

## LES DECISIONS CONTRACTUALS DAVANT EL RECURS ESPECIAL EN MATÈRIA DE CONTRACTACIÓ<sup>1</sup>

**Carme Lucena Cayuela**

*Presidenta*

*Tribunal Català de Contractes del Sector Públic*

### Resum

Aquest estudi efectua una recopilació de la doctrina del Tribunal Català de Contractes del Sector Públic (TCCSP), fonamentalment d'ençà de l'entrada en vigor de la Llei 9/2017, del 8 de novembre, de contractes del sector públic (LCSP), que resulta especialment il·lustrativa de l'anàlisi que es fa en matèria del recurs especial de l'actuació impugnada i el seu encaix entre els actes que la LCSP estableix com a objecte del recurs especial en matèria de contractació.

Una anàlisi, com es veurà a continuació, que no s'esgota amb la llista d'actes concrets que determina l'article 44.2 LCSP, sinó que, nodrint-se dels postulats marcats per la Directiva 89/665/CEE, dels procediments de recurs, la jurisprudència europea dictada en aquest àmbit i els principis *pro actione* i d'efectivitat del recurs, va més enllà i arriba a incloure qualsevol *decisió* amb afectació directa en el procediment de contractació que sigui susceptible d'haver infringit el dret europeu de contractes públics o el dret intern de transposició.

Per a il·lustrar-ho, l'estudi s'estructura sistemàticament seguint l'ordre del cicle contractual, exposa les actuacions susceptibles d'impugnació des de la fase inicial de la licitació i passa per les actuacions de tràmit que condueixen a la resolució del procediment de contractació, la finalització d'aquest amb l'adjudicació del contracte o les actuacions equiparables amb aquesta i, finalment, les actuacions impugnables en la fase d'execució i extinció del contracte.

Així mateix, el contingut d'aquest estudi no només es limita a explicar les actuacions que són objecte d'impugnació a través del recurs especial, sinó que també conté de manera dinàmica, a través de l'enllaç corresponent, tota la doctrina i la jurisprudència que s'hi porta a col·lació i les dades estadístiques del TCCSP que permeten veure el pes que aquest objecte d'estudi ha representat en el bagatge doctrinal del Tribunal català. Amb ànim, per tant, no només d'extreure la conclusió que els supòsits d'inadmissió del recurs especial per raó de l'acte impugnat queden reconduïts, bàsicament, als supòsits en què la revisió de l'actuació impugnada correspon a altres òrgans i instàncies diferents de l'òrgan administratiu competent en l'àmbit del recurs especial, sinó de constituir també una eina que permeti als òrgans

1. Citació recomanada: Lucena Cayuela, María Carmen. «Societats mercantils». *Revista Catalana d'Administració Pública*, núm. 1 (2024), p. 245-264.

de contractació i a tot operador jurídic copsar la praxi contractual conflictiva i les possibles solucions de millora, i que això reporti la necessària agilitat i eficiència en la tramitació de les licitacions i del mateix recurs especial en benefici de tots els interessos públics i privats en joc.

**Paraules clau:** contracte públic, procediment de revisió en matèria contractual, anunci de licitació, plec de condicions, exclusió d'ofertes, adjudicació de contractes, encàrrec a mitjà propi, modificació de contractes, rescat de concessions.

## LAS DECISIONES CONTRACTUALES ANTE EL RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN

### Resumen

Este estudio efectúa una recopilación de la doctrina del Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público (TCCSP), fundamentalmente desde la entrada en vigor de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público (LCSP), que resulta especialmente ilustrativa del análisis que se realiza en materia del recurso especial de la actuación impugnada y su encaje entre los actos que la LCSP establece como objeto del recurso especial en materia de contratación.

Un análisis, como se verá a continuación, que no se agota con la lista de actos concretos que determina el artículo 44.2 LCSP, sino que, nutriéndose de los postulados marcados por la Directiva 89/665/CEE, de los procedimientos de recurso, la jurisprudencia europea dictada en este ámbito y los principios *pro actione* y de efectividad del recurso, va más allá y llega a incluir cualquier *decisión* con afectación directa en el procedimiento de contratación que sea susceptible de haber infringido el derecho europeo de contratos públicos o el derecho interno de transposición.

Para ilustrarlo, el estudio se estructura sistemáticamente siguiendo el orden del ciclo contractual, expone las actuaciones susceptibles de impugnación desde la fase inicial de la licitación y pasa por las actuaciones de trámite que conducen a la resolución del procedimiento de contratación, la finalización del mismo con la adjudicación del contrato o las actuaciones equiparables con la misma y, finalmente, las actuaciones impugnables en la fase de ejecución y extinción del contrato.

Asimismo, el contenido de este estudio no solo se limita a explicar las actuaciones que son objeto de impugnación a través del recurso especial, sino que también contiene de forma dinámica, a través del enlace correspondiente, toda la doctrina y la jurisprudencia que se trae a colación y los datos estadísticos del TCCSP que permiten ver el peso que este objeto de estudio ha representado en el bagaje doctrinal del Tribunal catalán. Con ánimo, por tanto, no solo de extraer la conclusión de que los supuestos de inadmisión del recurso especial por razón del acto impugnado quedan reconducidos, básicamente, a los supuestos en los que la revisión de la actuación impugnada corresponde a otros órganos e instancias distintas del órgano administrativo competente en el ámbito del recurso especial, sino de constituir también una herramienta que permita a los órganos de contratación y a todo operador jurídico

comprender la praxis contractual conflictiva y las posibles soluciones de mejora, y que esto reporte la necesaria agilidad y eficiencia en la tramitación de las licitaciones y del propio recurso especial en beneficio de todos los intereses públicos y privados en juego.

**Palabras clave:** contrato público, procedimiento de revisión en materia contractual, anuncio de licitación, pliego de condiciones, exclusión de ofertas, adjudicación de contratos, encargo a medio propio, modificación de contratos, rescate de concesiones.

## DECISIONS ON CONTRACTING VERSUS REVIEW PROCEDURES FOR THE AWARD OF PUBLIC CONTRACTS

### Abstract

This study compiles the doctrine of the Catalan Public Sector Contracts Court (TCCSP), fundamentally since the Law 9/2017, of 8 November, on public sector contracts (LCSP) came into force, which is particularly illustrative of the analysis carried out on the subject of the special appeal of the contested action and its place among the acts that the LCSP establishes as the object of the special appeal in matters of contracting.

An analysis, as will be seen below, that is not limited to the list of specific acts determined by Article 44.2 LCSP, but which, drawing on the postulates established by Directive 89/665/EEC, the appeal procedures, the European case law dictated in this area and the principles of *pro actione* and the effectiveness of the appeal, goes further and includes any decision with a direct effect on the contracting procedure that is likely to have infringed European public contracts law or the internal transposition law.

To illustrate this, the study is systematically structured according to the order of the contract cycle, setting out the actions that can be challenged from the initial phase of the tender, through the procedural actions leading to the termination of the procurement procedure, the end of the procedure with the award of the contract or actions comparable to it and, finally, the actions that can be challenged in the phases of execution and termination of the contract.

Likewise, the content of this study is not only limited to explaining the actions that are subject to challenge through the special appeal, but also dynamically contains, through the corresponding link, all the doctrine and jurisprudence that is brought up and the statistical data of the TCCSP that allow us to see the weight that this object of study has represented in the doctrinal baggage of the Catalan Court. With the aim, therefore, not only of drawing the conclusion that the cases of inadmissibility of the special appeal due to the contested act are basically redirected to cases in which the review of the contested action corresponds to other bodies and instances other than the competent administrative body in the sphere of the special appeal, but also to constitute a tool that allows contracting bodies and all legal operators to understand the conflictive contractual praxis and the possible solutions for improvement, and that this leads to the necessary agility and efficiency in the processing of tenders and of the special appeal itself for the benefit of all public and private interests at stake.

**Keywords:** public contract, contract review procedure, tender notices, contract specifications, offer exclusion, contract award, in house providing contract, contract modification, concession contract rescue.

