

# MEMÒRIA

2017

2018



## TAULA D'ABREVIACIONS

Decret 28/2018	Decret 28/2018, de 7 de juny, de reestructuració del Departament de la Vicepresidència i d'Economia i Hisenda
Decret 43/2019	Decret 43/2019, de 25 de febrer, de reestructuració del Departament de la Vicepresidència i d'Economia i Hisenda
Decret 221/2013	Decret 221/2013, de 3 de setembre, pel qual es regula el Tribunal Català de Contractes del Sector Públic i s'aprova la seva organització i el seu funcionament
Directiva 2007/66/CEE	Directiva 2007/66/CE del Parlament Europeu i del Consell, d'11 de desembre de 2007, per la que es modifiquen les directives 89/665/CEE i 92/13/CEE del Consell pel que fa referència a la millora de l'eficàcia dels procediments de recurs en matèria d'adjudicació de contractes públics
Directiva 2014/23/UE	Directiva 2014/23/UE del Parlament Europeu i del Consell Europeu, de 26 de febrer de 2014, relativa a l'adjudicació de contractes de concessió
Directiva 2014/24/UE	Directiva 2014/24/UE del Parlament Europeu i del Consell, de 26 de febrer de 2014, sobre contractació pública i per la que es deroga la Directiva 2004/18/CE
Directiva 2014/25/UE	Directiva 2014/25/UE del Parlament Europeu i del Consell, de 26 de febrer de 2014, relativa a la contractació per entitats que operen en els sectors de l'aigua, la energia, els transports i els serveis postals i per la que es deroga la Directiva 2004/17/CE
JCCA	Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Generalitat de Catalunya
LCSP	Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic,
LJCA	Llei 29/1998, de 13 de juliol, reguladora de la jurisdicció contenciosa administrativa
Llei 31/2007	Llei 31/2007, de 30 d'octubre, sobre procediments de contractació als sectors de l'aigua, l'energia, els transports i els serveis postals
LPAC	Llei 39/2015, d'1 d'octubre, del procediment administratiu comú
LRJSP	Llei 40/2015, d'1 d'octubre, de règim jurídic del sector públic

RGLCAP	Reglament general de la Llei de contractes de les administracions públiques, aprovat per Reial decret 1098/2001, de 12 d'octubre
RD 814/2015	Reial decret 814/2015, d'11 de setembre, pel qual s'aprova el Reglament dels procediments especials de revisió de decisions en matèria contractual i d'organització del Tribunal Administratiu Central de Recursos Contractuals
RD 817/2009	Reial decret 817/2009, de 8 de maig, pel qual es desplega parcialment la Llei 30/2007, de 30 d'octubre, de contractes del sector públic
TJUE	Tribunal de Justícia de la Unió Europea
TRLCSP	Text refós de la Llei de contractes del sector públic, aprovat per Reial decret legislatiu 3/2011, de 14 de novembre
TSJCAT	Tribunal Superior de Justícia de Catalunya
VEC	Valor estimat del contracte

# ÍNDEX

<b>1. Introducció. Fets rellevants i marc normatiu .....</b>	<b>4</b>
<b>2. Funcions del Tribunal .....</b>	<b>9</b>
<b>3. Recursos humans .....</b>	<b>10</b>
<b>4. Mitjans electrònics .....</b>	<b>12</b>
<b>5. Dades estadístiques.....</b>	<b>13</b>
5.1. Dades estadístiques i indicadors de 2017.....	13
5.2. Dades estadístiques i indicadors de 2018.....	21
<b>6. Doctrina del Tribunal 2017-2018.....</b>	<b>35</b>
<b>7. Dades de compliment de l'article 57.4 de la LCSP .....</b>	<b>72</b>
<b>8. Altres activitats del Tribunal.....</b>	<b>73</b>
8.1. Reunions de coordinació dels òrgans i tribunals de recursos especials de contractació pública.....	73
8.2. Comunicacions a l'Autoritat Catalana de la Competència (ACCO) .....	73
8.3. Accions formatives .....	73
<b>9. Reflexions finals i objectius per al 2019 .....</b>	<b>74</b>

# 1. INTRODUCCIÓ. FETS RELLEVANTS I MARC NORMATIU

El Tribunal Català de Contractes del Sector Públic (TCCSP o Tribunal) presenta la memòria corresponent als exercicis 2017 i 2018, amb la finalitat de mostrar l'activitat associada al recurs especial en matèria de contractació pública durant aquests dos exercicis en l'àmbit de l'Administració de la Generalitat de Catalunya i de l'Administració local, inclosos els seus respectius sectors públics.

El TCCSP va ser creat l'any 2013, com a continuació de l'Òrgan Administratiu de Recursos Contractuals de Catalunya (OARCC), creat, en un primer moment, per la disposició addicional quarta de de la Llei 7/2011, de 27 de juliol, de mesures fiscals i financeres. Posteriorment, el Decret 221/2013 el va configurar com un **òrgan administratiu<sup>1</sup> col·legiat de caràcter especialitzat que exerceix les seves funcions amb plena independència, objectivitat i imparcialitat, sense estar subjecte a cap vincle jeràrquic, ni a instruccions de cap tipus dels òrgans de les administracions públiques afectades**, i que té com a funcions principals la resolució dels recursos especials en matèria de contractació pública i de les qüestions de nul·litat i reclamacions<sup>2</sup> interposats contra els poders adjudicadors, així com l'adopció de les corresponents mesures provisionals.

**Les funcions del TCCSP** estan referides a l'àmbit de **l'Administració de la Generalitat de Catalunya**, de les entitats i els organismes que formen part del seu sector públic que tenen la consideració de poders adjudicadors i de les **administracions locals** integrades en el seu territori i de les entitats i els organismes de l'Administració local que tenen la consideració de poders adjudicadors.

L'existència d'un **òrgan administratiu especialitzat i amb plena independència, objectivitat i imparcialitat en l'exercici de les seves funcions** és el model adoptat pel legislador espanyol per a la transposició de les anomenades "directives de recursos" en matèria de contractació<sup>3</sup>. Aquesta legislació de la Unió Europea – Directiva 2007/66/CEE – requereix, en general, que els estats membres adoptin un procediment de recurs que garanteixi la possibilitat de reacció eficaç i ràpida en cas d'infracció del dret de la Unió sobre contractació pública.

En definitiva, **els procediments de recurs en matèria de contractació es configuren pel dret europeu de contractes com una garantia fonamental en la**

---

<sup>1</sup> Malgrat el seu caràcter d'òrgan administratiu, el TJUE va determinar la consideració del Tribunal com a òrgan jurisdiccional als efectes de la interposició d'una qüestió de nul·litat.

<sup>2</sup> Les reclamacions fan referència a les interposades en els procediments d'adjudicació dels contractes, les mesures provisionals i les qüestions de nul·litat previstes per la Llei 31/2007.

<sup>3</sup> L'Informe de 24 de gener de 2017 de la Comissió al Parlament Europeu i al Consell, sobre l'eficàcia de la regulació europea dels recursos (Directiva 89/665/CEE i Directiva 92/13/CEE, modificades per la Directiva 2007/66/CEE), ha posat en relleu, entre d'altres aspectes relatius a la regulació del recurs, el fet que els òrgans independents de recursos adoptats per alguns estats membres es caracteritzen, amb caràcter general, per un major nivell d'eficàcia.

**contractació pública** per dissuadir les conductes contràries al dret comunitari de contractes i també per assolir un sistema integral i eficaç per sancionar les irregularitats que es puguin cometre en la contractació.

**L'escenari normatiu de la contractació pública a Europa** en el qual s'insereix el procediment del recurs especial, ha sofert diferents i importants canvis de paradigmes des de l'any 2011, quan començà l'experiència dels òrgans administratius de resolució de recursos a Catalunya i a Espanya. Els darrers i més importants d'aquests canvis deriven, sens dubte, de l'aprovació de les anomenades "**directives de quarta generació**", les tres directives de 2014 (2014/23/UE, 2014/24/UE i 2014/25/UE), que suposen, si més no, un canvi en els esquemes clàssics de disseny, gestió, seguiment i control de l'activitat contractual de les organitzacions públiques.

De fet, com a conseqüència de la manca de la preceptiva transposició al dret espanyol d'aquestes directives, una part molt important de seves les previsions han resultat d'aplicació directa, si més no, des del 19 d'abril de 2016 i fins a l'entrada en vigor de la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic, per la qual es transposen a l'ordenament jurídic espanyol les directives del Parlament Europeu i del Consell 2014/23/UE i 2014/24/UE, de 26 de febrer de 2014 (LCSP), és a dir, fins al 9 de març de 2018.

Des de la perspectiva de l'exercici de les funcions del Tribunal, els nous plantejaments del marc legislatiu europeu de la contractació pública han afectat durant el període de temps a què fa referència aquesta memòria, bàsicament, a dos aspectes importants de la seva actuació. D'una banda, **la necessitat d'adaptació qualitativa o d'assimilació en la doctrina del Tribunal dels nous paradigmes de la contractació**. A tall d'exemple, la irrupció de l'anomenada **compra pública estratègica** (contractació pública socialment responsable, contractació pública permeable a les PIME i compra pública d'innovació) ha suposat un canvi de perspectiva disruptiu en la gestió contractual, amb incidència, sens dubte, en la funció revisora del Tribunal. De fet, el canvi progressiu en el disseny de les contractacions ha requerit i requereix, en determinats aspectes, un cert ajust en les posicions doctrinals anteriors per encabir aquests nous conceptes, tot respectant i salvaguardant els principis generals de la contractació pública, com són la transparència, la concurrència, la publicitat, la igualtat i la no discriminació i ara també la integritat, que continuen essent la base del dret europeu de contractes.

D'altra banda, han suposat una **significativa ampliació de l'àmbit objectiu d'actuació del Tribunal**. En aquest sentit, la LCSP de 2017 acull el que ja s'inferia del propi *corpus* normatiu de les directives de 2014<sup>4</sup> i articula un perímetre objectiu per al recurs especial en el qual s'amplien tant els contractes com els actes objecte d'impugnació per aquesta via. Així, a més de la reducció substancial dels llistats quantitatius del VEC dels contractes a partir dels quals es pot impugnar ara mitjançant el recurs especial, s'inclouen com a actes que poden ser objecte de recurs especial, la formalització dels encàrrecs a mitjans propis, les modificacions

***El 9 de març de 2018 va entrar en vigor la LCSP, amb una significativa ampliació de l'àmbit objectiu d'actuació del Tribunal, que ha donat lloc a un increment del nombre de recursos interposats durant l'any 2018 del 49% respecte de 2017 i del 62% respecte de 2016***

<sup>4</sup> Que cristal·litza en la Sentència del TJUE de 5 d'abril de 2017 (assumpte C-391/15, *Marina del Mediterráneo, SL i altres/Agencia Pública de Puertos de Andalucía*).

basades en l'incompliment dels preceptes que les regulen i els acords de rescat de les concessions<sup>5</sup>.

Adicionalment, a Catalunya, **el requeriment de gratuïtat per a la interposició del recurs que ha introduït la LCSP ha desplaçat l'aplicació de la taxa per interposició del recurs** prevista per l'article 7 del Decret legislatiu 3/2008, de 25 de juny, pel qual s'aprova el Text refós de la Llei de taxes i preus públics de la Generalitat de Catalunya, en la redacció donada per l'article 39 de la Llei 2/2014, de gener, de mesures fiscals, administratives, financeres i del sector públic. A més dels evidents efectes dissuasius de la taxa, cal indicar que, per aquest concepte, el Tribunal va recaptar durant l'any 2017 un total de 577.309,55 euros, ingressos anuals que, no obstant això, mai s'han afectat al funcionament del Tribunal.

En definitiva, de la combinació d'aquestes circumstàncies en resulta, en tot cas, **un significatiu i progressiu increment de l'activitat impugnatòria i de la complexitat dels assumptes a resoldre per part del Tribunal en tots els seus aspectes**. Adicionalment, s'ha posat de manifest, en aquest context, una progressiva intensificació en l'ús del recurs per part d'entitats associatives empresarials i sindicats.

Així, un repàs de l'evolució del nombre de recursos presentats davant del TCCSP durant els seus anys d'activitat duen a concloure que des del 2013 i fins al 2016 es va produir una certa estabilització del nombre de recursos en còmput anual. Ara bé, arribat l'any 2017, enmig d'un marc normatiu caracteritzat per la necessitat de conjuminar l'aplicació del TRLCSP amb l'efecte directe de les previsions de les directives de 2014, i amb la incorporació de nous actes susceptibles de poder ser impugnats mitjançant el recurs especial, començà a experimentar-se l'increment qualitatiu i quantitatiu en el nombre i les característiques dels recursos al que ja s'ha fet esment i que el situen, com es veurà en les dades corresponents, en **un increment en termes absoluts, del 62%**.

**Durant el mes de juny de 2017**, en plena tramitació al Congrés de Diputats de la futura llei de contractes del sector públic i coincidint amb el relleu en la presidència del Tribunal, **es dugué a terme un exhaustiu anàlisi intern de les funcions i les tasques associades a l'activitat del Tribunal a efectes del seu dimensionament**. Aquest procés va donar lloc a l'emissió per part dels òrgans competents de la Direcció General de Funció Pública, en data 1 d'agost de 2017, de l'Estudi de Dimensionament del Tribunal, que va permetre diagnosticar una **manca estructural de mitjans humans i materials**. Pel que fa als primers, situaven els efectius totals de què es disposava en aquell moment (7) en un nivell d'insuficiència notable respecte dels efectius totals necessaris (13), particularment per la manca de personal tècnic de perfil adequat per a la col·laboració en l'elaboració de les propostes de resolució, en un escenari d'increment previsible i progressiu del nombre de recursos aleshores de l'entorn del 40%. En aquest estudi, es focalitzaven les observacions en el risc de bloqueig del Tribunal i les conseqüències immediates d'aquest en l'activitat contractual de les administracions públiques de Catalunya –possible paralització–, com també en les eventuais conseqüències de la manca de resolució dels assumptes en el temps legalment

<sup>5</sup> L'article 44 de la LCSP regula en el seu apartat 2 les actuacions que poden ser objecte del recurs.



establert, a tenor de certs pronunciaments jurisdiccionals relatius a altres òrgans de resolució dels recursos.

Ultra tot això, l'informe evidenciava també un **molt baix nivell de tecnificació dels processos associats a l'activitat del Tribunal**, motiu pel qual es van iniciar immediatament les oportunes tramitacions per aconseguir la implementació urgent de les eines informàtiques adients. Entre aquestes darreres, resultava particularment urgent l'impuls de la presentació electrònica del recurs i de la realització de les comunicacions i les notificacions del Tribunal per via electrònica amb compliment dels estàndards d'evidències exigibles.

**És inevitable assumir que els escenaris pressupostaris resultants, entre d'altres, dels diferents cicles polítics esdevinguts durant els anys 2017 i 2018, han suposat un ferm obstacle a l'avenç tecnològic i a la implementació de les mesures aconsellades per la Direcció General de la Funció Pública en l'informe de dimensionament del Tribunal.**

Així, la incorporació intermitent de dues persones de perfil tècnic amb caràcter de reforç per períodes de durada màxima de sis mesos, essencialment, durant l'any 2018, queda a molta distància de les necessitats estructurals del Tribunal, tant des del punt de vista quantitatiu dels recursos com de l'adequació dels perfils a les competències requerides, sobretot en la mesura que la professionalització, és a dir, l'especialització del personal tècnic del Tribunal és un requeriment de base per dur a terme les seves funcions<sup>6</sup>.

