



Por el Ayuntamiento de ----- se solicita informe relativo a la impugnación de un acta de la mesa de contratación en un procedimiento de contratación.

### **ANTECEDENTES**

El Ayuntamiento de ----- dirige al Servicio de Asesoramiento y Asistencia a Entidades Locales (SAAEL, en adelante) solicitud de informe, del siguiente tenor literal:

*“Está abierto, en este Ayuntamiento, un concurso público para adjudicación de opciones de arrendamiento sobre parcelas municipales destinadas a la ejecución de instalaciones fotovoltaicas.*

*Cronológicamente, se publicó en la Plataforma de Contratación del Sector Público, los siguientes eventos:*

- --- de ----- de 2022. Anuncio de licitación y pliego.*
- --- de ----- de 2022. Composición de la mesa de contratación.*
- --- de ----- de 2022. Actas de la mesa de contratación.*

*En la parte final del acta la Mesa de contratación propone, al órgano de contratación, la adjudicación del contrato de opción de arrendamiento a favor del licitador que más puntuación ha conseguido:*

*“La Mesa propone al órgano de contratación la adjudicación DEL CONTRATO DE OPCIÓN DE ARREDAMIENTO SOBRE PARCELAS MUNICIPALES, DESTINADAS A LA EJECUCIÓN DE INSTALACIONES FOTOVOLTAICAS, a favor de -----, siendo la oferta que más puntuación total ha obtenido.*

*A continuación se muestra en orden decreciente la puntuación obtenida por cada una de las empresas:*



<b>Posición en la adjudicación</b>	<b>Puntuación</b>	<b>Nombre de la empresa</b>	<b>C.I.F</b>
1	77,11	-----	-----
2	73,60	-----	-----
3	68,51	-----	-----
4	67,57	-----	-----

*La Presidente da por terminada la reunión a las 13:00 horas. Y para que quede constancia de lo tratado, yo, el Secretario, redacto Acta que someto a la firma del Presidente y Vocales; doy fe.”*

*Con fecha 5 de abril de 2022, ----- (-----) remitió escrito dirigido a este Ayuntamiento y a la Mesa de Contratación (se adjunta copia). Básicamente argumenta, en su exposición, que la Mesa de Contratación no ha valorado correctamente la documentación que aportó al Concurso. Más concretamente que no se valoró el anteproyecto que afirma presentó. Como consecuencia de no valorar el anteproyecto conforme a lo establecido en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que regulan este concurso, cláusula 10.2.4:*

*“haber realizado anteproyecto de la instalación de generación de electricidad. 5 puntos”, la Mesa no le adjudicó 5 puntos. Finaliza solicitando que se tenga por presentado en tiempo y forma el anteproyecto, se le otorgue 5 puntos y se revise su puntuación y su posición en la propuesta de adjudicación.*

*Atendiendo a lo anterior y al objeto de determinar el cauce jurídico que debe darse a la solicitud de ----- solicitamos, por parte de los servicios jurídicos del Área de Hacienda y asistencia a Entidades Locales, la elaboración de un informe jurídico que clarifique, como mínimo, los siguientes:*

*- Es posible que la Mesa de Contratación entre a valorar la solicitud que ----- le dirige, atendiendo a que entre las funciones que la LCSP, artículo 326, asigna a la Mesa de Contratación está la de valoración de las proposiciones de los licitadores. Si en el cumplimiento de sus funciones se produce un error puede proceder a*



su rectificación, artículo 109 de la Ley 39/2015 de Procedimiento Administrativo Común: “Las Administraciones Públicas podrán, asimismo, rectificar en cualquier momento, de oficio o a instancia de los interesados, los errores materiales, de hecho o aritméticos existentes en sus actos”.

- Es posible entender la solicitud de ----- como un recurso de alzada. Debería elevarse la solicitud al órgano de contratación, en este caso concreto, El Pleno. Debería El Pleno convocar a la Mesa de Contratación para considerar la solicitud de ----- . Si esto fuera así, finalmente sería la Mesa la que debe revisar, si lo estima oportuno, su propuesta de adjudicación. Es la Mesa la que debe determinar si se ratifica en su posición inicial, o rectifica si entiende que erró.

- Es posible atender la solicitud de ----- en base a otras argumentaciones legales.

- Cual es a juicio del redactor del informe jurídico que se piden, el camino que este ayuntamiento debe seguir ante esta petición de -----.

*En espera de su respuesta reciban un cordial saludo”.*

A los anteriores antecedentes, y solicitado informe por órgano competente, le son de aplicación los siguientes

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **PRIMERO.- Régimen jurídico:**

El régimen jurídico de aplicación se encuentra en las siguientes normas:

- Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP).



- Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la 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 (LCSP).
- Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP).

### **SEGUNDO.- Calificación del escrito interpuesto por la mercantil:**

El escrito de ----- se presenta frente al acta de la sesión celebrada por la mesa de contratación, en la que se efectúa propuesta de adjudicación al órgano de contratación, por considerar que dicha propuesta es resultado de una valoración inadecuada de la documentación presentada por la mercantil. En definitiva, el escrito se opone a la propuesta de resolución plasmada en el acta.

El artículo 326.2 de la LCSP califica a la Mesa de contratación como órgano de asistencia técnica especializada y le atribuye de forma expresa, entre otras, las funciones siguientes:

*“a) La calificación de la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos a que se refieren los artículos 140 y 141, y, en su caso, acordar la exclusión de los candidatos o licitadores que no acrediten dicho cumplimiento, previo trámite de subsanación.*

*b) La valoración de las proposiciones de los licitadores.*

*c) En su caso, la propuesta sobre la calificación de una oferta como anormalmente baja, previa tramitación del procedimiento a que se refiere el artículo 149 de la presente Ley.*

*d) La propuesta al órgano de contratación de adjudicación del contrato a favor del licitador que haya presentado la mejor oferta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 145, según proceda de conformidad con el pliego de cláusulas administrativas particulares que rija la licitación.*



*e) En el procedimiento restringido, en el diálogo competitivo, en el de licitación con negociación y en el de asociación para la innovación, la selección de los candidatos cuando así se delegue por el órgano de contratación, haciéndolo constar en el pliego de cláusulas administrativas particulares”.*

Las actas de las sesiones celebradas por la mesa de contratación reflejarán fielmente lo sucedido y serán firmadas por el presidente y secretario de la mesa de contratación y por los que hubiesen formulado sus reclamaciones o reservas (artículos 81.3 y 87.3 del RGLCAP). De acuerdo con el artículo 63.3.e) de la LCSP, las actas de la mesa de contratación relativas al procedimiento de adjudicación se publicarán en el perfil de contratante.

Las actas se configuran como el documento en el que constan los acuerdos que adopta la mesa de contratación, pero son éstos los actos recurribles. Por otro lado, los acuerdos que adopte la mesa de contratación no ponen fin al procedimiento de contratación.

El Tribunal Supremo tiene definidos los actos de trámite, por oposición a los actos definitivos, en numerosas sentencias. Valga, por todas, la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección 3ª) de 17 noviembre de 1998 (Recurso 7742/1997), en la que se refiere a una declaración de impacto ambiental como acto de trámite, “(...) *ya que su funcionalidad es la de integrarse en un procedimiento sustantivo como parte de él para que sea tomado en consideración en el acto que ponga fin al mismo, acto final que no queda necesariamente predeterminado por las conclusiones o juicio que en dicha declaración se hayan alcanzado (...)*”.

En concreto en relación con las propuestas de resolución, la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección 5ª) de 6 abril de 2004 (Recurso 5368/2001) señala que “*los informes y propuestas constituyen actos preparatorios de otros finales o definitivos, y a través de los cuales se aportan elementos de juicio o de ciencia como antecedentes a manejar, junto con los restantes datos disponibles, por el órgano que haya de decidir el asunto, que es el que plasmará la voluntad de la Administración. Y desde este punto de vista, son los actos de trámite por excelencia pues no hacen otra cosa que in-*



*corporar un importante juicio técnico o jurídico para que, quien tenga la capacidad y competencia para resolver el procedimiento, pueda adoptar la decisión con garantías de acierto.*

*Lo dicho conduce a la conclusión de que, desde la perspectiva jurisdiccional - que es lo que aquí interesa-, los informes y propuestas no pueden ser considerados como actos administrativos definitivos susceptibles de revisión independiente y aislada”.*

Así pues, no cabe duda de que la propuesta efectuada por la mesa de contratación es un acto de trámite. Se analiza a continuación la posibilidad de recurrirla.

**TERCERO.- Posibilidad de impugnación del acta de la mesa de contratación:**

Sobre la posibilidad de recurrir los acuerdos de la mesa de contratación, han de distinguirse dos supuestos:

1. Por un lado, que el contrato sea susceptible de recurso especial en materia de contratación, de acuerdo con el artículo 44.1 LCSP 2017: en este caso, habrá que estar a lo previsto en el artículo 44.2.b), que prevé que son recurribles “*los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que éstos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. 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*”.

De concurrir tales circunstancias, el acto será susceptible de recurso especial en materia de contratación y no podrá recurrirse en reposición (ex artículo 44.5 de la LCSP).



