiende.

Habrà quien afirme que no puede tolerarse que el recurso especial contra el acto de adjudicación pueda «recuperar» una crítica contra los pliegos puesto que al leerlos, al tener conocimiento de su contenido, el licitador debe decidir recurrir o no. Se dirà por estos intérpretes que aceptar poder recurrirlos a posteriori dificulta el procedimiento de contratación, dilata su tramitación, puesto que acumula causas de recurso en la fase final del procedimiento de contratación e introduce inseguridad jurídica.

No me parecen de recibo los argumentos. Debe recordarse que el TACRC (a título de ejemplo Resolución 228/2011, de 21 de setiembre) y el resto de Tribunales de recursos contractuales han mantenido la tesis, muy acertada, que, el cómputo del plazo de 15 días hábiles, cuando se recurre un pliego publicado en el perfil de contratante y no notificado individualmente, debe realizarse a partir del último día del plazo de presentación de proposiciones. Teniendo en cuenta además que la interposición de un recurso especial contra el pliego no suspende el plazo de presentación de proposiciones (art. 43.4 TRLCSP), hay que considerar, en definitiva, que el Tribunal administrativo conoce el recurso especial contra el pliego cuando ya ha finalizado el plazo de presentación y se han entregado las proposiciones. El conocimiento del recurso se efectúa cuando los licitadores ya han hecho todo su trabajo de formulación de sus proposiciones y las han entregado. En fin, la tramitación y eventual estimación del recurso especial no tendrá unos efectos radicalmente diferentes, en cuanto a la distorsión en el calendario procesal del órgano de contratación y en su tramitación, si el recurso se sustancia al final del plazo de presentación de proposiciones o ante el acto de adjudicación.

Si la infracción existe y es estimada por el Tribunal, se interponga el recurso contra los pliegos o contra el acto de adjudicación, el órgano de contratación recibe un impacto en su procedimiento de contratación, ya que, en algunas ocasiones, deberá adoptar medidas extraordinarias para atender las necesidades que pretendía satisfacer con el contrato recurrido, lo que le obligará incluso, como ocurre en la práctica, a utilizar modalidades contractuales puente hasta la tramitación de un nuevo contrato que haya ya eliminado las erróneas regulaciones anteriores o mantener extraordinariamente al contratista anterior en una situación cercana al precario.

Una interpretación favorable a la interposición del recurso especial de contratación en el sentido que se defiende en este artículo ayudará a remover

obstáculos que dificultan la reacción activa del ciudadano/empresario ante muchas equivocaciones, desidias, amiguismos y corruptelas de las Administraciones públicas.

Creo que no puede producirse una limitación en la utilización del recurso especial porque el efecto que se produce es que, como se constata en la desestimación de los recursos especiales, se limita la capacidad de defensa legal de los empresarios licitadores, se reduce la posibilidad que las infracciones del Tratado de la CE y de la legislación comunitaria derivada en materia de contratos públicos sea corregida.

La práctica actual conlleva la admisión de procesos de licitación pública con regulaciones nulas de pleno derecho que no se revisan por los Tribunales de recursos y se consideran ya no recurribles por ser actos firmes y consentidos. Las regulaciones contrarias al código comunitario de contratación pública logran sobrevivir y no son depuradas por un sistema procesal de recursos en dos fases que está inspirado por el valor de la eficiencia de la actividad administrativa prevalente sobre los derechos de los licitadores y la efectiva aplicación de los principios que establece el art. 1 TRLCSP.

IV. LOS TRIBUNALES DE RECURSOS APLICAN EL DERECHO COMUNITARIO. CUESTIÓN PREJUDICIAL

La interpretación del ordenamiento jurídico español debe realizarse respetando y favoreciendo la aplicación e integración del derecho comunitario primario y derivado. El derecho comunitario es de aplicación preferente³².

Los Tribunales españoles han de interpretar el derecho nacional, las normas jurídicas españolas, de forma que garanticen la efectividad de dicho derecho co-

.....

