



ASUNTO: CONTRATACIÓN.

Recurso de reposición planteado contra un Pliego de Cláusulas Administrativas particulares

130/11

FC

INFORME

I. ANTECEDENTES:

Se ha presentado por abogado en ejercicio recurso de reposición contra Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares para contrato Mixto de Obra y suministro.

II. LEGISLACIÓN APLICABLE

- Constitución Española (CE)
- Ley 7/85, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local (LRBRL)
- Real Decreto Legislativo 781/86, de 18 de abril, que aprueba el Texto Refundido de Disposiciones vigentes en materia de Régimen Local (TRRL).
- Carta Europea de Autonomía Local de 15 de octubre de 1985 (Ratificada el 20-01-1988) (CEAL)
- Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC)
- Ley 30/2007, de 30 de Octubre, Ley de Contratos del Sector Público.



- R.D. 1098/2001, por el que Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.
- RD 817/2009, Reglamento de desarrollo parcial de la Ley 30/2007

III. FONDO DEL ASUNTO.

En las fases de preparación y adjudicación de los contratos es esencial tanto la determinación de "interesados" en el régimen de recursos administrativos como el control jurisdiccional, ya que los procedimientos de recurso precontractual tienden a asegurar el cumplimiento de la legislación de contratos públicos. En este sentido, la determinación de las personas que pueden interponer los recursos procedentes es una cuestión básica, lo que nos conduce tanto al régimen de la legitimación activa establecido en las leyes procesales como a la condición de interesado en régimen de los recursos administrativos.

Así, por un lado, el artículo 31 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC) establece en términos generales el concepto de interesado:

- "1. Se consideran interesados en el procedimiento administrativo:*
- A) Quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos.*
 - B) **Los que, sin haber iniciado el procedimiento, tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte.***
 - c) **Aquellos cuyos intereses legítimos, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se personen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva.***
- 2. Las asociaciones y organizaciones representativas de intereses económicos y sociales, serán titulares de intereses legítimos colectivos en los términos que la Ley reconozca.*
- 3. Cuando la condición de interesado derivase de alguna relación jurídica transmisible, el derecho habiente sucederá en tal condición cualquiera que sea el estado del procedimiento."*

Por otro lado, en la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, el factor clave -además de la titularidad de un derecho- es la noción de *interés legítimo*. Así, su artículo 19 establece: (artículo 19.1.a) .



Artículo 19.

1. *Están legitimados ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo:*

a. Las personas físicas o jurídicas que ostenten un derecho o interés legítimo.

.....

4. *Las Administraciones públicas y los particulares podrán interponer recurso contencioso-administrativo contra las decisiones adoptadas por los órganos administrativos a los que corresponde resolver los recursos especiales y las reclamaciones en materia de contratación a que se refiere la legislación de Contratos del Sector Público sin necesidad, en el primer caso, de declaración de lesividad.*

Por su parte, la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, en su artículo 312, añadido por la Ley 34/2010, si bien referido al recurso especial en materia de contratación, establece:

"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."

En definitiva, lo que ha de dilucidarse es si el recurrente, abogado en ejercicio, ostenta esa legitimación exigida para poder interponer el recurso de reposición en cuestión; es decir, si es titular de algún derecho o interés legítimo que el contenido del Pliego pudiera vulnerar.

Existe numerosísima jurisprudencia del Tribunal Supremo como de los Tribunales Superiores de Justicia sobre la legitimación para impugnar las decisiones en materia de contratos públicos. También el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre la legitimación para recurrir actos relativos a contratos públicos con ocasión de recursos de amparo.

Así, la jurisprudencia del TS sobre la legitimación activa para recurrir en materia contractual, fija un criterio general basado en la participación en la licitación, que, sin embargo, es matizado para dar entrada a quienes ostentan un interés legítimo o representativo, aún



cuando no hubieran participado, debiendo apreciarse tal interés en cada caso.

A) Regla general: *sólo puede impugnar las decisiones en materia contractual aquella persona que participó en la licitación, con la consecuencia de la inadmisión de los recursos de quienes no participaron*

De acuerdo con la jurisprudencia del TS, la regla general para ostentar un interés legítimo que dote a una persona de legitimación para recurrir la licitación o adjudicación de un contrato público reside en su participación en la licitación, ya que sólo quien ha sido parte en el procedimiento contractual puede obtener un beneficio en el caso de que prospere el recurso entablado. En cambio, **no existe acción pública en materia contractual**, por no existir norma legal que la disponga, por lo que **no está legitimada para recurrir la persona que actúa en defensa de la legalidad**. No obstante, es preciso tener en cuenta dos momentos precontractuales distintos, la convocatoria o pliegos de licitación y la adjudicación del contrato, respecto de los que puede jugar de forma dispar la condición de la participación en la licitación como requisito para ostentar un interés legítimo que otorgue legitimación para recurrir. Así, las Sentencias del Tribunal Supremo siguientes:

