

ACTOS SUSCEPTIBLES DE RECURSO ESPECIAL. LOS ACTOS DE TRÁMITE CUALIFICADO¹

Acts subject to special appeal. Acts of qualified procedure

POR: DR. JOSÉ ENRIQUE CANDELA TALAVERO
Funcionario de la Administración Local con Habilitación Nacional

RESUMEN: El recurso especial en materia de contratación pública se ha convertido en mecanismo imprescindible para contralar el procedimiento de adjudicación de un contrato público. Para su aplicación se tienen que conocer los actos y disposiciones susceptibles de ser recurridos, resultando desempeñar una tarea clave diferenciar tipos de actos de trámite por su papel decisivo en la protección del licitador. Importancia derivada de la decisión de no admitir el recurso especial en caso de falta de actividad administrativa impugnada. Por esta razón conviene analizar si el acto que se impugna es acto de trámite cualificado para ser admitido o no cualificado, carente de autonomía y sustantividad propia, sobre los que no será admitido el recurso. Los actos de trámite son actos sin contenido decisorio, caso de una actuación aislada meramente informativa o la clasificación de las ofertas que haga la Mesa de contratación. Así que se deba diferenciar los no cualificados, no susceptibles de impugnación vía recurso especial, al no producir efectos jurídicos sobre los interesados y que se instauran en la esfera interna de la Administración y los cualificados y por serlo, susceptibles de recurso especial. También será objeto de estudio la inadmisión del recurso especial cuando no sean atendidas las solicitudes de subsanación acordadas por la Mesa de contratación y se acuerde en consecuencia, la exclusión de la licitación.

PALABRAS CLAVE: Recurso especial, actos de trámite, indefensión, control

ABSTRACT: The special resource in public procurement has become an essential mechanism for controlling the procedure for the award of a public contract. For its application, the acts and provisions that may be appealed must be known, resulting in a key role in differentiating types of procedural acts due to their decisive role in protecting the bidder. Importance derived from the decision not to admit the special appeal in case of lack of objectionable administrative activity. For this reason, it is convenient to analyze whether the act that is challenged is an act of procedure qualified to be admitted or not qualified, lacking its own autonomy and substantivity, on which the appeal will not be admitted. The procedural acts are acts without decisive content, in the case of an isolated action that is merely informative or the classification of the offers made by the contracting table. Thus, it is necessary to differentiate between the unqualified, not subject to challenge via special appeal, as they do not produce legal effects on the interested parties and that are established in the internal sphere of the Administration and the qualified and,

¹ * Este trabajo se presentó y fue aceptado como comunicación en el Congreso internacional: “Temas clave de la contratación pública”, celebrado en la Universidad de Vigo los días 4 y 5 de octubre de 2021.

because they are, susceptible to special appeal. The inadmissibility of the special appeal will also be the object of study when the requests for rectification agreed by the Contracting Table are not attended to and the exclusion of the tender is agreed accordingly.

KEYWORDS: Special appeal, procedural acts, defenselessness, control

SUMARIO: I.- INTRODUCCIÓN. LA REGULACIÓN NORMATIVA: DIRECTIVAS DE CONTRATOS Y LA LEY 9/2017, DE 8 DE NOVIEMBRE, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO. II.- EL RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA. III.- OBJETO DEL RECURSO ESPECIAL. 1.- Los ACTOS DE TRÁMITE CUALIFICADOS Y NO CUALIFICADOS. 2.- SUPUESTOS PRÁCTICOS. IV.- INADMISIÓN DEL RECURSO. V.- CONCLUSIONES. VI.- REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

I.- INTRODUCCIÓN. LA REGULACIÓN NORMATIVA: DIRECTIVAS DE CONTRATOS Y LA LEY 9/2017, DE 8 DE NOVIEMBRE, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

La necesaria actuación de la Administración pública conforme a los principios de la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos obliga a la eliminación de cualquier asomo de manipulación. Para este fin sirve el recurso especial en materia de contratación pública, instrumento de control, para buscar la legalidad en las decisiones contractuales en el proceso de adjudicación cuando aún sea efectivo dicho control. Se logra así la realidad del principio de buena administración en este campo de los contratos públicos, para una eficaz y eficiente Administración.

Los intereses generales hacen que toda acción administrativa esté a ellos sometida y así que la inicial libertad contractual se encuentra singularmente matizada, por cuanto la Administración solo puede contratar con quién debe (STS de 20 de diciembre de 2007).

Principios de transparencia, objetividad, eficacia y no discriminación entre empresas en la actuación pública, que hicieron que las dos notas del recurso especial fueran la rapidez y eficacia (Resoluciones nº236/2012, de 31 de octubre y nº284/2012, de 14 de diciembre, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales-TACRC, e Informes nº 36/2004 y nº34/12, de 14 de diciembre de 2012 de la Junta Consultiva de Contratación Pública.

Se trata de un instrumento incorporado por mandato del Derecho de la Unión Europea, y con él limitar y controlar la actividad contractual mediante órganos como los tribunales administrativos de recursos contractuales.

La creación comunitaria del recurso especial se acordó con la aprobación de la Directiva 89/665/CEE del Consejo de las Comunidades Europeas, de 21 de diciembre de 1989, (en adelante Directiva 89/665/CEE) relativa a la coordinación de las disposiciones legales,

reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras, (Directiva de recursos) que obligaba a regular y aprobar un régimen de recursos en materia contractual y la Directiva 92/13/CEE del Consejo, de 25 de febrero de 1992, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de las normas comunitarias en los procedimientos de adjudicación de contratos de las entidades adjudicadoras que operen en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones.

