

TUTELA JUDICIAL Y SISTEMA DE RECURSOS EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA INGLESA

XAVIER CODINA GARCÍA-ANDRADE¹
Doctorando y Colaborador Honorífico
Universidad Complutense de Madrid

I. INTRODUCCIÓN.—II. CONTROL JUDICIAL Y SISTEMA DE RECURSOS: 1. *Los dos niveles de tutela. Fuentes y cuestiones procesales comunes*: A) La *High Court* como órgano revisor. B) Legitimación activa. C) Plazo para interponer el recurso. 2. *Los mecanismos de tutela tradicionales: la compensación por daños y perjuicios y las medidas provisionales*. 3. *Mecanismos de tutela disponibles en contratos bajo el alcance de las Directivas*. 4. *El novedoso sistema de recursos del National Health Service*.—III. CONCLUSIÓN.—IV. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN

En el presente artículo se pretende estudiar el sistema de recursos y los mecanismos de tutela existentes en el ámbito de la contratación pública inglesa. Para ello se parte de los conceptos básicos de la contratación como plataforma que permite el estudio de los recursos en el régimen europeo, en el régimen de *judicial review* y en el régimen ordinario. Precisamente la transposición del Derecho europeo pone de manifiesto muchas carencias del sistema —carencias que continúan en el caso de contratos no sujetos a las Directivas—. El artículo finaliza con un ejemplo práctico de cómo la contratación pública inglesa está en continua evolución: la creación de *Monitor*, una entidad administrativa con poderes revisores. Un ejemplo de cómo el régimen inglés camina hacia la administrativización de la contratación pública.

Palabras clave: contratación pública; Inglaterra; tutela judicial; recursos.

ABSTRACT

This article provides an overview of the remedies system available in England's procurement landscape. The article starts doing a description on the traditional features of public contracting and their evolution —e.g. discretion framed and an increase in litigation. The article refers largely to the different regimes on remedies i.e the remedies in case of contracts under European regulation, the remedies of the so-called judicial review and the ordinary remedies. After dealing with those elements which are common to

¹ El autor está enormemente agradecido a Albert SÁNCHEZ GRAELLS (Universidad de Leicester, Reino Unido) por sus comentarios sobre el artículo. Artículo escrito mientras se llevaba a cabo una estancia de investigación en la *Dublin City University* (DCU).

these regimes, a particularized analysis on remedies is carried out. The article ends by giving an example on how the procurement system heads towards its administrativization – Monitor review body.

Key words: public procurement; England; remedies.

I. INTRODUCCIÓN

La contratación pública en el Reino Unido es un campo que ha vivido una gran evolución en los últimos tiempos. Si tradicionalmente se ha considerado como una materia de Derecho privado, esto está cambiando y cada vez son más los elementos de Derecho público que la regulan. Precisamente, el estudio de las características principales del sistema de contratación fue el objeto del primer artículo de esta serie².

La más importante característica del sistema inglés es la discrecionalidad de los entes adjudicadores³. Dicha discrecionalidad tiene su origen en la consideración de la contratación pública como una materia sujeta *tradicionalmente* a normas de Derecho privado, y así ha sido considerado por los Tribunales⁴. Sin embargo, la discrecionalidad queda encorsetada a medida que la actividad contractual se publica. Varios son los motivos que justifican esta afirmación, y que ponen en cuestión que el sistema inglés es un sistema de contratación ajeno al Derecho público⁵. En primer lugar, la entrada en juego del Derecho europeo sustrae del ámbito privado una parte de la actividad contractual⁶. Las normas hoy son las *Public Contracts Regulations* de 2006 (PCR en adelante)⁷, pero también hay que estar a lo establecido por el

² X. CODINA GARCÍA-ANDRADE, «Introducción al régimen inglés de los contratos públicos», *Revista de Administración Pública*, núm. 194, 2014.

³ Bibliografía y desarrollo de esta idea en *ibid.*

⁴ Ver *R v Lord Chancellor Ex p. Hibbit and Sanders Ltd*, *The Times*, March 12, 1993; *Mass Energy Ltd v Birmingham City Council* (1994) Env LR 298; *R v Bridgend CBC Ex p. Jones* (2000) 2 LGLR 361; *R v Bolsover DC Ex p. Pepper* (2001) 3 LGR 20; S. H. BAILEY, «Judicial review and the public procurement regulations», *Public Procurement Law Review*, 2005, pág. 296.

⁵ Por ejemplo, según la OCDE, tan sólo el Reino Unido e Irlanda carecen de toda regulación para los contratos fuera del alcance de las Directivas. Las entidades adjudicatarias gozan de gran discrecionalidad, tan sólo guiadas por directrices y circulares. OECD, *Public Procurement in EU Member States - The Regulation of Contract Below the EU Thresholds and in Areas not Covered by the Detailed Rules of the EU Directives*, SIGMA Papers No. 45, OECD, 2010.

⁶ Las normas europeas primero se transpusieron como meras directrices. Hoy ya son normas vinculantes en forma de *Regulations* gubernamentales. Ver S. ARROWSMITH, «Legal techniques for implementing Directives: A case study of public procurement», en P. P. CRAIG y CAROL HARLOW (eds.), *Lawmaking in the European Union*, Kluwer Law International, London, 1998.

⁷ *Public Contracts Regulations 2006*, SI 2006/5 y la *Utilities Contracts Regulations 2006*, SI 2006/6.

TJUE en relación a la doctrina de las obligaciones positivas derivadas del Tratado, que tiene especial repercusión en el sistema inglés vista la regulación por debajo de las Directivas⁸.

En segundo lugar, la aprobación de normas sectoriales con disposiciones que inciden directamente en materia de contratación. Por ejemplo, la *Transport Act*; la *Local Government Act*; la *Transfer of Undertaking Protection of Employment Regulations SI 2006/246*, que es la norma que transpone la Directiva 2001/23, sobre el mantenimiento de los derechos de los trabajadores; o la *National Health Service (Procurement, Patient Choice and Competition) (No. 2) Regulations SI 2013/5*. Dichas normas fijan obligaciones determinadas que los órganos de contratación deben observar. Especial atención merece esta última, ya que apodera a un órgano administrativo para realizar tareas de inspección y supervisión en materia de contratos en el área de los servicios de la salud⁹.

Por último, debe tenerse en cuenta la doctrina jurisprudencial de los principios de *judicial review*: «una creación de los jueces para frenar los excesos y el abuso de poder»¹⁰. Se trata de un conjunto de principios generales de Derecho público que los entes públicos deben observar en su actuación —contractual o no—¹¹. Dicha doctrina ha vivido una «expansión masiva» desde los años setenta¹². Principios como, por ejemplo, que la entidad pública no debe desviarse del cometido para el que se le apoderó, que la decisión no sea irracional o que se respeten los cauces procedimentales adecuados.

En definitiva, en los últimos treinta años se ha producido una gran evolución —que no revolución— y hoy la disciplina se ha ganado un espacio propio a medio camino entre el complejo sistema inglés de con-

⁸ Sobre la repercusión de dicha teoría en distintos países de la UE: R. CARANTA y D. C. DRAGOS (eds.), *Outside the EU procurement directives - inside the Treaty?*, DJØF Publishing, Copenhagen, 2012; X. CODINA GARCÍA-ANDRADE, «La doctrina de las obligaciones positivas del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea en la contratación pública: arquitectura constitucional europea y nuevas Directivas», *Civitas. Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 50, 2014.

⁹ Este punto es abordado más adelante. Ver S. SMITH y D. OWENS, «New procurement legislation for English Healthcare Bodies - The National Health Service (Procurement, Patient Choice and Competition) (No. 2) Regulations 2013», *Public Procurement Law Review*, núm. 4, 2013.

¹⁰ *R v Secretary of State for the Home Department, ex parte Brind* (1991) AC 696.

¹¹ Debe advertirse que el concepto de *judicial review* puede significar dos cosas: i) el conjunto de principios generales que se acaba de mencionar; ii) el procedimiento judicial por el que se aplican dichos principios. En este artículo nos centramos en el estudio del segundo, ya que en un artículo anterior de esta misma serie estudiamos el primero; X. CODINA GARCÍA-ANDRADE, «Introducción al régimen inglés de los contratos públicos», cit.

¹² S. ARROWSMITH, «Judicial review and the contractual powers of public authorities», *Law Quarterly Review*, vol. 106, abril 1990, pág. 277.

tratos y el Derecho administrativo¹³. Con la publicación de las normas de contratación se produce un acercamiento entre sistemas de regulación que, como señala AUBY, se enfrentan a los mismos problemas y lo hacen con un grado de similitud superior al que uno pueda inicialmente imaginar¹⁴.

Una de las consecuencias que se derivaban del grado de discrecionalidad que disfrutaban las entidades adjudicadoras era que la interposición de un recurso frente a sus decisiones rara vez prosperaba. De hecho, la baja litigiosidad ha sido siempre otra de las características del sistema inglés de contratos públicos, siendo uno de los aspectos que más llama la atención a alguien formado en el sistema español. La escasez de litigios en el ámbito de la contratación ha sido motivo frecuente de análisis¹⁵. El profesor Martin TRYBUS señala que hasta no hace mucho se producían apenas uno o dos casos al año, cifra que se ha incrementado: en el año 2011 eran doscientos los casos que componían el cuerpo jurisprudencial en materia de contratación pública en el Reino Unido¹⁶. Por su parte, Nigel GIFFIN considera que el problema no es tanto el aumento en el número de litigios, sino el de amenazas de interposición de recursos, lo cual crea una inseguridad jurídica considerable¹⁷.

