

La Reforma de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa española en materia de recursos contractuales

Luis Ángel Ballesteros Moffa*

SUMILLA

El presente trabajo tiene por objeto el análisis de la Ley N° 34/2010, de 5 de agosto, por la que se modifica, en conexión con la legislación de contratación pública (Leyes 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, y 31/2007, de 30 de octubre, sobre Procedimientos de Contratación en los Sectores del Agua, la Energía, los Transportes y los Servicios Postales), la Ley N° 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Una reforma, propiciada por la Directiva 2007/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007, que, desde la perspectiva procesal, adapta la impugnación contencioso-administrativa a la creación de nuevos órganos administrativos independientes para la resolución de los recursos especiales en materia de contratación pública, como principal exponente de la mejora del régimen impugnatorio especial de los actos de preparación, adjudicación y formalización de los contratos públicos.

I. Alcance de la reforma operada por la ley N° 34/2010, de 5 de agosto, de modificación de la legislación de contratación pública y de la ley N° 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa

En los últimos años la controversia en el sistema español de contratación pública ha pivotado en torno a la eficacia del régimen cautelar e impugnatorio contra las infracciones de los procedimientos de selección [SSTJCE de 15 de mayo de 2003, Comisión/España (C-214/00); 12 de febrero de 2004, Grossmann Air Service (C-230/02); 3 de abril de 2008, Comisión/España (C-444/06)]. Pese al avance experimentado a este respecto por las Leyes 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP en lo sucesivo)¹ y 31/2007, de 30 de octubre,

sobre Procedimientos de Contratación en los Sectores del Agua, la Energía, los Transportes y los Servicios Postales (LCSE en lo sucesivo), ha sido la insatisfacción persistente en este renovado régimen por parte de las instituciones de la Unión Europea y la doctrina², y no solo la Directiva 2007/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007, por la que se modifican las Directivas de recursos 89/665/CEE y 92/13/CEE del Consejo en lo que respecta a la mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos³, lo que ha propiciado la primera reforma sustantiva de la LCSP y LCSE.

Reforma que va más allá de lo que podría esperarse, habida cuenta que esta Ley N° 34/2010, de 5 de agosto, de modificación de la LCSP, LCSE y Ley N° 29/1998, de 13 de julio, reguladora

* Profesor Titular de Derecho Administrativo. Universidad de León (España).

¹ “Con la misma finalidad de incorporar normas de Derecho Comunitario derivado, se articula un nuevo recurso administrativo especial en materia de contratación, con el fin de transponer la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministro y de obras, tal y como ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea” (Exposición de Motivos, apartado IV, punto 3 *in fine*, de la LCSP).

² Con fecha de octubre de 2009, la Comisión Europea instó oficialmente a España a dar cumplimiento a la STJCE de 3 de abril de 2008, Comisión/España (C-444/06), por considerar que el sistema cautelar y de recursos introducido por la LCSP seguía sin ajustarse plenamente a la Directiva de recursos 89/665/CEE (artículo 228° del Tratado de la Comunidad Europea).

³ Cuyo plazo de incorporación al Derecho interno, por cierto, concluyó el 20 de diciembre de 2009, con arreglo a su artículo 3°.

de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, para adaptación a la normativa Comunitaria de las dos Primeras, además de afectar al recurso especial y su ulterior impugnación contencioso-administrativa como consecuencia de los nuevos órganos competentes para la resolución de aquél, se extiende, respecto de la LCSP, al momento dentro del procedimiento de adjudicación en que cabe impugnar sus actos a efectos de que la tutela cautelar y resolución de los recursos resulten eficaces con arreglo al Derecho Comunitario. Una circunstancia que la hace extensiva a aspectos tan estructurales del sistema público de contratación como son el replanteamiento de la dicotomía adjudicación provisional/definitiva; la notificación de la adjudicación, tanto en su concreción temporal a efectos del cómputo del plazo de interposición del recurso como en sus obligaciones de contenido; el *iter* cronológico de los distintos trámites; o la formalización y perfección del contrato⁴.

En el bien entendido que ya con anterioridad a la reforma se contemplaban, solo que referidas a la adjudicación provisional, las dos exigencias cardinales para garantizar los efectos de la resolución del procedimiento de impugnación, en los términos de la jurisprudencia comunitaria y Directiva 2007/66/CE: la previsión de un plazo de espera para la interposición del recurso durante el cual se paralice la tramitación del procedimiento, y la suspensión automática de los acuerdos de adjudicación una vez impugnados durante ese plazo ya suspensivo, sin perjuicio de otras medidas provisionales incluso previas al recurso. Centrándose pues la Ley N° 34/2010 en racionalizar la tramitación de toda esta fase final de adjudicación y perfección del contrato para la plena implementación de aquéllas con arreglo al Derecho Comunitario, y en la independencia de los órganos competentes para la resolución del recurso y supuestos especiales de nulidad contractual, con la consiguiente reforma de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa a efectos de la impugnación jurisdiccional de dichos recursos administrativos⁵.

II. El retorno a la adjudicación única contractual como premisa de la reforma procesal

1. Situación previa a la ley N° 34/2010, de 5 de agosto: adjudicación provisional y adjudicación definitiva

Dada la obligada transposición de la Directiva de recursos 89/665/CEE según la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo, con la introducción de un recurso especial en materia de contratación cuya eficacia exigía la congelación procedimental y medidas suspensivas en caso de impugnación, el legislador de la LCSP, rescatando una antigua dualidad, optó por diferenciar entre la adjudicación provisional y definitiva, a fin de que la posible impugnación especial y suspensión automática asociada pudiesen recaer sobre la primera⁶ y entre ambas así el plazo de espera para la interposición del recurso (diez días hábiles⁷ siguientes a la publicación de la provisional en un diario oficial o perfil de contratante)⁸, de suerte que el contrato no dejara de perfeccionarse por el solo consentimiento (tradicional principio antiformalista), esto es, con su adjudicación definitiva previa a la formalización⁹. Entre una y otra adjudicación tendría lugar la constitución de la garantía definitiva y acreditación del resto de documentación exigida al adjudicatario interino¹⁰.

2. *Statu quo* tras la ley N° 34/2010, de 5 de agosto: refundición de la adjudicación

Con anterioridad a la Directiva 2007/66/CE, de 11 de diciembre, no faltaban motivos para dudar del sistema instaurado por la LCSP y su bifurcación de la adjudicación entre provisional y definitiva (a pesar del nuevo régimen, requerimiento de la Comisión Europea para dar pleno cumplimiento a la STJCE de 3 de abril de 2008, Comisión/España, C-444/06). Aparte de las carencias del recurso especial, sobre todo respecto de los órganos de resolución y exclusivo amparo prácticamente de la contratación armonizada -si bien esto último acorde con el Derecho Comunitario, insuficiente

⁴ Además, con sorprendente cabida en una Ley sobre contratación pública, durante su tramitación parlamentaria en el Senado han sido incluidas, sobre la base de dos enmiendas transaccionales de Convergència i Unió, tanto una modificación del impuesto de sociedades (artículo 30.2 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo) como otra del artículo 93.2, párrafo primero, de la Ley N° 29/2006, de 26 de julio, de Garantías y Uso Racional de los Medicamentos y Productos Sanitarios (disposiciones finales primera y segunda, respectivamente).

⁵ Véase mi monografía *La adjudicación de contratos en el sector público*, Thomson-Civitas, Navarra, 2010.

⁶ Anterior artículo 37.7 LCSP.

⁷ O 7 en caso de tramitación urgente de la adjudicación (anterior artículo 37.6, tercer párrafo, LCSP).

⁸ Mientras que para el resto de actos susceptibles del recurso especial, el mismo plazo de interposición había de computarse desde el día siguiente a la notificación o publicación de los mismos (anteriores artículos 37.6, primer párrafo, y 135.4 LCSP).

⁹ Anteriores artículos 27.1 y 140° LCSP.

¹⁰ Anterior artículo 135.4 LCSP.

desde el punto de vista interno en cuanto tutela de mínimos, por cierto aún no resuelta-, dos al menos fueron los problemas conectados con la eficacia impugnatoria que, a la luz de la nueva Directiva, han llevado definitivamente a plantear la reforma:

Por un lado, la imprecisa determinación del *dies a quo* del plazo de espera para la posible interposición del recurso especial (como se ha dicho, diez días hábiles desde la publicación de la adjudicación provisional en un diario oficial o perfil de contratante, o desde que se notifique o publique el resto de actos impugnables), y del propio contenido de la información suministrada al efecto a candidatos y licitadores, solo completa previa petición de los mismos conforme al artículo 135.3 LCSP (adjudicación provisional) con remisión al 137.1 LCSP (adjudicación definitiva). Lo cual, como se verá, supondrá la modificación del cómputo del plazo de interposición del recurso especial -que exige el mismo plazo de espera para la tramitación de los contratos susceptibles del recurso- a partir de la notificación, que permite garantizar su simultaneidad para todos los candidatos y licitadores (quince días hábiles desde que se remita la notificación de la adjudicación, aparte del resto de actos impugnables¹¹), amén de una nueva regulación más tuitiva de dicha notificación en cuanto a su contenido obligatorio¹² y medios para efectuarla, incluido el correo electrónico, de acuerdo con los nuevos

artículos 130.1.d)¹³ y 135.4 LCSP, y 28^o¹⁴ de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos.