**Sumari:** 1. Introducció. Actes objecte del recurs especial *versus* decisions en matèria de contractació; 2. Actes impugnables de la fase inicial de la licitació; 3. Actes de tràmit objecte del recurs especial; 4. Actes finalitzadors del procediment de contractació; 5. Actes impugnables en la fase d'execució i extinció del contracte; 6. Conclusió.

## 1. INTRODUCCIÓ. ACTES OBJECTE DEL RECURS ESPECIAL *VERSUS* DECISIONS EN MATÈRIA DE CONTRACTACIÓ

Tractar l'àmbit d'aplicació del recurs especial en matèria de contractació des de la perspectiva dels actes que en són objecte va més enllà, pròpiament, de les mateixes previsions de la LCSP, ja que aquestes han de ser interpretades conformement a les directives comunitàries i la mateixa jurisprudència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea (TJUE), i això no s'acota a una llista d'actes concrets.

El primer article de la mateixa Directiva 89/665/CEE, dels recursos, en la redacció donada per la Directiva 2007/66/CE, ja indica que en els contractes compresos en l'àmbit d'aplicació de la Directiva sobre contractació pública cal garantir que «las decisiones» adoptades pels poders adjudicadors han de poder ser recorregudes de manera eficaç i al més ràpid possible quan «hayan infringido el derecho comunitario en materia de contratación pública o las normas nacionales de incorporación de dicha normativa».

Davant aquest mandat comunitari, el legislador intern ha efectuat la transposició normativa corresponent en les successives lleis de contractació pública, en les quals es pot copsar l'evolució del recurs especial, com a mecanisme específic d'impugnació de les decisions en matèria de contractació, d'un recurs de caràcter marcadament precontractual i centrat en els actes que discorren entre l'aprovació de la licitació i l'adjudicació del contracte (per excel·lència, els plecs, l'adjudicació i els actes de tràmit de caràcter qualificat que tenen lloc durant la licitació i la valoració de les ofertes, com ara les exclusions),<sup>2</sup> cap a una via d'impugnació,

2. Per exemple, l'article 37.2 de l'antecessora Llei 30/2007, del 30 d'octubre, de contractes del sector públic, cenyia els actes objecte del recurs especial als

[...] acords d'adjudicació provisional, els plecs reguladors de la licitació i els que estableixin les característiques de la prestació, i els actes de tràmit adoptats en el procediment antecedent, sempre que aquests últims decideixin directament o indirectament sobre l'adjudicació, determinin la impossibilitat de continuar el procediment o produeixin indefensió o perjudici irreparable a drets o interessos legítims.

L'article 40.2 del TRLCSP, però, ja va introduir una llista sistemàtica dels actes objecte del recurs i va ampliar la via del recurs especial a determinats supòsits de modificació contractual:

actualment, com veurem al llarg d'aquest estudi, de decisions que se situen també en un cicle contractual posterior (com ara les modificacions del contracte) o que, fins i tot, se circumscriuen a un tipus de negoci jurídic o contracte en concret (com són els encàrrecs a mitjans propis i el rescat de les concessions).

Així ho disposa l'article 44.2 LCSP:

2. Poden ser objecte del recurs les actuacions següents:

a) Els anuncis de licitació, els plecs i els documents contractuals que estableixin les condicions que hagin de regir la contractació.

b) Els actes de tràmit adoptats en el procediment d'adjudicació, sempre que aquests decideixin directament o indirectament sobre l'adjudicació, determinin la impossibilitat de continuar el procediment o produeixin una indefensió o un perjudici irreparable a drets o interessos legítims. En tot cas, es considera que concorren les circumstàncies anteriors en els actes de la mesa o de l'òrgan de contractació pels quals s'acordi l'admissió o inadmissió de candidats o licitadors, o l'admissió o exclusió d'ofertes, incloses les ofertes que siguin excloses perquè són anormalment baixes com a conseqüència de l'aplicació de l'article 149.

c) Els acords d'adjudicació.

d) Les modificacions basades en l'incompliment del que estableixen els articles 204 i 205 d'aquesta Llei, perquè s'entén que la modificació havia de ser objecte d'una adjudicació nova.

e) La formalització d'encàrrecs a mitjans propis en els casos en què aquests no compleixin els requisits legals.

f) Els acords de rescat de concessions.

Per als actes diferents dels enumerats, tal com ja preveia la legislació anterior, la LCSP estableix que les persones interessades poden posar de manifest a l'òrgan instructor de l'expedient o a l'òrgan de contractació, els defectes de tramitació que puguin afectar-los, a fi que siguin esmenats d'acord amb el dret i sens perjudici que puguin al·legar les irregularitats que els afectin en recórrer l'acte d'adjudicació.

Aquesta darrera previsió no resta exempta de controvèrsia i matís a la pràctica, sota el prisma del necessari principi d'efectivitat, ja no només pel fet de poder fer entendre, per

2. Poden ser objecte del recurs els actes següents:

a) Els anuncis de licitació, els plecs i els documents contractuals que estableixin les condicions que han de regir la contractació.

b) Els actes de tràmit adoptats en el procediment d'adjudicació, sempre que aquests decideixin directament o indirectament sobre l'adjudicació, determinin la impossibilitat de continuar el procediment o produeixin indefensió o perjudici irreparable a drets o interessos legítims. Es consideren actes de tràmit que determinen la impossibilitat de continuar el procediment els actes de la mesa de contractació pels quals s'acordi l'exclusió de licitadors.

c) Els acords d'adjudicació adoptats pels poders adjudicadors.

Tanmateix, no són susceptibles de recurs especial en matèria de contractació els actes dels òrgans de contractació dictats en relació amb les modificacions contractuals no previstes en el plec que, de conformitat amb el que disposen els articles 105 a 107, sigui necessari efectuar una vegada adjudicats els contractes tant si acorden com si no la resolució i la celebració d'una nova licitació.

exemple, que davant una proposta d'exclusió no definitiva d'un licitador —que, com veurem, no és objecte del recurs especial— calgui esperar necessàriament fins a l'adjudicació per a poder-la impugnar —quan la forma i el moment escaients serien abans, contra l'acte pròpiament d'exclusió que es dicti, sota el risc d'extemporaneïtat o de manca de legitimació si es reacciona contra l'adjudicació posterior—, sinó també, fonamentalment, per l'ampliació de l'abast d'impugnació que ha impregnat la jurisprudència europea, plasmada, entre d'altres, en la Sentència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea del 5 d'abril de 2017 (assumpte C-391/15, cas Marina del Mediterráneo, SL contra l'Agencia Pública de Puertos de Andalucía, ECLI:EU:C:2017:268), que impedeix —i obliga a conjuminar amb les circumstàncies concurrents en cada cas, absolutament casuístiques— que pugui supeditar-se el caràcter impugnabile de la decisió al seu contingut o a una terminada fase del procediment de contractació.

En aquest sentit, són prou il·lustratius els considerants 26, 27, 31 i 32 de la sentència esmentada:

26. [...] el tenor literal del artículo 1, apartado 1, de la Directiva 89/665 implica, por el uso de los términos «en lo relativo a los [procedimientos de adjudicación de los] contratos», que toda decisión de un poder adjudicador al que se apliquen las normas del Derecho de la Unión en materia de contratación pública, y que sea susceptible de infringirlas, estará sujeta al control jurisdiccional previsto en el artículo 2, apartado 1, letras a) y b), de la misma Directiva. Así pues, esta disposición se refiere con carácter general a las decisiones de los poderes adjudicadores, sin distinguir entre ellas en función de su contenido o del momento de su adopción (véase la sentencia de 11 de enero de 2005, *Stadt Halle y RPL Lochau*, C-26/03, EU:C:2005:5, apartado 28 y jurisprudencia citada).

27. Esta acepción amplia del concepto de «decisión» de un poder adjudicador viene confirmada por el hecho de que el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 89/665 no establece ninguna restricción en lo que atañe a la naturaleza y al contenido de las decisiones a las que se refiere. Por lo demás, una interpretación restrictiva de este concepto sería incompatible con lo dispuesto en el artículo 2, apartado 1, letra a), de la misma Directiva, que obliga a los Estados miembros a establecer procedimientos de medidas provisionales con respecto a cualquier decisión que adopten los poderes adjudicadores (véase, en este sentido, la sentencia de 11 de enero de 2005, *Stadt Halle y RPL Lochau*, C-26/03, EU:C:2005:5, apartado 30 y jurisprudencia citada).