Si, por el contrario, se trata de defectos de tramitación que afecten a actos de la mesa de contratación distintos de los recogidos en el citado artículo 44.2.b) de la LCSP, aquéllos podrán ponerse de manifiesto a la propia mesa de contratación 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 alegarse en caso de recurrir frente al acto de adjudicación.

2. Para el caso de que el contrato no se incluya entre los recurribles vía recurso especial en materia de contratación, el artículo 44.6 de la propia LCSP se remite a la LPACAP para la impugnación de tales actos.

En este orden de cosas, el artículo 123 de la LPACAP exige, como requisito para poder interponer un recurso de reposición, que la impugnación se dirija frente a un acto que ponga fin a la vía administrativa (es decir, que se encuentre entre los enumerados en el artículo 114 de la propia LPACAP).

Dado que, como se ha expuesto, los actos de la mesa de contratación son actos de trámite que no ponen fin al procedimiento de contratación, no podrán ser recurridos en reposición. A lo sumo, podrían ser recurridos en alzada ante el órgano superior jerárquico del que los dictó, si, conforme a los artículos 121.1 y 112.1 de la LPACAP, no poniendo fin a la vía administrativa, se trata de actos que *“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”*. Sobre este particular, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en su Resolución 940/2021, de 30 de julio, inadmite el recurso interpuesto contra un Acta de la Mesa de Contratación, por ser este un acto de trámite no cualificado, al señalar, remitiéndose a la Resolución 1052/2018 de este Tribunal Administrativo Central, de 16 de noviembre, que *“En cuanto al acto recurrido, es regla general en nuestro derecho administrativo que contra los actos de trámite no cabe la interposición independiente de recurso administrativo –sin perjuicio de que puedan ser impugnados juntamente con la resolución o acto de terminación del procedimiento–, salvo que aquellos sean de carácter cualificado, bien porque decidan directa o indirectamente el fondo del asunto, bien determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento, o bien produzcan indefen-*



*sión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos, como se establece en el artículo 112.1 de la LPACAP.*

*Ello no obstante el hecho de que no sea posible la impugnación independiente de un acto de trámite no cualificado no produce indefensión al interesado, que puede impugnar la resolución o acto definitivo que pone fin al procedimiento aduciendo los vicios del acto de trámite (...)*”.

Continúa señalando que la propuesta de adjudicación a favor del primer clasificado, es un acto *“de trámite no cualificado, por cuanto, como disponen expresamente los artículos 150.1 y 157.6 LCSP, la propuesta de mesa ha de ser aceptada por el órgano de contratación, pero sin que la propuesta de adjudicación cree derecho alguno en favor del licitador propuesto frente a la Administración, pues el órgano de contratación puede rechazarla y no adjudicar el contrato de acuerdo con ella, motivando su decisión, de modo que el acto impugnado no decide directa o indirectamente el fondo del asunto, ni determina la imposibilidad de continuar el procedimiento, ni produce indefensión.*

*En consecuencia el acto no es recurrible, conforme al artículo 44.2.b) y 3 de la LCSP y 22.1.4º del RPERMC, sin perjuicio de que los vicios de que adolezca el acto impugnado puedan hacerse valer en el recurso que se pudiera interponer bien por el propuesto como adjudicatario actual bien por otro licitador contra el futuro acto de adjudicación”.*

El acuerdo contra el que se dirige el escrito de la mercantil no es, pues, susceptible de impugnación separada, en la medida en que se trata de un acto de trámite no cualificado, que la propuesta no genera derecho alguno en el licitador propuesto, ni vincula al órgano de contratación en el sentido de su resolución ni en el contenido de la misma, tal como dispone expresamente el artículo 157.6 de la LCSP, al disponer que *“la propuesta de adjudicación no crea derecho alguno en favor del licitador propuesto frente a la Administración. No obstante, cuando el órgano de contratación no adjudique el contrato de acuerdo con la propuesta formulada deberá motivar su decisión”*. Así pues, no cabe dar tratamiento de recurso al escrito presentado por la mercantil.



En este mismo sentido se ha pronunciado expresamente el TSJ de Extremadura, en sentencia de 14 de noviembre de 2017 (nº 243/2017, recurso 208/2017), que da la razón al ayuntamiento recurrente, anulando la sentencia recurrida que anulaba a su vez la resolución de adjudicación de un contrato y ordenaba retrotraer el procedimiento de contratación a un momento determinado, entendiendo el TSJ que la sentencia recurrida infringía los criterios de legalidad por centrarse en la actividad de la mesa de contratación, cuando en realidad la decisión es del órgano de contratación.