Y relacionado con lo anterior, la abigarrada tramitación del procedimiento de adjudicación a efectos del cumplimiento de las exigencias comunitarias para la eficacia de los efectos del recurso, máxime cuando la Directiva 89/665/CEE, una vez modificada por la Directiva 2007/66/CE, fija indubitadamente entre la adjudicación y celebración del contrato los plazos de espera e interposición del recurso, sin perjuicio de la previa impugnación de los pliegos, documentos análogos y actos de trámite cualificados (artículos 2^o bis, primer párrafo del apartado 2¹⁵, y 2 quáter¹⁶, respectivamente), lo que es reconocido en parte por la Exposición de Motivos de la Ley N^o 34/2010, de 5 de agosto, al señalar que “ha sido necesario dar solución a la contradicción aparente que podía suponer para el carácter universal del recurso el hecho de que los actos producidos entre la adjudicación provisional y la definitiva quedaran fuera del ámbito de aplicación del mismo, pues, si bien se trata de actos de cumplimiento prácticamente mecánico en los que la controversia jurídica es apenas imaginable, conceptualmente deben ser susceptibles de recurso también para dar plena satisfacción a la configuración que del mismo hace la nueva Directiva 2007/66/CE”¹⁷.

¹¹ Nuevos artículos 314^o y 140.3 LCSP.

¹² Albergando una información -antes sujeta a previa solicitud del interesado- suficiente al menos para permitir al licitador excluido o candidato descartado interponer recurso especial contra la decisión de adjudicación, suficientemente fundado, expresiva en particular de los extremos referidos en los artículos 135.4 y 137 LCSP.

¹³ “Las proposiciones en el procedimiento abierto y las solicitudes de participación en los procedimientos restringido y negociado y en el diálogo competitivo deberán ir acompañadas de los siguientes documentos:

“[...] d) En su caso, una dirección de correo electrónico en que efectuar las notificaciones”.

¹⁴ Precepto que sustituye el anterior apartado 3 del artículo 59^o de la Ley N^o 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, el cual había sido introducido por la Ley N^o 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social. Las notificaciones electrónicas del artículo 28 de la Ley N^o 11/2007 han sido desarrolladas para la Administración General del Estado y sus Organismos públicos por los artículos 35 y siguientes del Real Decreto 1671/2009, de 6 de noviembre.

¹⁵ “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”.

¹⁶ “Si la legislación de un Estado miembro dispone que cualquier recurso contra una decisión de un poder adjudicador tomada en el marco o con relación con un procedimiento de adjudicación de contrato regulado por la Directiva 2004/18/CE debe interponerse antes de que expire un plazo determinado, este plazo deberá ser de al menos diez días civiles a partir del día siguiente a aquel en que la decisión del poder adjudicador haya sido comunicada por fax o por medio electrónico al licitador o candidato, o, si se han utilizado otros medios de comunicación, de al menos quince días civiles a partir del día siguiente a aquel en que la decisión del poder adjudicador se haya remitido al licitador o candidato, o de al menos diez días civiles a partir del día siguiente a la fecha de recepción de la decisión del poder adjudicador. La comunicación de la decisión del poder adjudicador a cada licitador o candidato irá acompañada de la exposición resumida de las razones pertinentes. En el caso de los recursos interpuestos contra las decisiones a que se refiere el artículo 2, apartado 1, letra b), de la presente Directiva, que no estén sujetos a una notificación específica, el plazo será de al menos diez días civiles a partir de la fecha de publicación de la decisión en cuestión”.

¹⁷ “Una buena muestra [...] de que la solución de la doble adjudicación no es “redonda” es el hecho de que las varias reformas de la LCSP que se han promovido desde su entrada en vigor han incidido en modificar esta cuestión, y también varios Reales Decretos han introducido especialidades que incidían en aliviar ese doble trámite”: CARBONERO GALLARDO, J. M., “La adjudicación de los contratos públicos”, Prólogo de Luciano Parejo Alfonso, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Madrid, 2010, p. 455.

En este sentido, no puede desconocerse la controvertida impugnación contencioso-administrativa de la adjudicación definitiva, incluso conforme al régimen general, al establecer el artículo 28º de la Ley N° 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa que “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”. En calidad de acto que eleva a definitiva una adjudicación provisional, el Informe 18/2008, de 21 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, se manifiesta taxativo al afirmar que “[...] si bien la adjudicación definitiva que confirma la provisional es un acto administrativo que pone fin a la vía administrativa y que por lo tanto, en principio, sería susceptible de recurso potestativo de reposición o directamente de recurso contencioso-administrativo, según las reglas generales de medios de impugnación de los actos administrativos; atendiendo a esta peculiar configuración de la adjudicación definitiva como un acto de reproducción y confirmación de la provisional, resulta inadmisibles el recurso contencioso de conformidad con el sentido del artículo 28º de la LJCA [...]”¹⁸.

Será una completa reforma de la tramitación final del procedimiento de adjudicación lo que felizmente reconduzca la situación, con la refundición de los actos de adjudicación provisional y definitiva en una única adjudicación; la cual, tras un período mínimo¹⁹ de espera de quince días hábiles siguientes a la remisión de su notificación al objeto de su eficaz impugnación especial para aquellos contratos sujetos a ella²⁰, dé lugar, sin actuación intermedia alguna no derivada del recurso y sin perjuicio de los efectos suspensivos automáticos

ligados al mismo, a la perfección del contrato con su formalización²¹. Como señalaba el Dictamen 499/2010, de 29 de abril, del Consejo de Estado sobre el Anteproyecto de la reforma, “la regulación proyectada exige una determinada forma para que los contratos celebrados por los poderes adjudicadores se perfeccionen: la formalización pasa a ser, por tanto, constitutiva del contrato”, lo que supondrá la desaparición como causa de resolución del contrato de su falta de formalización con la supresión de los artículos 206.d) y 208.1 LCSP. La documentación justificativa de la garantía definitiva²² y demás requisitos serán requeridos al licitador seleccionado con carácter previo a la adjudicación, debiendo ser presentada dicha documentación en el plazo de diez días hábiles o superior autonómico, no siendo hasta su recepción cuando tenga lugar la adjudicación en el plazo de cinco días hábiles.

III. El recurso especial en materia de contratación pública y su impugnación contencioso-administrativa

1. Situación anterior conforme a la directiva de recursos 89/665/CEE del consejo, de 21 de diciembre de 1989

Aparte del sistema general de invalidez de los contratos ligado a la nulidad o anulabilidad de los actos separables (artículos 31º a 36º LCSP), cuyos principales trazos subsisten tras la reforma, los artículos 37º y 38º LCSP regularon ex novo un recurso especial en materia de contratación pública con el fin, según la Exposición de Motivos, de transponer la Directiva de recursos 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, tal y como había sido interpretada por el Tribunal de Luxemburgo. Un recurso que permitiera corregir las infracciones cuando aún no resultaran irreversibles (congelación procedimental y

¹⁸ Hace especial hincapié en las consecuencias de este diseño legal, GIMENO FELIÚ, J. M.º, “Novedades de la Ley de Contratos del Sector Público de 30 de octubre de 2007 en la regulación de la adjudicación de los contratos públicos”, Thomson-Civitas, Navarra, 2010, pp. 250 y ss.

¹⁹ Pues la legislación autonómica puede ampliarlo hasta el máximo de un mes (artículo 140.3 LCSP, conforme a la Ley 34/2010, de 5 de agosto).

²⁰ El artículo 140.3 LCSP, con arreglo a su modificación por la Ley 34/2010, de 5 de agosto, fija el plazo de formalización del contrato en función de si el mismo es susceptible de recurso especial (no antes de que transcurran quince días hábiles desde que se remita la notificación de la adjudicación a los licitadores y candidatos ex artículo 135.4, o plazo mayor autonómico hasta un mes) o no lo es (no más tarde entonces de los quince días hábiles siguientes a la recepción de dicha notificación). A estos efectos, ha sido modificado el artículo 174.1.a) LCSP, en el sentido de que no serán de aplicación a los contratos sujetos a regulación armonizada de otros poderes adjudicadores distintos de la Administración, las normas establecidas en el artículo 140º LCSP sobre formalización de los contratos “sin perjuicio de que deba observarse el plazo establecido en su apartado 3 y lo previsto en el apartado 5”, al ser susceptibles también del recurso especial conforme al artículo 310.1 LCSP.

²¹ Con independencia de que proceda la cuestión de nulidad de los nuevos artículos 37º a 39º LCSP, en cuyo caso los plazos de interposición serán los fijados en el artículo 39.3 y 4º LCSP, no produciendo por sí sola efectos suspensivos.

²² Téngase en cuenta, respecto de la garantía definitiva en los contratos de concesión de obras públicas, el nuevo apartado 4 del artículo 83º LCSP introducido por la disposición adicional sexta de la Ley 14/2010, de 5 de julio, sobre las Infraestructuras y los Servicios de Información Geográfica en España.

medidas suspensivas), a través de la anulación de aquellas decisiones ilegales adoptadas durante el procedimiento de adjudicación -incluyendo la supresión de características técnicas, económicas o financieras discriminatorias contenidas en los pliegos, anuncio indicativo, anuncio de licitación o cualquier otro documento de licitación o adjudicación-, la retroacción de actuaciones, o la adjudicación del contrato a otro licitador. Con anterioridad, la STJCE de 15 de mayo de 2003 (Comisión/España, C-214/00)²³ condenó al Reino de España por inadecuada transposición de la Directiva de recursos, lo que llevó a nuestro legislador, a través de las oportunas modificaciones e incorporación de los antiguos artículo 60º bis y disposición adicional decimosexta en el anterior texto refundido²⁴, a extender el sistema de recursos a las adjudicaciones realizadas por las sociedades de Derecho privado que cumplieran los requisitos comunitarios de organismos públicos, y habilitar la adopción de medidas cautelares con independencia de la interposición previa del recurso²⁵.