[...]

31. [...] aunque la Directiva 89/665 no ha determinado formalmente el momento a partir del cual existe la posibilidad de recurso prevista en su artículo 1, apartado 1, el objetivo de la mencionada Directiva, al que se ha hecho referencia en el apartado anterior, no autoriza a los Estados miembros a supeditar el ejercicio del derecho a recurrir al hecho de que el procedimiento de contratación pública de que se trate haya alcanzado formalmente una determinada fase (véase, en este sentido, la sentencia de 11 de enero de 2005, *Stadt Halle y RPL Lochau* (C-26/03, EU:C:2005:5, apartado 38).

32. A falta de normativa de la Unión que determine el momento a partir del cual debe existir la posibilidad de interponer recurso, corresponde al Derecho nacional, según reiterada jurisprudencia, configurar la regulación del procedimiento jurisdiccional destinado a garantizar la salvaguardia de los derechos que el Derecho de la Unión confiere a los justiciables. No

obstante, tal regulación no podrá ser menos favorable que la referente a los recursos similares previstos para la protección de los derechos establecidos en el ordenamiento jurídico interno (principio de equivalencia) ni hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión (principio de efectividad) (sentencias de 30 de septiembre de 2010, *Strabag y otros*, C-314/09, EU:C:2010:567, apartado 34 de 6 de octubre de 2015, *Orizzonte Salute*, C-61/14, EU:C:2015:655, apartado 46, y de 26 noviembre de 2015, *MedEval*, C-166/14, EU:C:2015:779, apartados 32, 35 y 37).

En definitiva, i només a l'efecte introductor i d'aquest apartat de l'estudi, la concepció àmplia que engloba el concepte de *decisió* en matèria de contractació, tant en la normativa com en la jurisprudència comunitària, ha portat els òrgans de revisió en matèria contractual a nodrir-nos d'una interpretació de l'article 44.2 LCSP conforme a aquests postulats i guiada per l'efecte útil de la Directiva de recursos i la interdicció de la indefensió de les parts recurrents davant d'actuacions susceptibles d'haver infringit la normativa europea o nacional de contractació pública, que és el que centrarà l'estudi a continuació a partir de la casuística plantejada en la doctrina del TCCSP.

## 2. ACTES IMPUGNABLES DE LA FASE INICIAL DE LA LICITACIÓ

El recurs especial en matèria de contractació és un recurs de caràcter marcadament precontractual, que té l'objectiu de controlar la legalitat de les decisions dels poders adjudicadors adoptades al llarg de la tramitació del procediment d'adjudicació fins a la perfecció del contracte, i n'és el punt de partida la mateixa licitació.

Des del punt de vista dels actes objecte del recurs especial, la dicció literal de l'article 44.2a LCSP («Els anuncis de licitació, els plecs i els documents contractuals que estableixin les condicions que hagin de regir la contractació») no inclou tot l'expedient de contractació format per a la licitació, sinó que el tret de sortida és el mateix *anunci de licitació* i la *documentació contractual*, constituïda fonamentalment pels plecs que han de regir la licitació i el futur contracte —el de prescripcions tècniques, el de clàusules administratives particulars i, en el procediment de diàleg competitiu, el document descriptiu de la licitació.<sup>3</sup>

Això és així, conformement a la doctrina emesa en aquest àmbit, perquè l'essència del recurs especial rau, precisament, en la seva especialitat contractual i en l'aspiració de les directives de contractació i de la LCSP de crear un procediment àgil per a dirimir qüestions exclusivament referents a l'aplicació correcta de la normativa en matèria de contractació pública, la qual cosa exclou de l'àmbit revisor especial qüestions que, tot i que puguin estar relacionades amb el procediment de contractació, no corresponguin en si mateixes a la legalitat contractual, sinó a l'administrativa o general.

3. En la trajectòria del TCCSP, la impugnació dels anuncis de licitació i dels plecs ha tingut un creixement exponencial darrere de la de les adjudicacions, ja que han passat de ser al voltant del 15% els actes impugnats els anys 2014, 2015 i 2016, al 30% del volum dels assumptes presentats al Tribunal la resta dels anys fins a l'actualitat, tal com reflecteixen les seves memòries anuals d'activitat.

Per aquest motiu, els actes que formen part de l'expedient previ que l'entitat contractant ha de realitzar per a preparar la documentació contractual i obrir la licitació no queden sotmesos al règim del recurs especial en matèria de contractació, sinó al dels recursos administratius ordinaris i jurisdiccionals corresponents, ja que es tracta d'actes o informes que formen part de la fase preparatòria de l'expedient de contractació, però no del procediment d'adjudicació.

És el cas, d'una banda, de les *actuacions preparatòries específiques* que la LCSP i la normativa sectorial preceptuen amb caràcter previ a l'obertura de la licitació de determinats tipus de contracte, com ara, a títol indicatiu, els contractes d'obres, el projecte de l'obra, el seu tràmit d'informació pública o el replanteig, o la *publicatio* del servei i els estudis de viabilitat en els contractes de concessió. La impugnació d'aquestes actuacions de manera aïllada no serà objecte del recurs especial (per exemple, vegeu el cas de la Resolució 135/2023,<sup>4</sup> sobre el recurs interposat contra l'aprovació d'un projecte d'obres), però això no obsta el fet que la manca d'aquesta documentació o tramitació prèvia que exigeix l'expedient de contractació pugui constituir una irregularitat que es dirimeixi en el procediment de recurs especial que s'interposi contra un acte que sí que en sigui objecte (com en la Resolució 55/2022 davant la manca d'un estudi de viabilitat de la concessió de serveis impugnada, o en les resolucions 187/2020 i 11/2020 davant la manca d'aprovació definitiva o del mateix projecte executiu de les obres).

De l'altra, també queden exceptuats de la seva impugnació separada la *resolució d'aprovació de l'expedient* (entre moltes altres, vegeu les resolucions 212/2023, 206/2021, 200/2021, 197/2021 i 113/2018), els tràmits —ja derogats— d'*exposició pública dels plecs* que no puguin apreciar-se *pro actione* com a impugnació pròpiament dita dels plecs (Resolució 70/2014), i *la memòria i els informes justificatius* de totes les qüestions per a les quals la LCSP, al llarg del seu articulat en general i en l'article 116.4 en particular, demana la motivació deguda en l'expedient de contractació, tal com se'n van fer ressò les resolucions 548/2023, 210/2023, 209/2023, 207/2023 i 137/2023, entre d'altres (justificacions com ara la mateixa necessitat d'externalització de la prestació o de la seva execució a través de mitjans propis, la justificació de la urgència de la tramitació de l'expedient, de la insuficiència de mitjans, la lotització o la manca de divisió en lots de l'objecte del contracte, l'elecció del procediment de contractació, els criteris de solvència i d'adjudicació, les fórmules de valoració de les ofertes, etc.), la qual cosa, però, tampoc no impedeix que siguin referits en la fonamentació del recurs especial o analitzats pel Tribunal amb motiu de la impugnació de l'anunci de licitació o dels plecs pròpiament dits (o, seguint aquell exemple, de la formalització de l'encàrrec a mitjà propi, que es tractarà més endavant) sempre que enllacin amb la informació de l'anunci o les clàusules o prescripcions dels plecs que aquells informes vinguin a justificar.

Per acabar, també resten fora de l'àmbit del recurs especial els *anuncis d'informació prèvia* a què es refereix l'article 134 LCSP, quan no fan les funcions pròpies de la convocatòria de la licitació a què responen els anuncis de licitació (supòsit, per exemple, de la Resolució 13/2020).