Ambas partes están predispuestas a la negociación, motivo por el que muchos casos acaban en acuerdo entre las partes antes de llegar a los Tribunales¹⁸. Pero ¿cuáles son las razones que llevan a los contratistas a evitar los litigios?

¹³ J. D. B. MITCHELL, *The contracts of public authorities: a comparative study*, London School of Economics and Political Science, London, 1954; C. TURPIN, *Government contracts*, Penguin, Harmondsworth, 1972; S. ARROWSMITH, *The law of public and utilities procurement*, 2.^a ed., Sweet & Maxwell, London, 2005; A. C. L. DAVIES, *The public law of government contracts*, Oxford University Press, Oxford, 2008.

¹⁴ J.-B. AUBY, «Comparative approaches to the rise of contract in the public sphere», *Public Law*, primavera 2007, pág. 57.

¹⁵ Sobre dicha escasez se pronuncian A. C. L. DAVIES, *The public law of government contracts*, cit., pág. 42; D. PACHNOU, «Factors influencing bidders' recourse to the European Commission to enforce EC procurement law», *Public Procurement Law Review*, núm. 2, 2005; D. PACHNOU, «Bidders' use of mechanisms to enforce EC procurement law», *Public Procurement Law Review*, núm. 5, 2005.

¹⁶ M. TRYBUS, «The Transposition of the Public Procurement Remedies Directive 2007/66/EC in the United Kingdom. Annual Report 2010 - United Kingdom», *Ius Publicum Network Review*, 2011, pág. 10.

¹⁷ Ver presentación en el Public Procurement Law: International & Regional Perspectives, organizado por el ICPS de la Bangor University; vídeo (2012) Nigel Giffin QC, 11 King's Bench Walk, en <https://www.youtube.com/watch?v=bdW7gB2lza0> (accedido en agosto 2014), 1 min., 55 seg.

¹⁸ «Actualmente existe en los procedimientos civiles, al menos en Inglaterra y Gales, una inclinación por resolver las disputas mediante acuerdo y en una fase temprana. Son pocos los casos de contratación que alcanzan sede judicial, y en muchos de los casos el demandante pretende medidas cautelares», en M. BOWSER y P. MOSER, «Damages for breach of the EC public procurement rules in the United Kingdom», *Public Procurement Law Review*, núm. 4, 2006, pág. 196. (traducción propia).

La primera es la tradicional ausencia de normas sobre procedimiento en materia de contratación, lo cual permite a los órganos de contratación gozar de gran discrecionalidad. Ello a su vez dificulta que los Tribunales encuentren razones para anular la decisión objeto del litigio¹⁹. La segunda es el alto coste que supone acudir a los Tribunales (que son el único medio de revisión)²⁰. En tercer lugar, la ausencia de jurisprudencia genera la incertidumbre suficiente como para desincentivar a los agraviados, que no saben si la interpretación que defienden tiene visos de prosperar²¹. En cuarto lugar, existen razones de índole comercial en tanto que litigar puede perjudicar futuros contratos (*bite the hand that feeds*)²². Por último, y quizá sea la razón más importante, la Administración puede y prefiere negociar que litigar²³. Ello explica la importancia de los medios alternativos de resolución de conflictos (*Alternative Dispute Resolution* o ADR) en el ámbito de la contratación²⁴.

Estas barreras e incentivos permiten a entes adjudicadores y contratistas actuar de manera cuestionable, al sentir que sus actuaciones no serán puestas bajo sospecha. En palabras de BRAUN, las razones arriba expuestas «parecen fomentar un comportamiento que es irreconciliable con una estricta interpretación de la legislación sobre contratación, limitando así su impacto»²⁵. El autor realiza un estudio cualitativo en el que recoge la opinión de especialistas que desarrollan su actividad en el campo práctico de la contratación. Del artículo se extrae que en el Reino Unido predomina una actitud, que él llama elegantemente «visión pragmática», según la cual las normas se cumplen siem-

¹⁹ S. ARROWSMITH, «Protecting The Interests of Bidders for Public Contracts; The Role of the Common Law», *The Cambridge Law Journal*, vol. 53, núm. 1, 1994, pág. 104.

²⁰ P. BRAUN, «Strict Compliance versus Commercial Reality: The Practical Application of EC Public Procurement Law to the UK's Private Finance Initiative», *European Law Journal*, vol. 9, núm. 5, 2003, pág. 588.

²¹ P. BRAUN, «Strict Compliance versus Commercial Reality», cit., pág. 589.

²² *Ibid.*, pág. 590; en el mismo sentido se pronuncia A. Wood, *Wood Review: Investigating UK business experiences of competing for public contracts in other EU countries*, Office of Government Commerce, 2004, pág. 54.

²³ C. HARLOW, «“Public” and “Private” Law: Definition Without Distinction», *The Modern Law Review*, vol. 43, núm. 3, 1980, pág. 249; en el mismo sentido se pronuncia A. C. L. DAVIES, «Ultra vires problems in government contracts», *Law Quarterly Review*, vol. 122, enero 2005, pág. 98.

²⁴ A. C. L. DAVIES, *The public law of government contracts*, cit., págs. 40 y 224; el autor considera que estos métodos reducen la posibilidad de control. El Gobierno introduce cláusulas en los pliegos que obligan a acudir a este tipo de solución en caso de conflicto. Ver Ministry of Justice; Attorney General's Office, *Dispute Resolution Commitment - Guidance for Government Departments and Agencies*, 2011, pág. 4: «Los departamentos del Gobierno y sus agencias incluirán en sus contratos estandarizados cláusulas que prevean la resolución alternativa de las disputas» (traducción propia)

²⁵ P. BRAUN, «Strict Compliance versus Commercial Reality», cit., pág. 588 (traducción propia).

pre que no sean incompatibles con aspectos comerciales. Uno de los entrevistados incluso llega a afirmar:

«Muchas veces se escucha, incluso por parte de miembros del *Queen's Counsel*, que el incumplimiento apenas tiene desventajas: si rompes las normas, ¿qué puede ocurrir?»²⁶.

En definitiva, la ausencia de litigios en materia de contratación puede considerarse como una de las características del propio sistema y forma parte de la propia cultura inglesa ante las decisiones del ente adjudicador²⁷.

Una vez repasados los conceptos e ideas básicos de la contratación de los entes públicos, es momento de avanzar con el estudio y conocer con cierto detalle el sistema de recursos existente en esta jurisdicción. Al respecto debe hacerse hincapié en la advertencia hecha en el primero de los artículos: aquí se trata la contratación pública de Inglaterra, Gales e Irlanda del Norte, no así la escocesa, que tiene tanto normas como sistema judicial propios. Ahora bien, Escocia, aun teniendo sus propias normas, sigue esquemas muy similares a los ingleses.

II. CONTROL JUDICIAL Y SISTEMA DE RECURSOS

1. *Los dos niveles de tutela. Fuentes y cuestiones procesales comunes*

Los recursos disponibles, así como los mecanismos de tutela a los que tendrá acceso el interesado, variarán en función de la consideración que tenga la cuestión planteada —público o privada— y del tipo de contrato objeto del recurso —cubierto o no por las Directivas—. Por tanto, en aras de una mayor claridad se establece una doble clasificación. En primer lugar, según el régimen jurídico puede distinguirse entre el régimen de Derecho común y el régimen de Derecho público, conocido como *judicial review*²⁸. En segundo lugar, en función del origen de las normas o principios que regulan los contratos debe distinguirse

²⁶ *Ibid.*, pág. 588 (traducción propia).

²⁷ *Ibid.*, pág. 590; asimismo, M. TRYBUS, «The Transposition of the Public Procurement Remedies Directive 2007/66/EC in the United Kingdom. Annual Report 2010 - United Kingdom», cit.

²⁸ Para un estudio de la evolución y formación del procedimiento de *judicial review*, ver el capítulo 14 de S. H. BAILEY, *Cases, materials and commentary on administrative law*, 4.^a ed., Sweet & Maxwell, London, 2005.

entre contratos cubiertos por las Directivas o simplemente cubiertos por normas domésticas —lo cual da lugar a un doble régimen de tutela de los licitadores—²⁹.

La relación entre ambas clasificaciones no es sencilla ya que en la defensa de un mismo asunto podría elegirse entre varias vías. Imaginemos una decisión administrativa en la adjudicación de un contrato cubierto por las Directivas; si en dicha decisión se da el elemento de Derecho público el interesado podría acudir al procedimiento de *judicial review*. Pero podría también interesarle acudir al procedimiento que prevé la norma de transposición —que sigue las normas del procedimiento ordinario con las especificidades impuestas por las Directivas—³⁰. O en un contrato no cubierto por las Directivas, el interesado podrá acudir al procedimiento ordinario o al *judicial review* según sea la naturaleza de la decisión recurrida.