La incorporación española del recurso especial no fue inmediata. Ante esta realidad se impuso una presión comunitaria en forma de pronunciamientos jurisprudenciales mediante condenas a España. Fueron las SSTJUE de 15 de mayo de 2003 Comisión contra Reino de España (Asunto C-214/00) y de 3 de abril de 2008 Comisión contra Reino de España (Asunto C-444/06). Esta presión tras diversos textos normativos, hizo que hoy se regule en la Ley de Contratos del Sector Público, Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP) que transpone a nuestro ordenamiento jurídico las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, 2014/24/UE, sobre contratación pública y 2014/23/UE, relativa a la adjudicación de contratos de concesión.

Con el recurso especial se busca lograr una aplicación efectiva en la fase de adjudicación de los contratos públicos, respetando, en la medida de lo posible, la fase en la que las infracciones aún pueden corregirse (SSTJUE de 28 octubre de 1999, Alcatel. C-81/98, apartado 33 y de 11 de agosto de 1995, Comisión/Alemania, C- 433/93, apartado 23).

Apuntar que en esta materia además de considerar las Directivas comunitarias sobre contratación, aplicable por los tribunales nacionales², habremos de aplicar la jurisprudencia comunitaria, pues, “en el desarrollo del Derecho europeo de la contratación pública ha desempeñado un papel decisivo el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, cuya jurisprudencia sobre la materia, aplicando los grandes principios del Tratado de la Comunidad Europea, unida a las directivas aprobadas por el legislador comunitario, ha contribuido a formar un verdadero “*corpus iuris*” sobre contratos públicos”, sabiendo además que Directiva europea pueda ser fuente del Derecho aplicable a la Administración Europea (Aayhan v. Parlamento Europeo, 30 abril 2009 (F65/07), nn. 112-119).

El ámbito de aplicación de la Directiva 89/665 (artículo 1) son los contratos a que se refieren estas Directivas 2014/24 y 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, instando a los Estados miembros a tomar “*las medidas necesarias para garantizar que las decisiones adoptadas por los poderes adjudicadores puedan ser recurridas de manera eficaz*”. Así que ya “los legisladores comunitarios eran conscientes de que toda la completa normativa comunitaria encaminada a la apertura de la contratación pública

2 Martín Rebollo, L., “*Sobre el papel del juez nacional en la aplicación del Derecho europeo y su control*”, Revista de Administración Pública, nº 200, Madrid, mayo-agosto, 2016, pp. 173-192.

quedaba, sin embargo, en la práctica seriamente amenazada por la falla de medios de control eficaces para los supuestos de infracción del Derecho comunitario en la materia”³.

Empleo de la expresión “decisiones” para conducirnos al análisis del acto objeto de recurso, hizo que ya NOGUERA DE LA MUELA⁴ apuntara hacia un criterio amplio, con apoyo en las SSTJUE de 18 de junio de 2002, Asunto C-92/00, y de 15 de mayo de 2003, Asunto C-214/00 que “incluyen también los actos de trámite que bajo la apariencia de actos procedimentales no resolutorios del fondo del asunto, de hecho vienen a decidirlo, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos”⁵.

II.- EL RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

La nueva regulación presenta novedades al ámbito objetivo de los actos susceptibles del recurso especial en materia de contratos del sector público de la LCSP2017 (artículos 44 a 60).

Previsión que atiende a sugerencias de la doctrina para que el recurso especial se ampliara en cuando a sujetar al mismo a todos los contratos y a la fase de ejecución⁶. Ampliación del ámbito objetivo también alentado por Transparencia Internacional⁷, pues la no extensión del recurso especial a cualquier contrato con indiferencia de su importe y su limitación a los contratos de importe armonizado con carácter exclusivo, dificultaría corregir las debilidades detectadas en nuestro modelo de contratación pública.

Estamos ante una configuración del recurso especial delimitada por el ámbito material, con dimensión inicial de ser una configuración legal de un recurso precontractual⁸, que desaparece en la nueva regulación⁹. Hoy se logra una mayor extensión del ámbito objetivo

³ Moreno Molina, J.A., “La reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en materia de contratos públicos”, *Revista de Administración Pública*, nº151, Madrid, enero-abril, 2000, pp.331-332.

⁴ Noguera de la Muela, B., “*El recurso especial en materia de contratación y las medidas cautelares en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público, a la vista de la Directiva 2007/66/CE, por la que se modifica la Directiva 89/665/CEE*”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, nº Extra 10, 2008, pp.301.

⁵ Piñar Mañas., J.L., “El Derecho Comunitario como marco de referencia del Derecho español de los contratos públicos”, en Gómez-Ferrer Morant, R., (coord.), “*Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*”, Civitas, Madrid, 2004, pp. 27-28.

⁶ Martínez Fernández, J. M., “*Propuestas básicas para la mejora del texto en tramitación para mejora en integridad y eficiencia social. ¿Es conveniente que la nueva Ley de Contratos del Sector Público entre en vigor en 2017?*”. <http://www.obcp.es/index.php/mod.noticias/mem.detalle/id.1138/relcategoria.118/reلمenu.2/chk.64700f475d0cbf1d4006578ca8fac4b3>, de 1 de febrero de 2017.

⁷ Transparencia Internacional: <http://transparencia.org.es/propuestas-de-ti-espana-para-mejorar-el-proyecto-de-ley-de-contratos-publicos/>.

⁸ Gallego Córcoles, I., “*El recurso especial en materia de contratación en la doctrina de las Juntas Consultivas*”, *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, nº 108, 2011, p.2.