#### **CUARTO.- Margen de actuación por parte del ayuntamiento:**

Una vez sentada la imposibilidad de dar al escrito de la mercantil un tratamiento de recurso, se plantean a continuación las posibilidades de actuación del ayuntamiento ante dicho escrito.

Una vez registrado el escrito, del análisis de su contenido puede deducir el ayuntamiento que la argumentación de la mercantil carece de fundamento, en cuyo caso se deberá continuar la tramitación del expediente. Si, por el contrario, se considera conforme a derecho la pretensión de la mercantil, el ayuntamiento ha tenido conocimiento de un error en la valoración de las propuestas, error que debe corregirse a fin de evitar el efecto indeseable de una adjudicación contraria a los pliegos. Para ello, el ayuntamiento dispone de dos opciones, que se desarrollan a continuación.

**4.1.- Posibilidad de revisión de oficio del acuerdo, por parte de la mesa de contratación:** el artículo 41.1 de la LCSP dispone expresamente que *“la revisión de oficio de los actos preparatorios y de los actos de adjudicación de los contratos se efectuará de conformidad con lo establecido en el Capítulo I del Título V de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas”*.

Por su parte, el artículo 109.2 de la LPACAP dispone que *“las Administraciones Públicas podrán, asimismo, rectificar en cualquier momento, de oficio o a instancia de los interesados, los errores materiales, de hecho o aritméticos existentes en sus actos”*, señalando como límites a la revisión el artículo 110 de la misma LPACAP que *“por*



*prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes”.*

Considerando que el órgano de contratación aún no ha adoptado resolución, si la mesa considera, a la vista del escrito planteado por la mercantil, que el criterio de valoración reflejado en el acta, que sirvió de base a la propuesta de adjudicación, no es acertado (es decir, que las observaciones efectuadas por ----- son correctas) nada impide celebrar una nueva reunión, en la que se modifique ese criterio de valoración, elevando una nueva propuesta al órgano de contratación. Con ello no se contravendrían los límites a la revisión (más aún, tratándose de un acto de trámite no cualificado, como ya se expuso).

#### **4.2.- Posibilidad de resolución directa por parte del órgano de contratación:**

la otra opción posible, si se consideran acertadas las manifestaciones de la mercantil, es que el órgano de contratación, a la hora de adjudicar el contrato, acoja dichas manifestaciones, apartándose de la propuesta de resolución. Ello exige la motivación del acuerdo en los términos del artículo 157.6 de la LCSP: *“la propuesta de adjudicación no crea derecho alguno en favor del licitador propuesto frente a la Administración. No obstante, cuando el órgano de contratación no adjudique el contrato de acuerdo con la propuesta formulada deberá motivar su decisión”.*

De esta forma, vistos los anteriores antecedentes y fundamentos jurídicos, los que suscriben elevan las siguientes

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.-** La propuesta efectuada por la mesa de contratación (acuerdo contra el que se dirige el escrito de la mercantil) no es susceptible de impugnación separada, en la medida en que se trata de un acto de trámite no cualificado, que no genera derecho alguno en el licitador propuesto, ni vincula al órgano de contratación en el sen-



tido de su resolución ni en el contenido de la misma. No cabe, pues, dar tratamiento de recurso al escrito de la mercantil.

Sin embargo, si se considera que el escrito presentado ha puesto de manifiesto un error en la propuesta de resolución (por considerarse adecuada la argumentación de la mercantil) el ayuntamiento debe evitar el efecto indeseable de una adjudicación contraria a los pliegos.

**SEGUNDA.-** Sin necesidad de dar al escrito tratamiento de recurso, una vez se ha tenido conocimiento de un error en la propuesta de adjudicación (para el caso de que así se considere) el ayuntamiento dispone de dos opciones:

- a) Considerando que el órgano de contratación aún no ha adoptado resolución, si la mesa considera, a la vista del escrito planteado por la mercantil, que el criterio de valoración reflejado en el acta, que sirvió de base a la propuesta de adjudicación, no es acertado (es decir, que las observaciones efectuadas por ----- son correctas) nada impide celebrar una nueva reunión, en la que se modifique ese criterio de valoración, elevando una nueva propuesta al órgano de contratación.
- b) El órgano de contratación, a la hora de adjudicar el contrato, podrá asumir directamente la argumentación de la mercantil, apartándose de la propuesta de resolución. Para ello deberá motivar el acuerdo en los términos del artículo 157.6 de la LCSP: *“la propuesta de adjudicación no crea derecho alguno en favor del licitador propuesto frente a la Administración. No obstante, cuando el órgano de contratación no adjudique el contrato de acuerdo con la propuesta formulada deberá motivar su decisión”*.