4. Totes les resolucions que s'esmenten en el text i de les quals només es dona el número de referència són del TCCSP.



En efecte, d'acord amb l'article 28.4 LCSP, els anuncis d'informació prèvia són un instrument de programació de l'activitat contractual mitjançant els quals les entitats del sector públic donen a conèixer de manera anticipada —amb caràcter general, per un termini de cobertura de dotze mesos— el pla de contractació que desenvoluparan i tramitaran en un exercici pressupostari o en períodes plurianuals —almenys els dels contractes que quedaran subjectes a regulació harmonitzada—. Això els permetrà reduir posteriorment, quan publiquin l'anunci de licitació *stricto sensu*, els terminis de presentació de les proposicions en procediments oberts o restringits de contractes subjectes a regulació harmonitzada (art. 134.7 LCSP).

Aquests anuncis es diferencien dels anuncis de licitació objecte del recurs especial pel fet que no constitueixen l'anunci de la convocatòria de licitació per a l'adjudicació del contracte, circumstància que només es preveu legalment i exceptua aquella regla general, en el cas dels anuncis d'informació prèvia de contractes de concessió de serveis especials de l'annex IV de la LCSP, tal com preveuen específicament l'article 135.5 LCSP i la disposició addicional trenta-sisena d'aquesta llei i també ho ha analitzat el TCCSP en la seva doctrina (entre d'altres, vegeu les resolucions 17/2021 i 338/2020).

### 3. ACTES DE TRÀMIT OBJECTE DEL RECURS ESPECIAL

Tal com ja s'ha avançat, l'article 44.2 LCSP preveu com a actes objecte del recurs especial en matèria de contractació els que «decideixin directament o indirectament sobre l'adjudicació, determinin la impossibilitat de continuar el procediment o produeixin una indefensió o un perjudici irreparable a drets o interessos legítims». Recull així els coneguts àmpliament en l'àmbit del dret administratiu i la jurisdicció contenciosa administrativa com a actes de tràmit *qualificats*.

També s'ha avançat que aquest precepte va més enllà de la legislació predecessora perquè afegeix a continuació una exemplificació d'actes que es consideren com a tals i, per tant, són impugnables a través del recurs especial, que inclou no només els actes de la mesa de contractació d'exclusió d'empreses licitadores que l'article 40.2 del text refós de la Llei de contractes del sector públic, aprovat pel Reial decret legislatiu 3/2011, del 14 de novembre (TRLCSPE), conceptuava com a actes que determinen la impossibilitat de continuar el procediment, sinó que, a més a més i concretament, postula:

En tot cas, es considera que concorren les circumstàncies anteriors en els actes de la mesa o de l'òrgan de contractació pels quals s'acordi l'admissió o inadmissió de candidats o licitadors, o l'admissió o exclusió d'ofertes, incloses les ofertes que siguin excloses perquè són anormalment baixes com a conseqüència de l'aplicació de l'article 149.

Per tant, actualment la LCSP fa entrar clarament en el concepte d'*acte de tràmit qualificat* a l'efecte del recurs especial els *actes d'admissió o inadmissió de candidats o licitadors* (talment com en l'àmbit de la qualificació dels requisits d'aptitud dels operadors en els procediments oberts o en aquells altres procediments que segueixen la tramitació dels procediments restringits en establir una fase d'admissió prèvia a la presentació de les ofertes —pro-

cediments de negociació amb licitació, de diàleg competitiu o també les especialitats dels concursos de projectes—), com també els *actes d'admissió o exclusió d'ofertes* en estadis avançats del procediment de licitació (per exemple, per l'incompliment d'especificacions tècniques o condicions exigides en els plecs rectors de la licitació, la superació del pressupost base de licitació o la manca de viabilitat de l'oferta incursa en *temeritat*, entre altres vicissituds), ja siguin aquestes decisions adoptades per la mesa de contractació (o el jurat en concursos de projectes), ja ho siguin, si no intervé aquesta, per l'òrgan de contractació, o bé per aquell d'aquests dos òrgans a qui correspongui la competència.

Aquesta ampliació de l'àmbit del recurs especial pel que fa als actes que en són objecte té la seva gènesi, novament i principalment, en la ja esmentada Sentència del TJUE del 5 d'abril de 2017, en la qual el Tribunal va establir el criteri del caràcter impugnabile de les decisions en matèria de contractació pública quan excedeixin l'àmbit de reflexió interna de l'entitat contractant i —convé recordar— sense necessitat d'haver d'esperar a la culminació d'una determinada fase del procediment de contractació:

29. Esta interpretación del concepto de «decisiones adoptadas por los poderes adjudicadores» que sean susceptibles de recurso no resulta afectada por la circunstancia de que el Tribunal de Justicia haya declarado, en el apartado 35 de la sentencia de 11 de enero de 2005, Stadt Halle y RPL Lochau (C-26/03, EU:C:2005:5), que no son recurribles las actuaciones que formen parte de la reflexión interna de la entidad adjudicadora con vistas a la celebración de un contrato público. En efecto, cuando se trata de la admisión de la oferta de un licitador, decisión sobre la que versa el litigio principal, procede considerar que tal decisión, por su propia naturaleza, rebasa el ámbito de la reflexión interna de la entidad adjudicadora.

[...]

34. En lo que atañe específicamente a la decisión de admitir a un licitador a un procedimiento de adjudicación, como es la decisión controvertida en el litigio principal, el hecho de que la normativa nacional en cuestión en el procedimiento principal obligue en todos los casos al licitador a esperar a que recaiga el acuerdo de adjudicación del contrato de que se trate antes de poder interponer un recurso contra la admisión de otro licitador infringe las disposiciones de la Directiva 89/665.

[...]

37. De las consideraciones anteriores en su conjunto resulta que procede responder a la primera cuestión prejudicial que el artículo 1, apartado 1, y el artículo 2, apartado 1, letras a) y b), de la Directiva 89/665 deben interpretarse en el sentido de que, en una situación como la controvertida en el litigio principal, se oponen a una legislación nacional en virtud de la cual la decisión de admitir a un licitador al procedimiento de adjudicación —decisión de la que se ha alegado que infringe el Derecho de la Unión en materia de contratos públicos o la legislación nacional de transposición de ese Derecho— no está incluida entre los actos de trámite de un poder adjudicador que pueden ser objeto de un recurso jurisdiccional independiente.

De fet, l'anàlisi del caràcter impugnabile de l'acte és una de les tasques més casuístiques a què s'enfronta l'òrgan competent per a conèixer del recurs especial a l'hora d'apreciar l'admissibilitat del recurs, atès que en la praxi ordinària de tramitació de la licitació tots els operadors presentats hi resten admesos mentre no concorri un acte que els expulsi del procediment (en aquest sentit, vegeu, per totes, les resolucions 132/2019, 86/2019 i 74/2019).

Això ha portat la doctrina del TCCSP a conjuminar els postulats de la jurisprudència comunitària i el nou mandat del legislador intern analitzant detalladament, en cada cas i atenent factors com ara *a*) la tramitació que s'hagi seguit en el procediment, *b*) els actes de comunicació que s'hagin practicat i *c*) el dret de defensa de la part afectada, si actes aparentment de reflexió interna contenen un pronunciament explícit o concloent d'admissió, no-admissió o exclusió d'una oferta que els faci objecte del recurs especial.

En l'aplicació inicial d'aquesta jurisprudència i novetat normativa es poden portar a col·lació casos significatius com els que es van analitzar de manera casuística, entre d'altres, en les resolucions 169/2017 (dictada en un recurs contra l'acta de la mesa de contractació d'obertura de les ofertes avaluable automàticament de les empreses que continuaven admeses a la licitació), 54/2018 (en relació amb el quadre de puntuacions publicat de les ofertes pels criteris dependents d'un judici de valor, en el qual es deduïa clarament i de manera concloent, amb la puntuació assignada i la manca d'obertura del sobre de l'oferta econòmica de l'empresa recurrent, que aquesta restava exclosa de la licitació pel fet de no haver assolit el llindar mínim de puntuació exigida per a poder continuar en el procediment), 74/2019 (contra l'acte d'obertura de les ofertes econòmiques i l'informe de valoració d'aquestes, que van ser analitzats i conclosa l'admissibilitat en funció del títol legitimador de la part recurrent) i 393/2019 (contra la classificació de les proposicions en un concurs de projectes, precisament, per raó de l'admissió de l'oferta qüestionada).