Además, e independientemente del tipo de contrato, en función de la fase del contrato en la que nos encontremos —fase de adjudicación o fase de ejecución— existirá un mayor o menor número de mecanismos de tutela disponibles. Como veremos, una vez formalizado el contrato el interesado tendrá difícil acceder a la tutela restitutoria —salvo excepciones—, quedando como única vía posible la tutela resarcitoria en forma de compensación por daños y perjuicios.

La primera de las dos clasificaciones propuestas diferencia entre el régimen ordinario, o de Derecho común, y el régimen del *judicial review*, o de Derecho público. Ahora bien, ¿en qué consiste el régimen del *judicial review*? El término puede dar lugar a confusiones, ya que se manejan dos acepciones diferentes de éste. Por un lado, hace referencia al conjunto de principios generales de Derecho público que deben observar las entidades públicas en su actuación³¹. Por otro, se refiere al procedimiento de tutela que los interesados-agraviados pueden poner en marcha ante una decisión administrativa³². Es el llamado *application*

²⁹ Un completísimo estudio de este doble régimen de protección en España y Alemania se puede ver en S. Díez Sastre, *La tutela de los licitadores en la adjudicación de contratos públicos*, Marcial Pons, Madrid, 2012.

³⁰ Parte 7 de la *Civil Procedure Rules*.

³¹ El *judicial review* como conjunto de principios fue estudiado en X. Codina García-Andrade, «Introducción al régimen inglés de los contratos públicos», cit.

³² En *O'Reilly v Mackman* (1983) 2 AC 237 se dice expresamente que el *judicial review* es una vía diferente. M. de Blacam, *Judicial review*, 2.ª ed., Tottel Publishing Ltd, Haywards Heath, 2009, pág. 6; como recoge el autor, esta adopción se toma con muchas reservas y cita las palabras de Lord Wilberforce en *Davy v Spelthorne BC* (1984) AC 262: «Las expresiones “Derecho público” y “Derecho privado” han sido recientemente importadas al Derecho inglés desde países que diferencian claramente entre ambos sistemas. No hay duda que son expresiones útiles con una finalidad descriptiva. En este país deben ser utilizadas con precaución ya que, tradicionalmente, el Derecho inglés no se dirige tanto a principios como los mecanismos de tutela» (traducción propia).

for judicial review o *claim*³³. Esta figura se encuentra regulada por la *Supreme Court Act* de 1981³⁴ y por las modificaciones a ésta introducidas en la Parte 54 de la *Civil Procedure Act* de 1997³⁵.

El procedimiento de *judicial review* se podrá utilizar cuando se cumplan dos condiciones: i) que en la decisión impugnada exista algún elemento de Derecho público; y ii) que la cuestión no pueda ser resuelta a través de la vía ordinaria, lo que denota un claro carácter residual.

Respecto a los elementos de Derecho público, los poderes públicos tienen el deber de ejercer sus funciones de acuerdo a los principios de justicia y *procedural fairness*³⁶, deben tomar decisiones razonables³⁷ y motivadas³⁸, no deben incurrir en mala fe, fraude o corrupción³⁹. Ahora bien, no hay un listado cerrado de los supuestos que habilitan la vía del *judicial review*. Como señalamos en el anterior artículo de la serie, en el asunto *Council of Civil Service Unions v Minister for the Civil Service*⁴⁰, Lord Diplock contribuyó a la extensión de dichos principios al enumerar algunos casos en los que los Tribunales pueden revisar una decisión administrativa.

En primer lugar, la ilegalidad o *illegality* de la decisión, esto es, cuando quien toma la decisión no respeta la norma que le ha habilitado para hacerlo. Sería aquí donde incluiríamos la doctrina del *ultra vires*. Además, los Tribunales han considerado también dentro de este apartado la desviación de poder o *improper purpose*⁴¹.

En segundo lugar, la irracionalidad, o *irrationality* o *unreasonableness*, que se aplica cuando una decisión desafía toda lógica⁴² o cuando se ha to-

³³ Su regulación se contiene en la Sección 31 de la *Supreme Court Act* y en la Parte 54 de la *Civil Procedure Rules*.

³⁴ Sección 31.

³⁵ Un estudio de los cambios introducidos puede verse en M. SUNKIN y K. PICK, «The changing impact of judicial review: the Independent Review Service of the Social Fund», *Public Law*, vol. 11, 2001, quienes opinan que los cambios son debidos a búsqueda de la eficiencia, más que de la justicia.

³⁶ *Council of Civil Service Unions v Minister for the Civil Service* (1985) AC 374; *R v Secretary of state for the Home Department Ex parte Pierson* (1998) AC 539.

³⁷ Sobre irracionalidad: *R (on the application of Gamesa Energy UK Ltd) v National Assembly for Wales* (2006) EWHC 2167.

³⁸ *Associated Provincial Picture Houses v Wednesbury Corp* (1948) KB 223.

³⁹ *R (on the application of Menai Collect Ltd & North west Commercial Services Ltd) v Dept of Constitutional Affairs* (2006) EWHC Admin 724; *Mercury Energy Ltd v Electricity Corporation of New Zealand* (1994) 1 WLR 521; *R v Lord Chancellors Department ex p Hibbit & Saunders* (1993) COD 326.

⁴⁰ *Council of Civil Service Unions v Minister for the Civil Service* (1985) AC 374, (1984) 3 All ER 935.

⁴¹ *Porter v Magill* (2002) LGR 51.

⁴² *Associated Provincial Picture Houses Ltd v Wednesbury Corporation* (1947) EWCA Civ 1, at para 230.

mado sin tener en cuenta aspectos relevantes⁴³. La dificultad para alcanzar esa conclusión provoca que los Tribunales sean reacios a sustituir la decisión final. Lo que sí hacen es analizar el proceso a través del cual se ha llegado a dicha decisión. En cierta medida, este principio se integra en el de proporcionalidad⁴⁴. Una manifestación interesante de este principio se da en el caso de los entes locales y el uso que hacen de los caudales públicos: el llamado *fiduciary duty*, que limita la libertad con la que se gasta el dinero público, impidiendo destinar éste a fines irracionales⁴⁵.

En tercer lugar, la *procedural impropriety*, esto es, la falta de observancia de reglas básicas de justicia e imparcialidad en el procedimiento de toma de decisión. Así, por ejemplo, las personas afectadas negativamente por decisiones administrativas deben ser escuchadas con anterioridad a tomar estas decisiones; v.g., el trámite de consulta pública⁴⁶. Dentro de este supuesto se enmarca el de las expectativas legítimas a que la autoridad siga un procedimiento determinado o tome una decisión concreta⁴⁷.

Cuando se vulnera alguno de estos principios se entiende que existe elemento público suficiente para acudir al procedimiento de *judicial review*. Cumplido este requisito de elemento de Derecho público en la decisión, puede ocurrir que decisiones de entidades jurídico-privadas ejerciendo funciones públicas sean sometidas al *judicial review*⁴⁸.

Respecto al carácter residual del procedimiento, el asunto *Cookson and Clegg*⁴⁹ recoge una sólida doctrina jurisprudencial al respecto. En

⁴³ *R (Khatun) v Newham London Borough Council* (2005) QB 37.

⁴⁴ R. K. HARWOOD y BUTLER-COLE, «Statutory powers of local authorities: exercise and scrutiny», en Helen RANDALL (ed.), *Local government contracts and procurement*, 2.ª ed, Tottel Pub, Haywards Heath, 2007, pág. 261.

⁴⁵ Es fácil deducir que los Tribunales son reacios a este tipo de control, que además es complicado. El *leading case* fue el asunto *Roberts v Hopwood* (1925) AC 578, en el que se decide pagar a los empleados públicos del ente local muy por encima del salario de mercado, decisión que no es aceptada por el Tribunal al considerar que el dinero público debe gastarse con cautela y cuidado para no quebrar el deber fiduciario hacia los contribuyentes. También en *Bromley London Borough Council v Greater London Council* (1983) 1 AC 768, en el que una bajada de las tarifas del transporte supondría un incremento excesivo de los impuestos a recaudar para cubrir el coste de éste. Cfr. *ibid.*, pág. 262.

En un caso más reciente, una vecina interpone recurso en base al *fiduciary duty* contra la externalización de un servicio público al considerar que no se han tenido en cuenta riesgos y beneficios. La Sala acabó considerando que el análisis no había sido profundo, pero tampoco en tal grado como para suponer una brecha del *fiduciary duty*. *R (on the application of Maria Stella Nash) v Barnet London Borough Council* (2013) EWHC 1067.

⁴⁶ *R v North and East Devon Health Authority, ex parte Coughlan* (2001) QB 213.

⁴⁷ *Baker, R (on the Application of) v Devon County Council* (1992) EWCA Civ 16; P. CRAIG, «Legitimate expectations: a conceptual analysis», *Law Quarterly Review*, vol. 108, enero 1992.

⁴⁸ *R v Panel on Takeovers and Mergers, ex p Datafin plc* (1987) 1 All ER 564; antes del asunto *Datafin*, las decisiones de entidades privadas sólo podían ser sometidas a procedimiento ordinario en base a la *contract law* o la *tort law*.