⁹ Moreno Molina, J.A., “*El Anteproyecto de nueva Ley de Contratos del Sector Público y su imprescindible aprobación*”

del recurso especial al habilitarse también su interposición contra actuaciones como las modificaciones, que supondrá que ya no estamos ante un recurso precontractual¹⁰, y contra actuaciones como la formalización de encargos a medios propios en los casos en que estos no cumplan los requisitos legales y los acuerdos de rescate de concesiones. Ámbito que no obstante no llega a todas las exigencias de la Directiva 89/665 como la subcontratación o la resolución del contrato.

III.- OBJETO DEL RECURSO ESPECIAL

Recurso especial como instrumento de control para lo que se instó por la doctrina como dato necesario ampliar su ámbito objetivo¹¹ proponiéndose extender el recurso especial a todos los contratos y a la fase de ejecución. Son propuestas para lograr su eficacia y ser medio de lucha contra la corrupción¹². Recordar por esto como hiciera VALCÁRCEL FERNÁNDEZ¹³ analizando esta mayor extensión de su ámbito en la nueva regulación del recurso especial que se entienda la crítica doctrinal al carácter limitado del recurso, puesto que visto que “las Directivas sustantivas de contratos se venían centrando en la armonización de los procedimientos contractuales aplicables a las fases de preparación y adjudicación de los contratos, al limitarse la aplicación de la Directiva de Recursos a las actuaciones precontractuales, el alcance objetivo del recurso especial en materia de contratación es limitado, también, desde este punto de vista”.

El artículo 44. 2 LCSP enumera las actuaciones que pueden ser objeto del recurso especial, concretando su letra b/: “los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que estos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. En todo caso se considerará que concurren las circunstancias anteriores en los actos de la mesa o del órgano de contratación por los que se acuerde la admisión o inadmisión de candidatos o licitadores,

<http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.197/releategoria.121/relemenu.3/chk.f633a638b5538548e935e92988045f2a>, 20 de abril 2015.

10 Gimeno Feliú, J.M., “Principales novedades del Proyecto Ley Contratos Sector Público”, www.opc.es, 23 de enero de 2017 y “La nueva Ley de Contratos del Sector Público: una ventana de oportunidad para recuperar el liderazgo institucional público con y desde la contratación pública”, www.opc.es, 23 de octubre de 2017.

11 Martínez Fernández, J.M., “Propuestas básicas para la mejora del texto en tramitación para mejorar en integridad y eficiencia social. ¿Es conveniente que la nueva Ley de Contratos del Sector Público entre en vigor en 2017?”, <http://www.obcp.es/index.php/mod.noticias/mem.detalle/id.1138/releategoria.1062/relemenu.2/chk.09728b7a7084ece84b56ea6f5b019d32>.

12 Gimeno Feliú, J.M., “La lucha contra la corrupción: la transparencia en los procedimientos de contratación pública”, Revista TEMAS para el debate, nº 264, noviembre, 2016 y “El necesario big-bang contra la corrupción en materia de contratación pública y su modelo de control”, Revista Internacional de Transparencia e Integridad, (R.I.T.I.) nº 2, septiembre-diciembre, 2016.

13 Valcárcel Fernández, P.; “El recurso especial en materia de contratos públicos: en la senda del derecho a una buena Administración”, *Las vías administrativas de recurso a debate*, AEPDA-INAP, Madrid, 2016; Valcárcel Fernández, P.; “La especialización o profesionalización, la independencia y el liderazgo como elementos clave para el buen funcionamiento del recurso especial en materia de contratación pública española”, *Contratación pública global. Visiones comparadas*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020.

o la admisión o exclusión de ofertas, incluidas las ofertas que sean excluidas por resultar anormalmente bajas como consecuencia de la aplicación del artículo 149”.

Es una previsión normativa que se debe conectar con la contenida en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC), al indicar en su artículo 112.1 el objeto y clases de recursos administrativos señalando que *“contra las resoluciones y los actos de trámite, si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos, podrán interponerse por los interesados los recursos de alzada y potestativo de reposición, que cabrá fundar en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 47 y 48 de esta Ley”.*

Regulación que ha provocado la exigencia doctrinal, como apuntara MARTÍNEZ FERNANDEZ pues no se incluyó la solicitada extensión universal de este recurso, a pesar de haberse “demostrado como una muy eficaz herramienta para mejorar la eficiencia de nuestro sistema de contratación, al menos debería abundarse en la reducción de los límites cuantitativos para poder acudir a esta vía de resolución de conflictos. Esta medida favorecería especialmente a las pymes, que son las que optan los contratos menor cuantía y tienen menos recursos para acudir a los tribunales jurisdiccionales. Las cifras deberían al menos ser las mismas que en el TARC de la Comunidad de Aragón, que es el que admite el recurso con mayor amplitud¹⁴”. Por eso que se buscara una extensión para garantizar la transparencia y la buena administración mediante un medio de control preventivo rápido e independiente, toda vez que “habilitar un escenario de no control eficaz en vía administrativa para los contratos no armonizados es un error desde la perspectiva del derecho a una buena administración”¹⁵. En el ámbito material del recurso especial sólo pueden ser objeto de este recurso las decisiones que hayan infringido el Derecho comunitario en materia de contratación públicos o las normas nacionales de incorporación de dicha normativa (STJCE de 14 de junio de 2003, Asunto C-249/01).