Fora de casos específics com aquests, en què les circumstàncies concurrents van determinar l'admissibilitat del recurs especial, actuacions com la *valoració de les ofertes* plasmada en informes tècnics o en actes de la mesa de contractació, l'*obertura de pliques* (entre d'altres, vegeu les resolucions 303/2022, 207/2021, 125/2021 i 132/2019), les *propostes d'exclusió* elevades a l'òrgan de contractació (fins i tot davant de supòsits en què la decisió podia haver estat adoptada per la mesa de contractació, com en el cas de les resolucions 53/2022, 321/2019 i 138/2019), la *classificació de les proposicions* i les *propostes d'adjudicació* del contracte, si no contenen cap acord definitiu —expres o tàcit— en el sentit exposat, s'han conclòs com a actes que no són objecte del recurs especial, i no s'han erigit tampoc com a tals pel fet que hagin estat publicats en el perfil del contractant a l'efecte de la transparència del procediment *ex* article 63.3 LCSP (vegeu les resolucions 469/2023, 458/2023, 138/2023, 355/2022, 126/2022, 117/2022 i 115/2021, entre d'altres), ni pel fet que l'operador hagi rebut un avís electrònic —que no es pot confondre amb una *notificació electrònica*— com els que el servei d'alertes de la plataforma de contractació a què estigui subscrit pugui generar automàticament cada vegada que es publiquen actes i tràmits en l'espai virtual de la licitació (en aquest sentit, vegeu les resolucions 651/2023 i 246/2021).

En efecte, els informes tècnics, ja siguin els de valoració de les ofertes, ja siguin d'un altre judici (anàlisi de la viabilitat d'una oferta presumptament anormal, del compliment de la solvència exigida, etc.), amb caràcter general no constitueixen *per se* actes de tràmit qualificats objecte del recurs especial d'acord amb l'article 44.2*b* LCSP, ja que no determinen els pressupòsits establerts legalment pel fet que romanen encara en l'esfera de la reflexió interna de l'entitat contractant, com a actes instrumentals que ordenen els diferents tràmits del procediment de contractació a fi de nodrir els actes posteriors del procediment; és a dir, fins que

no es vegin materialitzats en l'acte administratiu de la mesa o l'òrgan de contractació, segons els casos, que adopti l'acord concret d'admissió o exclusió d'empreses, o, si no tenen lloc o no es notifiquen degudament abans, en l'acte que posi fi al procediment (entre d'altres, vegeu les resolucions 596/2023, 541/2023, 437/2023, 400/2023, 296/2023, 166/2023, 143/2023, 322/2022, 9/2022, 342/2021, 58/2021 i 385/2020).

D'aquesta manera, els informes tècnics no són impugnables de manera separada de la resolució final a què serviran de base, que ha d'adoptar l'òrgan corresponent i que, per tant, l'òrgan de resolució del recurs especial no pot condicionar amb el seu pronunciament avançat (entre d'altres, vegeu les resolucions 638/2023, 570/2023, 568/2023, 173/2023, 126/2022, 125/2021, 77/2021, 2/2021, 311/2020 i 72/2020).

El mateix es predica de les propostes d'adjudicació dels contractes, ja que, a més d'instrumentar aquesta decisió, conformement amb l'article 157.6 LCSP no creen cap dret a favor del licitador proposat enfront de l'Administració i la decisió que adopti finalment l'òrgan de contractació pot ser seguint el criteri de la mesa de contractació, o bé altrament de manera motivada (entre moltes altres, vegeu les resolucions 622/2023, 621/2023, 572/2023, 458/2023, 20/2023, 150/2022, 253/2021, 150/2021, 256/2020, 245/2020 i 126/2020).

I, de manera estretament lligada amb les propostes d'adjudicació, succeeix el mateix amb els actes de classificació de les proposicions, encara que hagin estat adoptats pel mateix òrgan de contractació (com en els supòsits de les resolucions 585/2023, 172/2023, 326/2022, 349/2021 i 385/2020), ja que donen pas a l'obertura del tràmit que legalment els segueix *ex* article 150.2 LCSP, això és, al requeriment a l'empresa identificada amb la millor oferta de la documentació preceptiva per a l'adjudicació del contracte al seu favor, la qual cosa pot portar a aquesta finalització del procediment o no, segons si ho aconsegueix adequadament i la qualificació documental posterior resulta favorable (a més de les ja esmentades, vegeu les resolucions 585/2023, 373/2023, 326/2022 i 14/2022).

Per acabar, mereixen un tractament diferenciat les exclusions per incursió de l'oferta en *temeritat*, ja que, des de la perspectiva del caràcter impugnable de la decisió, escau delimitar la competència dels òrgans que hi intervenen.

En efecte, partint de la prèvia delimitació en el plec de clàusules administratives particulars dels paràmetres objectius que permetin identificar els casos en què una oferta, considerada en el seu conjunt, es consideri anormal (o, quan l'únic criteri d'adjudicació sigui el del preu, si els plecs no els preveuen, els paràmetres objectius que s'estableixin per reglament), l'article 149.4 LCSP enceta l'expedient contradictori que s'ha de seguir per tal de justificar i acreditar la viabilitat de l'oferta per a l'execució correcta del contracte.

Per això disposa, d'una banda, que la mesa de contractació —o, si no n'hi ha en aquell procediment, l'òrgan de contractació—, quan hagi identificat una o diverses ofertes incurses en presumpció d'anormalitat, ha de fer un requeriment a l'empresa o les empreses licitadores que les hagin presentat i donar-los un termini suficient perquè justifiquin i desglossin raonadament i detalladament el baix nivell dels preus, o dels costos, o qualsevol altre paràmetre sobre la base del qual s'hagi definit el caràcter anormal de l'oferta, mitjançant la presentació de la informació i documentació que sigui pertinent per a aquesta finalitat. I, de l'altra, l'article 149.6 LCSP estableix que, una vegada presentada aquesta documentació, la mesa de contrac-

tació —o, altra vegada, si no n’hi ha, l’òrgan de contractació— ha d’avaluar tota la informació i documentació proporcionada pel licitador dins de termini i, en cas que es tracti de la mesa de contractació, «ha d’elevant de manera motivada la corresponent proposta d’acceptació o rebuig a l’òrgan de contractació», sense que es pugui acordar l’acceptació de l’oferta si «la proposta de la mesa de contractació» en aquest sentit no està motivada degudament.

Aquesta disposició resulta concordant amb les funcions de la mesa de contractació definides, amb caràcter general i per a qualsevol procediment de contractació, en l’article 326.2 LCSP, l’apartat c del qual hi inclou «la proposta sobre la qualificació d’una oferta com a anormalment baixa», i, per al procediment obert però igualment aplicable a la resta de procediments per remissió expressa del mateix precepte, en l’article 22.1f del Reglament de desplegament parcial de la Llei 30/2007, del 30 d’octubre, de contractes del sector públic, aprovat pel Reial decret 817/2009, del 8 de maig, segons el qual, a la vista del resultat de l’expedient contradictori instruït, la mesa de contractació «proposarà a l’òrgan de contractació la seva acceptació o rebuig».

En definitiva, en l’àmbit de la tramitació de la peça contradictòria de justificació i anàlisi tècnica de la viabilitat d’una oferta incursa en presumpció d’anormalitat, la funció de la mesa de contractació és exclusivament assessora o auxiliar de l’òrgan de contractació —com a «òrgan d’assistència tècnica especialitzada» en la dicció de l’article 326.2 LCSP—, i no decisora, a l’efecte del caràcter impugnable dels seus actes de manera separada de la decisió final d’admissió o de rebuig de l’oferta, que correspon exclusivament a l’òrgan de contractació.