El objeto de este recurso administrativo *ad hoc*, solo coincidente en parte con el del régimen general de invalidez determinante de la nulidad de los contratos (artículo 31º LCSP²⁶), eran los acuerdos de adjudicación provisional, los pliegos reguladores de la licitación y los que establecieran las características de la prestación, y los actos de trámite cualificados previos²⁷; siempre que todos ellos fueran adoptados en los procedimientos de adjudicación de contratos sujetos a regulación armonizada de cualquier poder adjudicador, incluidos los contratos subvencionados y otros contratos del artículo 37.1 LCSP, restricción que mereció la crítica tanto del Consejo Económico y Social como del Consejo de Estado, y de la propia doctrina²⁸.

Por otra parte, aunque sustitutivo de los recursos administrativos ordinarios, el recurso no dejaba de responder a un perfil administrativo al uso cuya resolución solo procedía la interposición del recurso Contencioso-Administrativo, siendo competentes para resolverlo los órganos

²³ Véase, asimismo, la STJCE de 12 de febrero de 2004, Grossmann Air Service (C-230/02).

²⁴ En virtud de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre. Véanse GARCÍA DE ENTERRÍA, E., "Artículo 60º bis. Medidas provisionales", en GÓMEZ-FERRER MORANT, R. (dir.), *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, pp. 317 a 327; BAÑO LEÓN, J. M.º, "El contencioso precontractual", en GÓMEZ-FERRER MORANT, R. (dir.), *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, pp. 329 a 363; DE LA SIERRA, S., "Las "medidas cautelares" en la contratación pública. A propósito de la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 15 de mayo de 2003 y de la subsiguiente reforma de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas", *Revista de Administración Pública*, núm. 164, mayo/agosto 2004, pp. 211 a 230; BACA ONETO, V. S., "La invalidez de los contratos públicos", Prólogo de José Luis Martínez López-Muñiz, Thomson-Civitas, Navarra, 2006, p. 298 y ss.; y GIMENO FELIÚ, J. M.º, "El recurso especial en la LCSP: ¿adecuación a su finalidad?", en PALOMAR OLMEDA, A. (coord.), *La nueva Ley de Contratos del Sector Público*, Documentación Administrativa, núms. 274/275, enero/agosto 2006, pp. 381-405.

²⁵ Normativa que, no obstante, ha vuelto a propiciar la condena de nuestro país por incumplimiento de la Directiva, al no establecer un período obligatorio para que el poder adjudicador notifique la decisión de adjudicación a todos los licitadores, y no prever un plazo de espera obligatorio entre la adjudicación de un contrato y su celebración (STJCE de 3 de abril de 2008, Comisión/ España, C-444/06).

²⁶ Contratos de las Administraciones públicas, en todo caso, y contratos sujetos a regulación armonizada, incluidos los contratos subvencionados del artículo 17º LCSP, bien por nulidad o anulabilidad de alguno de sus actos preparatorios o de los de adjudicación provisional o definitiva (adjudicación única conforme a la Ley 34/2010, de 5 de agosto).

²⁷ Aunque la imprecisa expresión "actos de trámite adoptados en el procedimiento antecedente" parecía hacer referencia a aquellos actos de trámite -cualificados- de la fase de preparación (CHINCHILLA MARÍN, C., "La nueva Ley de contratos del sector público: ámbito de aplicación y otras cuestiones novedosas", *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 79, septiembre/diciembre 2007, p. 65), una interpretación extensiva -abonada por la STJCE de 11 de enero de 2005, Stadt Halle y RPL Lochau (C-26/03)- permitiría extender este régimen especial de impugnación administrativa a todos aquellos actos de trámite cualificados que tengan lugar con carácter previo a la adjudicación provisional en el procedimiento de adjudicación *stricto sensu*. En este sentido, SANMARTÍN MORA, M.º A. se preguntaba cuáles son las posibilidades de defensa que tienen los licitadores frente a las decisiones de la Mesa de contratación, "pues no cabe duda de que la exclusión de una empresa del procedimiento de adjudicación del contrato tiene unos efectos decisivos para la misma" ("La configuración de los órganos de asistencia al órgano de contratación en la Ley de Contratos del Sector Público de 30 de octubre de 2007", en GIMENO FELIÚ, J. M.º (ed.), *El Derecho de los contratos del sector público*, Gobierno de Aragón, Zaragoza, 2008, p. 154). Por otra parte, según el segundo párrafo del artículo 37.2 LCSP, "los defectos de tramitación que afecten a actos distintos podrán ser puestos de manifiesto por los interesados al órgano al que corresponda la instrucción del expediente o al órgano de contratación, a efectos de su corrección, y sin perjuicio de que las irregularidades que les afecten puedan ser alegadas por los interesados al recurrir el acto de adjudicación provisional".

²⁸ Según el Dictamen del Consejo Económico y Social 4/2006, de 20 de febrero, el recurso especial no debería estar restringido a los contratos sujetos a regulación armonizada, junto a aquellos otros contratos, de suerte que se pudiera acudir a las medidas provisionales ligadas a este recurso en toda clase de contratos, con carácter preferente a las medidas de similar naturaleza contempladas en la legislación administrativa general. En su Dictamen 514/2006, de 25 de mayo, el Consejo de Estado abogó también por la extensión de estos mecanismos de garantía a todos los contratos regulados por el Anteproyecto de la LCSP, aun cuando las exigencias de la Directiva de recursos quedaran cumplidas con aquel ámbito, toda vez que la conveniencia de rapidez y eficacia de la resolución de las incidencias del procedimiento de adjudicación es extensible a cualquier contrato público, esté o no sujeto a regulación armonizada, no hallándose pues suficientemente justificada dicha discriminación en aras de la seguridad

administrativos de contratación o aquellos órganos administrativos vinculados a la entidad contratante no administrativa, sin perjuicio de la legislación autonómica. Lo que permita abundar en su carácter insuficiente para cumplir con las exigencias comunitarias, cuyo control del procedimiento de adjudicación solo quedaría verdaderamente garantizado por un órgano judicial o con garantías equivalentes de independencia respecto del poder adjudicador²⁹.

Como concluía BAÑO LEÓN³⁰, "no se trata de modificar tanto el sistema de recursos

administrativos en la contratación como de reformar profundamente el contencioso-administrativo precontractual"³¹. Siendo éste, justamente, el "talón de Aquiles" de un régimen que seguía sin dar el salto al orden jurisdiccional contencioso-administrativo, sobre todo en la tutela cautelar, como viene defendiendo nuestra doctrina más autorizada³².

En cuanto a la otra parte del recurso, se hallaban legitimados para su interposición aquellas personas físicas y jurídicas cuyos derechos o intereses legítimos se hubieran visto perjudicados

jurídica. Desde la misma perspectiva crítica, CEPEDA MORRÁS, J. y YÁÑEZ DÍAZ, C. (coord.), "Comentarios a la legislación de contratos del sector público", Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 39 y 199; MORENO MOLINA, J. A., "La falta de adecuación de la Ley española de Contratos del Sector Público al Derecho Comunitario europeo", XVI Congreso Italo-Español de Profesores de Derecho Administrativo, Universidad de Zaragoza, octubre 2008, p. 203 y ss.; BERASATEGUI, J., "El control administrativo independiente de la contratación pública", *La Ley*, núm. 6650, febrero 2007, p. 4 y ss.; LÓPEZ-CONTRERAS GONZÁLEZ, M.º, "El control de la adjudicación de los contratos públicos. En particular, el recurso especial y las medidas cautelares", en AGUILERA GONZÁLEZ, F. P. y MORENO MOLINA, J. A. (coord.), *La Ley de Contratos del Sector Público y su aplicación por las Entidades locales*, CEMCI, Granada, 2008, p. 289 y ss.; LÓPEZ-MENÉNDEZ DE LA CRUZ, C., "El recurso especial en materia de contratación", *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 71, enero 2008, pp. 50-62; GUINOT BARONA, M., "El nuevo recurso especial en materia de contratación y las medidas provisionales en la Ley de Contratos del Sector Público", *La Ley*, núm. 6882, febrero 2008, pp. 1-7; PÉREZ ROLDÁN, M.º, "El recurso administrativo especial en materia de contratación pública y las medidas provisionales en la nueva Ley de Contratos del Sector Público", *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 15, mayo 2008, pp. 49-90; GUERRERO FLORES, T., "El recurso especial en materia de contratación", *Revista de Derecho de Extremadura*, núm. 2, 2008, pp. 228-242; DOMÍNGUEZ CALVO, A., "La doble vía de impugnación en sede administrativa en la nueva Ley de Contratos del Sector Público", *Revista de Derecho de Extremadura*, núm. 2, 2008, pp. 243-258; GIMENO FELIÚ, J. M.º, "El recurso especial en la LCSP...", *op. cit.*, p. 392 y ss.; BAÑO LEÓN, J. M.º, "Tutela judicial precontractual", en BERMEJO VERA, J. (dir.) y BERNAL BLAY, M. A. (coord.), *Diccionario de contratación pública*, Iustel, Madrid, 2009, pp. 688 y 699; NOGUERA DE LA MUELA, B., "El recurso especial en materia de contratación y las medidas cautelares en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, a la vista de la Directiva 2007/66/CE, por la que se modifica la Directiva 89/665/CEE", en GIMENO FELIÚ, J. M.º (ed.), *El Derecho de los contratos del sector público*, Gobierno de Aragón, Zaragoza, 2008, pp. 318 y ss.; MORENO MOLINA, J. A., "Un mundo para SARA". Una nueva categoría en el Derecho español de la contratación pública: los contratos sujetos a regulación armonizada", *Revista de Administración Pública*, núm. 178, enero/abril 2009, pp. 205 y ss.; DÍAZ LEMA, J. M., "Contratos públicos versus contratos administrativos: ¿es conveniente mantener la duplicidad de la Ley de Contratos del Sector Público?", *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 141, enero/marzo 2009, p. 35 y ss.; y GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, J. A., "Paradojas y sorpresas de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público", *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 142, abril/junio 2009, p. 298 y ss

²⁹ A juicio del Consejo de Estado (Dictamen 514/2006, de 25 de mayo), aunque la solución adoptada no era contraria a la Directiva de recursos, el sistema de recursos especiales ganaría si se atribuyese su resolución a un organismo administrativo independiente y compuesto por especialistas. Son precedentes autonómicos, en este sentido, el artículo 66 de la Ley 3/2003, de 26 de marzo, de Régimen Jurídico de la Administración de las Illes Balears, que atribuye la competencia del recurso especial en materia de contratación autonómica a la Junta Consultiva de Contratación; el artículo 210º de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos de Navarra, donde se configura una reclamación administrativa especial frente a los actos de preparación y adjudicación contractual; y la disposición adicional cuarta de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Financieras y Administrativas, por la que se autoriza al Gobierno catalán a la creación de un órgano colegiado independiente para el conocimiento y resolución de los recursos especiales en materia de contratación que se interpongan en relación con los procedimientos de contratación de la Administración de la Generalitat de Cataluña y su sector público.