⁴⁹ *R (on the application of Cookson & Clegg Ltd) v Ministry of Defence* (2005) EWCA Civ 811.

ese caso, durante sesenta años, Cookson & Clegg había sido el proveedor de uniformes para el ejército; sin embargo, en 2004 resultó adjudicataria una empresa creada meses antes del concurso. Pues bien, Cookson plantea dos procedimientos. El primero, de carácter ordinario⁵⁰, por infracción de la *Public Supply Contracts Regulations* (la norma que entonces transponía las Directivas). El segundo, de *judicial review*, esto es, por infracción de los principios administrativos. En ambos plantea las mismas razones y solicita la aplicación de los mismos mecanismos de tutela. Ello lleva a la Sala a desestimar el recurso de *judicial review* en tanto que no es correcto buscar tutela a través de dos procedimientos paralelos que pretenden lo mismo, provocando una duplicidad de costes, de tiempo, esfuerzo y recursos no sólo de las partes, sino también del Tribunal. Es más, si una decisión cumple con lo expuesto en las Directivas, difícilmente podrá considerarse como una infracción suficiente para dar lugar a un procedimiento de *judicial review*.

En función del procedimiento elegido —ordinario o de *judicial review*—, el interesado podrá solicitar que se tomen unas u otras medidas, siempre teniendo claro que la decisión judicial acerca de adoptarlo o no es discrecional. En los procedimientos ordinarios, por ejemplo ante un incumplimiento del contrato, se puede pretender una *injunction* o una *declaration*. La *injunction* pretende evitar un incumplimiento del contrato, ya sea a través de una orden de hacer o de no hacer. Si se trata de una *mandatory injunction*, el Tribunal puede ordenar el cumplimiento de un contrato. La *declaration* es una simple declaración de incumplimiento⁵¹.

En el caso del *application for judicial review* o *claim*, el Tribunal tiene a su alcance las llamadas *prerogative orders*. Primero, las *quashing orders*, antes conocidas como *certiorari*, en las cuales se pretende la casación de una decisión anterior y, por tanto, su anulación. Ocurre, sin embargo, que este mecanismo no puede ser utilizado una vez que el contrato ha sido formalizado. Segundo, la *mandatory order*, antes llamada *mandamus*, en la que el Tribunal obliga a la Administración a tomar una decisión determinada. Tercero, una prohibición para prevenir una acción ilegal (la llamada *prohibiting order*) de naturaleza preventiva⁵².

La segunda clasificación a la que hacíamos referencia es la que distingue entre contratos cubiertos por las Directivas o no. En caso de estarlo, el sistema de recursos se recoge en la Parte 9 de la *Public Contracts Regulations* antecitada. En 2009, la Parte 9 de la PCR, que contiene lo relativo a los recursos, es modificada por la *Public Contracts (Amend-*

⁵⁰ Siguiendo lo establecido en la Parte 7 de las *Civil Procedure Rules*.

⁵¹ S. ARROWSMITH, *The law of public and utilities procurement*, cit., párr. 21 y ss.

⁵² *Ibid.*, párr. 21 y ss.

ment) Regulations 2009 (SI 2009/2992)⁵³, cumpliendo así con lo establecido en la Directiva 2007/66/EC. Además, tras las sentencias del Tribunal de Justicia sobre plazos para interponer el recurso —una de ellas condenando al Reino Unido⁵⁴— se introducen modificaciones oportunas a través de la *Public Procurement (Miscellaneous Amendments) Regulations 2011, SI No. 2053*⁵⁵.

Hay que remarcar que el texto de estas *Regulations* no va más allá de las Directivas⁵⁶. Sin duda, una de las razones por las que no se profundiza más en el sistema de recursos es por el cambio radical que supone la Directiva de recursos en la tradición del *common law*. Como es sabido, hasta 1947 el Ejecutivo no podía ser objeto de una reclamación contractual a través de la vía judicial ordinaria, sino que debía acudir al procedimiento de *Petition of Rights*. Tras la *Crown Proceedings Act* de 1947 este paso previo se suprime para muchos supuestos, quedando como algo residual. Dicha norma supuso una evolución muy positiva, si bien se siguen observando algunas trazas del sistema anterior que sólo han sido superadas con la entrada de las Directivas de recurso y que, por tanto, perviven para los contratos no cubiertos por aquéllas.

Por ejemplo, la Sección 21.1.a) de la *Crown Proceeding Act* contempla que, como principio general en cualquier procedimiento contra la Corona, los Tribunales deben gozar de los mismos poderes que gozan cuando tratan casos entre particulares. Ahora bien, cuando se trata de una *injunction* —obligación de hacer o no hacer— deberá limitarse a declarar los derechos de las partes, lo cual ya supone un alejamiento importante de lo que ocurre entre particulares. Sin embargo, en el caso de los contratos cubiertos por las Directivas, para dar cumplimiento a la exigencia de un sistema de recursos eficaz, la Regulación 47P de las PCR deroga ese precepto y señala expresamente que en los procedimientos contra la Corona los Tribunales tienen el poder de acordar una *injunction*. Ahora bien, la antecitada Sección 21 seguirá siendo de aplicación a los procedimientos que tengan por objeto un contrato fuera del alcance del Derecho europeo⁵⁷.

⁵³ En el caso de los sectores excluidos fue la *Utilities Contracts (Amendment) Regulations 2009 (SI 2009/3100)*.

⁵⁴ *Uniplex (UK) Ltd v NHS Business Services Authority* (2010) ECR 2010 I-00817.

⁵⁵ Además de dichas normas, es verdaderamente útil la guía publicada por la *Office Government Commerce* en 2009, *Implementation of the Remedies Directive: OGC Guidance on the 2009 Amending Regulations*.

⁵⁶ M. TRYBUS, «An Overview of the United Kingdom Public Procurement Review and Remedies System with an Emphasis on England and Wales», en Steen TREUMER y François LICHÈRE (eds.), *Enforcement of the EU public procurement rules*, DJØF Pub, Copenhagen, 2011 (European Procurement Law Series), págs. 202-203.

⁵⁷ Por ejemplo, en la sentencia del asunto *Re Loreto Grammar School's Application* (2011) NIQB 36, el Tribunal se niega a tomar ninguna decisión relacionada con la adjudicación al

En definitiva, la irrupción de un sistema de recursos europeo ha provocado que hoy existan dos niveles de tutela claramente diferenciados, gozando de una mayor protección si se trata de un contrato cubierto por la Directiva de recursos⁵⁸.

A) *La High Court como órgano revisor*

Todas las vías de recurso que hemos mencionado tienen en común el órgano revisor competente. Tanto en el procedimiento ordinario como en el *judicial review*, tanto en los contratos cubiertos por las Directivas⁵⁹ como aquellos que no lo son, será la *High Court* el órgano competente para conocer de dichos recursos⁶⁰. Por ahora, no se ha optado por crear un organismo administrativo de revisión.

La *High Court*, cuyos órganos tienen carácter unipersonal, se compone de diferentes secciones en las que se tratan asuntos de diferente índole. En función del tipo de asunto que se trate se asignará a una u otra sección. Cuando se trata de cuestiones jurídico-administrativas relativas a la fase de formación y adjudicación del contrato, la cuestión suele asignarse a la *Administrative Court* de la *Queen's Bench Division* (QBD en adelante) de la *High Court*⁶¹. Si se trata de cuestiones técnicas será la *Technology and Construction Court* de la misma QBD *High Court*. En los casos que traten aspectos de Derecho europeo en general, serán discutidos en la *Chancery Division* de la *High Court*. Incluso puede ocurrir que existan casos de contratación pública en los que el elemento principal sea una materia relacionada con el Derecho mercantil y comercial, en cuyo caso será la *Commercial Court* de la QBD quien resuelva.

A través de este complejo sistema de reparto de asuntos se pretende que los litigios sean resueltos por un juez especialista en la materia.

Cuando se trata de la ejecución de los contratos, sean o no armonizados, será la QBD la competente para conocer y resolver, si bien en

considerar que es tan sólo un órgano revisor; será, por tanto, obligación de la Administración tomar la decisión adecuada en aplicación de sentencia. Un razonamiento similar al que encontramos en *Resource (NI) v Northern Ireland Courts and Tribunals Service* (2011) NIQB 121 (pág. 62).

⁵⁸ P. HENTY, «Remedies Directive implemented into UK law», *Public Procurement Law Review*, núm. 3, 2010.

⁵⁹ 47C(2) PCR 2009.

⁶⁰ Todos los procedimientos se llevan a cabo siguiendo las normas procesales civiles fijadas en las *Civil Procedure Rules* de 1997 y modificadas por la *Civil Procedure (Amendment No. 4) Rules 2000 (SI 2000/2092)*, que introducen la Parte 54 sobre *judicial review*.

⁶¹ La creación de una *Administrative Division* fue descrita como una reforma «tan radical como sería sustituir la monarquía por un sistema presidencialista hereditario». C. HARLOW, «“Public” and “Private” Law: Definition Without Distinction», cit., pág. 251.

esta fase las disputas suelen ser objeto de procedimiento arbitral cuando así lo establezca el contrato. En efecto, los denominados *Alternative Dispute Resolution* o ADR están muy extendidos en la fase de ejecución; no es raro ver que los contratos contienen cláusulas para la resolución de conflictos a través de la mediación o el arbitraje.