- 32 El apdo. 45 STJUE de 28 de enero de 2010, asunto C-406/08, Uniplex (UK) Ltd, ha afirmado: «En el ámbito de las disposiciones nacionales que adaptan el Derecho interno a una directiva, los órganos jurisdiccionales nacionales están obligados a interpretarlas, en la medida de lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la directiva de que se trate para alcanzar el resultado que ésta persigue (véanse las sentencias de 10 de abril de 1984, Von Colson y Kamann, 14/83, Rec. p. 1891, apdo. 26, y de 5 de octubre de 2004, Pfeiffer y otros, C-397/01 a C-403/01, Rec. p. I-8835, apdo. 113)». En los apdos. 63 a 65 de la Sentencia de 27 de febrero de 2003, asunto C-327/00, el TJUE ha afirmado que, «En efecto, como se desprende de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, corresponde al órgano jurisdiccional nacional dar a la ley interna que deba aplicar, en la mayor medida posible, una interpretación conforme con las exigencias del Derecho comunitario (véanse, en particular, las sentencias de 5 de octubre

munitario. Cuando un Tribunal español considera que pueda existir una contradicción o una interpretación de una norma española que pueda perjudicar la efectividad del derecho comunitario y que resulta esencial para la decisión judicial, puede interponer una cuestión prejudicial regulada en art. 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), anterior art. 234 del Tratado de Constitución europea.

Un Tribunal administrativo de recursos contractuales, cuando conozca un recurso especial contra el acto de adjudicación en el que se invoque la infracción de la normativa de contratación pública de las cláusulas de un pliego de cláusulas administrativas o técnicas y, siendo el recurrente un licitador que ha podido participar en la licitación, podría plantear una cuestión prejudicial ante el TJUE a los efectos de discernir si, el mandato de la directiva 89/665 de recursos (modificada por la directiva 2007/66/CE, de 11 de diciembre), y concretamente la aplicación efectiva de su art. 1³³, es compatible con una inadmisión por extemporaneidad en la interposición del recurso.

El Tribunal de recursos contractuales, además del propio recurrente, estaría legitimado para el planteamiento ante el TJUE de la cuestión prejudicial.

.....

de 1994, Van Munster, C-165/91, Rec. p. I-4661, apdo. 34, y de 26 de septiembre de 2000, Engelbrecht, C-262/97, Rec. p. I-7321, apdo. 39). 64. Si tal interpretación conforme no es posible, el órgano jurisdiccional nacional debe aplicar íntegramente el Derecho comunitario y proteger los derechos que éste confiere a los particulares, absteniéndose de aplicar, en su caso, cualquier disposición nacional en la medida en que tal aplicación conduzca, en las circunstancias del litigio, a un resultado contrario al Derecho comunitario (véanse, en particular, las sentencias de 5 de marzo de 1998, Solred, C-347/96, Rec. p. I-937, apdo. 30, y Engelbrecht, antes citada, apdo. 40).

65. Se deduce de lo anterior que, en circunstancias tales como las del litigio principal, corresponde al órgano jurisdiccional remitente garantizar el respeto del principio de efectividad que se deriva de la Directiva 89/665, aplicando su Derecho nacional de forma que permita al licitador perjudicado por una decisión de la entidad adjudicadora contraria al Derecho comunitario salvaguardar la posibilidad de invocar motivos basados en dicha violación en apoyo de recursos interpuestos en contra de otras decisiones de la entidad adjudicadora, haciendo uso, en su caso, de la posibilidad que, según dicho órgano jurisdiccional, se desprende del artículo 5 de la Ley n. 2248/1865, de dejar sin aplicar las normas nacionales de caducidad que regulan dichos recursos».