Tampoc la tecnificació del Tribunal ha estat l'adequada i necessària, perquè si bé s'ha aconseguit donar compliment als requeriments de comunicació electrònica del Tribunal amb els recurrents, els interessats i els òrgans de contractació, no s'ha aconseguit disposar d'un canal propi de presentació dels recursos en format electrònic que permeti consolidar aquest sistema com a l'únic vàlid de presentació del recurs, ni d'una eina de tramitació electrònica de tot el procediment que faciliti la gestió àgil i eficient dels processos i l'explotació adequada de les dades de conflictivitat.

En tot cas, s'ha d'indicar que mitjançant el Decret 28/2018, es produí un canvi d'adscripció del Tribunal, el segon, aquesta vegada per passar del Departament d'Afers Exteriors, Relacions Institucionals i Transparència al Departament de la Vicepresidència i d'Economia i Hisenda<sup>7</sup>. En aquest nou escenari organitzatiu, s'han encetat diferents línies d'actuació per aconseguir avançar en el dimensionament i dotació adequades del Tribunal en la mesura que les circumstàncies ho facin factible.

Per una part, s'ha impulsat l'ampliació del nombre de vocalies en aplicació de la previsió de l'article 5.1 del Decret 221/2013. Efectivament, mitjançant la disposició

***Mitjançant els  
Decrets 28/2018 i  
43/2019, el  
Tribunal va  
quedar adscrit al  
Departament de la  
Vicepresidència i  
d'Economia i  
Hisenda, a través  
de la Direcció  
General de  
Contractació  
Pública***

<sup>6</sup> La Comissió Europea focalitza la millora de la contractació pública, entre d'altres aspectes, en la professionalització del personal, tal i com s'exposa en la Recomanació (UE) 2017/1805 de 3 d'octubre de 2017.

<sup>7</sup> La darrera modificació d'aquest Decret, pel Decret 43/2019 designa la Direcció General de Contractació Pública com la unitat mitjançant la qual s'adscriu el Tribunal al Departament de la Vicepresidència i d'Economia i Hisenda.

final setena del Decret 43/2019, es va modificar aquest precepte i es va ampliar el nombre de vocalies del Tribunal de dues a quatre amb el mateix equilibri, per meitats, de les vocalies de designació de la Generalitat i les vocalies de designació del món local i, òbviament, subjectes als mateixos requisits i procediments de provisió establerts inicialment. No obstant això, una vegada més, els escenaris pressupostaris no han permès encara materialitzar aquesta ampliació amb la dotació i provisió de les noves vocalies.

Per altra part, s'han impulsat altres i diferents mecanismes de col·laboració per a incrementar la capacitat resolutòria del Tribunal, que, finalment, han cristal·litzat amb la signatura, el passat 19 de desembre de 2018, del protocol entre el Departament de la Vicepresidència i d'Economia i Hisenda i el Departament de la Presidència per articular un sistema de col·laboració entre el Gabinet Jurídic de la Generalitat i el Tribunal, inspirat en el que s'utilitza, a nivell estatal, pel *Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales* amb l'Advocacia de l'Estat. Aquesta fórmula de col·laboració, que ha començat a funcionar el primer trimestre de 2019, ha de permetre, en condicions normals de dotació del Tribunal, disposar d'un instrument addicional per afrontar els períodes anuals d'especial increment del nombre de recursos, i, en tant no es produeixi la dotació estructural mínima i adequada de recursos humans, comptar amb un sistema eficient per incrementar el nombre d'assumptes resoltos.

Després d'aquesta síntesi de la situació del Tribunal en els aspectes més rellevants, **la memòria que ara es presenta inclou, com a novetat, la valoració econòmica dels procediments de contractació que són objecte d'impugnació.** I això amb dos paràmetres: el VEC total de la contractació afectada per la interposició del recurs i el VEC corresponent, quan s'escaigui, als lots efectivament impugnats de cada contractació. Aquesta perspectiva d'anàlisi econòmica ha de permetre, si més no, apreciar la dimensió econòmica de l'activitat del Tribunal sobre la base dels recursos públics mobilitzats. Així, el VEC total dels expedients afectats pel recurs especial de 2018 –que, en termes absoluts, és de **4.468.608.831,20 euros** – en resulta prou significatiu.

***Els recursos interposats van afectar licitacions el VEC total de les quals va ser de 4.175.829.761,69 euros l'any 2017 i 4.468.608.831,20 euros l'any 2018***

A mode de síntesi, i per acabar, cal assumir que la incidència de l'increment progressiu de recursos apreciat ja durant el primer semestre de 2017, així com l'increment progressiu de l'acumulació d'assumptes sense les dotacions de recursos adequades, han dut a una situació de saturació significativa, que situa les taxes reals de resolució i de congestió molt lluny dels nivells desitjables.

Certament, tot i que s'ha de posar en valor l'increment ostensible del nombre d'expedients resoltos durant el 2018 en un escenari d'insuficiència estructural de mitjans, resulta imprescindible que, atenent a l'alt impacte operatiu i econòmic de la funció revisora del Tribunal sobre l'activitat contractual pública, s'assoleixi quan abans la dotació urgent de mitjans adequats i suficients a aquest òrgan independent, i això en compliment del que la seva normativa reguladora ja va establir des d'un primer moment.

La present Memòria ha estat aprovada pel Ple del TCCSP en sessió del dia 25 de setembre de 2019.

## 2. FUNCIONS DEL TRIBUNAL

D'acord amb la normativa aplicable, corresponen al Tribunal les funcions següents:

- a. Resoldre els recursos especials en matèria de contractació interposats contra els actes relacionats en l'apartat 2 de l'article 44 de la LCSP quan es refereixen als tipus de contractes especificats en l'apartat 1 del mateix article, i no es tracti de procediments d'adjudicació que se segueixin pel tràmit d'emergència de l'article 120 de la mateixa Llei.
- b. Decidir sobre l'adopció de mesures provisionals sol·licitades amb anterioritat a la interposició del recurs especial en matèria de contractació, d'acord amb l'article 49 de la LCSP.
- c. Resoldre les reclamacions en els procediments d'adjudicació dels contractes, les mesures provisionals i la qüestió de nul·litat a què fan referència els articles 101, 103, 109, 110 i 11 de la Llei 31/2007.

### 3. RECURSOS HUMANS

El Tribunal, des de la seva creació i fins a la modificació introduïda en el Decret 2221/2013 per la disposició final setena del Decret 43/2019, s'estructurà en un/a president/a i quatre persones vocals, tots amb veu i vot, i es preveu que sigui assistit per un/a secretari/secretària tècnic/a, amb veu però sense vot, que no té la condició de membre del Tribunal.

**Pendent la dotació i la provisió de les dues noves vocalies**, produït el relleu en la presidència del Tribunal a partir de juny de 2017, i acordada la renovació de les dues persones vocals per un nou mandat des del gener de 2019, **la composició del Tribunal des de l'1 de juny de 2017 i fins a l'actualitat** és la següent:

- Presidenta: senyora Neus Colet i Arean (RESOLUCIÓ EXI/1216/2017, de 24 de maig).
- Vocal: senyora Maria Eugenia López Mora (RESOLUCIÓ VEH/46/2019, de 15 de gener).
- Vocal: senyora Carme Lucena Cayuela (RESOLUCIÓ VEH/47/2019, de 15 de gener).

La Secretaria Tècnica del Tribunal l'ocupa la senyora Maria Àngels Alonso Rodríguez (RESOLUCIÓ PRE/64/2014, de 8 de gener).

Juntament amb els membres del Tribunal i la Secretaria Tècnica, durant els anys 2017 i 2018, el Tribunal ha comptat amb dues persones funcionàries que realitzen tasques administratives i una persona laboral fixa de nivell administratiu. Així mateix, s'ha reforçat intermitentment la dotació de recursos humans amb dues persones de reforç per períodes de fins a sis mesos. En el darrer període de l'exercici de 2018, es va convocar la provisió de dues places de tècnic superior A21, amb efectes del gener de 2019.

La manca d'estructura –humana i material– adequada i suficient del Tribunal s'ha palesat des de la seva creació –així resulta de totes les memòries precedents– i va resultar confirmada i dimensionada en **l'Estudi de dimensionament del Tribunal d'1 d'agost de 2017, elaborat per la Direcció General de Funció Pública del Departament de Governació, Administracions Públiques i Habitatge**, sense que s'hagi pogut solucionar convenientment en cap dels períodes d'anàlisi. Aquest estudi de dimensionament **estimava necessària la incorporació de cinc nous perfils tècnics** d'àmbit jurídic al Tribunal per afrontar amb garanties l'increment progressiu de recursos.

*L'únic estudi de dimensionament del Tribunal és de data 1 d'agost de 2017*

Exposat tot això i hores d'ara, en l'escenari dels canvis i implicacions descrites en el primer apartat d'aquesta memòria, sobriarien les reflexions respecte de la necessitat de dotació suficient i adequada de mitjans del Tribunal per garantir els objectius que, en definitiva, assigna el dret comunitari de contractes a la institució

del recurs especial en matèria de contractació<sup>8</sup>, i que requereix una resolució ràpida, àgil i de qualitat dels recursos per tal de no impactar en la programació de les contractacions públiques de Catalunya, així com de protegir les pretensions dels operadors econòmics en un marc de seguretat jurídica i objectivitat tècnica.

Per tot això, resulta aconsellable acompanyar el futur procés de reestructuració del Tribunal amb nous plantejaments organitzatius i econòmics enfocats a garantir, no només la seva independència tècnica, que hores d'ara està assolida i consolidada, sinó també la indispensable independència operativa i funcional.

---

<sup>8</sup> Vegi's el tractament d'aquest tema en l'Informe de 24 de gener de 2017 de la Comissió al Parlament i al Consell, sobre l'eficàcia de la regulació europea dels recursos (Directiva 89/665/CEE i la Directiva 92/13/CEE, modificades per la Directiva 2007/66/CEE), i l'Informe sobre Espanya de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Banco Central Europeo y al Eurogrupo (Semestre Europeo 2018: Evaluación de los avances en lo que respecta a las reformas estructurales y la prevención y la corrección de los desequilibrios macroeconómicos, y resultados de los exámenes exhaustivos conforme al Reglamento (UE) núm. 1176/2011) (SWD/2018/0207final).

## 4. MITJANS ELECTRÒNICS

El Tribunal ha d'avançar de forma significativa en l'ús dels mitjans electrònics en el procediment de recurs, en primer terme, per donar compliment a les previsions imperatives del nou marc legislatiu de la contractació i, en tot cas, per assolir nivells òptims de racionalització i simplificació de la gestió dels procediments de recurs.

Des de la perspectiva de compliment del marc normatiu, ja l'any 2017 es va iniciar l'ús intensiu del **sistema de notificació i comunicació electrònica certificat** que reporta al Tribunal les evidències de temps i integritat necessàries per a garantir l'eficàcia jurídica de les seves notificacions i comunicacions. Així mateix, durant el segon semestre de 2017, es varen iniciar els treballs per articular i fer efectiu el **sistema de presentació electrònica del recurs**, que es va assolir, coincidint amb l'entrada en vigor de la LCSP, el 9 de març de 2018.

En el període de temps a què fa referència aquesta memòria s'han dut a terme diferents i successius treballs d'anàlisi i determinació de requeriments i funcionalitats per a la implementació al Tribunal d'un **sistema complet de tramitació i gestió electrònica de tot el procediment de recurs**, integrat amb els corresponents sistemes corporatius, que permeti, entre d'altres fites, l'establiment d'un canal *ad hoc* de presentació del recurs electrònic i la compartició al núvol de documentació – tant amb els poders adjudicadors com amb els recurrents- per tal d'agilitar la interacció amb ambdós i des d'ambdós amb el Tribunal i evitar la càrrega que suposa la transmissió d'arxius electrònics d'àmplia volumetria. Aquest projecte, degut, entre d'altres raons, a les limitacions pressupostàries, es troba encara en fase de disseny i parametrització per part dels serveis informàtics.

Adicionalment, ja des de 2018, **les resolucions del Tribunal arriben als subscriptors del Butlletí de notícies de la JCCA**, gràcies a la col·laboració entre ambdues unitats, que permet l'ús intensiu, eficaç i eficient d'aquest mitjà de comunicació, en aquest cas per facilitar el coneixement dels criteris emprats en les resolucions del Tribunal de forma àgil a una multiplicitat d'agents interessats en la contractació pública.

En paral·lel, s'ha treballat amb el Gabinet Tècnic del Departament de la Vicepresidència i d'Economia i Hisenda i amb la Direcció General de Contractació Pública per fer efectiva la **transformació del Web del Tribunal** i implementar un **nou cercador** de majors capacitats temàtiques i de definició de les cerques, el qual ha de permetre, també, la traducció automàtica de les resolucions del Tribunal a la llengua definida per l'usuari. Ja en funcionament el nou Web, en aquests moments, juliol de 2019, el nou cercador es troba en fase de d'implementació progressiva.

*S'han iniciat els treballs per a la implementació en el Tribunal d'un sistema complet de tramitació i gestió electrònica de tot el procediment de recurs*

## 5. DADES ESTADÍSTIQUES

### 5.1. DADES ESTADÍSTIQUES I INDICADORS DE 2017

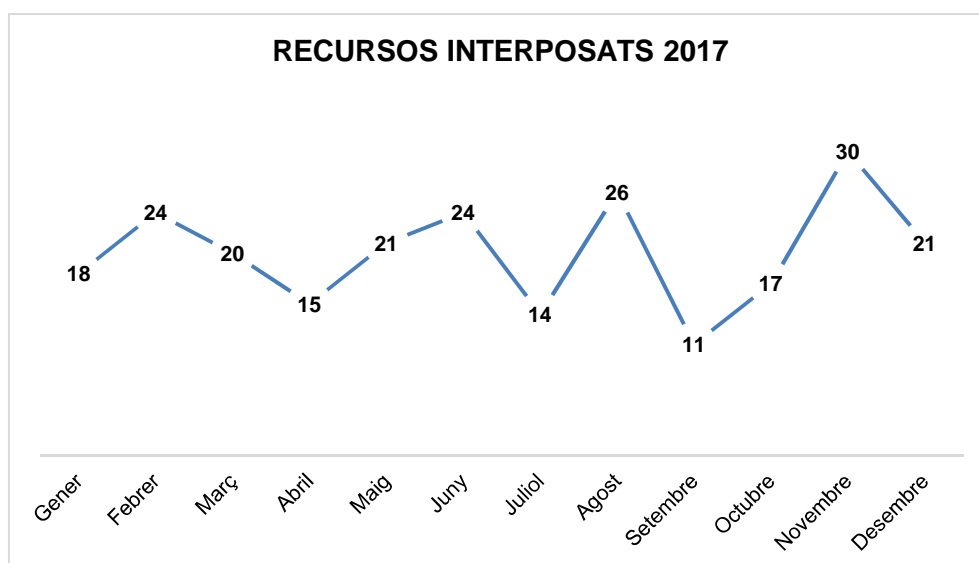
#### 5.1.1 Recursos interposats

Durant l'any 2017 van tenir entrada en el tribunal fins a 241 expedients de recurs, la qual cosa suposa un **increment del 9% respecte dels presentats l'any 2016 (221)**.