³⁰ BAÑO LEÓN, J. M.º "Tutela judicial precontractual", *op. cit.*, p. 680.

³¹ Así, el *référé précontractuel* del Derecho francés, recurso de carácter jurisdiccional, urgente y preventivo para todos los contratos, creado por el legislador francés en 1992 (Ley de 4 de enero de 1992 y Decreto de 7 de septiembre de 1992). Recientemente, BOITEAU, C., "La legitimación en el procedimiento de urgencia precontractual L'Arrêt SMIRGEOMES del Consejo de Estado Francés", *Revista de Administración Pública*, núm. 181, enero/abril 2010, pp. 207 a 218; GAUDEMET, Y., "Pour une nouvelle théorie générale du droit des contrats administratifs: mesurer les difficultés d'une entreprise nécessaire", *Revue du Droit Public*, núm. 2, mars/avril 2010, pp. 313 a 326; y BRACONNIER, S., "L'autonomie contrastée du contentieux des contrats publics d'affaires", *Revue du Droit Public*, núm. 2, mars/avril 2010, pp. 327-348.

³² Por todos, GARCÍA DE ENTERRÍA, E., "Artículo 60 bis. Medidas provisionales", *op. cit.*, pp. 317 y ss.; BAÑO LEÓN, J. M.º, "El contencioso precontractual", *op. cit.*, pp. 338 y ss.; y "Tutela judicial precontractual", *op. cit.*, pp. 678-689; NOGUERA DE LA MUELA, B., "El recurso especial en materia de contratación...", *op. cit.*, p. 329 y ss.; y CHINCHILLA MARÍN, C., "La tutela cautelar", en: LEGUINA VILLA, J. y SÁNCHEZ MORÓN, M. (dir.), *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Lex Nova, Valladolid, 2001, p. 570 y ss.; y "La nueva ley de contratos del sector público...", *op. cit.*, p. 67 y ss. Para esta última autora, cabe preguntarse "por qué, más allá de las exigencias del Derecho Comunitario, habría de establecerse un régimen especial de medidas cautelares en el contencioso-administrativo para la contratación pública, y no para otras manifestaciones de la actividad administrativa, frente a las cuales los administrados pueden estar tan necesitados o más de una protección cautelar de sus derechos que preserve la efectividad de la tutela judicial que en su día pueda otorgarse".

o pudieran resultar afectados y, en todo caso, los licitadores. Amplia legitimación que concordaba con el criterio jurisprudencial aplicable al régimen general de impugnación contractual, una vez matizado el criterio de participación en la licitación cuando, en ausencia de ella, se acreditase un interés legítimo³³.

Los plazos del recurso eran los siguientes:

- En cuanto al plazo de interposición del recurso: diez días hábiles siguientes a la notificación o publicación del acto impugnado³⁴, con un plazo de tres días hábiles para la subsanación de defectos; o de siete y dos días hábiles, respectivamente, en supuestos de tramitación de urgencia del procedimiento de adjudicación. Interpuesto el recurso, la formulación de alegaciones por los demás interesados podía hacerse en el plazo de cinco días hábiles.
- Para entender desestimado el recurso por silencio negativo a efectos de la posible interposición del recurso contencioso-administrativo, habían de transcurrir veinte días hábiles siguientes a la interposición del mismo sin que se hubiese notificado su resolución expresa.

La resolución del recurso, motivada y congruente, declarararía la inadmisión del recurso, desestimaría las pretensiones formuladas, o las estimaría en todo o en parte con la posible adjudicación del contrato a otro licitador³⁵, debiendo ser notificada a todos los interesados.

Por último, a las medidas provisionales, anudadas intrínsecamente a las exigencias comunitarias, se referían los siguientes preceptos:

- El artículo 37.7 LCSP, según el cual, si el objeto del recurso era el acto de adjudicación

provisional, quedaría en suspenso la tramitación del expediente de contratación hasta la resolución expresa del recurso -manteniéndose pues la suspensión aun habiendo operado el silencio administrativo-, sin que pudiera procederse a la adjudicación definitiva y formalización del contrato³⁶.

- Y el artículo 38º LCSP, donde se regulaba la solicitud de medidas provisionales, incluidas medidas de suspensión³⁷, por parte de aquellas personas afectadas y licitadores, bien al tiempo de presentarse el recurso especial, bien con anterioridad a su interposición, decayendo en este caso las medidas adoptadas si no se llegase a interponer el recurso. Eran competentes para adoptar tales medidas los mismos órganos que para resolver el recurso especial, entendiéndose denegada la petición en caso de no recaer resolución expresa en el plazo de dos días hábiles siguientes a su presentación.

2. La Directiva 2007/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007, de modificación de las Directivas de Recursos 89/665/CEE y 92/13/CEE, y la Ley 34/2010, de 5 de agosto

Con base aún en el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, la STJCE de 3 de abril de 2008, Comisión/ España (C-444/06), volvió a fallar en contra de esta última por incumplimiento de sus obligaciones con arreglo a la Directiva de recursos, al no establecer un período obligatorio para la notificación de la decisión de adjudicación a todos los licitadores, y no determinar un plazo de espera obligatorio entre la adjudicación del contrato y su celebración. Con el agravante de que, mientras las autoridades españolas consideraban satisfechas tales exigencias con el sistema de procedimientos de

³³ Cfr. RAZQUIN LIZARRAGA, J. A., "La legitimación activa para interponer recursos precontractuales en la contratación pública (A propósito de la STC 119/2008, de 13 de octubre)", Repertorio de Jurisprudencia, Thomson-Aranzadi, núm. 28, enero 2009, pp. 25-27.

³⁴ En el caso de que el acto recurrido fuera el de adjudicación provisional, el plazo se contaba desde el día siguiente a aquel en que se publicara el mismo en el perfil de contratante del órgano de contratación o un diario oficial. Aunque el artículo 135.3 LCSP, al que se remitía el artículo 37.6 LCSP, permitía publicar la adjudicación provisional "en un diario oficial o en el perfil de contratante", su necesaria publicación en éste último venía abonada por una interpretación sistemática de dichos preceptos con el inciso final del artículo 42.2 LCSP, que exigía publicar en todo caso la adjudicación provisional en el perfil de contratante del órgano de contratación.

³⁵ En cuyo caso, se le concedería un plazo de diez días hábiles para cumplimentar lo previsto en el segundo párrafo del artículo 135.4 LCSP, consistente en la presentación de la documentación y constitución de la garantía definitiva exigible (artículo 37.9, tercer párrafo, LCSP).

³⁶ "No obstante -puntualizaba este precepto- si el recurso se hubiese interpuesto contra el acto de adjudicación provisional de un acuerdo marco del que puedan ser parte un número no limitado de empresarios, el órgano competente para resolverlo podrá levantar la suspensión una vez transcurridos cinco días hábiles desde su interposición".

³⁷ Que en ningún caso afectarían al plazo concedido para la presentación de ofertas o proposiciones por los interesados, según determinaba el artículo 38.5 LCSP.

recurso surgido de la LCSP, para la Comisión Europea se seguía sin dar pleno cumplimiento a la exigencia de un plazo entre la adjudicación y la celebración del contrato que proporcionara a los licitadores no seleccionados los elementos necesarios para poder recurrir efectivamente la decisión de adjudicación ante un organismo independiente en una fase en que todavía fuera posible recurrir las infracciones.

Han sido estos precedentes, con el consiguiente requerimiento oficial a España para el cumplimiento de dicha Sentencia en octubre de 2009, de conformidad con el artículo 228º del Tratado de la Comunidad Europea, y no solo la necesaria transposición de la Directiva 2007/66/CE, lo que ha propiciado la reforma objeto de estudio, por mucho que su Exposición de Motivos aluda tan solo a la norma comunitaria, en la medida que modifica las Directivas de recursos 89/665/CEE y 92/13/CEE -garantes, respectivamente, de la efectiva aplicación de las Directivas 2004/18/CE y 2004/17/CE- tras constatarse determinados puntos débiles en los mecanismos de impugnación.

Desde una mayor sistematización, que lleva a extender a once los tres preceptos anteriores y a incardinar las medidas cautelares dentro de la tramitación cronológica del recurso especial, la Ley Nº 34/2010, de 5 de agosto, descansa fundamentalmente en el reconocimiento de nuevos órganos especializados para la resolución de estos recursos en materia de contratación -los cuales conocerán también de las cuestiones de nulidad, así como de las reclamaciones y cuestiones de la LCSE³⁸-, sin perjuicio de la intervención de los órganos de contratación como receptores de un anuncio previo y, en su caso, del propio recurso con remisión siempre del expediente e informe al órgano decisorio, y en el trámite de audiencia previo a la adopción de medidas cautelares, ya solicitadas con anterioridad al recurso ya en su escrito de interposición.