En definitiva, pues, los asuntos de contratación suelen iniciarse ante la *High Court*, siendo apelables ante la *Civil Division* de la *Court of Appeal*, cuyas salas se componen de tres magistrados. Tras un complejo sistema de apelación, la última instancia será la *Supreme Court*⁶².

Además, para acceder a la tutela judicial —la única disponible— debe satisfacerse una tasa regulada por la *Fees Order* que aprueba el Lord Chancellor, y se trata de un porcentaje sobre el valor de la reclamación⁶³.

B) *Legitimación activa*

La legitimación activa constituye uno de los aspectos más importantes a la hora de describir el sistema de recursos en una jurisdicción. En Inglaterra, hasta la aprobación de la norma que transpuso las Directivas, una vez formalizado el contrato, un tercero no gozaba de legitimación para intervenir en el mismo⁶⁴. Si acaso, podría tener acceso limitado a la tutela resarcitoria en forma de compensación por daños y perjuicios (*damages*). Esto ha cambiado en el caso de los contratos armonizados, pero sigue siendo así para los contratos por debajo del umbral de las Directivas.

En el caso del *judicial review*, la Sección 31(3) de la *Senior Court Act* de 1981 especifica que la parte actora debe «tener suficiente interés en la materia», un requisito que se ha interpretado de manera amplia —incluso se considera que pretender imponer un «interés directo» podría ir contra la función supervisora que las convenciones constitucionales le asignan a la *High Court*⁶⁵—. En palabras de Lord Justice Diplock, «sería un grave vacío del ordenamiento jurídico-público si un grupo de presión (...) o un mero contribuyente no pudiesen interponer un recurso por ra-

⁶² Creada mediante la *Constitutional Reform Act* de 2005, entrando en funcionamiento en 2009. Antes esta función la realizaba la sección judicial de la *House of Lords*.

⁶³ Las tasas vigentes son las aprobadas en abril de 2014 mediante la *Civil Proceedings Fees (Amendment) Order* de 2014.

⁶⁴ M. TRYBUS, «An Overview of the United Kingdom Public Procurement Review and Remedies System with an Emphasis on England and Wales», cit., pág. 204.

⁶⁵ Opinión vertida por el profesor de la Universidad de Cambridge Mark ELLIOT en <http://publiclawforeveryone.com/2013/07/29/standing-judicial-review-and-the-rule-of-law-why-we-all-have-a-direct-interest-in-government-according-to-law/> (accedido en agosto 2014).

zones técnicas de índole procesal, impidiendo elevar a la atención del tribunal una conducta ilegal, haciendo valer así el *rule of law*»⁶⁶.

Si se trata de contratos armonizados debe acudirse a lo establecido en la Regulación 47C, que considera actor con legitimación a cualquier operador económico que sufra o tenga riesgo de sufrir perjuicio o daño. Se entiende por operador económico tanto el adjudicatario como los licitadores postpuestos.

Uno de los aspectos polémicos a la hora de la legitimación es el reconocerla o no en función de las opciones de haber obtenido el contrato. Así se establece en la sentencia *Lion Apparel Systems v Firebuy*⁶⁷, en la que se afirma que el recurso no puede ser admitido ya que la entidad adjudicadora ha demostrado que, independientemente de la infracción, el resultado de la adjudicación sería el mismo. En un sentido similar se pronuncia la *Court of Appeal* en el asunto *Lettings International v London Borough of Newham*⁶⁸, señalando que es discutible que la simple pérdida de oportunidad de ganar el contrato sea suficiente para tener legitimación cuando no existía posibilidad alguna de ganarlo.

C) *Plazo para interponer el recurso*

Respecto a los plazos, la legislación nacional fija el plazo para interponer el recurso en la Parte 54.5.A1 de la *Civil Procedure Act* de 1997. En el caso del *judicial review*, la reclamación (*claim*) tendrá que interponerse sin demora y en un plazo máximo de tres meses a contar desde la fecha en que se hayan producido los motivos que justifiquen su interposición. Existen además casos en que pueden acortarse estos plazos recogidos en el propio artículo. Por ejemplo, si la *High Court* considera que se ha producido un retraso indebido en la interposición podría inadmitir el recurso cuando considere que admitirlo supondría un daño o perjuicio sustancial a un tercero, o incluso cuando pudiese afectar al principio de buena administración⁶⁹.

El Gobierno, tras una consulta sobre cómo reformar el instituto del *judicial review*, ha decidido reducir el plazo para interponer el recurso en el ámbito de la contratación a treinta días⁷⁰ —tal y como ocurre en los contratos armonizados—.

⁶⁶ *Inland Revenue Commissioners Appellants v National Federation of Self-Employed and Small Businesses Ltd. Respondents* (1982) AC 617 (traducción del autor).

⁶⁷ *Lion Apparel Systems v Firebuy* (2007) EWHC 2179.

⁶⁸ *Lettings International v London Borough of Newham* (2007) EWCA Civ 1522.

⁶⁹ Sección 31(6) *Senior Courts Act* de 1981.

⁷⁰ <https://consult.justice.gov.uk/digital-communications/judicial-review-reform/> (accedido en agosto 2014).

En el caso de los contratos cubiertos por la Directiva, el plazo que establecía la Regulación 47D(2) era algo ambiguo, y estaba claramente basado en el régimen general que acabamos de comentar. La legislación nacional señalaba que: «b) el recurso se presente sin demora y, en cualquier caso, en el plazo de tres meses a contar desde la fecha en que se hayan producido los motivos que justifiquen su interposición, a menos que la *High Court* considere que existen razones fundadas para ampliar este plazo»⁷¹. Ello fue objeto de revisión tras la sentencia del Tribunal de Justicia de 28 de enero de 2010 en el asunto *Uniplex v NHS Business Services Authority*⁷². En este fallo se considera que la disposición generaba gran inseguridad jurídica y que era contraria a las Directivas; asimismo, el plazo no podía comenzar hasta que el interesado conociera o debiera conocer la resolución del ente adjudicador⁷³.

Tras dicha sentencia, el plazo es de treinta días como regla general, pudiendo el Tribunal discrecionalmente ampliarlo hasta tres meses cuando existan razones para ello⁷⁴, pero siempre desde que el interesado conozca o pueda conocer la decisión adoptada. Además, la PCR recoge los límites máximos que prevé la Directiva de recursos en aras de la seguridad jurídica: los seis meses desde que se produjo la adjudicación, con independencia de que se conocieran o no las irregularidades; y los treinta días desde que se informe expresamente a los licitadores de la decisión de adjudicar el contrato (47E). La sentencia en el asunto *Sita*⁷⁵ discute el grado de conocimiento que debe tener el licitador para considerar que está en disposición de interponer recurso y, por tanto, para que comience a discurrir el plazo, negando que para la interposición sea necesario conocer absolutamente todos los detalles de la decisión⁷⁶.

⁷¹ Traducción contenida en la sentencia del asunto C-406/08, *Uniplex (UK) Ltd v NHS Business Services Authority* (2010) ECR 2010 I-00817.

⁷² Sentencia de 28 de enero de 2010 en el asunto C-406/08, *Uniplex (UK) Ltd v NHS Business Services Authority* (2010) ECR 2010 I-00817.

⁷³ La sentencia hace una interpretación de «conocer» en el sentido de tener la información suficiente. Considerando 30: «Sin embargo, el hecho de que un candidato o licitador tenga conocimiento de que su candidatura u oferta ha sido rechazada no le sitúa en condiciones de interponer efectivamente un recurso. Tal información es insuficiente para permitir al candidato o licitador descubrir la posible existencia de una ilegalidad que pueda fundamentar un recurso».

⁷⁴ Si bien los Tribunales llevan a cabo una interpretación estricta a la hora de ampliar dicho plazo: *Mermec UK v Network Rail Infrastructure High Court* (2011) EWHC 1847 o *Turning Point v Norfolk County Council* (2012) EWHC 2121.

⁷⁵ *Sita UK Ltd v Greater Manchester Waste Disposal Authority* (2010) EWHC 680 (Ch); (2010) 2 CMLR 48; y su apelación *Sita UK Ltd v Greater Manchester Waste Disposal Authority* (2011) EWCA Civ 156.

⁷⁶ S. BRUNNING, «Time limit for bringing proceedings - Mermec UK Ltd v Network Rail Infrastructure Ltd», *Public Procurement Law Review*, núm. 6, 2011.

2. Los mecanismos de tutela tradicionales: la compensación por daños y perjuicios y las medidas provisionales

Respecto a los medios de tutela, en los casos no cubiertos por las Directivas suelen quedar limitados a las medidas provisionales y la compensación por daños. Hay que tener en cuenta que en estos casos no existe la obligación de suspender la adjudicación del contrato ante cualquier reclamación, lo cual lleva a que muchos contratos se formalicen aun siendo irregulares. Y, una vez formalizados, los Tribunales rara vez modifican la decisión adoptada.

Respecto a la compensación que se puede lograr, ésta ha quedado tradicionalmente limitada a la obtención de una compensación económica por daños y perjuicios (*damages*). Éste era, hasta la entrada del Derecho europeo, el único mecanismo de tutela aplicable⁷⁷ —y así sigue ocurriendo en el caso de los contratos no cubiertos por las Directivas—.

