

NEWSLETTER DEPARTAMENTOS MERCANTIL Y ADMINISTRATIVO

MAYO 2015

RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA: CLAVES DE ÉXITO

Estimados clientes:

Traemos a nuestra Newsletter un asunto de gran actualidad, teniendo bien presentes las cifras de estimaciones de los recursos en materia de contratación administrativa, desde la existencia del Recurso Especial que se plantea ante el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC), creado en 2010.

1. EL MIEDO A PLANTEAR UN RECURSO CONTRA LA ADMINISTRACIÓN CONTRATANTE

En muchos ámbitos de la contratación administrativa (entre otros, el postal, el del transporte, la energía, el agua, el de defensa, seguridad y aeroespacial), las empresas proveedoras de servicios o suministradoras de las entidades del sector público, han sido tradicionalmente reacias a la presentación de cualquier reclamación contra las decisiones adoptadas por los órganos de contratación del sector público en los procesos de selección de sus contratistas.

A nadie se le escapa que el motivo principal de esa –llamémosla- timidez en el ejercicio de sus derechos traía causa del hecho de que el órgano decisorio del recurso planteado no era otro que, bien el mismo que adoptó la resolución de contratación administrativa (en el caso del Recurso de Reposición) o el inmediato superior jerárquico (en el caso del Recurso de Alzada).

El miedo a la *reacción* del órgano de contratación (o su superior jerárquico) estaba, sin duda, muy presente en todas las decisiones empresariales de no recurrir resoluciones que, en muchos casos, eran claramente contrarias a Derecho o a los pliegos que regían el procedimiento de contratación en cuestión, adjudicaciones que no se ajustan a la normativa o simplemente, a exclusiones no debidamente justificadas de licitadores o aceptaciones irregulares de ofertas.

El presente Boletín contiene información meramente informativa y de carácter general, sin que constituya ni pueda entenderse que constituye asesoramiento jurídico alguno. Quedan reservados todos los derechos. Se prohíbe la explotación, reproducción, distribución, comunicación pública y transformación, total y/o parcial, de esta obra, sin autorización escrita de PROLAW ABOGADOS Y ASESORES TRIBUTARIOS, SLP.

En efecto, el propio órgano que había dictado la resolución objeto de impugnación, decidía sobre la estimación o la desestimación de las alegaciones presentadas.

2. EL NUEVO STATU QUO: CREACIÓN DE UN ÚNICO TRIBUNAL PARA CONOCER DE TODOS LOS RECURSOS DE CONTRATACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO

La regulación, por primera vez, del «recurso administrativo especial en materia de contratación pública» (el llamado Recurso Especial) como vía de recurso potestativa y previa a la interposición del contencioso-administrativo, en relación con la contratación por las Administraciones Públicas y los poderes adjudicadores (regulación que introdujo Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público, hoy RDL 3/2011 texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público) y la posterior constitución, en 2010, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC), dependiente del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, con competencia para conocer y resolver **todos** los recursos especiales en materia de contratación en, han supuesto un relevante cambio de tendencia en materia de reclamaciones de contratación administrativa, tanto en cuanto al número de recursos que se plantean como en relación con las cifras de estimación (total o parcial) de éstos.

Muy elocuente resulta la definición que el propio TACRC hace de su cometido: *es el de asegurar la correcta aplicación de las normas y principios que regulan la contratación en el sector público estatal, mediante la resolución de los recursos planteados en plazos breves que interfieran lo mínimo imprescindible en la licitación y permitan resolver los conflictos tras oír en el procedimiento a todos los interesados.*

El Recurso Especial se ha consolidado, desde 2010, como una garantista vía de planteamiento reclamaciones en materia de contratación administrativa previa al Recurso Contencioso Administrativo.

En efecto, desde que está en funcionamiento, las estadísticas que arroja el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) en cuanto a número de recursos, celeridad del procedimiento y estimaciones (o estimaciones parciales de los recursos) son bastante elocuentes.

Veamos. En cuanto a la celeridad, según la Memoria del TACRC de 2014, el plazo medio de resolución de los recursos desde su presentación en el TACRC, o en el órgano de contratación,

El presente Boletín contiene información meramente informativa y de carácter general, sin que constituya ni pueda entenderse que constituye asesoramiento jurídico alguno. Quedan reservados todos los derechos. Se prohíbe la explotación, reproducción, distribución, comunicación pública y transformación, total y/o parcial, de esta obra, sin autorización escrita de PROLAW ABOGADOS Y ASESORES TRIBUTARIOS, SLP.

hasta que se aprobó la resolución correspondiente fue de **36 días naturales**. En 2013 ese plazo fue de **27 días naturales**. El plazo de resolución desde que se dispone del expediente en el TACRC, fue de **26 días naturales**. En 2013 fue de **18 días**.