La doctrina del TCCSP ha estat molt detallada i constant en aquest sentit i no són pocs els assumptes que han culminat en la inadmissió del recurs especial per haver-se presentat contra informes tècnics d’anàlisi de les justificacions de viabilitat o propostes de la mesa de contractació d’admissió o de rebuig en aquest àmbit elevades a l’òrgan de contractació i que, per tant, no eren objecte de recurs de manera prèvia a la decisió adoptada per aquest que resolgués de forma definitiva la peça contradictòria de temeritat (en aquest sentit, vegeu, entre moltes altres, les resolucions 315/2023, 212/2022, 211/2022, 7/2022, 248/2021, 210/2021, 408/2020, 9/2020 i 281/2018). Altrament, si l’òrgan de resolució del recurs especial s’hagués pronunciat amb caràcter previ, seria una actuació susceptible de perjudicar i condicionar el criteri de l’òrgan de contractació i suplantar-lo indegudament, sota pena de nul·litat radical *ex* article 47.1b LPAC, en la decisió final d’admissió o rebuig de l’oferta, que correspon únicament a l’entitat contractant.

Ahora, resulta també una —anòmala— praxi administrativa observada a través del recurs especial —i el principi *pro actione* i el dret de defensa de la part recurrent han portat el Tribunal a reconèixer el caràcter impugnable de l’acte a l’efecte d’aquest recurs— aquella en la qual la decisió última de rebuig d’una oferta pel seu caràcter anormal no és adoptada de manera expressa per l’òrgan de contractació, sinó, de fet, tàcitament o de manera concloent en la resolució final del procediment de contractació —ja sigui d’adjudicació a favor d’una altra empresa, ja sigui de declaració de la licitació com a deserta, o un altre pronunciament que posi fi al procediment o, en definitiva, determini per a l’empresa licitadora incursa en una presumpció d’oferta anormal, la impossibilitat de mantenir-s’hi.

Són supòsits com els que, a títol indicatiu, van analitzar les resolucions 291/2023, 157/2021 i 55/2021, en les quals, una vegada instruït l'expedient contradictori de justificació d'una part i d'anàlisi tècnica de la viabilitat de l'oferta i formulada la proposta —o la decisió erròniament considerada com a definitiva— de la mesa de contractació, no concorre cap decisió expressa de l'òrgan de contractació que tanqui la peça que no sigui, consegüentment, la que s'entén implícitament adoptada en la resolució final del procediment de contractació o una altra d'intermèdia que doni a entendre de manera concloent l'expulsió de l'oferta anormal del procediment —com ara, per exemple, la proposta d'adjudicació del contracte sobre la base d'una classificació de les proposicions que omet la consideració de la identificada com a presumptament anormal.

En definitiva, davant de tots els supòsits d'interposició del recurs especial contra actes que no en són objecte talment com s'ha exposat al llarg d'aquest epígraf, s'ha conclòs amb la declaració de la inadmissió del recurs perquè així ho imposa l'article 55c LCSP.

En aquests supòsits, tal com determina l'article 44.3 LCSP, els defectes que puguin afectar els actes que no són objecte del recurs especial s'han de posar de manifest per la part interessada davant la mesa o l'òrgan de contractació a fi que pugui corregir-los a l'hora d'emetre l'acte definitiu corresponent, que, aleshores sí, serà susceptible d'impugnació.

Aquesta darrera previsió legal no resulta gens fútil i, en virtut seva, en els supòsits enjudiciats en la doctrina del TCCSP són igualment nombrosos els que, en pro del dret de defensa de la part recurrent, el mateix Tribunal ha conclòs retornar o traslladar-ne l'escrit de recurs a l'òrgan de contractació, a fi que li doni el tractament legal corresponent, quan ha apreciat que l'accés a la via del recurs especial ha estat propiciada pel mateix òrgan i ha creat confusió a la part recurrent, com ara, per exemple, en haver traslladat impròpiament les al·legacions al Tribunal o haver establert un règim d'impugnació incorrecte en els plecs o en el peu del recurs de l'acte impugnat (en aquest sentit, vegeu, entre moltes altres, les resolucions 585/2023, 420/2023, 205/2023, 326/2022, 212/2022 i 95/2022).

#### 4. ACTES FINALITZADORS DEL PROCEDIMENT DE CONTRACTACIÓ

Malgrat que l'adjudicació del contracte és l'acte del procediment de contractació objecte del recurs especial per excel·lència,<sup>5</sup> la interposició del qual —excepte quan es tracta d'adjudicacions de contractes basats en acords marc o de contractes específics d'un sistema dinàmic d'adquisició— comporta *ope legis* la suspensió de la tramitació del procediment per imperatiu de l'article 53 LCSP, aquestes soles apreciacions fan incompleta l'anàlisi del recurs especial en aquest moment procedimental de la contractació.

5. Segons les memòries anuals d'activitat del TCCSP, les adjudicacions van representar, respecte al volum d'assumptes presentats al Tribunal, el 58,41% l'any 2014, el 62,22% l'any 2015, el 46,15% l'any 2016, el 40,66% l'any 2017, el 45,25% l'any 2018, el 40,50% l'any 2019, el 35,80% l'any 2020, el 36,07% l'any 2021 i el 33,20% l'any 2022, i només van quedar atrapades l'any 2022 per la següent actuació més impugnada a la pràctica, corresponent als plecs i els anuncis de licitació, que aquell any van representar un 33,40% del volum total d'expedients del Tribunal.

En efecte, l'adjudicació és l'acte que ordinàriament posa fi al procediment de contractació i està establert en l'article 44.2c LCSP com a acte objecte del recurs especial, però no tots els actes que posen fi al procediment són l'adjudicació del contracte. La doctrina del TCCSP, en una interpretació conforme amb la jurisprudència europea i en nom del principi de defensa de les parts afectades, ha reconegut el caràcter impugnable d'altres actes que no estan previstos expressament en l'article 44.2 LCSP però que s'assimilen a l'acte d'adjudicació, ja sigui perquè també posen fi al procediment de contractació, ja sigui perquè produeixen els mateixos efectes d'obtenció d'un contracte públic encara que sigui al marge del procediment legalment establert.

És el cas, per exemple, en el primer bloc al·ludit, dels actes que cancel·len el procediment de contractació o bé amb la «decisió de no adjudicar o subscriure el contracte o el desistiment del procediment d'adjudicació», tal com preveu l'article 152 LCSP, o bé amb la *declaració de la licitació com a deserta* per manca de presentació d'ofertes o per manca d'ofertes admissibles, *arg. ex, a contrario sensu*, article 150.3 *in fine* LCSP.

En aquest sentit, és un criteri doctrinal reiterat en l'àmbit del recurs especial que l'esperit de la Directiva 89/665/CEE, dels recursos, no és extreure del control de legalitat les decisions dels poders i les entitats adjudicatòries que cancel·len les licitacions tancant el procediment de contractació sense l'adjudicació del contracte quan concorren operadors econòmics en la licitació que poden veure afectats els seus drets i interessos legítims (vegeu, en la doctrina més recent del TCCSP, les resolucions 538/2023, 525/2023, 377/2023, 236/2023, 112/2023 i 39/2022 pel que fa al desistiment de la licitació, com també la 248/2022, que va tractar la distinció entre aquesta figura i la decisió de no-adjudicació del contracte, i les resolucions 636/2023, 467/2023, 439/2023, 436/2023, 275/2023, 150/2023 i 148/2023 quant al desert de la licitació, una decisió estretament consegüent als actes d'exclusió d'empreses licitatòries).

Això és així, segons el criteri doctrinal exposat, en assumptió dels postulats del bagatge jurisprudencial europeu. Ho va establir el TJUE en la Sentència del 2 de juny de 2005 (assumpte C-15/04, cas *Koppensteiner GmbH contra Bundesimmobiliengesellschaft mbH*, ECLI:EU:C:2005:345):

31. [...] en la medida en que, en virtud del Derecho nacional, incluso interpretado de manera conforme con el Derecho comunitario, un licitador no pueda impugnar un acuerdo de cancelación de una licitación por ser contrario al Derecho comunitario y solicitar por ese motivo su anulación, el Derecho nacional no cumple lo dispuesto en los artículos 1, apartado 1, y 2, apartado 1, letra b), de la Directiva 89/665.