En todo caso, la compensación por daños y perjuicios se hace siguiendo las normas del *Law of Tort* que rigen en materia de responsabilidad extracontractual⁷⁸. Dentro de ésta, entre las que pueden darse en materia de contratación destacan dos. Por un lado, la *tort of breach of statutory duty*, esto es, cuando se incumple una norma determinada y dicha norma establece que ante el incumplimiento deberán satisfacerse daños y perjuicios. Precisamente es lo que ocurre con las Directivas, pero también en algunas normas de Derecho interno. Por ejemplo, la Sección 19, en conexión con la 17, de la *Local Government Act* de 1988, que prohíbe ciertas prácticas no comerciales en la contratación⁷⁹. Por otro lado, la *tort of misfeasance of public office*, esto es, la responsabilidad que surge por actos administrativos que intencionalmente violen las normas, siendo la intencionalidad un aspecto fundamental.

El caso clave a la hora de estudiar la compensación por daños en la contratación pública es el asunto *Harmon CFEM Façades v Corporate*

⁷⁷ Para los contratos cubiertos por las Directivas habrá que estar a lo dispuesto en los artículos 47I (si es antes de la formalización) y 47J (si es después).

⁷⁸ Respecto a la responsabilidad contractual, ésta podría surgir en la fase de preparación del contrato si aplicamos la doctrina del contrato implícito explicada en X. CODINA GARCÍA-ANDRADE, «Introducción al régimen inglés de los contratos públicos», cit.

⁷⁹ Ejemplo citado en M. TRYBUS, «An Overview of the United Kingdom Public Procurement Review and Remedies System with an Emphasis on England and Wales», cit., pág. 219. La Sección 19 señala que el incumplimiento no genera ofensa criminal, pero puede dar lugar a un procedimiento de *judicial review* a favor de las personas que tengan un interés suficiente —o, en el caso de Escocia, interés y título válido—, ya sea un potencial contratista o, en el caso de un contrato ya formalizado, un antiguo potencial contratista; y a que cualquier persona que los sufra reclame los daños y perjuicios. Ahora bien, en el siguiente párrafo limita los daños a los costes incurridos para preparar la oferta.

*Officer of the House of Commons*⁸⁰. En dicho asunto se concede la compensación por daños solicitada, una decisión nada habitual hasta entonces⁸¹. Se trata de una empresa francesa que no resulta adjudicataria del contrato de obras relacionado con el edificio del Parlamento; dicha empresa argumenta que no ganó a pesar de presentar la oferta más ventajosa y que lo hubiese hecho de haberse aplicado los criterios fijados en los pliegos. Sin embargo, y el Tribunal le dará la razón, el ente adjudicador no respetó los pliegos y aplicó una política de *Buy British* de discriminación en favor de empresas nacionales. El Tribunal le concede compensación por los costes de preparación de la oferta, así como por el beneficio dejado de obtener —ambos son calculados en asuntos separados⁸²—.

La regla para el cálculo de los daños y perjuicios en esta materia es la de la pérdida de oportunidad⁸³. Así, habrá que ponderar el beneficio perdido (potenciales ingresos menos potenciales gastos) en función de las posibilidades de obtener dicho beneficio. En el asunto *Harmon*, al beneficio dejado de obtener se aplica la doctrina de la pérdida de oportunidad y se pondera que las probabilidades de ganar de *Harmon* eran de un 35%⁸⁴. Esta doctrina de la pérdida de oportunidad y su medición se sigue también en *Luck v Tower Hamlets LBC*⁸⁵ o en *European Dynamics v HM Treasury*⁸⁶.

La Directiva de recursos no se pronuncia sobre cómo deben calcularse los daños y perjuicios; por tanto, lo dicho hasta ahora es plenamente aplicable al régimen armonizado.

Respecto a la concesión de medidas provisionales o *interim relief*, su regulación para el caso de contratos no cubiertos por las Directivas está en la Parte 25 de la *Civil Procedure Rules*. Las medidas provisionales pretenden, como es sabido, la suspensión de la ejecución de una decisión administrativa hasta que se alcance una decisión judicial al

⁸⁰ *Harmon CFEM Façades v Corporate Officer of the House of Commons* (1999) 67 Con LR 1; S. ARROWSMITH, «EC procurement rules in the UK courts: an analysis of the Harmon case: Part 1», *Public Procurement Law Review*, núm. 3, 2000; S. ARROWSMITH, «EC procurement rules in the UK courts: an analysis of the Harmon case: Part 2», *Public Procurement Law Review*, núm. 4, 2000.

⁸¹ M. BOWSHER y P. MOSER, «Damages for breach of the EC public procurement rules in the United Kingdom», cit., pág. 196.

⁸² *Ibid.*, pág. 202.

⁸³ Doctrina que puede verse en *Chaplin v Hicks* (1911) 2 KB 786 o *Allied Maples Group v Simmons and Simmons* (1995) 1 WLR 1602, tal y como señala S. ARROWSMITH, *The law of public and utilities procurement*, cit., pág. 1382, nota al pie 14.

⁸⁴ Las opciones de haber obtenido el contrato se han convertido en pieza fundamental no sólo para evaluar la compensación económica, sino también para declarar la legitimación del agraviado, tal y como vimos al examinar la legitimación.

⁸⁵ *Luck v Tower Hamlets LBC QBD* (2002) EWHC 717.

⁸⁶ *European Dynamics v HM Treasury* (2009) EWHC 3419.

respecto. El Tribunal concederá las medidas a través de la una *injunction*.

La doctrina aplicable para la concesión de medidas provisionales fue fijada en el asunto *American Cyanamid v. Ethicon*⁸⁷, un caso de Derecho privado en el que la concesión de medidas se apoya en un doble test. En primer lugar, la fuerza de los argumentos esgrimidos; en segundo lugar, el test de conveniencia, en el que se analiza si las medidas provisionales son adecuadas —entre otras cosas, se estudia si la concesión de compensación por daños sería suficiente⁸⁸— y si quien solicita las medidas se compromete a asumir los daños que éstas puedan ocasionar.

Con la transposición de la Directiva 2007/66 se procede a adoptar el mecanismo de suspensión automática en el caso de recursos frente a contratos cubiertos por las Directivas⁸⁹. Se produce, por tanto, una inversión de la carga de la prueba, siendo ahora el poder adjudicador el que deba demostrar la idoneidad de levantar la suspensión. Para ello debe aplicarse el test de conveniencia de la misma manera que se hacía antes. Por ejemplo, debe valorarse el interés público de suspender o no el contrato⁹⁰; ahora bien, como señala AKENHEAD en su ponencia del asunto *Exel Europe v University Hospitals Coventry and Warwickshire NHS Trust*⁹¹, existe un interés público a que los contratos sean celebrados de manera adecuada y debe ser considerado en la decisión de elevar o no la suspensión, aunque no necesariamente se imponga a otros intereses⁹². En dicho asunto se decide levantar la suspensión automática obligatoria fijada por la Directiva aplicando el mismo razonamiento del Derecho doméstico: la compensación por daños es remedio suficiente⁹³.

La doctrina inglesa ha seguido con interés el reciente asunto irlandés *OCS One Complete Solution Ltd v Dublin Airport Authority Plc*⁹⁴. Por

⁸⁷ *American Cyanamid v. Ethicon* (1973) AC 396.

⁸⁸ *B2NET v HM Treasury High Court, Queen Bench Division* (2010) EWHC 51; por ejemplo, en el asunto *The Halo Trust v Secretary of State for International Development* (2011) EWHC 87 no se consideran los daños como remedio adecuado: ello decanta a la Sala a conceder medidas provisionales.

⁸⁹ Artículos 1.5 y 2.3 de la Directiva 2007/66.

⁹⁰ *Alstom Transport v Eurostar International Ltd and another* (2010) EWHC 2747 (párr. 80).

⁹¹ *Exel Europe v University Hospitals Coventry and Warwickshire NHS Trust* (2010) EWHC 3332.

⁹² El propio magistrado considera que razones de eficiencia se sobreponen al interés público de llevar a cabo un contrato siguiendo las normas existentes (pág. 45).

⁹³ Sobre la suspensión del procedimiento bajo contratos sometidos a las Directivas, ver también *Indigo Services v The Colchester Institute Corporation* (2010) EWHC 3237, en la que se afirma que dicha suspensión no equivale a suspender hasta el juicio, sino que la suspensión puede perfectamente levantarse; o *Metropolitan Resources Northwest Ltd v Secretary of State for the Home Department* (2011) EWHC 1186 (Ch).

⁹⁴ *OCS One Complete Solution Ltd v Dublin Airport Authority Plc* (2014) IHC 177JR & 2014 52 COM. Es habitual que los académicos en el sistema del *common law* sigan con in-

vez primera se ponen en jaque los principios sentados en *Cyanamid* —que habían llevado a que siempre se elevase la suspensión automática— y considera que éstos son contrarios a las Directivas. BARRET considera: i) que no puede exigirse demostrar que la compensación por daños —tutela resarcitoria— fuera un medio suficiente de tutela; ii) tampoco puede exigirse una cuantía provisional como garantía que cubra posibles consecuencias de la suspensión. Tras realizar un análisis de los beneficios y los perjuicios que la medida podría acarrear, decide no elevar la suspensión⁹⁵.