La confrontación de estos datos con los de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa es muy sorprendente; conforme a los datos ofrecidos por el Ministerio de Justicia, para el ejercicio 2013, el plazo medio de resolución de los asuntos en la Jurisdicción Contencioso-Administrativos varía entre los 14,2 y 24,3 meses, es decir entre **426 y 729 días** . No es extraño que, con estos lánguidos ritmos, la tasa de litigiosidad en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa sea de un exiguo 4,1% .

En cuanto a número de recursos estimados (o estimados parcialmente) también el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales es un tribunal a considerar, pues la cifras oficiales que ofrece, indican que del total de recursos presentados en 2014 resueltos (1.124 recursos hasta 1 de febrero de 2015), casi el **40% de los recursos admitidos se estimaron total o parcialmente en 2014** (según cifras disponibles en la Memoria del TACRC correspondientes a ese ejercicio). Este porcentaje se vio incluso superado en 2013, cuando se **estimaron total o parcialmente el 52%** de los recursos presentados ante el TACRC.

El TACRC es competente para la tramitación y resolución de los recursos especiales en materia de contratación en el ámbito de la Ley de Contratos del Sector Público, en el de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales (la denominada Ley de Sectores Excluidos) y en el ámbito de la Ley 24/2011, de 1 de agosto, de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad.

Por tanto, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales conoce de los recursos de la contratación del sector público en general y, en particular, también de la contratación en los sectores del Defensa, seguridad, agua, la energía, los transportes y los servicios postales. Es decir, todas las entidades del Sector Público

3. CONDICIONES PARA EL ÉXITO DEL RECURSO

Ahora bien, las **posibilidades de éxito** de un recurso especial son **directamente proporcionales** a: (i) la **existencia de fundamento jurídico** para plantearlo y (ii) rigurosa preparación de su

El presente Boletín contiene información meramente informativa y de carácter general, sin que constituya ni pueda entenderse que constituye asesoramiento jurídico alguno. Quedan reservados todos los derechos. Se prohíbe la explotación, reproducción, distribución, comunicación pública y transformación, total y/o parcial, de esta obra, sin autorización escrita de PROLAW ABOGADOS Y ASESORES TRIBUTARIOS, SLP.

planteamiento de fondo (jurídico, en coordinación con un profundo análisis técnico) así como **determinación del momento** jurídicamente adecuado para presentarlo en relación con el acto a recurrir.

Tomar la decisión de recurrir basándose en una mera decisión comercial, sin disponer de suficientes argumentos para fundamentarlo, es un grave error que puede llevar consigo la imposición de una sanción cuando el objetivo del recurso es tan solo retrasar la formalización de un contrato o una convocatoria.

4. ACTOS RECURRIBLES Y LEGITIMACIÓN

Puede resultar sorprendente que muchas de las empresas que contratan a diario con entidades del sector público desconocen en qué momento del procedimiento de contratación pueden plantear recurso contra la correspondiente decisión o acto administrativos.

Los actos recurribles antes el TACRC son los anuncios de licitación y los pliegos que deban regir la contratación, los actos de trámite decisivos para la adjudicación, o que determinen la exclusión o produzcan indefensión o perjuicio irreparable y los acuerdos de adjudicación.

Por tanto es importante tener en cuenta que puede (y en algunos casos, debe) plantearse recurso contra los pliegos, dentro del plazo previsto legalmente desde su publicación; contra las resoluciones por las que se excluye a un licitador; contra, las resoluciones de adjudicación o contra los denominados actos de trámite del procedimiento. El recurso puede plantearse ante el TACRC solo respecto de contratos sujetos a regulación armonizada.

En cuanto a la legitimación para interponer el Recurso Especial, la ostenta toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso.

El recurso se interpone contra los actos anteriormente relacionados de las Administraciones Públicas y de los poderes adjudicadores (incluyendo, entre estos últimos, todos los entes, organismos o entidades con personalidad jurídica que no tengan carácter mercantil o industrial en los que alguna Administración Pública controle su gestión; por ejemplo AENA).