***Durant l'any 2017 el nombre de recursos interposats davant del Tribunal va incrementar-se en un 9% respecte de 2016***

MESOS	NÚM. RECURSOS
Gener	18
Febrer	24
Març	20
Abril	15
Maig	21
Juny	24
Juliol	14
Agost	26
Setembre	11
Octubre	17
Novembre	30
Desembre	21
<b>TOTAL</b>	<b>241*</b>

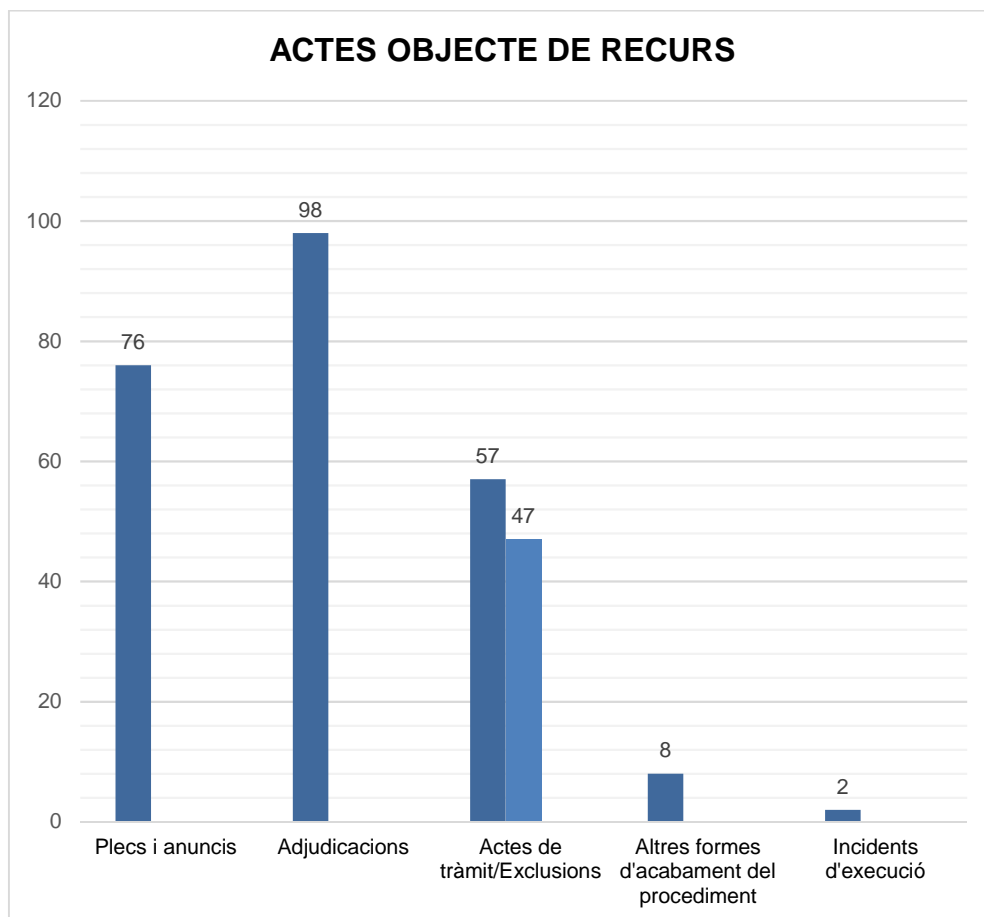
(\*) Dels 241 expedients de recurs, tres són reclamacions de l'àmbit dels sectors exclosos.



### 5.1.2 Actes objecte de recurs

ACTES	NÚM. RECURSOS
Plecs i anuncis	76
Adjudicacions	98
Actes de tràmit <ul style="list-style-type: none"> <li>Exclusions (47)</li> </ul>	57
Altres formes d'acabament del procediment	8
Incidents d'execució	2
<b>TOTAL</b>	<b>241</b>

*El principal acte impugnat pel recurs va seguir sent l'acte d'adjudicació del contracte, que va representar un 40% sobre el total de recursos de 2017*

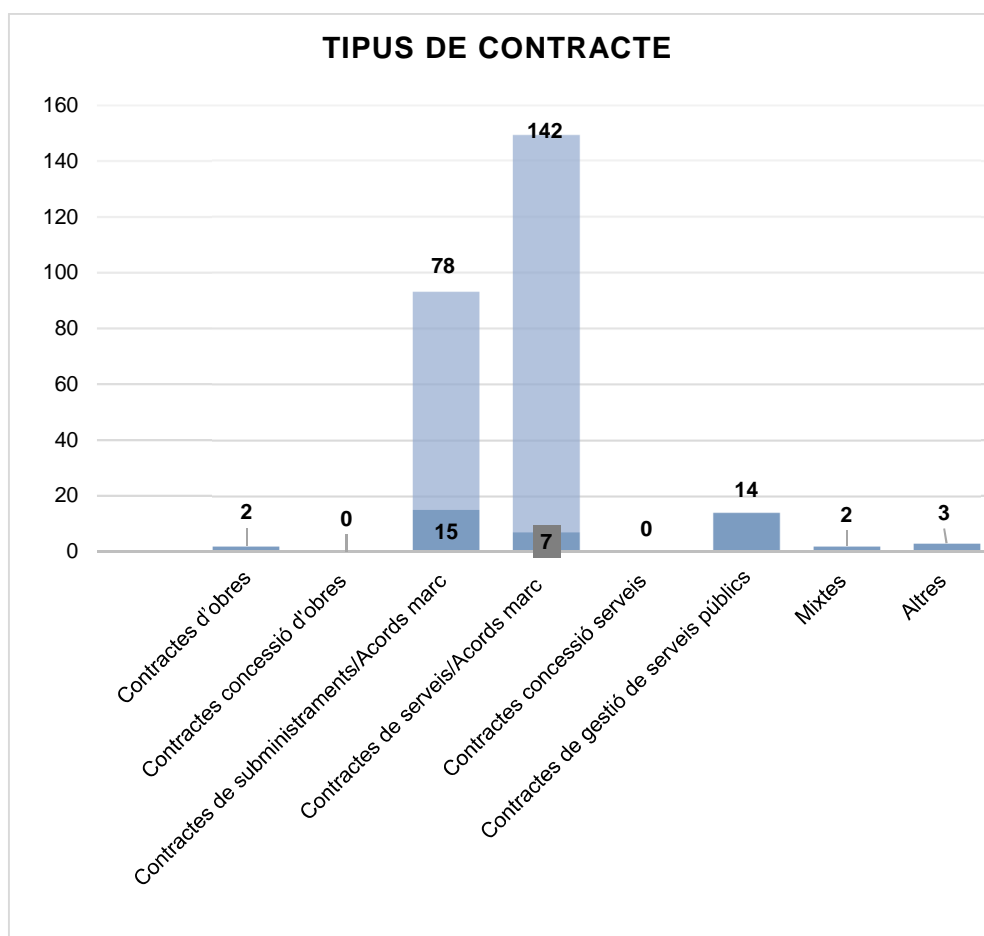


L'adjudicació continuà essent el principal acte impugnat, **prenent simultàniament un relleu important els recursos contra els plecs de les licitacions (76)**, que s'incrementen, en relació amb 2016 (33), un 130% i amplien considerablement l'àmbit objecte de discussió.



### 5.1.3 Tipus de contracte afectat pel recurs

CONTRACTES	NÚM. RECURSOS
Obres	2
Concessió d'obres	0
Subministraments	78
• Acords marc (15)	
Serveis	142
• Acords marc (7)	
Concessió serveis	0
Gestió de serveis públics	14
Mixtes	2
Altres	3
<b>TOTAL</b>	<b>241</b>



*El contracte de serveis va seguir sent el més afectat pel recurs, que va representar un 60% sobre el total de recursos interposats en 2017*

Els contractes de serveis són, un any més, en el centre de les impugnacions amb un nombre molt significatiu, amb una representació del 60% sobre el total i a una significativa distància dels segons més impugnats, els de subministraments.

#### 5.1.4 Impacte econòmic

Amb les dades de què disposa el Tribunal, el VEC total dels contractes afectats per la interposició de recurs especial en matèria de contractació durant l'any 2017 és de **4.175.829.761,69 euros**, i el VEC total referit, en el seu cas, als lots objecte de recurs afectat per la interposició de recurs especial en matèria de contractació durant l'any 2017 és de **3.876.414.122,72 euros**.

***Els recursos interposats durant l'any 2017 van afectar contractes amb un VEC total de 4.175 milions d'euros. Aquest VEC referit als lots objecte de recurs va ser de 3.876 milions d'euros***

#### 5.1.5 Poders adjudicadors contra els quals s'han interposat els recursos i/o reclamacions

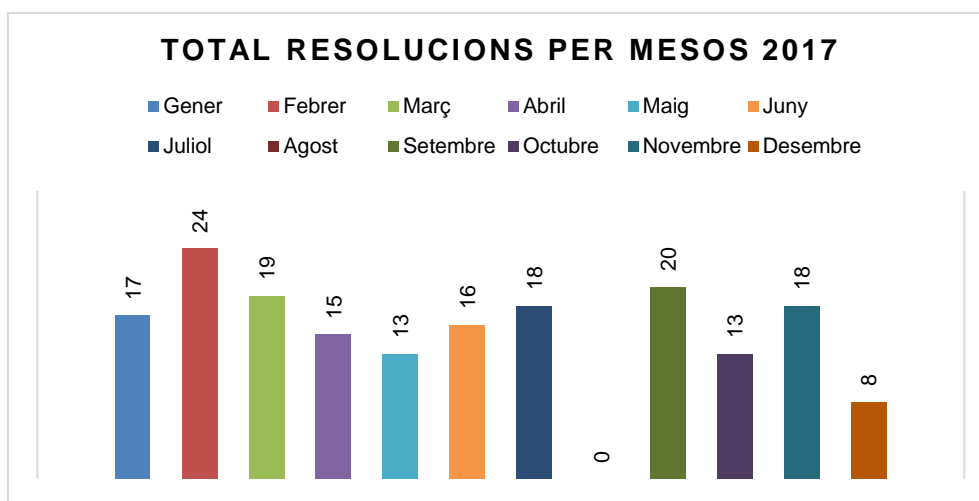
PODERS ADJUDICADORS	NÚM. RECURSOS
<b>1. Generalitat de Catalunya</b>	
Departament de Salut	2
Departament de Treball, Afers Socials i Famílies	1
Servei Català de Trànsit	4
Institut Català de la Salut	38
Agència Tributària de Catalunya	2
Servei d'Ocupació de Catalunya	1
CatSalut	7
Agència Catalana de l'Aigua	1
Comissió Central de Subministraments	1
Servei Català de la Salut	2
Infraestructures.cat	4
Ferrocarrils de la Generalitat de Catalunya	2
Institut Català d'Investigació Química	2
Fundació Centre de Regulació Genòmica	1
Laboratori de Referència de Catalunya	2
CIRE	2
Institut d'Assistència Sanitària	1
<b>Total GENERALITAT DE CATALUNYA</b>	<b>73</b>
<b>2. Ajuntaments</b>	<b>82</b>
<b>3. Diputacions</b>	<b>2</b>
<b>4. Consells comarcals</b>	<b>25</b>
<b>5. Entitats del sector públic local</b>	<b>15</b>

6. <b>Consortis</b>	<b>26</b>
7. <b>Universitats</b>	<b>5</b>
8. <b>Hospitals</b>	<b>12</b>
9. <b>Altres</b>	<b>1</b>
<b>TOTAL</b>	<b>241</b>

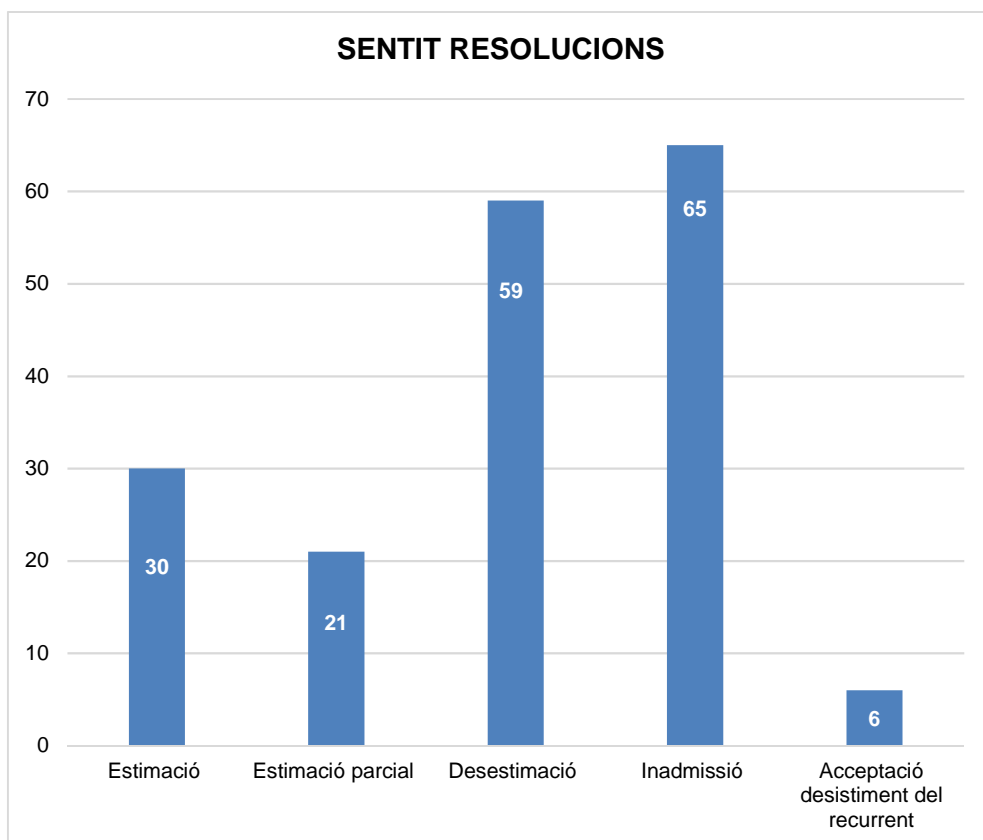
#### 5.1.6 Resolucions dictades pel TCCSP

MESOS	NÚM. RESOLUCIONS
Gener	17
Febrer	24
Març	19
Abril	15
Maig	13
Juny	16
Juliol	18
Agost	0
Setembre	20
Octubre	13
Novembre	18
Desembre	8
<b>TOTAL</b>	<b>181*</b>

(\*) S'han resolt un total de 182 recursos, havent acordat una de les resolucions l'acumulació de dos expedients de recursos.