3. *Mecanismos de tutela disponibles en contratos bajo el alcance de las Directivas*

Como ocurre en otros países, la gama de mecanismos de tutela se amplía cuando el contrato objeto del recurso está cubierto por las Directivas —debe insistirse en esa idea de dos niveles de tutela antes desarrollada—.

La regulación de los mecanismos existentes se encuentra en la Regulación 47 de las PCR⁹⁶, siendo su ámbito de aplicación el mismo que las Directivas —47A(1)—.

Uno de los pilares fundamentales sobre los que pivota la Directiva 2007/66 es el plazo suspensivo. En el sistema inglés, tras la STJUE en el asunto *Alcatel*⁹⁷ ya se había introducido la obligación de observar el plazo suspensivo o *standstill period*. Sin embargo, con la transposición de la Directiva 2007/66 se adopta una versión mejorada y más estructurada de éste, que gira en torno a la obligación de notificación y el plazo que debe esperarse tras ésta. Se pretende así evitar que la entidad adjudicadora se apresure a firmar el contrato y deje sin mecanismos de tutela a los potenciales agraviados —hay que tener en cuenta que en muchos países hasta 2007 la tutela resarcitoria era el único mecanismo de tutela posible una vez firmado el contrato—.

En las Regulaciones 32 y 32A se recogen las disposiciones europeas sobre notificación y periodo de espera hasta la formalización del

terés casos de países bajo la misma cultura jurídica, en tanto la argumentación jurídica sería fácilmente trasladable. El autor de este artículo pretende publicar un breve comentario sobre esta sentencia.

⁹⁵ La apelación ante la *Supreme Court* se desestima en *OCS One Complete Solution Ltd v Dublin Airport Authority plc and another* (2014) IESC 51.

⁹⁶ En la redacción dada por la *Public Contracts (Amendment) Regulations 2009 (SI 2009/2992)* y la *Public Procurement (Miscellaneous Amendments) Regulations 2011, SI No. 2053*.

⁹⁷ Caso C-81/98, *Alcatel Austria c. Bundesministerium für Wissenschaft und Verkehr* (1999) ECR I-7671.

contrato⁹⁸. Se ha fortalecido especialmente los requisitos de notificación que ahora para que ésta se considere realizada —y por tanto empiece a correr el plazo suspensivo— debe aportarse información suficiente. Por ejemplo, debe mostrarse la puntuación propia acompañada de la puntuación del ganador, todo ello con motivos para otorgar cada una.

Además del periodo del plazo suspensivo, las *Regulations* diferencian dos tipos de mecanismos de tutela en función del estado en que se encuentre el contrato. Si el contrato no ha sido formalizado, deberá estarse a lo establecido en el artículo 47I. Este precepto considera que el Tribunal puede tomar una o varias de las siguientes medidas. Primero, ordenar que se anule una decisión o una acción (*setting aside of the decision or action concerned*) —47I(8)(b)—. Segundo, ordenar que el poder adjudicador modifique un documento (*amend any document*). Tercero, otorgar una compensación por daños y perjuicios.

Además, una vez puesto el recurso se produce la suspensión automática del procedimiento de adjudicación en virtud del artículo 47G(1) —suspensión que hemos comentado al hablar de las medidas provisionales—.

En el caso de que ya se haya formalizado el contrato, el Tribunal puede adoptar una serie de medidas —y sólo éstas⁹⁹— según la Regulación 47J. Primero, debe, si se cumplen las condiciones para ello, declarar la ineficacia del contrato. Segundo, debe imponer las multas que fija la norma. Tercero, puede otorgar daños y perjuicios

Dado que la compensación por daños y la suspensión ya han sido estudiadas como parte de los mecanismos tradicionales, es momento ahora de estudiar el resto de mecanismos de tutela.

Posiblemente, el mecanismo que haya supuesto un cambio más radical dentro del sistema inglés de contratos es el de la ineficacia del contrato (*ineffectiveness*). Hasta 2007, una vez que el contrato había sido formalizado, la Directiva (art. 2.7) se inhibía de imponer una solución determinada y dejaba que fueran los Estados los que regulasen los remedios existentes. Sin embargo, tras la Directiva de recursos de 2007 se imponen límites a esta libertad, ya que se obliga a que en ciertos casos se declare la ineficacia del contrato.

La Regulación 47K, sobre la ineficacia del contrato, recoge las mismas bases que la Directiva, esto es, que la ineficacia se declarará: i) cuando el contrato ha sido adjudicado sin anuncio previo cuando

⁹⁸ La jurisprudencia nacional ha extendido la obligación de observar este periodo para contratos de las Directivas donde expresamente no se está obligado a observarlo. Es el caso de los servicios no prioritarios del Anexo IIB en el caso *Federal Security Services Ltd v Chief Constable PSNI and Resource Group Ltd* (2009) NI Ch 3.

⁹⁹ En este caso no se especifica si varias medidas pueden adoptarse a la vez.

éste debía realizarse; ii) cuando no se ha respetado el plazo suspensivo o la suspensión automática en caso de recurso; iii) cuando se adjudica un contrato dentro de un acuerdo marco sin observarse las reglas para la minilicitación.

El plazo máximo para solicitar la ineficacia es de seis meses desde la formalización del contrato, o de treinta días desde la publicación voluntaria.

Además, el sistema inglés se ha decantado por la ineficacia prospectiva —art. 47M—, lo que implica que sólo tiene efectos sobre lo que queda por ejecutar. Por ello se aplican penalizaciones alternativas, tal como obliga la Directiva, si se decide adoptar esta opción. Así, existe la posibilidad de imponer sanciones pecuniarias o de acortar el contrato —47N—. Esta decisión es consistente con la tradicional aversión de los Tribunales a intervenir en contratos privados.

Asimismo, la Regulación 47L considera que podrá exceptuarse la declaración de ineficacia cuando exista para ello una imperiosa razón de interés general —que debe ser esgrimida por una de las partes—. La PCR expresamente establece que no son razones de interés público suficientes los costes del retraso en la ejecución del contrato, ni los resultantes de repetir el procedimiento, ni los derivados de un cambio de proveedor, ni los derivados de la declaración de ineficacia (como las consiguientes compensaciones).

4. *El novedoso sistema de recursos del National Health Service*

Recientemente se ha aprobado un nuevo sistema de recursos en el ámbito de la seguridad social —*National Health Service*, NHS en adelante— que interesa explicar ahora, ya que ofrece un ejemplo de la «administrativización» de la contratación pública inglesa a través de la creación de un órgano revisor especial.

En el año 2012 se aprueba la Ley¹⁰⁰ por la que se convierte a *Monitor*, un organismo público creado en 2004¹⁰¹, en el órgano regulador del sector de los servicios sanitarios en Inglaterra. Dentro de su mandato interesa ahora el papel que se le ha otorgado de supervisor del cumplimiento de las normas de contratación, creándose para ello un sistema de revisión administrativa que queda al margen del sistema judicial. Dicho sistema se encuentra regulado en la *National Health Service (Procurement, Patient Choice and Competition) (No. 2) Regulations 2013 SI 2013/5*.

¹⁰⁰ *Health and Social Care Act* de 2012.

¹⁰¹ *Health and Social Care (Community Health and Standards) Act* de 2003.

La función de *Monitor* es la de «proteger y promover los intereses de las personas que utilizan el sistema de salud», mediante la «promoción de servicios de salud económicos, eficientes y efectivos que mantengan o aumenten la calidad del servicio»¹⁰² —una de las consecuencias más destacable de ello es la legitimación universal para interponer recursos en asuntos relacionados con la contratación—.

Tres son los poderes principales que se le confieren a *Monitor* para llevar a cabo la tarea. Primero, un poder de supervisión. Segundo, el poder de declarar ineficaz un contrato. Tercero, el poder de dirección. Respecto al primero, el poder de supervisión está regulado en la Regulación 13. La investigación se inicia tras una queja —no necesariamente de un proveedor—, pero también puede hacerse de oficio cuando se trata de un posible comportamiento anticompetitivo. En ambos casos *Monitor* puede investigar, pero no está obligado a ello. Se deduce, por tanto, que será una decisión discrecional. Dentro del poder de investigar se incluye el de requerir información y documentación que soporten la decisión tomada, así como el de requerir información en un formato adecuado.

Respecto al poder de declarar ineficaz un contrato, éste se regula en la Regulación 14, que delimita dicha decisión y establece que no podrá afectar a los derechos y obligaciones generados hasta entonces ni a la posibilidad de accionar mecanismos de recurso y tutela. Las condiciones para declarar la ineficacia son:

- Debe tratarse de la infracción de unos preceptos determinados, como el de los principios generales (Reg. 3) o el de las obligaciones de publicidad (Reg. 4).
- Debe ser una infracción suficientemente grave¹⁰³.

También puede declarar nula una cláusula contractual si considera que ésta supone una restricción grave a lo establecido en la Regulación 10 sobre comportamientos anticompetitivos (Reg. 14.3).