Con la pérdida de las competencias resolutorias por parte de estos órganos de contratación u

otros órganos administrativos vinculados a ellos, la reforma atribuye a las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia y de la Audiencia Nacional la competencia para conocer en única instancia de los recursos deducidos contra las resoluciones de los nuevos órganos independientes, en los términos de los artículos 10.1, letras k) y l), y 11.1, letra f), de la Ley Nº 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, introducidos por el artículo 3º de la Ley Nº 34/2010³⁹.

Otro de los pilares de la reforma, más allá de la racionalización del procedimiento de adjudicación y consecuente vinculación de los plazos de espera e interposición del recurso a un único acto de adjudicación en los términos estudiados, es el posible levantamiento de la suspensión automática asociada a su impugnación antes de resolverse el recurso y la improcedencia, también en sede de tutela cautelar, de recurrir las decisiones previas al mismo. Como reconoce su Exposición de Motivos, a la luz del Derecho Comunitario, "quedan por resolver algunas cuestiones tales como la relativa a la competencia para la resolución del recurso que la nueva Directiva exige se atribuya a un órgano independiente o a la suspensión de la adjudicación que debe mantenerse hasta que dicho órgano resuelva sobre el mantenimiento o no de ella o sobre el fondo".

Además, el afán de precisión de los artículos 310º a 320º LCSP, ubicados en un último Libro VI de la Ley⁴⁰ tras albergar los anteriores artículos 37º a 39º la nueva cuestión de nulidad, lleva a una pormenorización de los capítulos del recurso que no siempre se revela necesaria o clarificadora. Desde los contratos y actos recurribles hasta los diferentes actos de incoación, instrucción y resolución del procedimiento, pasando por las medidas cautelares, son objeto de desarrollo cada uno de los aspectos de este régimen jurídico, con la preterición por el contrario de otros elementos de la anterior normativa como el silencio administrativo en la tutela cautelar y revisora -institución que se regirá por las reglas generales- o unos plazos más

³⁸ Artículos 39.1/311 LCSP y 101.1/111.1 LCSE.

³⁹ Cuya versión definitiva incorpora las observaciones de carácter formal realizadas por el Informe del Consejo General del Poder Judicial, de 25 de febrero de 2010:

"Uno. La letra k) del apartado 1 del artículo 10º de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa pasa a ser la letra m) y se añaden dos nuevos párrafos k) y l) a dicho apartado 1 con la siguiente redacción:

"k) Las resoluciones dictadas por el órgano competente para la resolución de recursos en materia de contratación previsto en el artículo 311º de la Ley Nº 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, en relación con los contratos incluidos en el ámbito competencial de las Comunidades Autónomas o de las Corporaciones locales.

"l) Las resoluciones dictadas por los Tribunales Administrativos Territoriales de Recursos Contractuales".

"Dos. Se añade una nueva letra f) al apartado 1 del artículo 11º de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa con la siguiente redacción:

"f) Las resoluciones dictadas por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, con excepción de lo dispuesto en el artículo 10.1.k)"". "

breves para los supuestos de tramitación urgente de la adjudicación.

Sin cambios sustantivos, pero sí con un mayor orden y detalle, el artículo 310º LCSP especifica los contratos y actos susceptibles del recurso especial en cuyo ámbito no procederá la interposición de recursos administrativos ordinarios. Pese a las críticas conocidas al limitado objeto de este recurso, dicho precepto lo sigue vinculando prácticamente a la contratación armonizada⁴¹ cuando tenga por objeto alguno de los siguientes actos: los anuncios de licitación, pliegos y documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación; los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que éstos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos, con la expresa previsión de que se considerarán actos de trámite que determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento los actos de la Mesa de contratación por los que se acuerde la exclusión de licitadores; y los acuerdos de adjudicación adoptados por los poderes adjudicadores. Como se aprecia, la reforma no orilla la precisión de estos actos, aunque la sustitución del inciso “actos de trámite adoptados en el procedimiento antecedente” por el de “actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación” -cualificados, se entiende- puede dejar en desamparo otros actos preparatorios del expediente distintos de los anuncios de licitación, pliegos o documentos

análogos. Por lo demás, el párrafo segundo del apartado 5 introduce una previsión innecesaria al colegirse del régimen general de invalidez: “Los actos que se dicten en los procedimientos de adjudicación de contratos administrativos que no reúnan los requisitos del apartado 1, podrán ser objeto de recurso de conformidad con lo dispuesto en la Ley N° 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en la Ley N° 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa”.

Mayor calado tiene el apartado 6 de este artículo 310º, no recogido en el primer borrador del Anteproyecto, según el cual, “el recurso especial regulado en este artículo y los siguientes tendrá carácter potestativo”. Previsión fundamental por la inyección de flexibilidad y en parte eficacia judicial directa que supone.

Pero son las partes, como se ha dicho, las que experimentan una radical transformación, no en la vertiente de los recurrentes cuya legitimación permanece igual⁴², sino en la de los órganos competentes para la adopción de medidas cautelares y resolución del recurso, en la medida que, más acorde con el artículo 107.2 de la Ley N° 30/1992 y exigencias comunitarias, pero sin darse todavía el salto directo al contencioso-administrativo⁴³, son instituidos los siguientes órganos especializados (artículo 311º LCSP, y disposiciones adicionales primera/segunda y transitorias primera/segunda de la Ley N° 34/2010):

⁴⁰ Que mejora -conforme al Dictamen 499/2010, de 29 de abril, del Consejo de Estado- la previsión del Anteproyecto de añadir un Título IV al Libro V.

⁴¹ “Serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación previo a la interposición del contencioso-administrativo, los actos relacionados en el apartado dos de este mismo artículo, cuando se refieran a los siguientes tipos de contratos que pretendan concertar las Administraciones públicas y las entidades que ostenten la condición de poderes adjudicadores:

a) Contratos de obras, concesión de obras públicas, de suministro, de servicios, de colaboración entre el sector público y el sector privado y acuerdos marco, sujetos a regulación armonizada.

b) Contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II de esta Ley cuyo valor estimado sea igual o superior a 193.000 euros y

c) Contratos de gestión de servicios públicos en los que el presupuesto de gastos de primer establecimiento, excluido el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido, sea superior a 500.000 euros y el plazo de duración superior a cinco años.

Serán también susceptibles de este recurso los contratos subvencionados a que se refiere el artículo 17º”.

⁴² Según el artículo 312º LCSP, “podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso”.

⁴³ Según indica el Dictamen 499/2010, de 29 de abril, del Consejo de Estado: “Inicialmente y puesto que la opción más adecuada para la Comisión Europea era el modelo jurisdiccional, se intentó residenciar la competencia para resolver este recurso directamente en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (más concretamente, en los Juzgados Centrales y Provinciales de lo Contencioso- Administrativo). Sin embargo, tras el análisis realizado por diferentes órganos del Ministerio de Justicia se llegó a la conclusión de que, por diversas razones, no es ésta la solución preferible. Así, la Secretaría General Técnica del citado Ministerio subraya que tal atribución de competencia supondría la posibilidad de que actos de entidades de derecho privado fueran directamente impugnados ante dicha Jurisdicción, lo que exigiría introducir la correspondiente modificación en la Ley Orgánica del Poder Judicial y en cierta medida conduciría a desnaturalizar esa Jurisdicción. Adicionalmente, señala que la Secretaría de Estado de Justicia ha cuestionado la oportunidad de introducir, de una forma u otra, procedimientos especiales para dar prioridad al conocimiento y resolución de determinadas cuestiones o reducir plazos al respecto, debido a que no se cuenta con los medios necesarios para cumplir tales exigencias”.

- En el ámbito administrativo estatal y de otros poderes adjudicadores⁴⁴ o contratos subvencionados⁴⁵ a él vinculados, y también de otras Administraciones contratantes adscritas con arreglo al correspondiente convenio⁴⁶: el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, vinculado al Ministerio de Economía y Hacienda. El cual conocerá también de los recursos especiales que se susciten contra los actos de los órganos competentes del Consejo General del Poder Judicial, del Tribunal Constitucional y del Tribunal de Cuentas; estableciendo, en su caso, los órganos competentes de las Cortes Generales el órgano que deba conocer del recurso especial en su ámbito de contratación, bajo las mismas condiciones de cualificación, independencia e inamovilidad (nuevo párrafo final de la disposición adicional tercera de la LCSP⁴⁷). Solo para el conocimiento de aquellos recursos especiales⁴⁸ interpuestos contra actos de la Administración periférica del Estado o de los Organismos y Entidades dependientes del mismo en sus diferentes escalones territoriales, podrán constituirse Tribunales Administrativos Territoriales de Recursos Contractuales con sede en cada una de las capitales de Comunidad Autónoma.
- A la espera del desarrollo reglamentario⁴⁹, se trata de órganos administrativos independientes cuyo Presidente y Vocales serán designados por el Consejo de Ministros⁵⁰ entre funcionarios de carrera para cuyo ingreso se exija el título de Licenciado o Graduado (en Derecho en caso de los Presidentes), y con una antigüedad superior a quince años (diez en los Tribunales Territoriales) preferentemente en el campo de la contratación pública, y para un período de seis años improrrogables pero con una primera renovación parcial por sorteo a los tres años del nombramiento. Para garantizar su independencia e inamovilidad, se prevén unas causas tasadas para la remoción de dichos cargos⁵¹. Y en aras de la eficacia del procedimiento de resolución de los recursos por el Tribunal Central, su apoyo técnico y administrativo por parte de la Secretaría de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.
- En los ámbitos administrativos de las Comunidades Autónomas y de otros poderes adjudicadores o contratos subvencionados a ellos vinculados⁵², así como de los órganos competentes de sus Parlamentos y de las instituciones autonómicas afines al Tribunal de Cuentas y al Defensor del Pueblo: serán las respectivas normas autonómicas, como no podía ser de otra manera, las que establezcan los órganos competentes para resolver los recursos⁵³, con garantías análogas de cualificación jurídica, independencia

⁴⁴ "Cuando se trate de los recursos interpuestos contra actos de los poderes adjudicadores que no tengan la consideración de Administraciones públicas, la competencia estará atribuida al órgano independiente que la ostente respecto de la Administración a que esté vinculada la entidad autora del acto recurrido. Si la entidad contratante estuviera vinculada con más de una Administración, el recurso deberá interponerse ante el órgano que tenga atribuida la competencia respecto de la que ostente el control o participación mayoritaria y, en caso de que todas o varias de ellas ostenten una participación igual, ante el órgano que elija el recurrente de entre los que resulten competentes con arreglo a las normas de este apartado" (artículo 311.4 LCSP).