- 33 Dicho artículo se expresa así: «En lo relativo a los contratos comprendidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 2004/18/CE, los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para garantizar que las decisiones adoptadas por los poderes adjudicadores puedan ser recurridas de manera eficaz y, en particular, lo más rápidamente posible, en las condiciones establecidas en los arts. 2 a 2 septies de la presente Directiva, cuando dichas decisiones hayan infringido el Derecho comunitario en materia de contratación públicos o las normas nacionales de incorporación de dicha normativa».

El TJUE, en sentencia de 21 de marzo de 2000, asunto Gabalfrisa, SL, afirmó (apdo. 33), analizando si el Tribunal Económico-Administrativo Regional de Cataluña podía ser considerado órgano jurisdiccional a los efectos de la legitimación para la interposición de la cuestión prejudicial, que, «Para apreciar si el organismo remitente posee el carácter de un órgano jurisdiccional en el sentido del art. 177 del Tratado, cuestión que pertenece únicamente al ámbito del Derecho comunitario³⁴, el Tribunal de Justicia tiene en cuenta un conjunto de elementos, como son el origen legal del órgano, su permanencia, el carácter obligatorio de su jurisdicción, el carácter contradictorio del procedimiento, la aplicación por parte del órgano de normas jurídicas, así como su independencia». El TJUE consideró que el Tribunal Económico-Administrativo era un órgano jurisdiccional en el sentido comunitario y la cuestión prejudicial era admisible. Considero que los argumentos vertidos por el Tribunal europeo (apdos. 34 a 40 de la sentencia antes referida) son perfectamente trasladables a los Tribunales de recursos contractuales previstos en art. 41 TRLCSP, de forma que deben ser considerados órganos jurisdiccionales a los efectos de considerarlos legitimados para el planteamiento de una cuestión prejudicial ante el TJUE.

De acuerdo con el apartado 9 de las Recomendaciones del TJUE (referenciadas en nota 34) sobre el planteamiento de cuestiones prejudiciales por los órganos jurisdiccionales nacionales, «Cualquier órgano jurisdiccional está facultado para presentar al Tribunal de Justicia peticiones de decisión prejudicial sobre la interpretación de una norma del Derecho de la Unión, si lo considera necesario para resolver un litigio del que esté conociendo».

El Tribunal dirigiría al TJUE las siguientes cuestiones: ¿es acorde con la directiva 89/665 modificada por directiva 2007/66, y especialmente con su art. 1.1 tercer párrafo, un precepto como el art. 145.1 TRLCSP que establece la imposibilidad de alegar y combatir las prescripciones de un pliego de cláusulas administrativas o de prescripciones técnicas en el momento de recurrir un acto de adjudicación, si dichas infracciones no han supuesto la imposibilidad del recurrente de participar en dicha licitación y éste no ha constatado una lesión y perjuicio efectivos hasta que no se han aplicado sobre su proposición determinadas prescripciones del pliego de cláusulas administrativas o de prescripciones técnicas? ¿se garantiza que las decisiones adoptadas por los poderes adjudicadores puedan ser recurridas de manera eficaz con la prescripción del art. 145.1 TRLCSP que establece que la presentación de una proposición

.....

34 Así se afirma en el apdo. 9 de las Recomendaciones del TJUE a los órganos jurisdiccionales nacionales, relativas al planteamiento de cuestiones prejudiciales (2012/C 338/01), publicadas en DOUE serie C, de 6 de noviembre de 2012.

supone la aceptación sin reservas del pliego de condiciones y que exige que en toda condición y circunstancia las cláusulas de un pliego no pueden ser recurridas más que en el plazo de 15 días hábiles desde que son conocidas, sin que puedan recurrirse en el momento del acto de adjudicación cuando un licitador sufre lesión efectiva de sus derechos?

El incidente procesal de interposición de la cuestión prejudicial supondrá la suspensión del procedimiento. Es posible que pueda invocarse por el Tribunal administrativo de recursos contractuales que la cuestión prejudicial se sustancie por procedimiento acelerado según la previsión del apartado 38 de las Recomendaciones de referencia.