### 5.1.7 Sentit de les resolucions



### 5.1.8 Taxa d'èxit del recurs

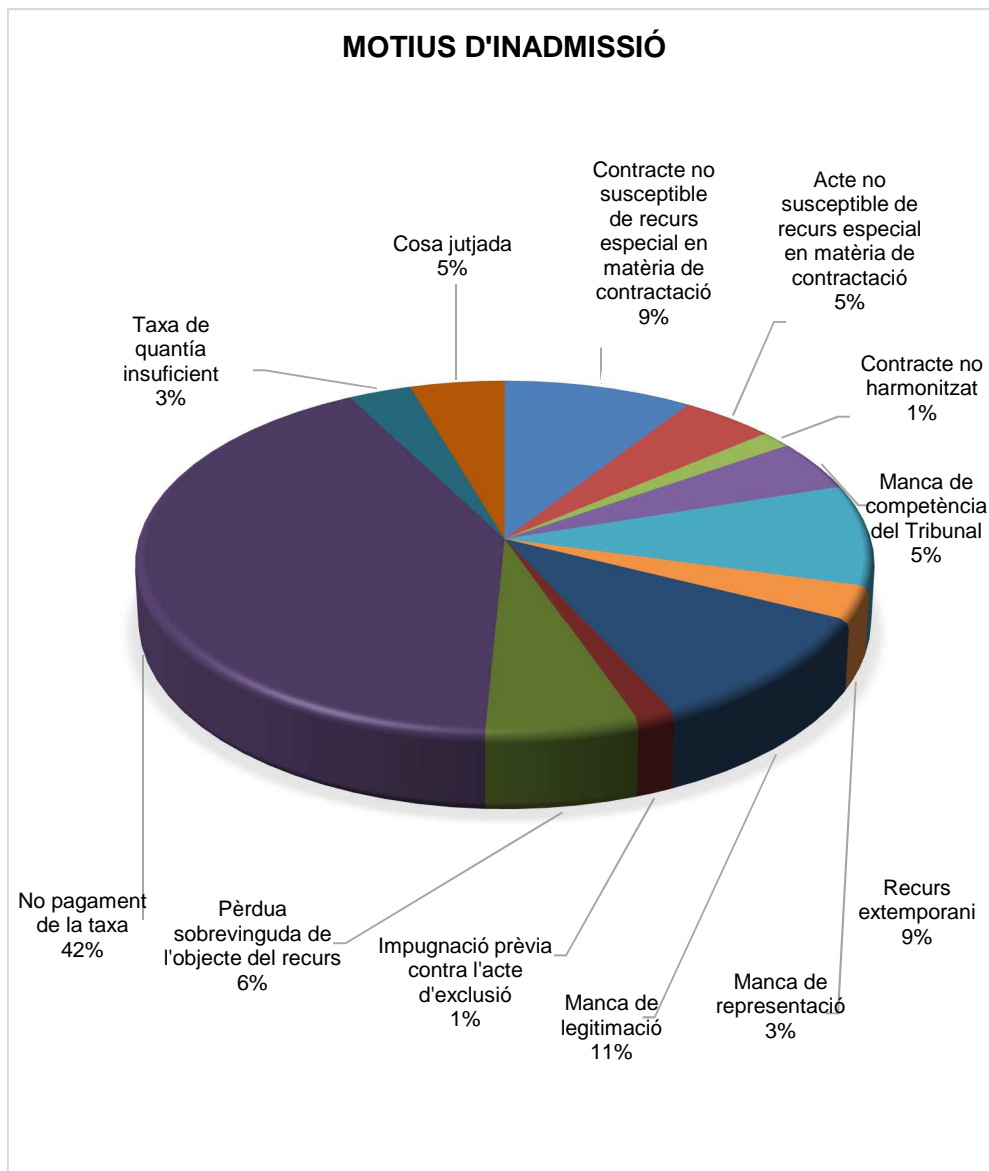
Sobre la base d'aquestes dades, la **taxa d'èxit del recurs especial** a Catalunya l'any 2017, entesa com el nombre d'estimacions totals i parcials (51), en relació amb el nombre total de resolucions sobre el fons (110) –excloent, per tant, les inadmissions (65) i els desistiments del recurrent (6) –, se situa en el **46,36%**.

**La taxa d'èxit del recurs especial a Catalunya l'any 2017 va ser del 46,36%**

### 5.1.9 Motius d'inadmissió

MOTIUS D'INADMISSIÓ	NÚM. RESOLUCIONS
Contracte no susceptible de recurs especial en matèria de contractació	6
Acte no susceptible de recurs especial en matèria de contractació	3
Contracte no harmonitzat	1
Manca de competència del Tribunal	3
Extemporaneïtat	6
Manca de representació	2
Manca de legitimació	7

Impugnació prèvia contra l'acte d'exclusió	1
Pèrdua sobrevinguda de l'objecte del recurs	4
No pagament de la taxa	27
Taxa de quantia insuficient	2
Cosa jutjada	3
<b>TOTAL</b>	<b>65</b>



*El 36% dels recursos resolts durant l'any 2017 (65) van ser inadmesos pel Tribunal, principalment per l'incompliment del pagament íntegre de la taxa per interposar el recurs (el 45% de les inadmissions)*

Destaca, com a causa més reiterativa d'inadmissió, la manca de pagament de la taxa (27) o el pagament en quantia insuficient (2), tal i com venia essent usual des de la seva implementació, representant un 44,62% sobre el total d'inadmissions.

#### *5.1.10 Suspensions acordades*

L'any 2017, el Tribunal va acordar un total de 80 resolucions d'adopció de la mesura cautelar de suspensió del procediment de contractació, en aplicació dels articles 43 i 46.3 del TRLCSP i 25 del RD 814/2015.

#### *5.1.11 Termini per resoldre i notificar*

L'any 2017, el termini de resolució i notificació dels recursos presentats, computat en termini operatiu (exclòs termini de tramitació, que, en mitjana, va ser de 46 dies), es va situar entorn dels 70 dies.

#### *5.1.12 Taxa de judicialització*

D'acord amb els articles 59.1 de la LCSP i 10.1.k) de la LJCA, contra les resolucions dictades en els procediments de resolució dels recursos especials en matèria de contractació només hi cap la interposició de recurs contenciós administratiu davant del TSJCAT. El nombre de resolucions acordades l'any 2017 pel Tribunal que van ser impugnades davant la jurisdicció contenciosa administrativa és de 23, la qual cosa suposa una taxa de judicialització del **9,5%**.

#### *5.1.13 Recaptació en concepte de taxes*

L'import recaptat durant l'exercici de 2017 en concepte de taxa per a la interposició del recurs especial a Catalunya es va situar en **577.309,55 euros**. Aquests ingressos mai han estat afectats de forma finalista al finançament del Tribunal.

## 5.2. DADES ESTADÍSTIQUES I INDICADORS DE 2018

L'exercici de 2018 presenta dades de conflictivitat relatives a una situació de triple règim jurídic dels expedients de recurs presentats en virtut del règim de transitorietat previst per la LCSP, això és, expedients que es regien en tots els seus aspectes pel TRLCSP, expedients que aplicaven dit Text refós com a dret material del contracte, però en els quals el règim impugnatori ja venia regit per la LCSP i, finalment, els expedients contractuals subjectes en totes les seves fases a la nova legislació.

### 5.2.1 Recursos i reclamacions en matèria de contractació interposats davant el TCCSP

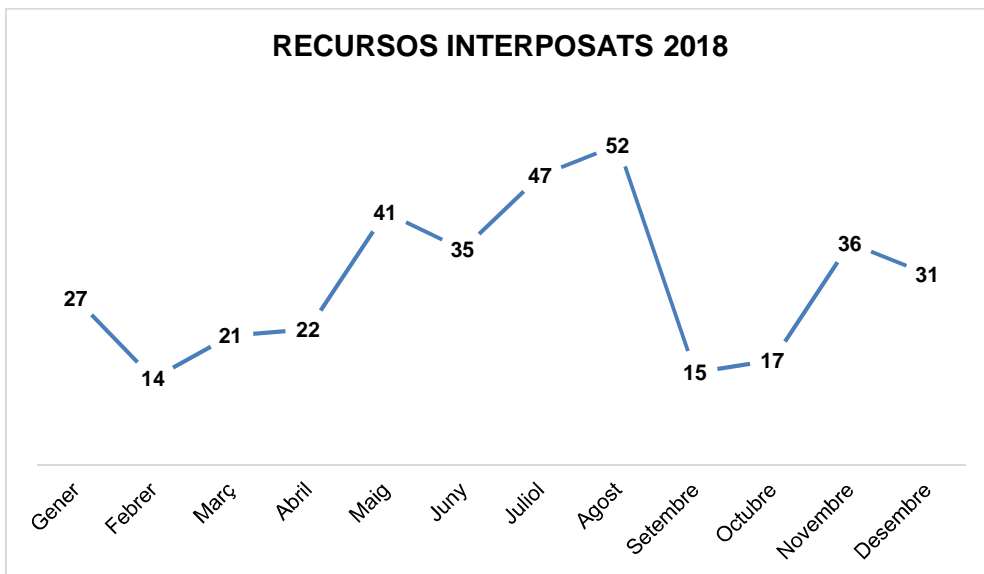
MESOS	NÚM. RECURSOS
Gener	27
Febrer	14
Març	21
Abril	22
Maig	41
Juny	35
Juliol	47
Agost	52
Setembre	15
Octubre	17
Novembre	36
Desembre	31
<b>TOTAL</b>	<b>358*</b>

*El nombre de recursos interposats l'any 2018 va suposar un increment del 49% respecte de l'any 2017 i del 62% respecte de 2016*

(\*) Dels 358 expedients de recurs, quatre són reclamacions de l'àmbit dels sectors exclosos i un és una qüestió de nul·litat.

D'acord amb aquestes dades, durant l'exercici de 2018, es materialitza, sens dubte per l'entrada en vigor de la LCSP el 9 de març de 2018, **un increment significatiu del nombre de recursos presentats, equivalent al 48,55% (fins a 117 recursos addicionals) respecte de l'any 2017 i al 61,99% (137 recursos addicionals) en relació amb el nombre de recursos interposats l'any 2016.**

Observi's, així mateix, que el mes d'agost es consolida com el període més àlgid de l'exercici en el nombre d'interposició de recursos, la qual cosa situa el mes de juliol, si més no, com un període especialment prolífic d'activitat contractual dels poders adjudicadors.



*El mes d'agost és hàbil per a la interposició del recurs i va ser el període clarament més àlgid en nombre d'entrada de recursos*

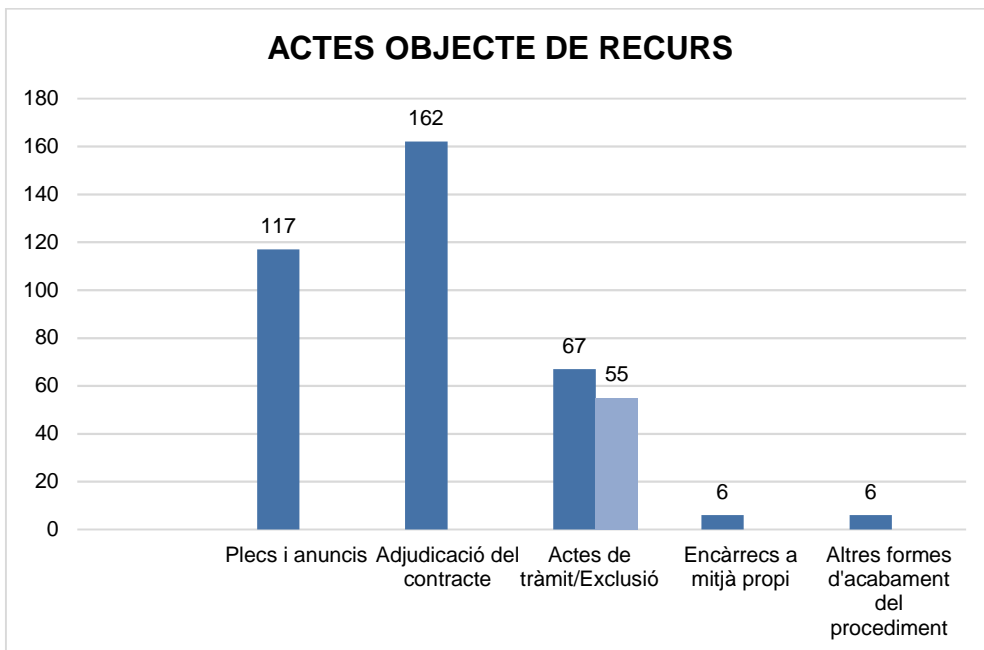
### 5.2.2 Actes objecte de recurs

ACTES	NÚM. RECURSOS
Plecs i anuncis	117
Adjudicació del contracte	162
Actes de tràmit <ul style="list-style-type: none"> <li>• Exclusió (55)</li> </ul>	67
Encàrrecs a mitjà propi	6
Altres formes d'acabament del procediment	6
<b>TOTAL</b>	<b>358</b>

*El principal acte impugnat pel recurs va seguir sent l'acte d'adjudicació del contracte, que va representar un 45% sobre el total de recursos de 2018*

L'anàlisi d'aquestes dades i la seva comparativa respecte de les de 2017 permet observar que l'adjudicació del contracte continua essent l'acte més recorregut, un 45,25% sobre el total, seguit però dels plecs de les licitacions, que representen el 32,68%. Destaca, així mateix, la irrupció de recursos contra la formalització d'encàrrecs a mitjans propis (6), així com la inexistència de recursos contra modificacions contractuals i rescat de concessions.



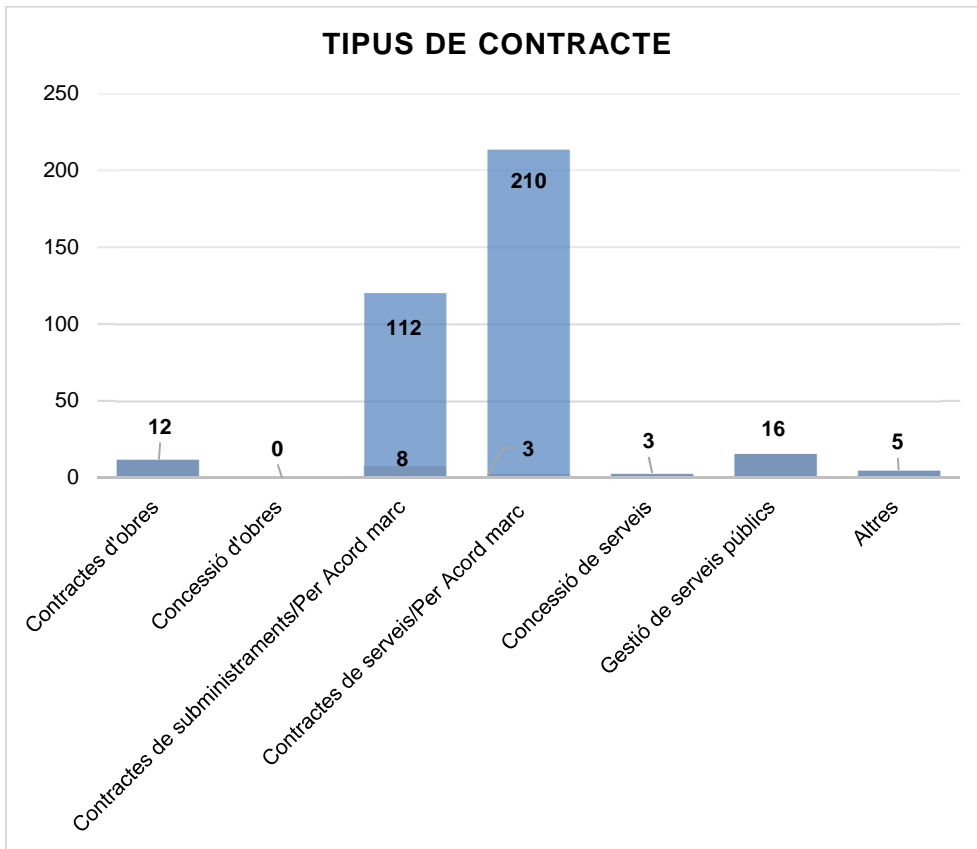


### 5.2.3 Tipus de contracte afectat pel recurs

CONTRACTE	NÚM. RECURSOS
Obres	12
Concessió d'obres	0
Subministraments	112
• Per Acord marc (8)	
Serveis	210
• Per Acord marc (3)	
Concessió de serveis	3
Gestió de serveis públics	16
Altres	5
<b>TOTAL</b>	<b>358</b>

Els contractes o acords marc de serveis són, també l'any 2018, en el centre de les impugnacions amb un nombre molt significatiu (210) i a una significativa distància dels segons més impugnats, els de subministraments (112).

Des de la perspectiva de les tipologies contractuals en el marc de transició normativa de 2018, destaca la incidència, encara, dels extints contractes de gestió de serveis públics, que no només es mantenen sinó que el nombre s'incrementa lleugerament respecte de la xifra enregistrada el 2017 (14). En paral·lel, destacar la tímida irrupció dels nous contractes de concessió de serveis.