⁴⁵ "En los contratos subvencionados a que se refiere el último inciso del artículo 310.1 de esta Ley, la competencia corresponderá al órgano independiente que ejerza sus funciones respecto de la Administración a que esté adscrito el ente u organismo que hubiese otorgado la subvención, o al que esté adscrita la entidad que la hubiese concedido, cuando ésta no tenga el carácter de Administración pública. En el supuesto de concurrencia de subvenciones por parte de distintos sujetos del sector público, la competencia se determinará atendiendo a la subvención de mayor cuantía y, a igualdad de importe, al órgano ante el que el recurrente decida interponer el recurso de entre los que resulten competentes con arreglo a las normas de este apartado" (artículo 311.5 LCSP).

⁴⁶ Véase *infra*.

⁴⁷ "Los órganos competentes del Congreso de los Diputados, del Senado, del Consejo General del Poder Judicial, del Tribunal Constitucional, del Tribunal de Cuentas, del Defensor del Pueblo, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y de las instituciones autonómicas análogas al Tribunal de Cuentas y al Defensor del Pueblo, ajustarán su contratación a las normas establecidas en esta Ley para las Administraciones públicas [...]".

⁴⁸ "La atribución de competencia a estos Tribunales Territoriales para resolver las reclamaciones previstas en los artículos 101º y siguientes de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, será objeto de regulación por vía reglamentaria" (disposición adicional primera, apartado 1, último párrafo, de la Ley 34/2010, de 5 de agosto).

⁴⁹ Según la disposición transitoria primera de la Ley 34/2010, de 5 de agosto, en tanto no se desarrolle la composición del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, el mismo estará compuesto por un Presidente y dos Vocales, para cuya provisión se publicará la correspondiente convocatoria en el BOE dentro de los siete días siguientes a la publicación de la Ley. Efectuados los nombramientos, el Tribunal se constituirá en un plazo no superior a siete días, comenzando a recibir y tramitar los recursos a partir de la fecha de su constitución.

⁵⁰ A propuesta conjunta de los Ministros de Economía y Hacienda y de Justicia.

⁵¹ Aunque el hecho de tratarse de funcionarios de la Administración controlada, los cuales retornarán a la misma tras el período de seis años, puede hacer menos creíble la garantía de independencia. Cfr. CARBONERO GALLARDO, J. M., "La adjudicación de los contratos públicos", *op. cit.*, p. 472.

⁵² Artículos 311.2, 4 y 5 LCSP, y disposición transitoria segunda de la Ley 34/2010, de 5 de agosto.

⁵³ Siendo posible que las Comunidades Autónomas prevean la interposición de un recurso administrativo previo con efectos suspensivos automáticos sobre los actos de adjudicación impugnados.

e inamovilidad, pudiendo atribuir esta competencia al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales conforme al correspondiente convenio con la Administración estatal, sin perjuicio del régimen supletorio contemplado en la disposición transitoria segunda de la Ley N° 34/2010⁵⁴.

- En los ámbitos administrativos de las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla y de otros poderes adjudicadores o contratos subvencionados a ellos vinculados⁵⁵: podrán también designar dichas Ciudades sus propios órganos independientes con los requisitos establecidos para los órganos de las Comunidades Autónomas, o bien atribuir la competencia con arreglo a convenio al Tribunal Administrativo Central.
- Y en los ámbitos administrativos de las Corporaciones locales y de otros poderes adjudicadores o contratos subvencionados a ellos vinculados⁵⁶: la competencia será establecida por las normas de las Comunidades Autónomas cuando estas tengan establecida competencia normativa y de ejecución en materia de régimen local y contratación (acorde al carácter no básico reconocido en la disposición final séptima de la LCSP), correspondiendo, en el supuesto de que no exista previsión expresa en la legislación autonómica, al mismo órgano competente para resolver los recursos de la Comunidad Autónoma en cuyo territorio se integren. En sede parlamentaria se ha eliminado la posibilidad de que las Corporaciones locales puedan atribuir unilateralmente esta competencia al Tribunal Administrativo Central mediante convenio con la Administración General del Estado.

Por lo demás, conocidas las principales novedades en materia cautelar, tanto de los efectos suspensivos automáticos del expediente de contratación si el acto recurrido es el de adjudicación (artículo

315° LCSP), como de cualquier otra medida provisional solicitada previamente al recurso o con su interposición sea cual sea la decisión recurrida (artículos 313°, 314.4, 316.3 y 317.4 LCSP)⁵⁷, algunos de los aspectos novedosos en la tramitación del recurso son los siguientes (artículos 314° y siguientes LCSP): el ya referido anuncio previo a la interposición del recurso mediante escrito presentado ante el órgano de contratación en el plazo de interposición del mismo; presentación del recurso en el registro del órgano de contratación o del órgano decisorio, con los extremos y documentos exigidos en el artículo 314.4, incluido el justificante de haber presentado el anuncio previo, en el plazo de quince días hábiles -bien siguientes a aquel en que se remita la notificación de la adjudicación, a aquel en que los pliegos y documentos análogos hayan sido recibidos o puestos a disposición de los interesados, al día de publicación del anuncio de licitación, o a aquel en que se haya tenido conocimiento de la posible infracción respecto de los actos de trámite cualificados o resultantes de la aplicación del procedimiento negociado sin publicidad-; los perentorios plazos de subsanación de defectos y de remisión del expediente e informe al órgano decisorio, junto a la del propio recurso de haberse presentado el mismo ante el órgano de contratación; el plazo simultáneo para el trámite de alegaciones y adopción, en su caso, de medidas cautelares o levantamiento de la suspensión ligada a la impugnación del acto de adjudicación; el principio de oficialidad de la prueba y correspondiente inversión de la carga probatoria; la garantía de confidencialidad y protección de secretos comerciales; y la también detallada regulación de los distintos aspectos de la resolución del recurso, especialmente en lo que atañe a la adjudicación del contrato a otro licitador⁵⁸, reconocimiento de una indemnización⁵⁹, o posible imposición de multa por temeridad o

⁵⁴ Régimen justificado, según la Exposición de Motivos, por la jurisprudencia constitucional al admitir expresamente que el Estado legisle con carácter supletorio sobre materias de competencia autonómica en los supuestos en que se trate de la incorporación al Derecho interno de normativa comunitaria. Aunque lo cierto es que la práctica totalidad del régimen impugnatorio especial reúne carácter básico, conforme a la disposición final séptima de la LCSP, a excepción de los órganos estatales y locales competentes para la resolución del recurso.

⁵⁵ Artículo 311.2 *in fine*, 4° y 5° LCSP.

⁵⁶ Artículo 311.3 (apartado no básico), 4° y 5° LCSP.

⁵⁷ En cuanto al procedimiento cautelar, las medidas previas al recurso deben ser resueltas por el órgano decisorio en un plazo de cinco días hábiles siguientes a la solicitud tras un trámite de audiencia al órgano de contratación. Si antes de su resolución se hubiese interpuesto el recurso, el órgano decisorio acumulará a éste la solicitud de medidas cautelares resolviendo sobre ellas en la forma establecida para las medidas solicitadas en el escrito de interposición del recurso, esto es, simultáneamente al trámite de alegaciones del procedimiento principal previa audiencia del órgano de contratación -que es cuando también, en su caso, podrá levantar la suspensión automática de la adjudicación recurrida-. Por el contrario, las medidas adoptadas con anterioridad a la presentación del recurso decaerán una vez transcurra el plazo para su interposición sin que el interesado lo haya deducido.

⁵⁸ "Si como consecuencia del contenido de la resolución fuera preciso que el órgano de contratación acordase la adjudicación del contrato a otro licitador, se concederá a éste un plazo de diez días hábiles para que cumplimente lo previsto en el apartado 2 del artículo 135" (artículo 317.2, segundo párrafo, LCSP).

⁵⁹ Con arreglo a los artículos 317.3 y 318° LCSP, podrá imponerse al poder adjudicador a solicitud del interesado la obligación de indemnizar a la persona interesada por los daños y perjuicios ocasionados, cuya cuantía se fijará atendiendo en lo posible a

mala fe en la interposición del recurso o solicitud de medidas cautelares⁶⁰.

Junto a la vía contencioso-administrativa expedita contra la resolución de estos recursos ante las instancias jurisdiccionales más atrás referidas (artículo 3, apartados uno y dos, de la ley 34/2010), el artículo N° 319° LCSP reconoce la ejecutividad directa de dichas resoluciones y aplicación, en su caso, del apremio sobre el patrimonio en su ejecución. Habiéndose excluido en sede parlamentaria, respecto de los órganos del artículo 311° LCSP, tanto la revisión de oficio de sus decisiones como la fiscalización financiera de los mismos, frente a la legitimación jurisdiccional de las Administraciones públicas para recurrir tales decisiones sin necesidad de declaración de lesividad ni previo requerimiento, careciendo además aquéllos de la consideración de parte demandada en favor de las Administraciones o personas favorecidas por el acto objeto del recurso, o bien personadas en tal concepto -como las que hubiesen comparecido en el recurso administrativo especial (nuevos artículos 19.4, 21.3, y nuevos párrafos de los artículos 44.1 y 49.1 Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa).