1. LOS ACTOS DE TRÁMITE CUALIFICADOS Y NO CUALIFICADOS

La posibilidad de impugnarse los actos de trámite nos conduce inicialmente al contenido del artículo 112.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo

¹⁴ El artículo 17.2 de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón (modificado por el artículo 33.5 de la Ley 3/2012, de 8 de marzo, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón) dispone: *“El Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón es competente para: a) Conocer y resolver los recursos especiales en materia de contratación a que se refiere el artículo 40 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, así como para los contratos de obras de importe superior a 1.000.000 de euros y de suministros y servicios superior a los 100.000 euros, en tanto se considera que tienen carácter transfronterizo”.*

¹⁵ Observatorio de Contratación Pública, “ Propuesta de modificaciones y mejora al Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público, por el que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo, 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (Publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados 2 de diciembre de 2016)”, <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.282/chk.095b6d50d43a4e05750ac3b98792ef64>, de 30 de enero de 2017.

Común de las Administraciones Públicas y en la sede contencioso-administrativa en el artículo 25.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

Junto a estas previsiones, queda reseñado en el artículo 44.2.b/LCSP2017 poder impugnarse cuando sean *“adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que estos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos”*. Se añade como novedad respecto al TRLCSP2011 que *“en todo caso se considerará que concurren las circunstancias anteriores en los actos de la mesa o del órgano de contratación por los que se acuerde la admisión o inadmisión de candidatos o licitadores, o la admisión o exclusión de ofertas, incluidas las ofertas que sean excluidas por resultar anormalmente bajas como consecuencia de la aplicación del artículo 149”*.

Así que una comunicación de carácter informativo que no cercena ninguna actuación procesal se consideró actuación aislada meramente informativa y carente de cualquier contenido decisorio propio, sin que se encuentre relacionada en forma alguna con cualesquiera otro acto, actuación o procedimiento administrativo (STS 1014/2021, 13 de julio de 2021, FD2º).

Por su parte, respecto a los actos susceptible de recurso especial, mientras la renuncia de la licitación es susceptible de recurso especial en tanto en cuanto constituye una forma de terminación del procedimiento de licitación, asimilable a la adjudicación, no así lo es la compensación de gastos, por ser una consecuencia de la renuncia a la celebración del contrato o del desistimiento del procedimiento. Es un efecto del acto de finalización del procedimiento de licitación, pero no es en puridad un acto del procedimiento de adjudicación del contrato (Acuerdo nº 32/2016, de 29 de marzo de 2016 del TACPA). Es jurisprudencia, no obstante, que la *“renuncia a adjudicar no está condicionada a que existan circunstancias graves o excepcionales, sin que la concurrencia de un solo licitador impida la cancelación de un procedimiento sin adjudicación, si concurren causas que la aconsejan (SSTJCE de 16 de septiembre de 1999 en el asunto C-27/98, considerando 24, y de 18 de junio de 2002 en el asunto C-92/00 considerandos 40-41)*.

En este sentido para la consideración como acto de trámite cualificado o no que podamos acudir a la doctrina de los tribunales (SSTS de 16 de marzo de 1983, de 13 de octubre de 2003, 9 de mayo de 2003 y la STSJ del País Vasco de 29 de octubre de 1999 sobre la calificación de una Declaración de Impacto Ambiental como acto que es de trámite). De forma concreta la STSJ de Madrid de 18 de enero de 1999 optó porque un requerimiento se consideró como acto definitivo y la STS de 6 de abril de 2004 que considerase no adecuada a derecho acordar la inadmisión de un recurso cuando fue interpuesto contra un acto definitivo.

Por su parte la STS 679/2020 de 4 de junio de 2020 (FD2º) se pronunció sobre el carácter cualificado de un acto de trámite, tras la STSJ de Cataluña 9 de octubre de 2018 de la que trae causa, resolviendo que un requerimiento de información en materia de consumo no era acto de trámite cualificado sino simple requerimiento de información. Sentencia que

recordara casos del Tribunal Supremo de no admisión de recursos dirigidos contra actos preliminares de un procedimiento administrativo o de mera incoación (STS de 24 de julio de 1998), o de petición de información (SSTS de 20 de octubre de 2000 y 28 de abril de 2001).

Sabiendo que la Mesa de contratación (artículo 326 LCSP2017) es un órgano de asistencia en materia de contratación, en cuya composición deberá prevalecer el aspecto técnico para la calificación de la documentación presentada, valoración de ofertas, y presentación de propuesta de adjudicación al órgano de contratación (Informe nº 5/2011, de 2 de febrero, JCCA de Aragón, Expediente nº 3/2020 de la JCCPE y la STSJ de Castilla y León de 17 de Mayo de 2001). Pues bien, si en el actuar de la Mesa de contratación se produce un incorrecto requerimiento de subsanación en la documentación aportada por la recurrente originará la invalidez del mismo, al no permitir a la recurrente conocer con claridad los aspectos que debía subsanar. (Resolución nº 252/2018, de 14 de septiembre del TARCAnd).

Criterio que ya resolvió este mismo tribunal andaluz cuando en su Resolución nº 99/2016, de 13 de mayo, a la luz jurisprudencial de la STS de 6 de julio de 2004, recordó que “una interpretación literalista de las condiciones exigidas para tomar parte en la licitación, que conduzca a la inadmisión de proposiciones por meros defectos formales o no sustanciales, es contraria al principio de concurrencia; y a la vista de la falta de concreción de la documentación que se debía subsanar, este Tribunal considera que no procedía la exclusión de la UTE recurrente al presentar la subsanación requerida, sin que se le hubiese ofrecido la oportunidad de subsanar su documentación presentada en el sobre A, respecto a la solvencia técnica, previo requerimiento de los concretos defectos u omisiones subsanables. De lo contrario -como ha ocurrido en el presente supuesto- se le está privando de la posibilidad de ejercer su derecho a subsanar la documentación administrativa presentada, conforme establece el citado artículo 81.2 del RGLCAP y la cláusula 17 del PCAP”.