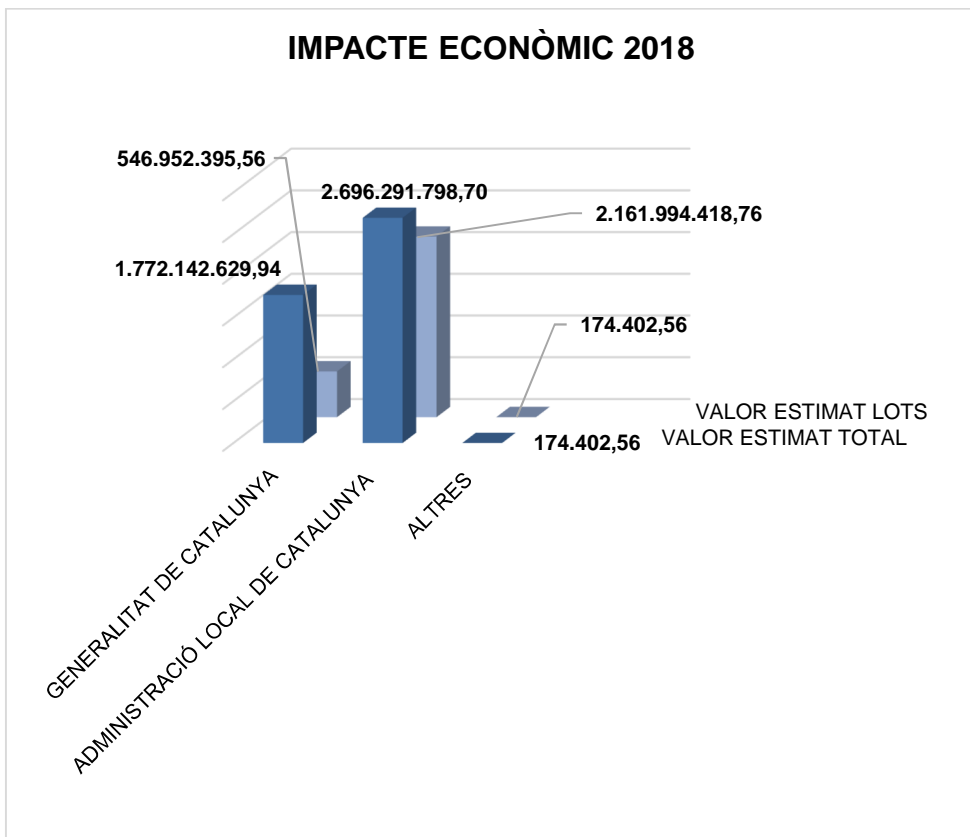


#### 5.2.4 Impacte econòmic

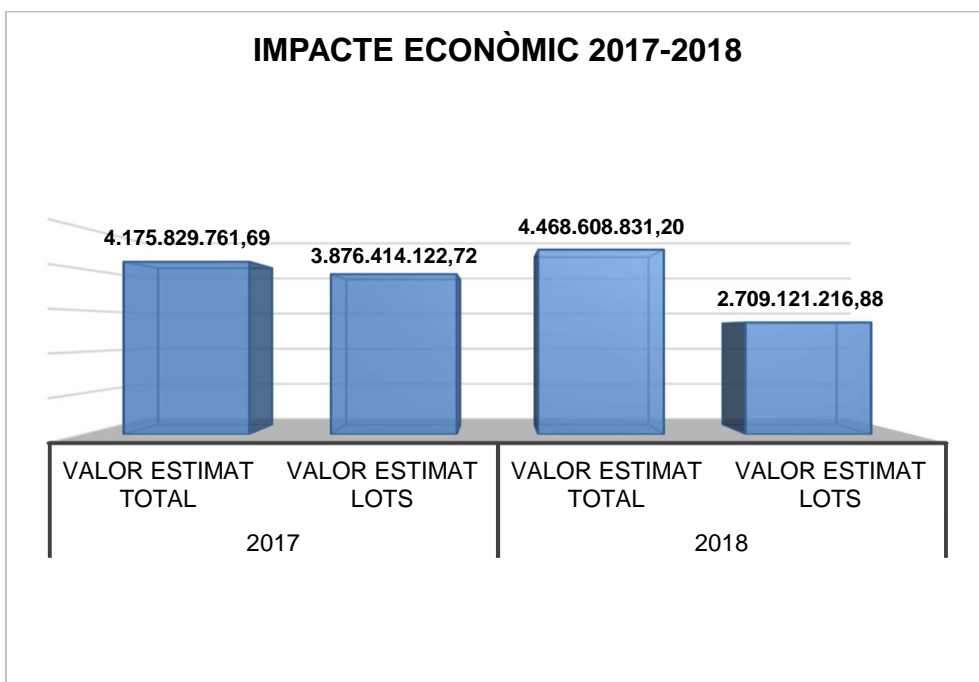
Amb les dades de què disposa el Tribunal, el **VEC total** dels contractes afectats per la interposició de recurs especial en matèria de contractació durant l'any 2018 és de **4.468.608.831,20 euros**, i el **VEC total referit als lots objecte de recurs** afectat per la interposició de recurs especial en matèria de contractació durant l'any 2018 és de **2.709.121.216,88 euros**.

Si, a més, es té en compte l'àmbit de l'ens autor de l'acte impugnat, l'impacte econòmic de l'activitat del Tribunal se situa, per a l'àmbit de l'**Administració de la Generalitat** en **1.772.142.629,94 euros** com a **VEC total**, i **546.952.395,56 euros** com a **VEC referit als lots afectats**. Per al món local **2.696.291.798,70 euros** com a **VEC total**, i **2.161.994.418,76 euros** com a **VEC referit als lots afectats**.

***Els recursos interposats durant l'any 2018 van afectar contractes amb un VEC total de 4.468 milions d'euros. Aquest VEC referit als lots objecte de recurs va ser de 2.709 milions d'euros***



El resultat de la comparativa d'aquestes magnituds respecte de l'any 2017 es mostra en el gràfic següent:



### 5.2.5 Poders adjudicadors contra els quals s'han interposat recursos i/o reclamacions

#### 1. GENERALITAT DE CATALUNYA

<b>DEPARTAMENTS</b>	<b>NÚM. RECURSOS</b>
Departament de Treball, Afers Socials i Famílies	4
Departament de Salut	2
Departament de Cultura	1
Departament d'Interior	2
Departament d'Empresa i Coneixement	1
Departament d'Ensenyament	3
<b>Total DEPARTAMENTS</b>	<b>13</b>
<b>SECTOR PÚBLIC GENERALITAT</b>	<b>NÚM. RECURSOS</b>
Institut Català de la Salut	24
Servei Català de la Salut	11
Institut d'Assistència Sanitària	4
Institut Català d'Oncologia	2
Sistema d'Emergències Mèdiques	1
Fundació Hospital Santa Creu i Sant Pau	6
Fundació Hospital Sant Bernabé de Berga	1
Fundació del Gran Teatre del Liceu	1
Banc de Sang i Teixits	2
Ferrocarrils de la Generalitat	3
Centre d'Iniciatives per a la Reinserció	1
Agència Catalana de l'Aigua	1
Consell Català de l'Esport	1

Comissió Central de Subministraments	6
Servei Català de Trànsit	6
Corporació Catalana de Mitjans Audiovisuals	1
Aeroports Públics de Catalunya	1
Institut Català de Finances	1
Infraestructures.cat	15
<b>Total SECTOR PÚBLIC GENERALITAT</b>	<b>88</b>
<b>CONSORCIS GENERALITAT</b>	<b>NÚM. DE RECURSOS</b>
C. Sanitari de Terrassa	2
Corporació Sanitària Parc Taulí	6
Hospital Clínic de Barcelona	8
C. Sanitari de l'Anoia	1
C. Sanitari del Maresme	1
C. Hospitalari de Vic	5
C. Sanitari Integral	3
C. Mar Parc de Salut de Barcelona	4
C. del Laboratori Intercomarcal de l'Alt Penedès, l'Anoia i el Garraf	1
C. de Serveis Universitaris de Catalunya (CSUC)	1
C. del Circuit de Catalunya	1
C. d'Educació de Barcelona	1
C. Urbanístic del Centre Direccional de Cerdanyola del Vallès	1
C. Museu d'Art Contemporani de Barcelona (MACBA)	1
<b>Total CONSORCIS GENERALITAT</b>	<b>36</b>

<b>Total GENERALITAT DE CATALUNYA</b>	<b>137</b>
---------------------------------------	------------

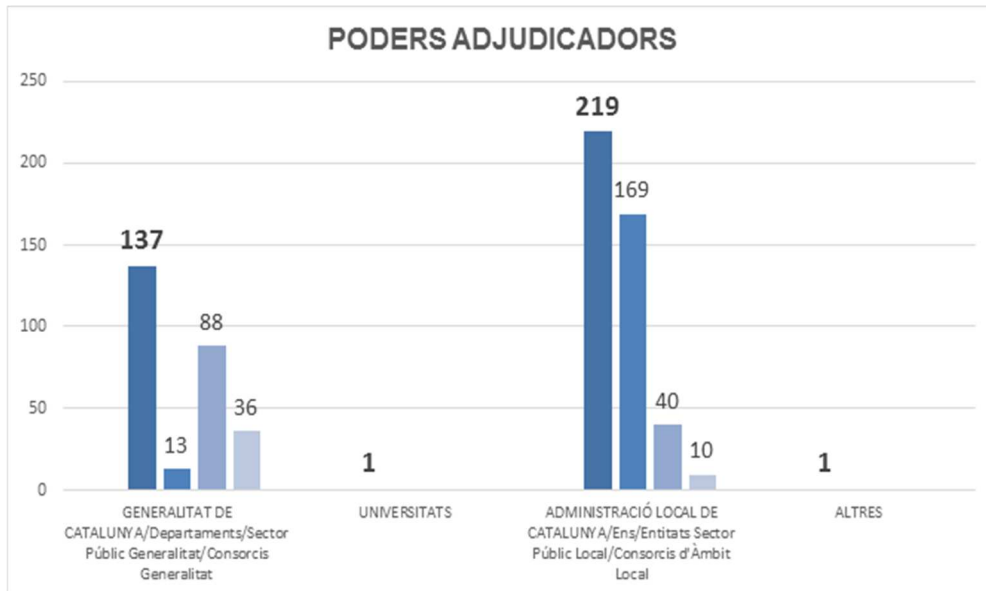
## 2. UNIVERSITATS

<b>UNIVERSITATS</b>	<b>NÚM. DE RECURSOS</b>
Universitat de Lleida	1
<b>Total UNIVERSITATS</b>	<b>1</b>

## 3. ADMINISTRACIÓ LOCAL DE CATALUNYA

<b>ENS</b>	<b>NÚM. DE RECURSOS</b>
<b>Ajuntaments</b>	<b>137</b>
<b>Diputacions</b>	<b>8</b>
<b>Consells Comarcals</b>	<b>24</b>
<b>Total ENTITATS</b>	<b>169</b>
<b>ENTITATS SECTOR PÚBLIC LOCAL</b>	<b>NÚM. DE RECURSOS</b>
Institut de Cultura de Barcelona	9
Mancomunitat Intermunicipal del Cardener	2
MC Serveis Mancomunats d'Incineració de Residus Urbans	1
Serveis Comarcals Mediambientals	1
Promocions Municipals Sant Cugat	1
Reus Serveis Municipals	1
Mancomunitat Tegar del Garraf	1
Badalona Serveis Assistencials	1
Transports Municipals del Gironès	1
Institut Municipal d'Informàtica	1
Barcelona Activa	4

Barcelona d'Infraestructures Municipals	4
Àrea Metropolitana de Barcelona	2
Institut Municipal de Parcs i Jardins	4
Institut Municipal de Serveis Socials	1
Ferrocarril Metropolità de Barcelona	1
Barcelona Serveis Municipals	3
Transports de Barcelona	1
Institut Municipal de Mercats de Barcelona	1
<b>Total ENTITATS SECTOR PÚBLIC LOCAL</b>	<b>40</b>
<b>CONSORCIS D'ÀMBIT LOCAL</b>	<b>NÚM. DE RECURSOS</b>
C. Localret	1
C. Català per al Desenvolupament local	3
C. de Polítiques Ambientals de les Terres de l'Ebre	1
C. de Salut i Atenció Social de Catalunya	3
C. del Turó de la Seu Vella de Lleida	1
C. del Bages per a la Gestió de Residus	1
<b>Total CONSORCIS D'ÀMBIT LOCAL</b>	<b>10</b>
<b>Total ADMINISTRACIÓ LOCAL DE CATALUNYA</b>	<b>219</b>
<b>Altres</b>	<b>1</b>
<b>TOTAL</b>	<b>358</b>



pPer àmbits d'administració, cal destacar que **el 61,17% dels recursos interposats l'any 2018 afecten a l'àmbit de l'Administració local de Catalunya** (219 recursos, que es corresponen amb un 60,33% del VEC total afectat per aquests recursos).

Per la seva banda, **correspon a l'Administració de la Generalitat el 38,27%** (137 recursos, que es corresponen amb un 39,65% del VEC total afectat per aquests recursos).

Així mateix, procedeix destacar que, en l'àmbit de l'Administració de la Generalitat, un 90% del nombre dels recursos corresponen a l'activitat de les entitats del seu sector públic. Altrament, en l'àmbit local, aquest percentatge es redueix fins al 23% del nombre total de recursos.

Per acabar, assenyalar la **significativa incidència de les dades de conflictivitat associades a l'activitat dels ens vinculats al sector salut, amb 88 recursos, que suposen un 24,6%** sobre el total de recursos de 2018.