El presente Boletín contiene información meramente informativa y de carácter general, sin que constituya ni pueda entenderse que constituye asesoramiento jurídico alguno. Quedan reservados todos los derechos. Se prohíbe la explotación, reproducción, distribución, comunicación pública y transformación, total y/o parcial, de esta obra, sin autorización escrita de PROLAW ABOGADOS Y ASESORES TRIBUTARIOS, SLP.

5. CLAVES DE PREPARACIÓN DEL RECURSO ESPECIAL

Muchos de los recursos que no prosperan sencillamente no disponen de fundamento jurídico alguno para su presentación (se deben a reacciones puramente comerciales) pero un buen número de ellos, de los que fracasan, lo hacen porque no se han identificado correctamente algunas cuestiones que pueden resultar determinantes para el resultado; algunos errores *de libro* en materia de recursos de contratación administrativa traen causa de no haber identificado correctamente el momento de presentación, el acto que se quiere recurrir, los plazos de los que se dispone, las partes involucradas o en fin, no se ha analizado en profundidad el pliego de cláusulas administrativas, el de prescripciones técnicas o algunas exigencias en cuanto a la valoración de ofertas o posible exclusión de licitadores. Como en muchos ámbitos del Derecho, la clave no es otra que preparación, preparación y preparación.

5.1. Identificar los plazos de los que se dispone para recurrir cada uno de los actos administrativos susceptibles de recurso

Los plazos varían dependiendo del acto concreto que pretende recurrirse. Por tanto, no aplica el mismo plazo cuando lo que se recurre son los pliegos por los que se rigen las licitaciones (la *Ley* de los contratos), que cuando se recurren las resoluciones por las que se excluye a un licitador por incumplimiento de los requisitos de los pliegos o cuando se alzan alegaciones en contra de las resoluciones de adjudicación dictadas en el marco de los procedimientos de selección de los proveedores o los actos de trámite.

5.2. Identificación del acto administrativo que debe recurrirse

Es, por tanto, crítico, determinar qué acto administrativo procede recurrir. Aunque parezca obvio, nos hemos encontrado en la práctica con más de un caso en que no se recurre el acto administrativo correcto, perdiéndose así la oportunidad de una determinada argumentación jurídica que posteriormente ya nunca podrá prosperar. Pensemos en recursos que se plantean contra la adjudicación cuando el fundamento jurídico básico se refiere a una cláusula de los pliegos que no es acorde a la legislación vigente; y que nunca se recurrió.

5.3. Posibles exclusiones y sus causa

Puede ocurrir que lo que proceda recurrir sea las resoluciones por las que se excluye a un licitador, en cuyo caso habrá que estar al estricto cumplimiento por los licitadores concurrentes de la normativa en materia de capacidad de obrar, habilitación, solvencia técnica o financiera, condiciones de ejecución del contrato, etc.

Si se recurren las resoluciones de adjudicación dictadas en el marco de los procedimientos de selección de los proveedores será crítico identificar la puntuación técnica y la puntuación económica obtenida por el adjudicatario, y asegurar el correcto ejercicio de los principios de transparencia y publicidad que rigen en el ámbito de la contratación administrativa.

5.4. Preparación de la fundamentación jurídica

Como indicábamos más arriba, la fundamentación jurídica de la pretensión con el Recurso Especial y su preparación serán determinantes para la estimación del recurso. Las cuestiones que deben estudiarse varían en función del acto recurrido.

Si se recurren los pliegos por los que se rigen las licitaciones habrán de repasarse las prescripciones identificando aquéllas que solo puedan ser cumplidas por un único proveedor, las marcas o nombres comerciales de las empresas competidoras, los lotes y sub lotes objeto de la licitación y los que pudieran haberse configurado de forma que solo pueda ser ofertado por un licitador. Asimismo, será conveniente identificar si las prescripciones permiten la presentación de una oferta competitiva.

Es asimismo importante repasar los criterios de valoración recogidos en los pliegos, identificando aquéllos que solo pueden ser cumplidos por un único licitador y su ponderación o aquéllos indeterminados en los que el licitador no conoce lo que va a valorarse con exactitud. El repaso de los criterios de selección recogidos en los pliegos también debe acometerse, valorando muy especialmente los que limiten la concurrencia en el mercado.

En fin, la casuística de la contratación administrativa diaria puede arrojar otros argumentos de fundamentación cuyo objeto excede, desde luego, esta sucinta nota.