Actos de trámite calificados como “actos instrumentales de la resolución” y que serán impugnables sin constituir “una suerte de dominio soberano de la Administración” y que “en principio no son impugnables separadamente, salvo que la ley los considere de una importancia especial (que éstos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos), de manera que por el principio de concentración procedimental habría que esperar a la resolución del procedimiento de adjudicación para plantear todas las discrepancias del recurrente sobre el procedimiento tramitado, sobre la legalidad de todos y cada uno de los actos de trámite (Resolución nº 43/2018, de 2 de febrero, TACPMad).

Destacar el supuesto que planteara la Resolución nº 725/2021 de 17 de junio de 2021 del TACRC en un contrato de servicios en el que constaban criterios cuya valoración dependía de un juicio de valor. Se trataba de un recurso contra los informes técnicos o el acuerdo de la Mesa de contratación de confirmarlos, resolviendo con claridad que “el informe de valoración no es sino un acto de trámite no cualificado que no decide directa o indirectamente el recurso, ni produce indefensión al recurrente o un perjuicio

irreparable”, resultando que no se recurría ninguno de los actos susceptible de recurso que enumera el artículo 44.2.b/ de la LCSP, sino que se trataba de una actuación administrativa no susceptible de recurso especial y por tanto fueron inadmitidos. Criterio que ya adoptara la Resolución nº 70/2020, de 28 de mayo, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León (TARCCYL).

2. SUPUESTOS PRÁCTICOS

Podemos acudir al actuar diario de los tribunales para delimitar si quiera brevemente los supuestos actos de trámite cualificados que podrán ser susceptible de recurso especial.

De esta manera que el TACRC manifestara en sus Resoluciones nº200/2013, nº26/2013 y nº32/2013 para estos actos de trámite que “si bien integran el procedimiento, no ponen fin a este, a diferencia de la resolución o acto definitivo que pone fin al procedimiento, que en el procedimiento de adjudicación del contrato es el acto en que aquella se manifiesta”.

Este criterio condujo a inadmitir el recurso especial interpuesto contra el acto que no tuvo la consideración de actos de trámite cualificado, en el supuesto resuelto por la Resolución nº 106/2014, de 14 de febrero, ya que estos actos no determinaban la imposibilidad de continuar el procedimiento, ni producían indefensión o perjuicio irreparable a los derechos e intereses legítimos de los recurrentes. Se trataba dos actuaciones: la valoración realizada por la Mesa de contratación en la que se valoró “con 0 puntos la oferta de la recurrente en los aspectos referentes a analíticas periódicas y a ampliación del plazo de la oferta. Sin embargo, en ningún momento se afirma en esta resolución que esto suponga la exclusión del licitador ni se valora la oferta económica”, pues se resolvió no era susceptible de ser recurrida separadamente, puesto que “el recurrente dispone de la posibilidad de recurrir el único acto generador de efectos jurídicos y finalizador del procedimiento, que es la adjudicación en el caso de que fuera desfavorable a sus intereses, que podría no serlo si su oferta económica fuese mucho mejor puntuada que las restantes”

Así que con la opción del recurso si por una parte se impide que estos los actos de trámite, “que son irrecurribles en principio, priven de la posibilidad de ejercitar sus derechos a los licitadores al quedar al margen del procedimiento de adjudicación a pesar de tener derecho a participar en él. Por otra, cabría entender que el legislador ha querido dotar de sustantividad a los actos de la Mesa sobre la exclusión de licitadores y, por ello, ha admitido la posibilidad de que sean impugnados sus actos en tal sentido” (Resolución nº246/2017, de 13 de septiembre del TACPMad).

Es pues clave para configurar el acto de trámite como cualificado, los perjuicios y si estos serán reparados mediante este mecanismo para desembocar en su declaración de anulación del acto resolutorio.

Actos de trámite que lo serán aquellos actos materiales que preparan la resolución final, garantizando el acierto y oportunidad de la misma (STS de 20 de abril de 1987) que no obstante impone su interpretación restrictiva como garantía de la protección del derecho a la tutela judicial efectiva (SSTS de 30 de enero de 2001 y 20 de septiembre de 1993).

Actos en fin que hacen que el procedimiento se altere al paralizarse el expediente (STS de 24 de abril de 1985).

Por ello que en la Resolución nº12/2011, de 30 de septiembre de 2011, del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales del País Vasco (OARC) ,interpuesto recurso contra el acuerdo de la Mesa de contratación de la Universidad del País Vasco de exclusión de la licitación de un contrato cuyo objeto era el arrendamiento y mantenimiento de nuevos equipos multifunción para la Universidad, acreditados los errores alegados en el recurso en lo referente a los criterios de valoración cuya ponderación dependen de un juicio de valor y que aun reconociéndose, como quedó ya apuntado, que en esa tarea de elaboración de los informes relativos a criterios que exijan un juicio de valor, sí disponen los órganos técnicos de un razonable de discrecionalidad. No obstante esta realidad no es absoluta sino que es un margen de discrecionalidad que debe estar cubierta por “motivaciones suficientes” (STS de 13 de julio de 1984), y que en este caso ese margen de discrecionalidad, “bien sea por error en la transcripción de datos o por otras circunstancias, no ha sido debidamente ejercido o motivado”, por lo que el tribunal vasco resolvió estimar el recurso y “retrotraer las actuaciones hasta el momento anterior a la emisión del informe de valoración de la comisión técnica, que deberá realizar un nuevo informe de valoración de criterios cuya ponderación depende de un juicio de valor, tras analizar las propuestas de los licitadores”.