I és que, tal com va indicar el mateix Tribunal en la Sentència del 18 de juny de 2002 (assumpte C-92/00, cas *Hospital Ingenieure*, ECLI:EU:C:2002:379):

53. [...] la completa consecución del objetivo que la Directiva 89/665 pretende alcanzar se vería comprometida si las entidades adjudicatadoras pudieran cancelar las licitaciones para los contratos públicos de servicios sin estar sujetas a los procedimientos de control

jurisdiccional destinados a asegurar desde todos los puntos de vista la efectividad del cumplimiento de las directivas que establecen normas materiales sobre contratos públicos y de los principios en los que se sustentan.

54. [...] el acuerdo por el que se cancela una licitación para un contrato público de servicios forma parte de las decisiones con respecto a las cuales, en virtud de la Directiva 89/665, los Estados miembros están obligados a prever procedimientos de recurso de anulación, con el fin de garantizar el cumplimiento de las normas del Derecho comunitario en materia de contratos públicos, así como las normas nacionales mediante las que se adaptan los ordenamientos jurídicos nacionales al referido Derecho.

55. Por consiguiente, procede responder a la primera cuestión que el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 89/665 exige que el acuerdo de la entidad adjudicadora por el que se cancela la licitación para la adjudicación de un contrato público de servicios pueda ser objeto de recurso y, en su caso, anulado, por haber infringido el Derecho comunitario en materia de contratos públicos o las normas nacionales mediante las que se adaptan los ordenamientos jurídicos internos al referido Derecho.

Per altra banda, la doctrina del TCCSP no només ha considerat que són impugnables les decisions de cancel·lació de les licitacions com ara les esmentades altres formes de finalització del procediment de contractació diferents de l'adjudicació, sinó que també entén que no poden quedar al marge del control de la legalitat contractual altres decisions equiparables amb l'acte d'adjudicació perquè comporten també l'obtenció d'un contracte públic però sense empara legal.

És el cas, en aquest segon bloc de decisions impugnables, de les que imposen a l'empresa contractista —i, consegüentment, sostrauen el contracte de licitació i de la concurrència d'altres operadors econòmics potencials— la pròrroga forçosa o ordre de continuïtat en la prestació que està executant, una vegada exhaurit el contracte i les seves possibles pròrrogues (supòsits dels recursos objecte de les resolucions 211/2020 i 210/2020, entre d'altres), i altres decisions de *pròrroga excepcional* del contracte que excedeix o no respecta els requisits establerts en l'article 29.4 LCSP (cas dels assumptes de les resolucions 382/2023 i 365/2023).

Des d'aquesta darrera perspectiva, també convé apuntar el caràcter excepcionalment impugnable de la *formalització del contracte* —això és, la signatura d'aquest entre les parts— (com en els casos de les resolucions 576/2023, 194/2023 i 46/2023), malgrat que tampoc no està establert expressament en l'article 44.2 LCSP, sempre que enllaci amb l'anàlisi revisora dels supòsits de nul·litat de ple dret del contracte previstos en els apartats *d* i *e* de l'article 39.2 LCSP, referits, respectivament, a la inobservança per l'òrgan de contractació del termini per a formalitzar el contracte (sempre que per aquesta causa el licitador s'hagi vist privat de la possibilitat d'interposar un recurs contra algun dels actes del procediment d'adjudicació i que, a més, concorri alguna infracció procedimental que li hagi impedit obtenir-la) i al fet d'haver formalitzat el contracte, en els casos en què s'hagi interposat el recurs especial, sense respectar la suspensió del procediment de contractació (ja sigui la suspensió automàtica quan l'acte recorregut sigui el d'adjudicació en els casos en què sigui procedent, ja sigui l'adoptada per l'òrgan competent per a conèixer del recurs especial interposat).



## 5. ACTES IMPUGNABLES EN LA FASE D'EXECUCIÓ I EXTINCIÓ DEL CONTRACTE

Les novetats més significatives que va introduir la LCSP en l'ampliació de l'àmbit objectiu del recurs especial rau en la fase d'execució i extinció del contracte; concretament, la formalització d'encàrrecs a mitjans propis, la modificació dels contractes i el rescat de les concessions, si bé això, salvant el cas dels encàrrecs, no ha tingut un reflex significatiu en el bagatge doctrinal del TCCSP d'ençà de l'entrada en vigor de la LCSP quant al volum d'assumptes sotmesos al seu pronunciament que hagin tingut per objecte aquests tipus d'actes.

La LCSP comença l'exposició pels *encàrrecs a mitjans propis* i, com la legislació antecessora, continua sostraint del règim d'adjudicació propi dels contractes públics els anomenats contractes *in house providing*, com a negocis jurídics en virtut dels quals una entitat del sector públic encarrega la realització d'una determinada prestació a una persona jurídica que tingui atribuïda la condició de mitjà propi d'aquella —exempció que, convé recordar, no inclou, en canvi, amb caràcter general, els contractes que posteriorment hagi de subscriure el mitjà propi per a la realització de les prestacions de l'encàrrec.

Alhora, conformement amb les determinacions de la Directiva 2014/24/UE, la LCSP va endegar una nova regulació dels sistemes de cooperació vertical i horitzontal entre les entitats que pertanyen al sector públic, tinguin o no la consideració de poders adjudicadors, i va augmentar les exigències que han de complir les entitats receptores dels encàrrecs a fi d'evitar que el resultat d'aquesta cooperació, que jurídicament no tindria la qualificació de contractual, enclogui adjudicacions directes que menyscabin el principi de lliure competència, com ara, entre molts altres requisits, que l'entitat que tingui el caràcter de mitjà propi disposi de mitjans personals i materials adequats per a complir l'encàrrec que se li faci, que hagi sol·licitat l'autorització del poder adjudicador del qual depengui, que no tingui participació d'una empresa privada i que no pugui dur a terme lliurement en el mercat més del vint per cent de la seva activitat.

Doncs bé, és amb aquesta finalitat d'evitar la *fugida d'adjudicacions* de la legislació de contractes que l'article 44.2e LCSP exigeix la formalització de l'encàrrec en una actuació objecte de control a través del recurs especial en matèria de contractació i, en aquest sentit, ceneix l'àmbit de revisió al compliment dels requisits legals que ha de complir l'encàrrec al mitjà propi personificat per a resultar, efectivament, un negoci jurídic de cooperació pública exceptuat de la qualificació jurídica de contractual i dels règims procedimental i de publicitat i concurrència propis dels contractes públics.

Els diversos escenaris que poden adoptar els encàrrecs a mitjans propis personificats (encàrrecs efectuats per poders adjudicadors o per altres entitats del sector públic que no tenen aquesta consideració, encàrrecs inversos fets a poders adjudicadors, mitjans propis personificats d'una única entitat, mitjans propis compartits per dos o més poders adjudicadors, etc.) i els requisits establerts en cada cas per a la tramitació dels encàrrecs i perquè les entitats receptores tinguin la consideració de mitjà propi, impregnen l'enorme anàlisi casuística que conforma la doctrina del TCCSP, tenint en compte no només els requisits generals i específics establerts en els articles 32 i 33 LCSP, sinó també els concordants que resulten d'aplicació de la legislació de règim jurídic del sector públic *ex* disposició final quarta de la LCSP i els establerts per la

legislació de règim local respecte de la gestió dels serveis públics d'aquest àmbit, tot plegat amb la necessària interpretació conforme amb les directives i la jurisprudència comunitàries (entre moltes altres, vegeu les resolucions 102/2023, 94/2023, 32/2023, 14/2023, 4/2023, 343/2022, 319/2022, 300/2022, 294/2022, 259/2022, 391/2020 i 23/2020, respecte dels mitjans propis compartits i l'anàlisi particular, entre els altres requisits exigits, del control anàleg conjunt per part de diversos poders adjudicadors; les resolucions 17/2023 i 327/2022, pel que fa a l'anàlisi dels encàrrecs tant des de la perspectiva de la cooperació horitzontal i vertical com de la del control individual i conjunt sobre l'entitat designada com a mitjà propi, i la Resolució 249/2021, a més, sobre els encàrrecs inversos fets a favor d'un poder adjudicador).