Respecto al poder de dirección (Reg. 15), *Monitor* tiene competencia para obligar a la entidad correspondiente a poner en marcha las medidas necesarias para evitar una infracción o para mitigar los efectos de ésta. Puede asimismo modificar una invitación a licitar, e incluso los términos de un contrato. En la Regulación 15(2) expresamente se

¹⁰² Monitor, *Enforcement guidance on the Procurement, Patient Choice and Competition Regulations*, 2013, pág. 6.

¹⁰³ Factores que se utilizan para decidir la gravedad de la infracción son, entre otros, el número de usuarios afectados, la duración de los efectos, si la entidad adjudicadora conocía de los riesgos, etc. Ver *ibid.*

prohíbe que *Monitor* pueda obligar al ente adjudicador a celebrar una licitación competitiva¹⁰⁴.

Por último, queda hacer alusión a la relación entre este mecanismo y el fijado por las PCR que transponen el Derecho europeo. En la norma se deja claro el carácter secundario de *Monitor* en dos ocasiones. En la Regulación 13 se establece que *Monitor* deberá abstenerse de investigar cuando se haya planteado un recurso siguiendo las PCR que analizábamos arriba. Además, un interesado no puede reclamar daños y perjuicios por esta vía si ya lo ha hecho siguiendo los cauces de la PCR (Reg. 17).

III. CONCLUSIÓN

Si en un artículo anterior hacíamos mención a la evolución vivida en el ámbito de la contratación pública en general, lo mismo puede decirse de los recursos y mecanismos de tutela en particular. La evolución del sistema de recursos —hacia un sistema con mayor número de mecanismos de tutela— es un claro ejemplo de la evolución vivida en Inglaterra.

Las fuerzas que provocan este cambio son las mismas en ambos casos: el Derecho europeo de los contratos y la publicación de la contratación. Del primero se ha derivado un doble régimen de tutela. Del segundo hemos visto manifestaciones tanto en la doctrina jurisprudencial como en la aprobación de normas sectoriales. Todo ello nos lleva a afirmar que se trata de un ámbito que camina inexorablemente hacia el Derecho público.

Estas fuerzas acaban por provocar un encorsetamiento de la discrecionalidad —rasgo tradicional hasta entonces— en favor de un mayor control judicial de las decisiones de contratación.

Ahora, en virtud de la evolución vivida, los Tribunales tienen mayor poder para otorgar una tutela efectiva. Hasta no hace mucho, la compensación económica había sido el único mecanismo de tutela existente. Ahora el ramillete de mecanismos es más amplio —aunque descompensado entre contratos según sean o no armonizados—. El mecanismo más potente, y hasta no hace mucho inimaginable en Inglaterra, es el de la declaración de ineficacia de un contrato: sin duda, un arma poderosa en manos de la *High Court* para llevar a cabo su función revisora.

¹⁰⁴ Sobre el posible impacto negativo de esta norma en el principio de libre competencia, ver A. SÁNCHEZ GRAELLS, «New Rules for Health Care Procurement in the UK. A Critical Assessment from the Perspective of EU Economic Law», *Public Procurement Law Review*, vol. 23, 2014.

A lo largo del artículo se han estudiado los mecanismos de tutela existentes en el régimen europeo, en el régimen de *judicial review* y en el régimen ordinario. Pero, además, se ha puesto un ejemplo práctico de cómo la contratación pública inglesa está en continua evolución: la creación de *Monitor*, una entidad administrativa con poderes revisores en el ámbito de la seguridad social. Un ejemplo de cómo el régimen inglés camina hacia la administrativización de la contratación pública.

En definitiva, con el trabajo que aquí concluye se ha tratado de hacer una radiografía primaria del sistema de recursos y mecanismos de tutela existente en Inglaterra. Ello podrá dar pie a investigaciones comparadas o, sencillamente, a la profundización en aspectos puntuales del mismo.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- ARROWSMITH, S.: «Judicial review and the contractual powers of public authorities», *Law Quarterly Review*, vol. 106, abril 1990, págs. 277-292.
- «Protecting The Interests of Bidders for Public Contracts; The Role of the Common Law», *The Cambridge Law Journal*, vol. 53, núm. 1, 1994, págs. 104-139.
- «Legal techniques for implementing Directives: A case study of public procurement», en P. P. CRAIG y Carol HARLOW (eds.), *Lawmaking in the European Union*, Kluwer Law International, London, 1998.
- «EC procurement rules in the UK courts: an analysis of the Harmon case: Part 1», *Public Procurement Law Review*, núm. 3, 2000, págs. 120-134.
- «EC procurement rules in the UK courts: an analysis of the Harmon case: Part 2», *Public Procurement Law Review*, núm. 4, 2000, págs. 135-147.
- *The law of public and utilities procurement*, 2.^a ed., Sweet & Maxwell, London, 2005.
- BAILEY, S. H.: *Cases, materials and commentary on administrative law*, 4.^a ed., Sweet & Maxwell, London, 2005.
- «Judicial review and the public procurement regulations», *Public Procurement Law Review*, 2005, págs. 291-312.
- BLÁCAM, M. de: *Judicial review*, 2.^a ed., Tottel Publishing Ltd, Haywards Heath, 2009.
- BOWSER, M., y MOSER, P.: «Damages for breach of the EC public procurement rules in the United Kingdom», *Public Procurement Law Review*, núm. 4, 2006, págs. 195-210.
- BRAUN, P.: «Strict Compliance versus Commercial Reality: The Practical Application of EC Public Procurement Law to the UK's Private Finance Initiative», *European Law Journal*, vol. 9, núm. 5, 2003, págs. 575-598.
- BRUNNING, S.: «Time limit for bringing proceedings - Mermec UK Ltd v Network Rail Infrastructure Ltd», *Public Procurement Law Review*, núm. 6, 2011, págs. NA268-271.
- CARANTA, R., y DRAGOS, D. C. (eds.): *Outside the EU procurement directives - inside the Treaty?*, DJØF Publishing, Copenhagen, 2012.
- CODINA GARCÍA-ANDRADE, X.: «Introducción al régimen inglés de los contratos públicos», *Revista de Administración Pública*, núm. 194, 2014, págs. 411-435.
- «La doctrina de las obligaciones positivas del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea en la contratación pública: arquitectura constitucional europea

- y nuevas Directivas», *Civitas. Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 50, 2014, págs. 73-101.
- CRAIG, P.: «Legitimate expectations: a conceptual analysis», *Law Quarterly Review*, vol. 108, junio 1992, págs. 79-98.
- DAVIES, A. C. L.: «Ultra vires problems in government contracts», *Law Quarterly Review*, vol. 122, enero 2005, págs. 98-123.
- *The public law of government contracts*, Oxford University Press, Oxford, 2008.
- HARLOW, C.: «“Public” and “Private” Law: Definition Without Distinction», *The Modern Law Review*, vol. 43, núm. 3, 1980, págs. 241-265.
- HARWOOD, R. K., y BUTLER-COLE: «Statutory powers of local authorities: exercise and scrutiny», en Helen RANDALL (ed.), *Local government contracts and procurement*, 2.ª ed, Tottel Pub, Haywards Heath, 2007.
- HENTY, P.: «Remedies Directive implemented into UK law», *Public Procurement Law Review*, núm. 3, 2010, págs. NA115-124.
- MITCHELL, J. D. B.: *The contracts of public authorities: a comparative study*, London School of Economics and Political Science, London, 1954.
- MONITOR: *Enforcement guidance on the Procurement, Patient Choice and Competition Regulations*, 2013.
- OECD: *Public Procurement in EU Member States - The Regulation of Contract Below the EU Thresholds and in Areas not Covered by the Detailed Rules of the EU Directives*, SIGMA Papers No. 45, OECD, 2010.
- PACHNOU, D.: «Bidders’ use of mechanisms to enforce EC procurement law», *Public Procurement Law Review*, núm. 5, 2005, págs. 256-263.
- «Factors influencing bidders’ recourse to the European Commission to enforce EC procurement law», *Public Procurement Law Review*, núm. 2, 2005, págs. 91-102.
- SÁNCHEZ GRAELLS, A.: «New Rules for Health Care Procurement in the UK. A Critical Assessment from the Perspective of EU Economic Law», *Public Procurement Law Review*, vol. 23, 2014.
- SMITH, S., y OWENS, D.: «New procurement legislation for English Healthcare Bodies - The National Health Service (Procurement, Patient Choice and Competition) (No. 2) Regulations 2013», *Public Procurement Law Review*, núm. 4, 2013, págs. NA109-NA115.
- SUNKIN, M., y PICK, K.: «The changing impact of judicial review: the Independent Review Service of the Social Fund», *Public Law*, vol. 11, 2001, págs. 736-763.
- TRYBUS, M.: «An Overview of the United Kingdom Public Procurement Review and Remedies System with an Emphasis on England and Wales», en Steen TREUMER y François LICHÈRE (eds.), *Enforcement of the EU public procurement rules*, DJØF Pub, Copenhagen, 2011 (European Procurement Law Series), pág. 201.
- «The Transposition of the Public Procurement Remedies Directive 2007/66/EC in the United Kingdom. Annual Report 2010 - United Kingdom», *Ius Publicum Network Review*, 2011.
- TURPIN, C.: *Government contracts*, Penguin, Harmondsworth, 1972.
- WOOD, A.: *Wood Review: Investigating UK business experiences of competing for public contracts in other EU countries*, Office of Government Commerce, 2004.