Deberá en cualquier caso el Tribunal de contratos comprobar el cumplimiento de los trámites procedimentales en el marco de los principios de la contratación, así como que las exclusiones de la propuesta de la Mesa de contratación, sean adecuadas a los cánones de la discrecionalidad técnica y exista motivación adecuada y suficiente (Acuerdo nº23/2012, de 28 de junio de 2012 del TACPA). De esta manera que no resultara viable admitir el recurso especial interpuesto contra el pretendido acto de trámite en la Resolución nº 238/2011, de 13 de octubre del TACRC. Se trataba del acuerdo de la Mesa de Contratación por el que se admitían las ofertas de dos empresas concurrentes tras el examen de la documentación administrativa. Inadmisión acordada por cuanto esta decisión de la admisión en la licitación no decidía la adjudicación ni provocando la imposibilidad de continuar el procedimiento, y tampoco generó indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos, porque el recurrente podía, en todo caso, recurrir la adjudicación.

En fin, actos de trámite no cualificado si son adoptados por la Mesa de contratación como la valoración de ofertas, clasificación por orden decreciente de puntuaciones obtenidas y elevación de propuesta de adjudicación, pues no resuelven el procedimiento de adjudicación y por tanto no recurribles vía artículo 44.2.b/LCSP, “porque todos ellos son susceptibles de variación por el órgano de contratación” (Resoluciones nº 174/2021 y nº 421/2021 el TACRC). En estos supuesto resultará de aplicación el artículo 44.3 de la LCSP para el que *“los defectos de tramitación que afecten a actos distintos de los contemplados en el apartado 2 podrán ser puestos de manifiesto por los interesados al órgano al que corresponda la instrucción del expediente o al órgano de contratación, a efectos de su corrección con arreglo a derecho, y sin perjuicio de que las irregularidades que les afecten puedan ser alegadas por los interesados al recurrir el acto de adjudicación”*.

Consideración de acto de trámite cualificado o no para el que se puede citar también doctrina del TARCAnd.

No eran actos de trámite cualificados y por tanto no serán impugnables, los informes técnicos, la propuesta de la Mesa de contratación de exclusión de una oferta por considerarse anormal o desproporcionada (Resoluciones nº 145/2016, de 23 de junio y nº 79/2017, de 24 de abril), la decisión de no prorrogar un contrato (Resolución nº 304/2016, de 23 de noviembre) ni al recurrirse la resolución que acordara la tramitación sobre confidencialidad de ciertos datos del expediente (Resolución nº 54/2017, de 24 de marzo, FD3º), ni el acuerdo formalizado en un acta de la Mesa de contratación (Resolución nº 281/2015, de 4 de noviembre) tampoco la propuesta de adjudicación, el informe de valoración de ofertas ni el acuerdo de clasificación de ofertas (Resoluciones nº73/2018, de 20 de marzo de 2018 (FD3), nº24/2018, de 31 de enero y nº 90/2018, de 4 de abril (FD3)).

Y que, por las mismas razones, tendrá la consideración de acto de trámite cualificado, por impedir a los licitadores no invitados continuar en el procedimiento, el acto de excluir a los licitadores recurrentes a la invitación a la subasta electrónica que le impide continuar el procedimiento (Resoluciones nº 837/2014 de 7 de noviembre de 2014 y nº 938/2014 de 18 de diciembre de 2014 del TACRC).

Es destacable el cambio trascendental sobre la interpretación del objeto de recurso especial provocado en 2017 por el TJUE.

Así ante el acuerdo de la Mesa de Contratación sobre la inadmisión de una oferta variante presentada por un licitador, como acto de trámite que no es resolución definitiva que ponga fin al procedimiento, ni comporta exclusión ni produce, a priori, indefensión, no decide directa o indirectamente sobre la adjudicación, ni determina la imposibilidad de continuar el procedimiento, ni produce indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos. Esta realidad, aunque en principio llevaría a acordar la inadmisión del recurso, según la STJUE (Sala Cuarta) de 5 de abril de 2017, (Marina del Mediterráneo SL y otros contra Agencia Pública de Puertos de Andalucía) que resolvió la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Asunto C-391/15) mostró un criterio favorable la admisibilidad del recurso ¹⁶.

Interpretación que ha seguido el Acuerdo nº 64/2017, de 22 de mayo de 2017 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón (TACPA).

Recoger el pronunciamiento literal de la sentencia puede así comprender su razonamiento por cuanto según su considerando 26: "Procede recordar que 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

¹⁶ Moreno Molina, J.A., "Admisión de recurso especial frente a acto de trámite no cualificado en aplicación de la doctrina del TJUE", www.obcp.es, de 12/06/2017, <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.300/relmenu.3/chk.a6259274e2271e3d81c4871f513efee4>.

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 (STJUE de 11 de enero de 2005, Stadt Halle y RPL Lochau, C-26/03, apartado 28 y jurisprudencia citada).

Optándose por una interpretación amplia del concepto de «decisión» de un poder adjudicador, el Tribunal la avala por el hecho de que el artículo 1.1, 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 y porque de ser restrictiva sería incompatible con lo dispuesto en el artículo 2.1, letra a), que obliga a los Estados miembros a establecer procedimientos de medidas provisionales con respecto a cualquier decisión que adopten los poderes adjudicadores (27) y sin que esta interpretación de «decisiones adoptadas por los poderes adjudicadores» que sean susceptibles de recurso se vea afectada por la STJUE de 11 de enero de 2005, Stadt Halle y RPL Lochau (C-26/03) apartado 35, al considerar 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 y por tanto la decisión de admitir a un licitador a un procedimiento de adjudicación es una decisión a efectos del artículo 1.1, de la Directiva 89/665”.