IV. La cuestión de nulidad

A tenor de la Directiva 2007/66/CE, de modificación de las Directivas de recursos, hay tres tipos de infracciones en las que no resulta oportuno o directamente no procede la obligación del período suspensivo y suspensión automática en aras de la eficacia de su impugnación, sino que la nulidad del contrato se considera la manera más eficaz para restaurar la competencia y crear nuevas oportunidades empresariales a aquellos operadores económicos privados ilegalmente de sus oportunidades de competir. De los tres bloques de infracción anudados a la ineficacia contractual como sanción efectiva, proporcionada y disuasoria, sin perjuicio de su sustitución por sanciones alternativas en determinados supuestos, dos afectan a la adjudicación y uno a la celebración o formalización del contrato:

- La adjudicación directa ilegal, práctica que el Tribunal de Justicia ha calificado como

la infracción más importante del Derecho Comunitario en materia de contratos públicos por parte de un poder adjudicador o entidad contratante, según ponen de manifiesto los considerandos decimotercero y decimocuarto de la Directiva, y que debe incluir todas las adjudicaciones de contratos sin publicación previa de un anuncio de licitación en el Diario Oficial de la Unión Europea a efectos de la Directiva 2004/18/CE, o procedimientos sin convocatoria de licitación previa en el sentido de la Directiva 2004/17/CE de sectores excluidos.

- La vulneración de las normas sobre adjudicación en los casos de contratos basados en un acuerdo marco o en un sistema dinámico de compra, donde un plazo suspensivo obligatorio podría afectar a la mayor eficiencia que se pretende obtener con estos procedimientos de licitación.
- Y la celebración de contratos con infracción de los presupuestos para un recurso eficaz, esto es, del período suspensivo o de la suspensión automática, si se combina con infracciones de las Directivas 2004/18/CE o 2004/17/CE en la medida en que hayan afectado a las oportunidades del licitador de obtener el contrato.

Pues bien, la obligada incorporación a nuestro Derecho de estos supuestos especiales de nulidad contractual, sumamente acotados y regulados en sus consecuencias y aspectos formales por el legislador comunitario merced a la experiencia de incumplimiento de los Estados miembros, ha llevado a introducir en la LCSP y LCSE una nueva acción administrativa en el ámbito contractual previa al contencioso-administrativo y paralela al recurso especial y cauces ordinarios de revisión administrativa, denominada "cuestión de nulidad". Como señala la Exposición de Motivos de la Ley N° 34/2010, el hecho de que sea preciso dar cabida en ambas Leyes a la declaración de nulidad de los contratos en los términos previstos en la Directiva 2007/66/CE, aconseja hacer una reforma que no tiene más alcance que adaptar sendas Leyes a sus nuevas exigencias. Reforma que, por lo que se refiere a la transposición de los artículos 2° quinquies, 2° sexies y 2° septies de la Directiva

las reglas y criterios estimatorios del artículo 141.2 y 3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, con el resarcimiento al menos de los gastos ocasionados por la preparación de la oferta o participación en el procedimiento de contratación.

⁶⁰ "En caso de que el órgano competente aprecie temeridad o mala fe en la interposición del recurso o en la solicitud de medidas cautelares, podrá acordar la imposición de una multa al responsable de la misma. El importe de ésta será de entre 1.000 y 15.000 euros determinándose su cuantía en función de la mala fe apreciada y el perjuicio ocasionado al órgano de contratación y a los restantes licitadores. Las cuantías indicadas en este apartado serán actualizadas cada dos años mediante Orden Ministerial, por aplicación del Índice de Precios al Consumo calculado por el Instituto Nacional de Estadística" (artículo 317.5 LCSP, introducido por la Ley 34/2010, de 5 de agosto, durante su tramitación parlamentaria).

89/665/CEE por parte de la LCSP, se traduce, para los mismos contratos del recurso especial salvo para los de gestión de servicios públicos⁶¹, en los correlativos supuestos especiales de nulidad del artículo 37° LCSP:

- Cuando el contrato se haya adjudicado sin cumplir previamente con el requisito de publicación del anuncio de licitación en el Diario Oficial de la Unión Europea, en aquellos casos en que sea preceptivo de conformidad con el artículo 126° LCSP, a excepción de que concurran las tres circunstancias recogidas en el apartado 2 del artículo 37°.
- Tratándose de un contrato basado en un acuerdo marco del artículo 180° LCSP celebrado con varios empresarios que por su valor estimado deba ser considerado sujeto a regulación armonizada, si se hubieran incumplido las normas sobre adjudicación establecidas en el párrafo segundo del artículo 182.4 LCSP; o cuando se trate de la adjudicación de un contrato específico basado en un sistema dinámico de contratación en el que estuviesen admitidos varios empresarios, siempre que el contrato a adjudicar esté sujeto a regulación armonizada y se hubieran incumplido las normas establecidas en el artículo 186° LCSP sobre adjudicación de tales contratos; en ambos casos salvo concurrencia de las dos condiciones del apartado 3 del artículo 37°.
- Y cuando no se hubiese respetado el plazo de quince días hábiles previsto en el artículo 140.3 LCSP para la formalización del contrato, privándose al licitador excluido de la posibilidad de interponer el recurso especial de los artículos 310° y siguientes. LCSP por infracción del procedimiento de adjudicación; o cuando a pesar de haberse interpuesto este recurso, se lleve a efecto la formalización del contrato sin tener en cuenta la suspensión automática del acto de adjudicación en los casos en que fuera procedente, y sin esperar a que el órgano independiente hubiese dictado

resolución sobre el mantenimiento o no de la suspensión del acto recurrido.

Con todo, teniendo en cuenta que nuestro Derecho parte del régimen general de invalidez de los contratos cuando lo sea alguno de sus actos preparatorios o el de adjudicación en los términos de los artículos 31° y siguientes LCSP⁶², y que buena parte del régimen comunitario de ineficacia contractual es coincidente con el del recurso especial, sin ser todas sus reglas imperativas, hubiera sido preferible subsumir las especialidades de tales supuestos de nulidad, y en particular el nuevo acto separable de la formalización, en el cauce procesal del recurso especial con las consecuencias generales de nulidad del contrato salvo razones de interés general (artículo 35.3 LCSP). Empero una transposición excesivamente literal de la Directiva, *per se* alambicada y exhaustiva, así como el afán por favorecer en lo posible a la parte adjudicadora, han vuelto a prevalecer una vez más a costa de una diversificación de regímenes, en esta ocasión de procedimientos administrativos de recurso.

Siendo comunes en líneas generales al recurso especial los contratos a los que afecta (artículo 37.1 LCSP, que omite no obstante los contratos de gestión de servicios públicos susceptibles de aquél), las personas legitimadas para plantear la cuestión (artículo 39.2 LCSP), los órganos competentes para su conocimiento y resolución (artículo 39.1 LCSP⁶³), y la tramitación del procedimiento cautelar y principal (artículo 39.5 LCSP), las peculiaridades de la cuestión de nulidad descansan, junto al casuismo de sus infracciones con la inclusión del acto de formalización y consecuencia de nulidad contractual, en una más pautada y limitada posibilidad de mantener los efectos del contrato afectado por las infracciones (solo por razones imperiosas de interés general en su concepción restrictiva del artículo 38.2 LCSP⁶⁴, a través de resolución publicada en el perfil de contratante⁶⁵, debiendo ser sustituida entonces la declaración de

⁶¹ Mientras el Anteproyecto de enero de 2010 se remitía a este respecto a los contratos mencionados en el artículo 310.1 LCSP, el Proyecto de Ley de mayo de 2010 especificaba ya como ámbito de aplicación de la cuestión de nulidad “los contratos sujetos a regulación armonizada a que se refieren los artículos 13° a 17°, ambos inclusive, de esta Ley así como los contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II cuyo valor estimado sea igual o superior a 193.000 euros”, dejando fuera a los contratos de gestión de servicios públicos en los que el presupuesto de gastos de primer establecimiento, excluido el importe del IVA, sea superior a 500.000 euros y el plazo de duración superior a cinco años.

⁶² Régimen general de invalidez que afecta a todos los contratos de las Administraciones públicas y contratos sujetos a regulación armonizada, incluidos los contratos subvencionados a que se refiere el artículo 17° LCSP.

⁶³ Que se remite a los distintos órganos especializados del artículo 311° LCSP, y así, a efectos de la impugnación contencioso-administrativa de sus resoluciones, a las instancias jurisdiccionales de la Ley ritaria de esta Jurisdicción en los términos del artículo 3° de la Ley N° 34/2010, de 5 de agosto.

⁶⁴ En el primer borrador del Anteproyecto, no era precisa la concurrencia de estas razones de interés general para los supuestos de formalización ilegal.

⁶⁵ Publicidad introducida en el artículo 38.2 LCSP durante la tramitación parlamentaria de la Ley N° 34/2010, de 5 de agosto.

nulidad por la imposición de multas alternativas o por una reducción proporcionada de la duración del contrato)⁶⁶, y en un régimen procedimental más flexible derivado de los distintos plazos para la interposición de la cuestión⁶⁷, su posible inadmisión⁶⁸, la exoneración del anuncio previo, la ausencia de efectos suspensivos automáticos, y la ampliación de otros plazos de tramitación.