STS de 20 de julio de 2005:

“Tratándose de contratos administrativos, el interés legítimo viene determinado en general por la participación en la licitación (SS. 7-3-2001, citada por la de 4-6-2001), por cuanto quienes quedan ajenos a la misma, en principio no resultan afectados en sus derechos e intereses, si bien no puede perderse de vista que la determinación de la legitimación, en cuanto responde a los intereses que específicamente estén en juego en cada caso, ha de efectuarse de forma casuística, lo que tiene una proyección concreta en los supuestos de procedimientos de concurrencia, en los cuales la condición de interesado no deriva de la genérica capacidad para participar en los mismos sino de la actitud de los posibles concursantes respecto del concreto procedimiento de que se trate, es decir, la condición de interesado no es equiparable a la genérica condición de contratista con capacidad para participar en el concurso sino que es preciso que se ejercite tal condición, ya sea participando en el procedimiento o de cualquier otro modo, sin que pueda descartarse la impugnación de la convocatoria del concurso por quien no participa en razón de las propias condiciones en que es convocado”.

STS de 17 de mayo de 2005



"De ahí que la jurisprudencia venga exigiendo con carácter general para reconocer la condición de interesado a efectos de impugnación de la resolución por la que se adjudica un contrato administrativo, que el recurrente haya participado en el concurso o sistema de adjudicación de que se trate (SS. 30-6-97 y 4-6-2001), pues no pueden hacerse valer para impugnar un determinado acto administrativo intereses que, por no integrar el contenido del acto, no son susceptibles de pronunciamiento alguno en el proceso de que se trate y, por lo tanto, no pueden servir de fundamento para invocar la legitimación activa en el proceso.

En este caso concreto, frente a la resolución del concurso, pueden hacerse valer cuantos derechos correspondan a los participantes en relación con la adjudicación del contrato, lo que incidirá en la selección del contratista, pero no caben pronunciamientos sobre la decisión de convocar el contrato y atender de esa forma al interés público afectado por el mismo que se plasmaron en actos anteriores, que no son objeto del proceso."

Por tanto, la persona que no ha presentado proposición alguna ni ha tenido participación alguna en la licitación carece de interés legítimo y, en consecuencia, no está legitimada para recurrir la adjudicación del contrato. Así lo declara la STS de 10 de julio de 2006.

STS de 4 de junio de 2001, que declaró inadmisibile el recurso contra la convocatoria de concurso para la adquisición, instalación, cableado y puesta a punto de equipamiento técnico auxiliar necesario para la cobertura por TVE de los partidos del Mundial-1982.

STS de 7 de diciembre de 2004, que confirma la sentencia que declaró inadmisibile el recurso interpuesto contra acuerdo municipal sobre adjudicación a una empresa de la terminal de transportes de mercancías por quien ni había impugnado la convocatoria ni participado en el procedimiento de adjudicación.

B) Excepciones. Matización o complemento: legitimación para impugnar la convocatoria o pliego de quien teniendo interés legítimo no ha participado en el concurso y su posible irradiación a la adjudicación

La anterior regla general, en cuanto tal, admite excepciones, según resulta de la jurisprudencia antes reseñada, que alude al hecho de que se haya consentido la convocatoria o pliego. Por ello, esa regla está matizada por la jurisprudencia, que ha reconocido interés legítimo y por tanto legitimación activa para recurrir a quien ha impugnado la convocatoria o el pliego, aunque después no haya participado en el procedimiento de adjudicación, e incluso ha



admitido tal legitimación activa para la impugnación de la adjudicación cuando, pese a no haber participado en la licitación, se había impugnado la convocatoria o pliego. En el fondo, late el argumento de que no se puede obligar a participar en un procedimiento de adjudicación a quien ha impugnado la convocatoria por discrepar del pliego que la rige, por entender que es ilegal.

STS de 5 de julio de 2005 , que confirma la admisión del recurso interpuesto por una empresa contra el acuerdo municipal de aprobación definitiva de los pliegos de condiciones del concurso para la adjudicación del servicio de abastecimiento de aguas potables y mantenimiento de la red de alcantarillado, declarando que:

*“Pues como adecuadamente la sentencia recurrida refiere, lo que se impugna es la convocatoria del concurso y no la adjudicación del mismo, y es obvio, como además razona la sentencia recurrida, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 19 de la Ley de la Jurisdicción y la doctrina del Tribunal Constitucional, reconocer legitimación para impugnar el pliego de condiciones, a una empresa **que puede participar en el concurso** y que impugna unas cláusulas, que establecen determinadas condiciones favorables a una determinada empresa, y que la sitúan por tanto a ella, en condiciones de desigualdad.*

*Sin que a lo anterior obste el que la parte recurrente alegue que el interés ha de ser específico, actual, real y ni potencial o hipotético, pues ése es precisamente el interés que la parte recurrida aduce, y que no es otro, que **el de participar** en condiciones de igualdad con todos los posibles concursantes, y obviamente si así participa, tiene un interés concreto y real, como es, por un lado el participar en el concurso en condiciones de igualdad con las demás empresas, y por otro, tener derecho a obtener la adjudicación si reúne las condiciones exigidas y obtiene mejor puntuación que las demás empresas”.*

La STS de 29 de junio de 2006 revoca la sentencia de instancia y declara admisible el recurso interpuesto por una persona contra la convocatoria por Instituto de Vivienda de las Fuerzas Armadas de un concurso para la enajenación de viviendas militares.