En definitiva, visto este pronunciamiento “resulta claro que el TJUE admite el recurso especial contra cualquier decisión de un poder adjudicador al que se apliquen normas de derecho de la Unión Europea” (Resolución nº 43/2018, de 2 de febrero, TACPMad).

En fin, recordar la posibilidad de interponer recurso especial contra un acto de trámite cualificado, como fue el resuelto por la Resolución nº 12/2021 de 27 de enero del TARCCYL. Se trataba del recurso especial interpuesto por el licitador que efectuó la mejor oferta, frente a la resolución que acordó retirar su oferta en el procedimiento de contratación por no cumplimentar el requerimiento de presentar la documentación exigida ni tampoco depositar la garantía definitiva para poder adjudicarle el contrato. Decisión basada en el artículo 150.2 LCSP para el que “*de no cumplimentarse adecuadamente el requerimiento en el plazo señalado, se entenderá que el licitador ha retirado su oferta...*”, y que siendo un acto recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a/ y 2.b/ de la LCSP, se desestimó el recurso pues “se trata, en definitiva, de una omisión total del cumplimiento del requerimiento efectuado”. Era en definitiva una resolución justificada en que admitir la presentación extemporánea de la documentación requerida, vulneraría el principio de igualdad y libre concurrencia, al ofrecer un trato desigual al licitador que no hubiera cumplido con lo exigido.

IV.- INADMISIÓN DEL RECURSO

Reconoce el artículo 55.c/ LCSP2017 la opción para el órgano encargado de resolver el recurso, tras la reclamación y examen del expediente administrativo, poder declarar su inadmisión cuando constare de modo inequívoco y manifiesto entre otros, “*haberse interpuesto el recurso contra actos no susceptibles de impugnación de conformidad con*

lo dispuesto en el artículo 44. Si el órgano encargado de resolverlo apreciara que concurre alguno de ellos, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 51.2, dictará resolución acordando la inadmisión del recurso”.

Finalmente hay que mencionar en casos de subsanación y el acuerdo de exclusión de la licitación, que la decisión de exclusión como acto de trámite cualificado, nos lleva a indicar el caso resuelto por la Resolución nº 208/2021 de 20 de mayo de 2021 del TARCJAnd.

Pues bien, acordado por la Mesa admitir con carácter provisional a cuatro de las licitadoras, entre ellas la recurrente, les otorgó un plazo de subsanación. Resultando que la recurrente no subsanó, y se acordó su exclusión de la licitación. Fue así inadmitido el recurso pues, aunque el acto era susceptible de recurso especial, no se subsanó la documentación toda vez que “la recurrente contaba con acceso a medios e instrumentos suficientes para conocer cuál era la concreta documentación que debía aportar en fase de subsanación, y que se encontraba detallada en el acta de la mesa de contratación, la cual estaba publicada en la PCSP a la fecha del requerimiento”.

En caso pues de exclusión del proceso de licitación acordado por la Mesa de Contratación, como acto de trámite cualificado, según el TACP de Madrid, reflejados en sus Resoluciones nº 37/2011, de 13 de julio, nº 61/2013, de 2 de abril y nº 74/2017 de 8 de marzo de 2017 y la Circular nº 3/2010 de la Abogacía del Estado, si consta la notificación formal del acuerdo de exclusión del licitador, el mismo no podrá interponer recurso especial en materia de contratación contra el acto de adjudicación, al tratarse de “posibilidades subsidiarias, pero no acumulativas”.

V.- CONCLUSIONES

El recurso especial es una garantía más frente a posibles actos irregulares en la contratación pública gracias a ser rápido y eficaz (Consejo de Estado, Dictamen 1.116/2015, de 10 de marzo de 2016)¹⁷.

Su incorporación, tras inicial reticencia, está hoy consolidada en la LCSP, que incorpora las Directivas de 2014, a lo que unir al Informe de 24 de enero de 2017 de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la eficiencia, la pertinencia y la eficacia de la Directiva 89/665/CEE y la Directiva 92/13/CEE, modificadas por la Directiva 2007/66/CE, en cuanto a los procedimientos de Recurso en el ámbito de la Contratación Pública¹⁸, en el que destacar la eficacia a resultados de lo cual “las Directivas sobre procedimientos de recurso han cumplido, por lo general, sus objetivos de aumentar las

17 Díez Sastre, S., “El funcionamiento de la justicia administrativa: La Administración de los contratos públicos”, en el “Informe sobre la Justicia Administrativa. Tributos, contratos públicos y responsabilidad patrimonial”, Centro de Investigación sobre Justicia Administrativa (CIJA), Universidad Autónoma de Madrid, Marzo 2015, pp. 104,107,111,120,122 y 128.

18 <http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2017/ES/COM-2017-28-F1-ES-MAIN-PART-1.PDF>.
Santiago Fernández, M.J., “Breve reseña sobre el informe de la comisión sobre la eficacia de las directivas de recursos “, <http://www.obcp.es>. de 20/02/2017.

garantías de transparencia y no discriminación, permitir la adopción de medidas rápidas y eficaces cuando se produce un presunto incumplimiento de las Directivas”.