*El 61% dels recursos interposats l'any 2018 van tenir per objecte l'actuació de l'Administració local de Catalunya*

*El 24,6% del total de recursos presentats van afectar a ens vinculats al sector salut*

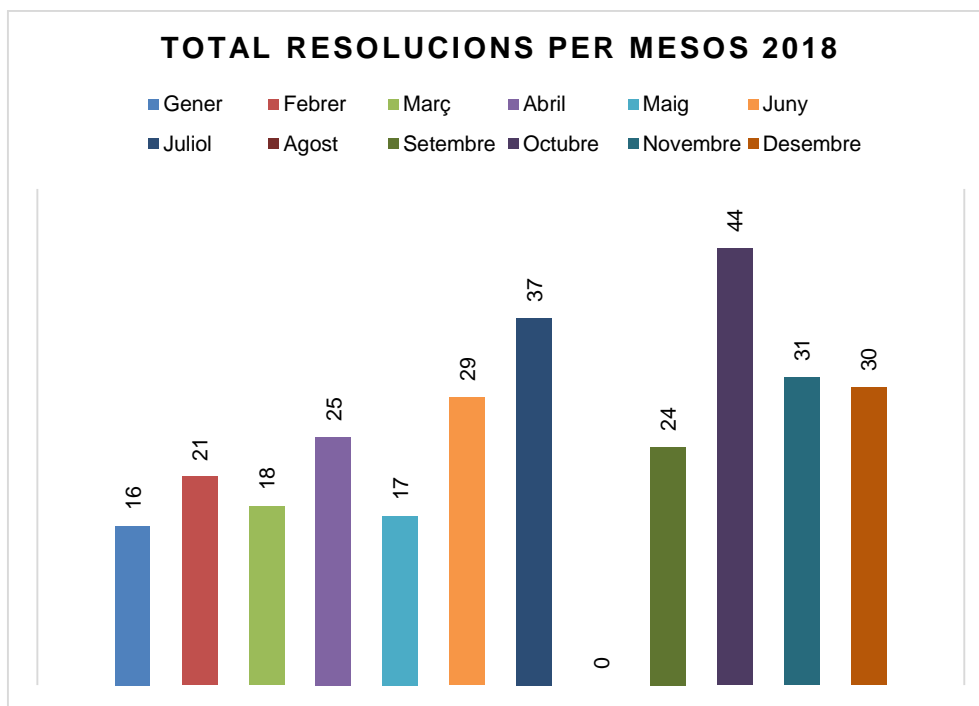
#### 5.2.6 Resolucions dictades pel TCCSP

MESOS	NÚM. RESOLUCIONS
Gener	16
Febrer	21
Març	18
Abril	25
Maig	17



Juny	29
Juliol	37
Agost	0
Setembre	24
Octubre	44
Novembre	31
Desembre	30
<b>TOTAL</b>	<b>292*</b>

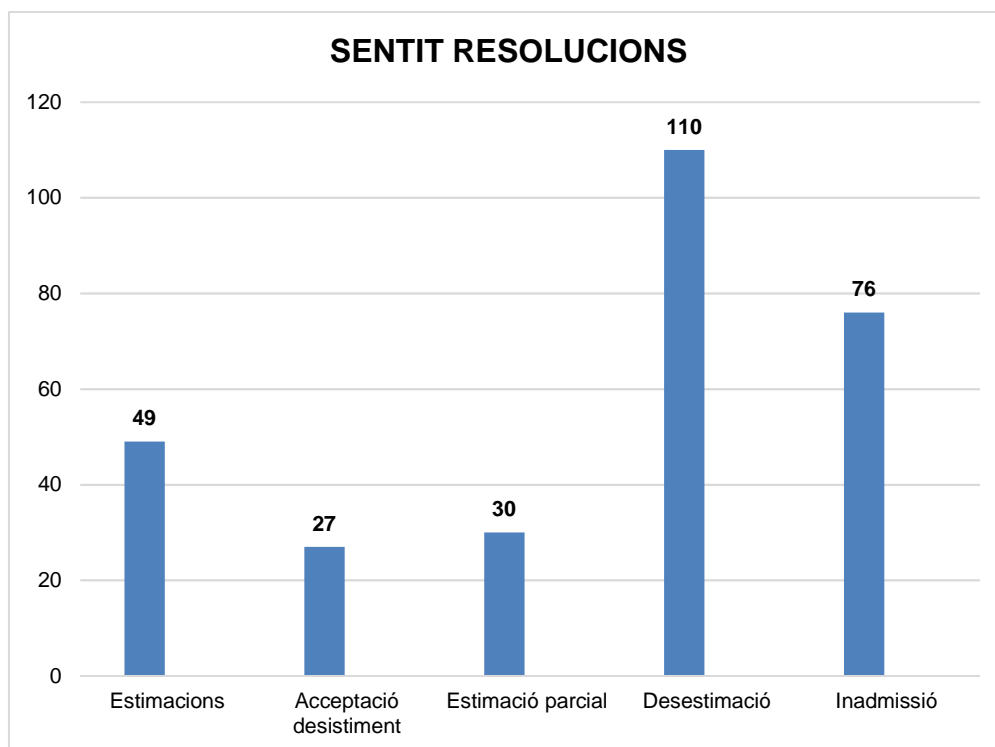
(\*) S'han resolt un total de 316 recursos, per haver-se acordat en un total de 24 resolucions l'acumulació de 44 recursos.



El nombre de resolucions adoptades pel Tribunal durant l'any 2018 (amb independència de la numeració atribuïda) han permès **resoldre un total de 316 expedients**. Aquestes dades, però, no reflecteixen una taxa real de resolució per sobre del 100%, en tant que s'arrossega l'acumulació d'expedients corresponents a l'any 2017.

### 5.2.7 Sentit de les resolucions

SENTIT	NÚM. RESOLUCIONS
Estimació	49
Estimació parcial	30
Desestimació	110
Inadmissió	76
Acceptació desistiment del recurrent	27
<b>TOTAL</b>	<b>292</b>



*La taxa d'èxit del recurs especial a Catalunya l'any 2018 va ser del 41,80%*

### 5.2.8 Taxa d'èxit del recurs

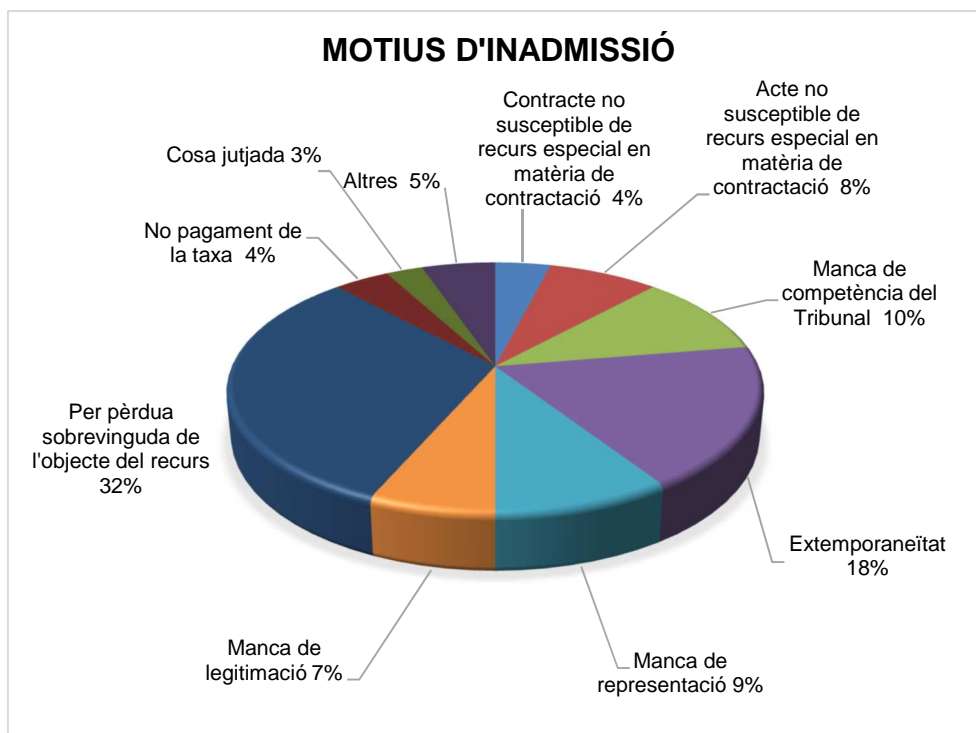
Sobre la base d'aquestes dades, la **taxa d'èxit del recurs especial** a Catalunya l'any 2018, entesa com el nombre d'estimacions totals i parcials (79), en relació amb el nombre total de resolucions sobre el fons (189) –excloent, per tant, les inadmissions (76) i els desistiments del recurrent (27)-, se situa en el **41,80%**.

Observi's que el nombre de desistiments del recurrent s'ha vist incrementat en un 350% respecte de l'any 2017, possiblement amb estreta relació amb la desaparició de la taxa per a la interposició del recurs en virtut de la preceptiva gratuïtat establerta per la LCSP.

5.2.9 Motius d'inadmissió

MOTIUS D'INADMISSIÓ	NÚM. RESOLUCIONS
Contracte no susceptible de recurs especial en matèria de contractació	3
Acte no susceptible de recurs especial en matèria de contractació	6
Manca de competència del Tribunal	8
Extemporaneïtat	14
Manca de representació	6
Manca de legitimació	7
Per pèrdua sobrevinguda de l'objecte del recurs	24
No pagament de la taxa	2*
Cosa jutjada	2
Altres	4
<b>TOTAL</b>	<b>76</b>

(\* ) La taxa es va deixar d'exigir a partir de l'entrada en vigor de la LCSP (9 de març de 2018).



**El 26% dels recursos resolts durant l'any 2018 van ser inadmesos pel Tribunal. En la meitat dels casos, la inadmissió va ser conseqüència d'una pèrdua sobrevinguda de l'objecte del recurs per raó del desistiment de la licitació per part de l'òrgan de contractació, o per la seva extemporaneïtat**

Correspon posar el focus en dos aspectes. D'una banda, l'elevada incidència del nombre de recursos en els quals ha esdevingut la pèrdua sobrevinguda de l'objecte del recurs, és a dir, aquells casos en els quals, majoritàriament, l'òrgan de contractació ha desistit del procediment, i, d'altra banda, el nombre de recursos que s'han d'inadmetre per la seva extemporaneïtat. Aquesta darrera incidència ha tingut una especial significació arran de l'aprovació de la LCSP, en part degut a la complexitat legal que ha generat la incorporació de la possibilitat de presentar el recurs especial en els llocs a què fa referència l'article 16.4 de la LPAC.

#### *5.2.10 Suspensions acordades*

L'any 2018, el Tribunal va acordar un total de 71 resolucions d'adopció de la mesura cautelar de suspensió del procediment de contractació de suspensió, en aplicació dels articles 49 i 56.3 de la LCSP i 25 del RD 814/2015.

#### *5.2.11 Termini per resoldre i notificar*

L'any 2018, el termini de resolució i notificació dels recursos presentats, computat en termini operatiu (exclòs termini de tramitació, que, en mitjana, va ser de 56 dies), es va situar entorn dels 54 dies, això és, **una reducció del 23% respecte de 2017**.

#### *5.2.12 Taxa de judicialització*

D'acord amb els articles 59.1 de la LCSP i 10.1.k) de la LJCA, contra les resolucions dictades en els procediments de resolució dels recursos especials en matèria de contractació només hi cap la interposició de recurs contenciós administratiu davant del TSJCAT. El nombre de resolucions acordades l'any 2018 pel Tribunal que van ser impugnades davant la jurisdicció contenciosa administrativa és de 13, la qual cosa suposa **una taxa de judicialització notablement inferior a la de l'any 2017 (un 44% menor), situant-se en un 4,45%**.

#### *5.2.13 Recaptació en concepte de taxes*

L'import recaptat en concepte de taxa per a la interposició del recurs especial a Catalunya fins al 8 de març de 2018, és a dir, fins al moment de l'entrada en vigor del mandat de gratuïtat establert per la LCSP, es va situar en **145.839,30 euros**.

***El termini operatiu de mitjana de resolució dels recursos durant l'any 2018 va reduir-se un 23% respecte de 2017***

***El 4,45% de les resolucions del Tribunal l'any 2018 es van impugnar davant del TSJCAT, un 44% menys que en 2017***

## 6. DOCTRINA DEL TRIBUNAL 2017-2018

A continuació s'exposen els criteris més rellevants adoptats pel Tribunal en les seves resolucions en els exercicis 2017 i 2018 relatius a aspectes nous i cabdals de l'aplicació de les directives de quarta generació i de l'entrada en vigor de la nova LCSP.

- **FUNCIONALITAT I REQUISITS DEL DOCUMENT EUROPEU ÚNIC DE CONTRACTACIÓ (DEUC).**

### **Resolució 62/2017**

En aquesta Resolució, el Tribunal analitza la funcionalitat i les condicions de presentació del document europeu únic de contractació (DEUC) en el marc d'un recurs contra l'adjudicació del contracte a una empresa que en el DEUC havia indicat expressament que no es basava en les capacitats de terceres entitats i, no obstant això, en la fase posterior de requeriment documental previ a l'adjudicació, va presentar com a documentació acreditativa de la solvència tècnica la d'una tercera empresa.

L'anàlisi del Tribunal se cenyeix en les regles de formalització del DEUC que dimanen de l'article 59 de la Directiva 2014/24/UE, el Reglament d'execució (UE) 2016/7 de la Comissió, de 5 de gener de 2016, pel qual s'estableix el formulari normalitzat del document europeu únic de contractació, així com l'article 4 del Decret llei 3/2016.

El Tribunal repassa la naturalesa i funcionalitat d'aquest formulari i els seus requisits de formalització en les licitacions públiques i conclou que el DEUC és una formalitat exigida legalment en els contractes harmonitzats i s'ha d'emplenar seguint les instruccions establertes, de manera que l'empresa que té la intenció de basar els seus requisits d'aptitud amb les capacitats d'una tercera empresa, ha d'indicar-ho expressament en el seu DEUC i aportar el DEUC propi i separat de l'empresa amb què es basa.

Altrament, de no seguir-se les regles de formalització del DEUC que estableix la normativa i admetre posteriorment l'acreditació de la solvència exigida a través de la pròpia d'altres empreses no declarades, a més de vulnerar la normativa citada, equival a buidar de contingut i negar al DEUC la virtualitat que té conferida, tant envers les empreses licitadores quant a la declaració del compliment dels requisits per licitar, com de l'òrgan de contractació pel que fa a les funcions de comprovació que li corresponen, no essent en aquest cas un defecte o omissió esmenable en tant que l'empresa adjudicatària havia indicat expressament en el seu DEUC que no recorreria a les capacitats d'altres empreses.

- **LA MOTIVACIÓ DELS ELEMENTS DE DISSENY DELS CONTRACTES:  
LOTITZACIÓ DELS CONTRACTES: OBLIGACIÓ DE MOTIVAR LA NO-  
LOTITZACIÓ, LA NO-DIVISIÓ D'UN MATEIX LOT I LA LIMITACIÓ A LES  
EMPRESSES A LA LICITACIÓ A DIFERENTS LOTS:**

**- OBLIGACIÓ DE MOTIVACIÓ DE LA NO-LOTITZACIÓ D'UN CONTRACTE.**

**Resolució 147/2017**

En aquesta Resolució es va enjudiciar un recurs especial en matèria de contractació interposat contra els plecs de la licitació. L'empresa recurrent qualificava d'arbitrària la configuració dels lots, de la que resultava un únic lot que englobava tots els serveis postals, sense cap justificació, i que afirmava suposava limitar l'accés a licitadors amb plena capacitat per a prestar part important dels serveis objecte del contracte de forma econòmicament més avantatjosa, en benefici de l'operador designat per a la prestació dels serveis postals universals, que havia prestat els serveis històricament en règim de monopoli. El Tribunal va acollir el motiu, partint del canvi de plantejament doctrinal en relació amb la divisió de l'objecte del contracte en lots, que, arran de la transposició de la Directiva 2014/24/UE, del Parlament Europeu i del Consell, de 26 de febrer de 2014, sobre contractació pública i pel qual es deroga la Directiva 2004/18/UE, passa a ser la regla general, exigint-li a l'òrgan de contractació l'obligació de justificar, en el seu cas, els motius pels quals decideix no dividir un contracte en lots.

En aquest cas, la justificació donada per l'òrgan de contractació sobre la lotització efectuada no era suficient i, en conseqüència, es va anul·lar el procediment de licitació per tal que l'òrgan de contractació justificu els motius de la no-divisió del lot en qüestió.

**Resolució 31/2018**

El recurs especial en matèria de contractació es dirigia, entre d'altres qüestions, envers la configuració conjunta sense divisió de lots realitzada per l'òrgan de contractació en un acord marc per al subministrament de medicaments per al tractament hipolipèmic amb inhibidors de PCSK 9, al·legant la manca d'unitat funcional dels elements que el componen atès que tenen característiques diferents.

El Tribunal analitza la regulació de la lotització dels contractes i incideix en la nova orientació donada per la Directiva 2014/24/UE per tal de garantir l'accés de les PIME a les contractacions públiques i augmentar la competència, així com en la necessitat de definir i mesurar, tant les prescripcions tècniques dels objectes contractuals com els criteris d'adjudicació de les licitacions, per funcionalitats i/o rendiment. I assenjala que la potestat de l'òrgan de contractació en la configuració dels lots ha de regir-se per la norma general, però sempre amb la possibilitat que es pugui justificar degudament la no-divisió en lots del contracte, per l'adequada concurrència empresarial i l'obtenció de les millors condicions d'adquisició. I el supòsit específic dels principis actius, afirma que el fet que es pogués considerar, en el seu cas, una millor opció la configuració de lots per cadascun dels principis actius, no obstant que pugui adoptar-se justificadament l'opció de no dividir en lots.