En segon lloc, continuant l'estudi dels actes objecte del recurs especial en fase d'execució amb les *modificacions contractuals*, l'article 40.2 *in fine* del TRLCSP, precursor de l'actual article 44.2 LCSP, ja preveia com a actes impugnables les modificacions contractuals establertes en els plecs i sense limitació quant al seu abast, per via, *a contrario sensu*, d'establir que no eren objecte del recurs especial les modificacions pels supòsits legals que calgués fer en l'execució dels contractes:

Tanmateix, no són susceptibles de recurs especial en matèria de contractació els actes dels òrgans de contractació dictats en relació amb les modificacions contractuals no previstes en el plec que, de conformitat amb el que disposen els articles 105 a 107, sigui necessari efectuar una vegada adjudicats els contractes tant si acorden com si no la resolució i la celebració d'una nova licitació.

Aquesta disposició contrasta amb l'actual article 44.2d LCSP, que amplia les modificacions impugnables per via del recurs especial a les basades tant en modificacions previstes en el plec de clàusules administratives particulars (art. 204 LCSP) com en modificacions no previstes en el plec —és a dir, davant els supòsits legals de modificació per prestacions addicionals, per circumstàncies imprevisibles o per modificacions no substancials (art. 205 LCSP)—, però, en tot cas, la modificació havia de ser objecte d'una adjudicació nova a través del procediment de contractació escaient (limitació que, per exemple, va donar lloc a la inadmissió del recurs analitzat en la Resolució 8/2023).

Per acabar, el *rescat de les concessions* va constituir la gran novetat de l'actual LCSP, ja que va ampliar els actes objecte del recurs especial als actes d'extinció del contracte, però no a tots, sinó només als actes de resolució i, alhora, no a qualsevol acte de resolució anticipada del contracte (en aquest sentit, vegeu la Resolució 666/2023 davant la impugnació de l'acte de resolució d'un contracte de subministrament per incompliment del contractista), sinó únicament en l'àmbit dels contractes de concessió i, més concretament, al supòsit de resolució anticipada basada en el rescat de la concessió (art. 44.2f LCSP).

El rescat de les concessions d'obres i serveis es defineix en els articles 279c i 294c LCSP, respectivament, com la declaració unilateral de l'òrgan contractant adoptada per raons d'interès públic per la qual dona per acabada la concessió, no obstant la bona gestió del seu titular, perquè la gestioni directament l'Administració, i requereix, a més, que s'acrediti que aquesta gestió directa és més eficaç i eficient que la concessional.

A l'efecte del recurs especial, per al TCCSP aquestes previsions legals presenten la característica de fer coincidir l'anàlisi de la decisió de rescat impugnada a fi de determinar la seva competència i l'admissibilitat del recurs amb el mateix examen del fons del rescat, és a dir, enjudiciar la concurrència del requisit que la gestió directa sigui més eficaç i eficient que la gestió indirecta a través de la concessió.

Al seu torn, resulta de gran interès jurídic remarcar que aquest nucli de discussió no s'esgota únicament amb els rescats de concessions tramitades sota la vigència de l'actual LCSP, sinó que s'amplia a la decisió de rescat de qualsevol concessió, àdhuc les perfeccionades sota la legislació contractual anterior, ja que la disposició transitòria primera de la LCSP estableix que aquesta llei és aplicable, entre altres decisions, «als acords de rescat [...] que s'efectuïn amb posterioritat a la seva entrada en vigor». És per això que, per exemple, en l'assumpte analitzat en la Resolució 450/2023 es va sotmetre al Tribunal la resolució unilateral i anticipada d'un contracte de concessió formalitzat sota la vigència de la legislació anterior a la LCSP i conceptuat en l'expedient de contractació com a *rescat convencional*, si bé no va poder entrar a analitzar la controvèrsia plantejada sobre la confluència dels pressupòsits del rescat que estableix la LCSP —ni, en conseqüència, determinar la competència del Tribunal als efectes de l'article 44.2 LCSP— perquè la mateixa decisió impugnada i fons controvertit constaven *sub iudice* davant la jurisdicció contenciosa administrava i això, per tant, va determinar la inadmissió del recurs especial presentat, per raó de litispendència.

## 6. CONCLUSIÓ

L'anàlisi del caràcter impugnable de les decisions en matèria de contractació és un pressupòsit d'admissibilitat del recurs especial i, per tant, també delimitador de la competència de l'òrgan revisor.

Per aquest motiu, aquesta anàlisi es produeix en totes i cadascuna de les resolucions que adopten els òrgans competents per a la resolució del recurs especial en matèria de contractació, i constitueix un exercici absolutament enriquidor des del punt de vista jurídic i procedimental al ritme de l'evolució normativa i jurisprudencial recaiguda en aquest àmbit.

Partint de la Directiva 89/665/CEE, dels procediments de recurs, i de sentències com ara les esmentades del TJUE C-391/15 (cas Marina del Mediterráneo, SL), C-15/04 (cas Koppens-teiner GmbH) i C-92/00 (cas Hospital Ingenieure), sota el prisma dels principis d'efectivitat, *pro actione* i d'interdicció de la indefensió de la part recurrent, aquesta evolució ha ampliat considerablement l'actuació impugnable a través del recurs especial a *decisions* amb afectació directa en els procediments de contractació, que van més enllà de la llista d'actes objecte del recurs que va transposar l'article 44.2 LCSP en anuncis de licitació, plecs, actes de tràmit de caràcter qualificat, adjudicacions, formalitzacions d'encàrrecs a mitjans propis, modificacions contractuals i rescat de concessions.

Així s'ha constatat efectivament en el bagatge doctrinal del TCCSP d'ençà de l'entrada en vigor de la LCSP, en el qual s'observa que, salvant els supòsits concrets d'encaix de la decisió impugnada en alguns dels actes establerts expressament en la LCSP com a objecte

del recurs especial, nombroses resolucions que han entrat a enjudiciar el fons de l'assumpte han conclòs la seva admissibilitat per la *vis atractiva* del recurs especial en una interpretació conforme amb els postulats europeus i atenent les circumstàncies concurrents en cada cas en l'actuació impugnada, tal com s'ha recollit al llarg d'aquest estudi amb exemples d'impugnacions d'anuncis d'informació prèvia, d'actuacions implícites i concloents de rebuig de proposicions, de decisions de cancel·lació de licitacions o pròrrogues forçoses i d'ordres que imposen la continuïtat de la prestació i que comporten l'obtenció d'un contracte públic al marge del procediment d'adjudicació escaient.

De la mateixa manera, hom coneix que l'activitat del TCCSP al llarg d'aquests anys ha experimentat un increment exponencial dels assumptes sotmesos al seu pronunciament, tal com reflecteixen les seves memòries anuals d'activitat, incloent-hi també els d'inadmissions, els quals, per tant, en relació amb l'estudi fet aquí,<sup>6</sup> han estat inadmesos com a *ultima ratio* per a la resolució del procediment de recurs i després d'una anàlisi detallada de tots els factors en joc, quan aquests, en definitiva, no han permès confirmar el caràcter recurrible de la decisió impugnada en la via especial d'impugnació pel fet de correspondre la seva revisió al mateix òrgan de contractació o a instàncies jurisdiccionals, per la qual cosa queden relegats en aquests supòsits, fonamentalment, els casos d'inadmissió del recurs per raó d'haver-se presentat contra una actuació no objecte del recurs especial en matèria de contractació.

---

6. Segons les memòries anuals d'activitat del Tribunal, l'any 2017 les inadmissions van representar el 36% dels recursos resolts aquell any, de les quals només un 5% van ser-ho per raó d'haver-se presentat contra actes que no eren objecte del recurs especial; l'any 2018, les inadmissions van representar un 26%, de les quals un 8% van ser-ho per aquell motiu; l'any 2019, el nombre d'inadmissions va créixer i es va situar al voltant del 32% del volum de recursos resolts aquell any, de les quals un 11% van ser-ho per raó de l'acte impugnat; l'any 2020, el nombre d'inadmissions va retrocedir fins al 26,9%, de les quals, però, un 16% van ser-ho pel motiu indicat, i els anys 2021 i 2022 el nombre d'inadmissions va tornar a augmentar fins a situar-se al voltant del 36%, de les quals el 21% va ser-ho per raó d'actes no objecte del recurs especial.