Esta realidad se hace efectiva gracias a la nueva regulación de este recurso especial en lo referente a la ampliación de su objeto y siempre que se apueste decididamente por la necesaria profesionalización de tribunales de recursos como órganos encargados de la resolución del recurso especial¹⁹. Siendo una de las finalidades de las propuestas que presentara el Observatorio de Contratación Pública para la modificación y mejora al proyecto pues “habilitar un escenario de no control eficaz en vía administrativa para los contratos no armonizados es un error desde la perspectiva del derecho a una buena administración. Y justificar la no extensión desde motivos presupuestarios es un error pues un buen y efectivo control es una inversión (y no un gasto). Esta propuesta encuentra su aval, por lo demás, en el reciente Informe de la Comisión europea sobre la eficacia de las Directivas sobre procedimientos de recursos contractuales (COM/2017/028 final)”.

Hay que estar de forma permanente a la interpretación de los tribunales de contratos públicos en una licitación pública para dilucidar, caso de actos de trámite cualificado (exclusión de la licitación) o actos de trámite no cualificado (el informe de valoración) para concretar el aspecto objetivo al interponer un recurso especial en materia de contratación y saber si son o no actos impugnables.

En definitiva, un ámbito objetivo de los actos de trámite cuando sean cualificados susceptibles de recurso especial en materia de contratación pública para una mayor seguridad jurídica en este sector administrativo donde nunca será suficiente un control de la legalidad, toda vez que “no es ocioso recordar que, a través de los recursos como medios jurídicos de impugnación, los ciudadanos contribuyen eficazmente a promover la legalidad de la actuación administrativa” (STC nº 288/1994, de 27 de octubre).

VI.- REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- DÍEZ SASTRE, S.; “El funcionamiento de la justicia administrativa: La Administración de los contratos públicos”, en el “*Informe sobre la Justicia Administrativa. Tributos, contratos públicos y responsabilidad patrimonial*”, Centro de Investigación sobre Justicia Administrativa (CIJA), Universidad Autónoma de Madrid, marzo 2015.
- GALLEGO CÓRCOLES, I.; “*El recurso especial en materia de contratación en la doctrina de las Juntas Consultivas*”, *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, nº 108, 2011.
- GIMENO FELIÚ, J.M.; “*La lucha contra la corrupción: la transparencia en los procedimientos de contratación pública*”, *Revista TEMAS para el debate*, nº 264, noviembre, 2016 y “*El necesario big-bang contra la corrupción en materia de*

¹⁹ Valcárcel Fernández, P., “La especialización o profesionalización, la independencia y el liderazgo como elementos clave para el buen funcionamiento del recurso especial en materia de contratación pública española”, (Coord: Enrique Díaz Bravo), “*Contratación pública global: visiones comparadas*”, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 587-615.

- contratación pública y su modelo de control*”, Revista Internacional de Transparencia e Integridad, (R.I.T.I.) nº 2, Septiembre-diciembre, 2016.
- GIMENO FELIÚ, J.M.; “*Principales novedades del Proyecto Ley Contratos Sector Público*”, www.opc.es, 23 de enero de 2017 y “*La nueva Ley de Contratos del Sector Público: una ventana de oportunidad para recuperar el liderazgo institucional público con y desde la contratación pública*”, www.opc.es, 23 de octubre de 2017.
- MARTÍN REBOLLO, L.; “*Sobre el papel del juez nacional en la aplicación del Derecho europeo y su control*”, Revista de Administración Pública, nº 200, Madrid, mayo-agosto, 2016, pp. 173-192.
- MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J.M.; “*Propuestas básicas para la mejora del texto en tramitación para mejorar en integridad y eficiencia social. ¿Es conveniente que la nueva Ley de Contratos del Sector Público entre en vigor en 2017?*”, <http://www.obcp.es/index.php/mod.noticias/mem.detalle/id.1138/recategoria.1062/remenu.2/chk.09728b7a7084ece84b56ea6f5b019d32>.
- MORENO MOLINA, J.A.; “*Admisión de recurso especial frente a acto de trámite no cualificado en aplicación de la doctrina del TJUE*”, www.obcp.es, de 12/06/2017, <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.300/remenu.3/chk.a6259274e2271e3d81c4871f513efee4>.
- MORENO MOLINA, J.A.; “*El Anteproyecto de nueva Ley de Contratos del Sector Público y su imprescindible aprobación*”, <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.197/recategoria.121/remenu.3/chk.f633a638b5538548e935e92988045f2a>, 20 de abril 2015.
- MORENO MOLINA, J.A.; “*La reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en materia de contratos públicos*”, *Revista de Administración Pública*, nº151, Madrid, enero-abril, 2000.
- NOGUERA DE LA MUELA, B.; “*El recurso especial en materia de contratación y las medidas cautelares en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público, a la vista de la Directiva 2007/66/CE, por la que se modifica la Directiva 89/665/CEE*”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, nº Extra 10, 2008.
- PIÑAR MAÑAS, J.L.; “*El Derecho Comunitario como marco de referencia del Derecho español de los contratos públicos*”, en Gómez-Ferrer Morant, R., (coord.), “*Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*”, Civitas, Madrid, 2004.
- SANTIAGO FERNÁNDEZ, M.J.; “*Breve reseña sobre el informe de la comisión sobre la eficacia de las directivas de recursos*”, <http://www.obcp.es>. de 20/02/2017.
- VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P.; “*El recurso especial en materia de contratos públicos: en la senda del derecho a una buena Administración*”, *Las vías administrativas de recurso a debate*, AEPDA-INAP, Madrid, 2016.
- VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P.; “*La especialización o profesionalización, la independencia y el liderazgo como elementos clave para el buen funcionamiento del recurso especial en materia de contratación pública español*”, *Contratación pública global. Visiones comparadas*, (Coord: Enrique Díaz Bravo), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020.