Por su parte, el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 119/2008, de 13 de octubre, reconoce legitimación activa para recurrir convocatorias o pliegos de quienes ostenten interés legítimo aunque no hayan participado en la licitación.:

«En concreto, por lo que se refiere a la legitimación activa ante la jurisdicción contencioso-administrativa, hemos precisado que el interés legítimo se caracteriza como una **relación material unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión**, de tal forma que su



anulación produzca automáticamente un efecto positivo o negativo actual o futuro pero cierto, debiendo entenderse tal relación referida a un interés en sentido propio, cualificado y específico, actual y real. Se trata de la titularidad potencial de una ventaja o de una utilidad jurídica, no necesariamente de contenido patrimonial, por parte de quien ejercita la pretensión, que se materializaría de prosperar ésta (por todas, STC 52/2007, de 12 de marzo)

La Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público: La legitimación para interponer el recurso especial en materia de contratación

La Directiva 89/665/CEE, hoy modificada por la Directiva 2007/66/CE, sobre recursos pretende reforzar los mecanismos existentes destinados a garantizar, tanto en el plano nacional como en el plano comunitario, la aplicación efectiva de las Directivas comunitarias en materia de contratos públicos, en particular en la fase en que las infracciones de dichas disposiciones aún pueden corregirse. Sólo establece los requisitos mínimos a los que deben responder los procedimientos de recurso establecidos en los ordenamientos jurídicos nacionales con el fin de garantizar el respeto de las disposiciones del Derecho comunitario en materia de contratos públicos. En cuanto a la legitimación, exige que los Estados miembros garanticen el acceso a los procedimientos de recurso, "como mínimo, a cualquier persona que tenga o haya tenido interés en obtener un determinado contrato público de suministro o de obras (o de servicios) y que se haya visto o pueda verse perjudicada por una presunta infracción".

En su interpretación, el Tribunal de Justicia ha declarado que debe ser posible que una empresa interponga un recurso directamente contra las características discriminatorias de la licitación, sin esperar a que concluya el procedimiento de adjudicación del contrato (apartado 30 TJCE 2004\37), pero que carece de legitimación activa para impugnar la adjudicación del contrato una persona que, estimando discriminatorias cláusulas de la licitación, no impugna ésta ni presenta oferta (STJCE de 12 de febrero de 2004).

Como vimos al inicio del presente informe, el artículo 312 de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, añadido por la Ley 34/2010, si bien referido al recurso especial en materia de contratación, establece:



"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."

Así pues, el propio tenor literal del precepto muestra que se reconoce legitimación activa para recurrir no sólo a los que han participado en la licitación, pues los licitadores están siempre legitimados, sino también a otras personas que acrediten la titularidad de derechos o intereses legítimos que sean perjudicados o bien puedan ser afectados. En suma, están legitimados los licitadores, los perjudicados y los potencialmente afectados en sus derechos o intereses legítimos por el acto impugnado.

Por tanto, parece que la LCSP fija una legitimación más amplia y que parece ir más allá del doble criterio comunitario de interés en obtener el contrato y de perjuicio y debe interpretarse de acuerdo con el criterio extenso tanto del TJCE como del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, de modo que la participación en la licitación no es condición inexcusable para ostentar un interés legítimo que otorgue legitimación activa para interponer el recurso especial en materia de contratación, **por lo que alcanza también a los licitadores potenciales.**

En definitiva, y como conclusión, estimamos que el argumento de ser asesor de empresas que pueden participar en el procedimiento de licitación promovido por el Ayuntamiento no constituye esa titularidad de derechos o intereses legítimos, pues como hemos visto a lo largo de la exposición, el común denominador en los diversos posicionamientos jurisprudenciales ha venido siendo esa **relación material unívoca entre el recurrente y el objeto de la pretensión.** En definitiva, **contar con las condiciones subjetivas y objetivas exigidas en la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, para poder participar en esa licitación;** al margen de que al final se participe o no se participe. Condición que el recurrente no tiene.

En su consecuencia, se propone que por el órgano de contratación se desestime el recurso de reposición planteado por falta de legitimación del recurrente; sin que sea preciso entrar en los motivos o causas de impugnación presentadas en el recurso de referencia.

Badajoz, mayo 2011