D'acord amb això, reconeix que cada lot o objecte contractual pot estar referit a la necessitat que es té plantejada, i existir més d'una solució alternativa al mercat, de manera que, res ha d'impedir que l'acord marc defineixi lots o objectes contractuals en funció de la indicació terapèutica a la que responen els principis actius disponibles en el mercat –les empreses proveïdores dels quals seran objecte

d'adjudicació de l'acord marc-, amb la finalitat de seleccionar, mitjançant els contractes derivats que efectuïn els centres destinataris de l'acord marc, el principi actiu respecte al que es presenti, en cada moment, l'oferta més avantatjosa.

Tanmateix, en aquesta licitació el Tribunal va apreciar que l'expedient tramès per l'òrgan de contractació no contenia l'informe justificatiu o memòria on es continguessin les motivacions exigides a la normativa en matèria de contractació pública. Atesa aquesta manca d'expressió en l'expedient de les motivacions, justificacions i finalitats de la configuració dels elements essencials de la contractació i, en particular, de la no-divisió en lots, no va van permetre a aquest Tribunal formar-se un judici per emetre la seva resolució, tret del que, l'òrgan de contractació va argumentar en l'informe de l'article 46.2 del TRLCSP, però que no poden convalidar la manca de motivació prèvia.

Per tot això, el Tribunal va acordar la retroacció de les actuacions al moment procedimental en el qual resulta escaient efectuar les motivacions exigides per la legislació pública, a fi que l'òrgan de contractació justificués els motius de la no-divisió en lots.

#### **- OBLIGACIÓ DE MOTIVAR LA NO-LOTITZACIÓ D'UN MATEIX LOT.**

##### **Resolució 45/2018**

En aquest supòsit, es va recórrer, entre d'altres extrems, la manca de motivació de la no-fragmentació d'un mateix lot. Partint de la necessitat de motivar la idoneïtat de l'objecte del contracte ex article 28 de la LCSP, el Tribunal va recordar que l'òrgan de contractació ha de motivar o, si més no, d'exposar les raons per les quals considera necessària i idònia la divisió del contracte en diferents lots, d'acord amb la naturalesa i l'objecte del contracte.

Adicionalment, el Tribunal va destacar que l'article 99 de la LCSP preveu determinats motius vàlids per tal de justificar la no-divisió en lots de l'objecte del contracte que s'hauran de justificar en l'expedient, entre els quals, es troba els relatius als supòsits en què la divisió en lots de l'objecte del contracte comporti el risc de restringir injustificadament la competència (lletra a) de l'apartat 3 de l'article 99 de la LCSP) o, el supòsit b) consistent que, una realització independent de les prestacions diferents que comprèn el contracte, pugui dificultar la correcta execució del mateix des del punt de vista tècnic, o bé, que el risc per a la correcta execució del contracte, provingui de la naturalesa de l'objecte del mateix, per implicar la necessitat de coordinar l'execució de les diferents prestacions (lletra b) de l'apartat 3 de l'article 99 de la LCSP). En aquests dos darrers supòsits, aquest precepte exigeix la justificació en l'expedient d'aquesta decisió que exceptua la regla general de la lotització.

La previsió d'aquestes "excepcions" a la regla general de la lotització del contracte, està contemplada en la LCSP com una potestat de l'òrgan de contractació, en utilitzar el legislador estatal l'expressió "podrà", que no obligació a la divisió del contracte. Per tot això, el Tribunal va concloure que correspon a l'òrgan de contractació el disseny i la configuració del contracte, de manera que, en els

supòsits que no consideri adient la divisió del contracte per la concurrència d'alguna d'aquestes circumstàncies, ho haurà de motivar de manera suficient la concurrència dels requisits fixats en l'esmentat precepte.

En aquest supòsit, no havent-se previst la divisió de l'objecte contractual del lot controvertit, que conté prestacions materialment diferenciades, el Tribunal va apreciar que en l'expedient administratiu objecte de recurs una evident manca de motivació, sense que les argumentacions aportades per la via de l'informe emès amb ocasió del recurs presentat puguin convalidar la manca de motivació prèvia. Per això, es va acordar la retroacció d'actuacions al moment procedimental en el qual resulta escaient efectuar les motivacions exigides per la legislació de contractació pública, a fi que l'òrgan de contractació justifiqui degudament els motius de la no-subdivisió del lot, que inclou en un únic lot les fases que en el projecte ja estaven definides de forma separada i amb execució successiva.

**- OBLIGACIÓ DE MOTIVAR LA LIMITACIÓ D'ACCÉS A DIFERENTS LOTS DE LA LICITACIÓ.**

**Resolució 303/2018**

En aquesta Resolució, el Tribunal va resoldre un recurs especial en matèria de contractació interposat contra els plecs. Un dels motius d'impugnació era la previsió de la limitació de les empreses licitadores de licitar a tots els lots. Al respecte, el Tribunal analitza que l'efecte limitador de la concurrència que deriva d'aquesta previsió, està prevista en el considerant 79 de la Directiva 2014/24/UE, i que ha quedat plasmada en l'article 46.2 de la Directiva 2014/24/UE i també l'apartat a) de l'actual article 99.4 de la LCSP quan s'atorga a l'òrgan de contractació la prerrogativa de limitar en els plecs el nombre de lots als què un mateix candidat o licitador pot presentar una oferta o limitar el nombre de lots que poden adjudicar-se a cada licitador. I subratlla que tal i com preveu aquest precepte, aquesta limitació també ha d'estar justificada degudament en l'expedient i de manera prèvia.

En el cas enjudiciat, atès que el Tribunal va apreciar en l'expedient administratiu objecte de recurs una manca de justificació de la divisió del contracte atenent a la seva naturalesa i objecte i, especialment, de la limitació establerta en la clàusula controvertida del plec de clàusules administratives particulars i del quadre de característiques; va estimar aquesta al·legació amb la retroacció d'actuacions al moment procedimental en el qual resulta escaient efectuar les motivacions exigides per la legislació de contractació pública, a fi que l'òrgan de contractació justifiqués degudament els motius de configuració de la clàusula controvertida, en el sentit exigint de la interpretació conjunta dels articles 99 amb el 28 de la LCSP.

**- MANCA DE MOTIVACIÓ DE L'ESTABLIMENT DEL PREU COM A ÚNIC CRITERI D'ADJUDICACIÓ.**

**Resolució 303/2018**



També en la Resolució 303/2019 abans esmentada, el Tribunal va analitzar l'al·legació relativa a la vulneració de l'article 145 de la LCSP per la fixació com a únic criteri del preu, partint d'allò previst en l'article 145.3. g), amb una estructura certament un tant complexa i com a excepció a la regla normal d'establiment de diversos criteris d'adjudicació i arriba a la conclusió que només podrà preveure com a únic criteri d'adjudicació el preu en els contractes de serveis que:

- es tractin de prestacions estiguin perfectament definides tècnicament i,
- no sigui possible variar els terminis de lliurament ni introduir modificacions de cap classe en el contracte.

Si bé, també destaca que aquest precepte contempla una "contra excepció" a aquesta excepció consistent en la possibilitat d'establiment de diversos criteris d'adjudicació en determinats supòsits.

D'acord amb l'anterior, i atès que l'establiment del preu com a únic criteri d'adjudicació és una excepció a la regla general; de la interpretació conjunta dels articles 28 i 116.4 de la LCSP, el Tribunal conclou que l'òrgan de contractació té l'obligació de justificar en la memòria justificativa prèvia l'establiment del criteri d'adjudicació establert al quadre de característiques i d'indicar el nivell de detall tècnic exigít per l'article 145.3.g) de la LCSP com per aplicar aquesta excepció. Per tot això, va estimar també aquesta al·legació.

- **AMPLIACIÓ DELS ACTES DE TRÀMIT SUSCEPTIBLES DEL RECURS ESPECIAL EN MATÈRIA DE CONTRACTACIÓ. IMPACTE DE LA SENTÈNCIA DEL TJUE DE 5 D'ABRIL DE 2017 (C-391/15, *Marina del Mediterráneo*):**
  - **PROCEDÈNCIA DEL CARÀCTER EXCEPCIONAL DEL RECURS CONTRA UN ACTE DE TRÀMIT. ANÀLISI DE LA CONCURRÈNCIA DELS SUPÒSITS DE SUSPENSÍO EN EL PROCEDIMENT DE LICITACIÓ.**

### **Resolució 33/2018**

L'acte impugnat era un acord de suspensió de la tramitació d'una licitació i, per tant, un acte de tràmit que, amb caràcter general, i en seu del TRLCSP, no era susceptible de recurs, llevat que l'acte dictat en el procediment d'adjudicació pugui decidir directament o indirectament sobre aquesta, determini la impossibilitat de continuar el procediment o produeixi indefensió o perjudici irreparable a drets o interessos legítims.

En relació amb aquest darrer supòsit, el Tribunal va considerar que, per una banda, l'acte era susceptible de recurs pel fet que la suspensió del procediment és una decisió de l'òrgan de contractació que va més enllà d'una simple "reflexió interna" i que pot suposar un perjudici a la part actora (interès legítim). Per altra banda, el Tribunal va recordar que la facultat de què gaudeix l'administració de diferir el termini màxim legalment previst per resoldre un procediment, és excepcional i ha

d'admetre's de forma restrictiva, només si s'aprecia alguna de les circumstàncies previstes a l'article 22 de la LPAC. En concret, el Tribunal va considerar que no concorria el caràcter preceptiu de l'informe com a supòsit de fet invocat per l'òrgan de contractació per a la suspensió, ni tampoc la necessitat de "proves diriments" arran dels resultats dels informes sol·licitats.

### **Resolució 81/2018**

En aquesta Resolució, que resol el recurs especial en matèria de contractació interposat contra l'adjudicació del contracte, el Tribunal va constatar que la sol·licitud d'exclusió de l'empresa que va resultar adjudicatària instada per l'empresa ara recurrent per un incompliment dels plecs ja va ser tractat i resolt anteriorment per l'òrgan de contractació, en el sentit d'inadmetre aquesta causa d'exclusió en tractar-se d'una errada formal, actuació que el Tribunal considera s'havia de tractar com a recurs especial en matèria de contractació. En aquesta comunicació l'òrgan de contractació va indicar expressament que contra aquest acord es podia interposar recurs especial en matèria de contractació de conformitat amb l'article 40 i següents del TRLCSP i recurs contenciós administratiu conforme al disposat en la LJCA, en el termini de dos mesos a comptar des del dia següent al de la notificació d'aquest acord, tanmateix l'empresa recurrent no va presentar cap recurs especial, ni constava cap recurs contenciós administratiu al respecte.

Atès això, com sigui que la decisió de no-excloure l'empresa que va resultar adjudicatària que havia comès una errada en la fixació de l'oferta econòmica, era susceptible de ser impugnada d'acord amb la doctrina relativa a la impugnabilitat de les decisions dels òrgans de contractació, emesa arran de la Sentència del TJUE de 5 d'abril de 2017 (assumpte C-391/15, *Marina del Mediterráneo, SL i altres./Agencia Pública de Puertos de Andalucía*), i que notificada aquesta decisió, no havia estat recorreguda, el Tribunal va concloure que la decisió de l'òrgan de contractació va esdevenir un acte ferm i definitiu i, per tant, aquest Tribunal no podia enjudiciar aquest assumpte posteriorment amb ocasió de l'adjudicació del contracte.

En conseqüència, el Tribunal va inadmetre el recurs especial en matèria de contractació.

- **PRINCIPI DE PUBLICITAT:**
  - **DESISTIMENT DEL PROCEDIMENT PER PART DE L'ÒRGAN DE CONTRACTACIÓ. FONAMENTAT EN UNA INFRACCIÓ NO ESMENABLE: OBLIGACIÓ DE L'ANUNCI PREVI ALS CONTRACTES DE SERVEI DE TRANSPORT PÚBLIC REGULAR PERMANENT DE VIATGERS D'ÚS GENERAL URBANS I INTERURBANS.**

### **Resolució 70/2017**

En aquest assumpte, el Tribunal va resoldre el recurs especial en matèria de contractació que es va interposar contra l'acord de desistiment del contracte del servei públic de transport col·lectiu urbà de viatgers nocturn a Barcelona i altres

municipis de l'àmbit nord, sota la modalitat de gestió interessada, licitada per la l'Àrea Metropolitana de Barcelona (AMB).

La part actora al·legava la inexistència de la concurrència d'una infracció no esmenable del procediment de licitació que justificués la decisió de l'AMB de desistir del procediment d'adjudicació del contracte.

En aquesta Resolució, a més de l'anàlisi de tots els requisits exigits en l'article 155 del TRLCSP pel desistiment del procediment d'adjudicació del contracte, el Tribunal es va focalitzar en l'enjudiciament de la infracció al·legada per AMB. Per això, respecte a la manca de publicació prèvia de l'anunci establert al Reglament 1370/2007, del Parlament Europeu i del Consell de 23 d'octubre de 2007 sobre els serveis públics de transport de viatgers per ferrocarril i per carretera (en endavant, Reglament 1370/2007), subratlla el caràcter general i obligatori del reglament i el seu abast als serveis de interès general.

Sobre l'aplicabilitat de l'article 7 del Reglament 1370/2007, qüestionada per la part actora en els supòsits de contractes de serveis, i sobre això, fonamenta la no-concurrència d'una causa de nul·litat de ple dret que justifiqui el desistiment del contracte, en tant el contracte referenciat és un contracte de serveis i no un contracte de concessió de serveis i, per tant, no li era d'aplicació l'obligació de publicació prèvia de la licitació, aquest Tribunal va afirmar que als efectes que interessin, l'article 7 del Reglament 1370/2007 és d'aplicació tant als contractes de serveis com als contractes de concessió de serveis. En aquest sentit, la Resolució porta a col·lació Sentència del TJUE de 27 d'octubre de 2016 (C-292/15) dictada en ocasió d'una petició de decisió prejudicial -en aquell cas, de la interpretació de l'article 4, apartat 7 i de l'article 5, apartat 1 del Reglament (CE) núm. 1370/2007-, en la qual el TJUE es va pronunciar sobre l'aplicabilitat de l'article 5 necessari per determinar si l'article 7 relatiu a la publicació prèvia, és d'aplicació només als contractes de concessió de serveis o també als contractes de serveis. De manera que, en els supòsits de contractes de serveis només no s'apliquen els apartats 2 a 6 de l'article 5 i, *ad sensum contrario*, s'està reconeixent l'aplicació de la resta de preceptes del Reglament *in totum*. Dit això, l'article 7 del Reglament és d'aplicació tant als contractes de serveis, com als contractes de concessió de serveis.

En conclusió, tota vegada que el contracte referenciat no es va publicar prèviament tal i com obliga l'article 7.2 del Reglament 1370/2007 en el Diari Oficial de la Unió Europea (DOUE), concorre un motiu de nul·litat de ple dret previst a normativa del procediment administratiu comú que afecta a la validesa del contracte i comporta que aquesta manca de publicació no sigui convalidable ni esmenable, afectant al principi de concurrència i, per tant, el desistiment queda justificat per la concurrència d'aquesta infracció. Igualment, quant a l'obligació de justificar en l'expedient la concurrència de la causa del desistiment, aquest Tribunal considera que han quedat suficientment exposades les raons per les quals l'AMB va adoptar aquesta decisió, sobre la base de diferents informes jurídics que analitzen els dubtes i qüestions plantejades per l'AMB sobre l'abast de la publicació prèvia.