V. Bibliografía

AAVV, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998*, Revista Española de Derecho Administrativo, núm. 100, octubre/diciembre 1998.

ARANGUREN PÉREZ, I. y GONZÁLEZ RIVAS, J. J., *Comentarios a la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 29/1998, de 13 de julio*, Civitas, Madrid, 2008.

BACA ONETO, V. S., *La invalidez de los contratos públicos*, Prólogo de José Luis Martínez López-Muñiz, Thomson-Civitas, Navarra, 2006.

BALLESTEROS MOFFA, L. A., *La adjudicación de contratos en el sector público*, Thomson-Civitas, Navarra, 2010.

BAÑO LEÓN, J. M.^a, "El contencioso precontractual", en GÓMEZ-FERRER MORANT, R. (dir.), *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004.

——— "Tutela judicial precontractual", en BERMEJO VERA, J. (dir.) y BERNAL BLAY, M. A. (coord.), *Diccionario de contratación pública*, Lustel, Madrid, 2009.

BERASATEGUI, J., "El control administrativo independiente de la contratación pública", *La Ley*, núm. 6650, febrero 2007.

BOITEAU, C., "La legitimación en el procedimiento de urgencia precontractual L'Arrêt SMIRGEOMES del Consejo de Estado Francés", *Revista de Administración Pública*, núm. 181, enero/abril 2010.

BRACONNIER, S., "L'autonomie contrastée du contentieux des contrats publics d'affaires", *Revue du Droit Public*, núm. 2, mars/avril 2010.

CEPEDA MORRÁS, J. y YÁÑEZ DÍAZ, C. (coord.), *Comentarios a la legislación de contratos del sector público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

CHINCHILLA MARÍN, C., "La tutela cautelar", en LEGUINA VILLA, J. y SÁNCHEZ MORÓN, M. (dir.), *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Lex Nova, Valladolid, 2001.

——— "La nueva ley de contratos del sector público: ámbito de aplicación y otras cuestiones novedosas", *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 79, septiembre/diciembre 2007.

DE LA SIERRA, S., "Las "medidas cautelares" en la contratación pública. A propósito de la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 15 de mayo de 2003 y de la subsiguiente reforma de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas", *Revista de Administración Pública*, núm. 164, mayo/agosto 2004.

DÍAZ LEMA, J. M., "Contratos públicos versus contratos administrativos: ¿es conveniente mantener la duplicidad de la Ley de Contratos del Sector Público?", *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 141, enero/marzo 2009.

DOMÍNGUEZ CALVO, A., "La doble vía de impugnación en sede administrativa en la nueva Ley de Contratos del Sector Público", *Revista de Derecho de Extremadura*, núm. 2, 2008.

⁶⁶ Según el artículo 39.5, letras e) y f), no recogidas en el Anteproyecto, el órgano competente para resolver la cuestión de nulidad deberá decidir en su resolución sobre la procedencia de aplicar las sanciones alternativas si el órgano de contratación lo hubiera solicitado en el informe que debe acompañar la remisión del expediente administrativo, sin perjuicio de realizar dicha solicitud, en caso contrario, en el trámite de ejecución de la resolución.

⁶⁷ "3. El plazo para la interposición de la cuestión de nulidad será de treinta días hábiles a contar:
"a) desde la publicación de la adjudicación del contrato en la forma prevista en el artículo 138.2, incluyendo las razones justificativas de la no publicación de la licitación en el Diario Oficial de la Unión Europea,
"b) o desde la notificación a los licitadores afectados de los motivos del rechazo de su candidatura o de su proposición y de las características de la proposición del adjudicatario que fueron determinantes de la adjudicación a su favor, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 137° en cuanto a los datos cuya comunicación no fuera procedente.
"4. Fuera de los casos previstos en el apartado anterior, la cuestión de nulidad deberá interponerse antes de que transcurran seis meses a contar desde la formalización del contrato" (artículo 39.3 y 4 LCSP).

⁶⁸ Fruto de la necesidad de resolver la compatibilidad o incompatibilidad entre la cuestión de nulidad y el recurso especial, a juicio del Dictamen 499/2010, de 29 de abril, del Consejo de Estado, y a similitud del *référé précontractuel* francés: "El órgano competente podrá inadmitirla cuando el interesado hubiera interpuesto recurso especial regulado en los artículos 310° y siguientes sobre el mismo acto habiendo respetado el órgano de contratación la suspensión del acto impugnado y la resolución dictada" (último inciso del artículo 39.2 LCSP, no presente en el Anteproyecto de Ley).

FERNÁNDEZ ASTUDILLO, J. M.^o, *Contratación pública. Comentarios a la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público*, 2 vols., Bosch, Barcelona, 2008.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., "Artículo 60 bis. Medidas provisionales", en GÓMEZ-FERRER MORANT, R. (dir.), *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004.

GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, J. A., "Paradojas y sorpresas de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público", *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 142, abril/junio 2009.

GAUDEMET, Y., "Pour une nouvelle théorie générale du droit des contrats administratifs: mesurer les difficultés d'une entreprise nécessaire", *Revue du Droit Public*, núm. 2, mars/avril 2010.

GIMENO FELIU, J. M.^o, "El recurso especial en la LCSP: ¿adecuación a su finalidad?", en PALOMAR OLMEDA, A. (coord.), *La nueva Ley de Contratos del Sector Público*, Documentación Administrativa, núms. 274/275, enero/agosto 2006.

— *Novedades de la Ley de Contratos del Sector Público de 30 de octubre de 2007 en la regulación de la adjudicación de los contratos públicos*, Thomson-Civitas, Navarra, 2010.

GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Civitas, Madrid, 2008.

GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S., *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio)*, Tecnos, Madrid, 1999.

GUERRERO FLORES, T., "El recurso especial en materia de contratación", *Revista de Derecho de Extremadura*, núm. 2, 2008.

GUINOT BARONA, M., "El nuevo recurso especial en materia de contratación y las medidas provisionales en la Ley de Contratos del Sector Público", *La Ley*, núm. 6882, febrero 2008.

JIMÉNEZ APARICIO, E. (coord.), *Comentarios a la legislación de contratación pública*, 4 vols., Thomson-Aranzadi, Navarra, 2009.

LÓPEZ-CONTRERAS GONZÁLEZ, M.^o, "El control de la adjudicación de los contratos públicos. En particular, el recurso especial y las medidas

cautelares", en AGUILERA GONZÁLEZ, F. P. y MORENO MOLINA, J. A. (coord.), *La Ley de Contratos del Sector Público y su aplicación por las Entidades locales*, CEMCI, Granada, 2008.

LÓPEZ-MENÉNDEZ DE LA CRUZ, C., "El recurso especial en materia de contratación", *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 71, enero 2008.

MORENO MOLINA, J. A., "La falta de adecuación de la Ley española de Contratos del Sector Público al Derecho Comunitario europeo", XVI Congreso Italo-Español de Profesores de Derecho Administrativo, Universidad de Zaragoza, octubre 2008.

— "Un mundo para SARA". Una nueva categoría en el Derecho español de la contratación pública: los contratos sujetos a regulación armonizada", *Revista de Administración Pública*, núm. 178, enero/abril 2009.

NOGUERA DE LA MUELA, B., "El recurso especial en materia de contratación y las medidas cautelares en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, a la vista de la Directiva 2007/66/CE, por la que se modifica la Directiva 89/665/CEE", en GIMENO FELIU, J. M.^o (ed.), *El Derecho de los contratos del sector público*, Gobierno de Aragón, Zaragoza, 2008.

PAREJO ALFONSO, L. y PALOMAR OLMEDA, A. (dir.), *Comentarios a la Ley de Contratos del Sector Público*, 4 vols., Bosch, Barcelona, 2009.

PERA VERDAGUER, F., *Comentarios a la Ley de lo Contencioso-Administrativo. Ley 29/1998, de 13 de julio*, Bosch, Barcelona, 2004.

PÉREZ ROLDÁN, M.^o, "El recurso administrativo especial en materia de contratación pública y las medidas provisionales en la nueva Ley de Contratos del Sector Público", *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 15, mayo 2008.

RAZQUIN LIZARRAGA, J. A., "La legitimación activa para interponer recursos precontractuales en la contratación pública (A propósito de la STC 119/2008, de 13 de octubre)", *Repertorio de Jurisprudencia*, Thomson-Aranzadi, núm. 28, enero 2009.

SANMARTÍN MORA, M.^o A., "La configuración de los órganos de asistencia al órgano de contratación en la Ley de Contratos del Sector Público de 30 de octubre de 2007", en GIMENO FELIU, J. M.^o (ed.), *El Derecho de los contratos del sector público*, Gobierno de Aragón, Zaragoza, 2008.

TORRES-FERÁNDIZ NIETO, J. J. y RIVERO GONZÁLEZ, M., *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998*, Aranzadi, Pamplona, 2010.

VI. Addenda

Estando en pruebas el presente trabajo, ha sido aprobado el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, una vez habilitado el Gobierno por la disposición final trigésima segunda de la Ley N° 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible.

Dicho Texto Refundido integra en un texto único, debidamente regularizados, aclarados

y armonizados, la LCSP junto a sus numerosas modificaciones legislativas, entre las que se encuentran las disposiciones referidas a la misma en la Ley N° 34/2010, de 5 de agosto, de modificación de la LCSP, LCSE y Ley N° 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, para adaptación a la Normativa Comunitaria de las dos primeras.

No afectando pues a la LJCA, y manteniendo a efectos de la legislación contractual general las mismas innovaciones materiales introducidas por la Ley N° 34/2010, dadas las características meramente clarificadoras del nuevo cuerpo legal, este Texto Refundido deberá tenerse en cuenta fundamentalmente a efectos formales de cita y numeración normativa.