Atès això, es desestima el recurs especial en matèria de contractació en no apreciar el Tribunal les al·legacions de la part actora consistentes a afirmar la inexistència d'una infracció no esmenable del procediment de licitació que justifiqui el

desistiment, sense perjudici de la deguda compensació a la que fa referència l'article 155.2 del TRLCSP.

Per últim no considera aquest Tribunal que hi concorri desviació de poder al·legada per les recurrents, atès que no queda provada una causa il·lícita que posi de relleu una disfunció entre la finalitat pròpia de la licitació i una presumpta finalitat subjectiva de l'òrgan de contractació.

- **PUBLICITAT EN EL PERFIL DE CONTRACTANT:**
  - **MODIFICACIÓ DEL PLEC A TRAVÉS DELS ACLARIMENTS DONATS. REQUISITS I EFECTES DE LA MODIFICACIÓ.**

#### **Resolució 102/2017**

Recurs contra l'adjudicació d'un contracte en la qual es va posar de manifest que les ofertes presentades per les empreses licitadores no es basaven en el mateix model ni en els mateixos paràmetres de valoració, arran l'aclariment donat per l'òrgan de contractació a l'esmentat model.

En aquesta Resolució, entre d'altres extrems, el Tribunal analitza l'esmentat aclariment a la vista de la Directiva 2014/24/UE, el TRLCSP i la jurisprudència europea i del Tribunal Suprem, i conclou que va excedir del que cal entendre per aclariment i va suposar una modificació substancial del plec que hauria d'haver donat lloc a la seva deguda correcció i publicació i a l'ampliació del termini de presentació de les proposicions, per tal de garantir la transparència del procediment i el tractament igualitari de les empreses licitadores tant en el moment de la confecció de les proposicions com en la seva posterior valoració.

El Tribunal recorda que la igualtat de tracte, la publicitat i la transparència que proclamen els articles 1 i 139 del TRLCSP constitueixen la peça angular dels principis rectors de la contractació pública i exigeixen, en particular, que les empreses licitadores es trobin en igualtat de condicions en el moment de preparar les seves proposicions, amb la correlativa obligació de transparència per a l'òrgan de contractació, l'objectiu de la qual és, més concretament, garantir que no existeixi risc de favoritisme ni arbitrarietat en el procediment de contractació.

Aquests principis i la correlativa obligació de transparència impliquen, en particular, que totes les condicions de la licitació estiguin clarament definides des de l'inici del procediment de contractació de forma clara, precisa i inequívoca en el plec de condicions o en l'anunci de licitació, amb la finalitat que, per una banda, totes les empreses raonablement informades i normalment diligents puguin comprendre el seu abast exacte i interpretar-les de la mateixa manera i, per l'altra, l'entitat adjudicadora pugui comprovar efectivament que les ofertes presentades responen als criteris aplicables al contracte.

No obstant això, d'aquests principis no es pot deduir que qualsevol modificació dels plecs, una vegada publicat l'anunci de licitació, resti prohibida, sinó que, d'acord amb la jurisprudència europea, una entitat adjudicadora pot realitzar,

excepcionalment, modificacions i correccions en els plecs un cop publicada la licitació, sempre i quan:

- a) Les modificacions, encara que puguin ser importants, no siguin tan essencials com per haver atret a potencials empreses licitadores que, sense aquelles, no podrien presentar ofertes;
- b) les modificacions siguin objecte d'una publicitat adequada, per tal que totes les potencials empreses licitadores raonablement informades i normalment diligents les puguin conèixer en les mateixes condicions i en el mateix moment;
- c) les modificacions tinguin lloc abans de la presentació de les ofertes, i
- d) s'ampliï el termini de presentació de les ofertes quan les modificacions siguin importants, per una durada en funció de la importància de les modificacions i que sigui suficient per permetre a les empreses adaptar consegüentment les seves ofertes.

En haver-se evidenciat aquest vici en el moment de l'adjudicació del contracte i corroborar-se que les condicions de la licitació no eren comprensibles d'igual manera per a totes les empreses en el moment de la preparació de les proposicions, l'estimació del recurs comporta l'anul·lació de tot el procediment de contractació.

- **IMPACTE DE LA PUBLICACIÓ DE “LES NOTES INFORMATIVES” RELATIVES AL CONTINGUT DELS PLECS. DISTINCIÓ SUPÒSITS DE MODIFICACIÓ DELS SUPÒSITS DE SIMPLE ACLARIMENT. LÍMITS, EFECTES I CONSEQÜÈNCIES.**

#### **Resolució 69/2018**

En el supòsit analitzat relatiu a un recurs interposat contra l'adjudicació del contracte perquè la part actora al·legava la infracció del plec relativa al límit a l'adjudicació a un màxim de dos, el nombre de lots als que poden resultar adjudicatàries una mateixa empresa o empreses del mateix “grup empresarial”, el Tribunal va considerar que la “nota informativa” per tal de donar resposta a les preguntes plantejades a l'òrgan de contractació en relació amb la redacció d'aquesta limitació prevista en els plecs, introduïen una informació complementària de gran impacte en el plantejament inicial de la licitació, que afecta el règim jurídic establert en els plecs. En concret, aquest complement va consistir a indicar que la limitació inicialment establerta en els plecs per les empreses i grups empresarials, afecta a les unions temporals d'empreses (UTE) formades per dues empreses del mateix grup, però que no es considerarien dins del mateix grup empresarial a efectes de la limitació respecte al número de lots als que una mateixa empresa podia resultar adjudicatària.

Partint de la premissa de l'existència d'una “nota informativa” que completa el règim jurídic dels plecs amb un gran impacte en les estratègies de les empreses licitadores i que afecta la configuració inicial dels plecs i el resultat final de la licitació, el Tribunal

va arribar a la conclusió que era necessària una publicació adequada d'aquest complement dels plecs, per tal que totes les empreses poguessin entendre correctament l'abast de l'aclariment que es volia transmetre i formular les seves proposicions en igualtat de condicions.

En aquest sentit, tenint en compte l'article 75 del Reial decret 1098/2001, de 12 d'octubre, pel qual s'aprova el Reglament general de la Llei de contractes de les administracions públiques (RGLCAP) i determinada jurisprudència del Tribunal Suprem, el Tribunal va considerar insuficient la publicació en el perfil de contractant d'Infraestructures.cat d'aquesta nota, ja que no estava integrada en la Plataforma de serveis de contractació pública de la Generalitat de Catalunya. Per tant, aquesta mancança va comportar que el termini per a la interposició del recurs comencés a computar des del dia següent a la data de remissió de la resolució d'adjudicació dels lots controvertits, en aflorar, en aquell moment, l'impacte dels efectes de la "*nota informativa*" respecte als plecs de bases i plantejament de la licitació.

Al respecte, el Tribunal, conscient de la fina línia que separava aquesta "*nota informativa*" –en tant que la finalitat inicial va ser la de complementar allò que els plecs no havien especificat- amb una modificació de plecs, va recordar que l'ordenament jurídic exigeix que els aclariments, a més de publicar-se d'igual forma que els anuncis, procedir a la pròrroga dels terminis per a la presentació d'ofertes, en tant que no es tractava de cap informació addicional per part de l'òrgan de contractació d'una "*importància menyspreable*" que exceptuaria la regla general de prorrogar els terminis de presentació d'ofertes.

Adicionalment, el Tribunal va indicar que, tractant-se d'un complement del règim jurídic dels plecs replantejant un dels elements bàsics del disseny de la contractació, calia també la necessària motivació que permetria per la revisió de la decisió adoptada pel poder adjudicador.

Al respecte, el Tribunal va retreure que el mode de procedir de l'òrgan de contractació, a més de vulnerar la normativa descrita, va afectar els més elementals principis bàsics d'igualtat de tracte i no discriminació, accés a les licitacions, publicitat i transparència que proclamen així com de seguretat jurídica, i aquesta vulneració es va evidenciar en el moment de l'adjudicació del contracte.

Per tot això, el Tribunal va concloure que l'adopció de la "*nota informativa*" no es va efectuar d'acord amb l'ordenament jurídic, vici que ha de comportar la retroacció de les actuacions al moment en què es va adoptar i procedir, en el seu cas, a la necessària i completa motivació i publicació, amb l'ampliació corresponent del termini de presentació de les proposicions.

D'acord amb això, de conformitat amb el principi de congruència de les resolucions dels òrgans resolutoris dels recursos especials en matèria de contractació, es va instar a l'òrgan de contractació a la retroacció de les actuacions al moment de l'adopció d'aquesta "*nota informativa*" per tal que adoptés les actuacions pertinents.

**- IMPORTÀNCIA DE LA PUBLICACIÓ DE LA INFORMACIÓ MÍNIMA DEL CONTRACTE EN EL PERFIL DE CONTRACTANT. EFECTES DE LA NO PUBLICACIÓ.**

**Resolució 303/2018**

En aquest recurs, interposat contra l'anunci i els plecs de la licitació d'un contracte de serveis relatius al servei de subministrament d'aigua potable, que ha estat anteriorment analitzada, també s'al·legava la vulneració de la informació mínima del contracte a publicar en el perfil de contractant, en concret, de la manca de publicació en el perfil de contractant de la memòria justificativa del contracte i de l'informe de suficiència de mitjans en el cas de contractes de serveis.

Al seu torn, l'òrgan de contractació, si bé reconeixia que no s'havia publicat en el perfil de contractant ni la memòria justificativa, ni l'informe d'insuficiència de mitjans en el contracte de serveis, entenia que això no impedia que els licitadors poguessin formular la seva proposta i, en tot cas, considerava que es tractava d'una irregularitat formal esmenable atès el moment en què es trobava la licitació.

Al respecte, el Tribunal va insistir en el fet que l'informe justificatiu o memòria justificativa de la contractació esdevé amb la LCSP un acte de motivació de l'òrgan de contractació sobre el qual pivoten les decisions fonamentals del disseny de la contractació, que queden reflectides en els plecs que la regeixen i en aquest supòsit no constava que s'hagués elaborat una memòria justificativa d'idoneïtat en aquesta licitació, ni l'informe d'insuficiència de mitjans exigits en els articles 28 i 116.4 de la LCSP.

Ultra això, el Tribunal va destacar que la LCSP exigeix que tant la memòria justificativa com l'informe de suficiència de mitjans, entre altres documents, s'han de publicar en el perfil de contractant (article 63.3), entre altra documentació. I, en aquest aspecte, sobre la importància que adquireix el perfil de contractant en la LCSP com a potent instrument de transparència i de control de la legalitat que permet la tutela judicial efectiva als operadors econòmics, el Tribunal es remet a l'exposició de motius de la LCSP. A més, recorda que l'article 63 de la LCSP redefineix pròpiament el perfil de contractant incrementant, considerablement, el contingut de la informació que haurà de ser objecte de publicació.

Per tot això, la Resolució subratlla que amb la publicació en el perfil de contractant de la documentació i informació a la que fa referència la LCSP, es permet l'efectiva consecució del principi de transparència en aquests procediments de concurrència competitiva, en el sentit de donar el coneixement adequat de la informació a totes les possibles i potencials empreses licitadores per tal que aquestes disposin de les mateixes oportunitats al formular els termes de les seves ofertes i implica, per tant, que estiguin sotmeses a les mateixes condicions per a tots els competidors (Sentència del TJUE, de 29 d'abril de 2004, *Comissió/CAS Succhi di Frutta*, C-496/99 P, apartat 110). Ultra això, aquesta publicitat permetrà, alhora, delimitar les facultats discrecionals dels òrgans de contractació i garantir el control del compliment de les regles previstes.

En el cas enjudiciat, la inexistència de memòria justificativa i de l'informe d'insuficiència de mitjans va provocar que no s'haguessin publicat aquests



documents en el perfil de contractant. Per tant, el Tribunal va estimar l'al·legació en entendre que l'incompliment d'aquesta obligació legal comporta d'entrada, l'anul·labilitat de la licitació, per vulneració de l'article 63.3 de la LCSP i dels principis de l'article 1 i 132 de la LCSP, amb la retroacció de totes les actuacions al moment procedimental en el qual resulti escaient fer totes les motivacions i justificacions exigides per la legislació de contractació pública, i la seva posterior publicació en el perfil de contractant residenciat a la Plataforma de serveis de contractació pública de la Generalitat de Catalunya en els termes indicats de la LCSP.

- **ASPECTES PROCEDIMENTALS:**
  - **INTERPRETACIÓ DE L'ARTICLE 51.3 LCSP: DEURE DE LA PART ACTORA DE COMUNICAR AL MÉS AVIAT POSSIBLE LA INTERPOSICIÓ DE RECURS SI EL RECURS ESPECIAL EN MATÈRIA DE CONTRACTACIÓ S'HA PRESENTAT EN QUALSEVOL DELS LLOCS ADMESOS ARTICLE 16.4 DE LA LPAC.**

#### **Resolució 296/2018**

El Tribunal va inadmetre per extemporani un recurs especial en matèria de contractació interposat contra una resolució d'adjudicació publicada, presentat en una oficina de Correus, d'acord amb la possibilitat admesa en l'article 51.3 de la LCSP per remissió a l'article 16.4 de la LPAC, i que va arribar al Tribunal en data posterior al *dies ad quem* sense que la part actora comunicés la interposició del recurs en els termes de l'article 51.3 de la LCSP, de manera que es va excedir el termini dels 15 dies hàbils.

Per a l'enjudiciament de l'assumpte, i atesa la dicció literal de l'article 51.3 de la LCSP, aquest Tribunal va apuntar que es deriven les dues conclusions següents, que són necessàries per a la correcta comprensió d'aquest precepte. En primer lloc, que l'article 51.3.I de la LCSP reconeix expressament la possibilitat de presentar el recurs especial en matèria de contractació, a més de la presentació davant del registre de l'òrgan de contractació i del Tribunal, en els llocs previstos a l'article 16.4 de la LPAC.

En segon lloc, que per tal que es pugui tenir en compte la data de presentació davant els llocs previstos en l'esmentat article 16.4 de la LPAC, aquesta possibilitat es troba associada a l'obligació que l'empresa recurrent comuniqui al Tribunal, de manera immediata i de la forma més ràpida possible, la presentació del recurs especial.

D'acord amb aquestes previsions, que amplien notablement els llocs de presentació del recurs especial en matèria de contractació respecte dels que estableix el TRLCSP, cal destacar que la presentació diligent del recurs especial per tal d'assegurar que el recurs es presenti dins de termini –finalitat que, en tot cas, interessa principalment a l'empresa recurrent-, ha de passar necessàriament pel compliment de l'obligació *ex lege* de comunicar aquesta presentació al Tribunal; comunicació que, a més, ha de portar-se a terme de manera immediata i de la forma més ràpida possible, amb la finalitat que, per a l'enjudiciament del litigi, es prengui



com a data de presentació del recurs, l'efectuada en qualsevol dels "altres llocs establerts a l'article 16.4 de la LPAC".

En resum, amb una interpretació sistemàtica i funcional de l'article 51 de la LCSP, el Tribunal va indicar que aquesta obligació de comunicació va més enllà d'un simple formalisme i que té caràcter d'obligació legal específica. Només aquesta interpretació de la nova redacció donada per la LCSP permet garantir l'objectiu essencial del recurs especial, que és, precisament, la d'evitar la consolidació de relacions contractuals que puguin estar afectades de contravenir la normativa de contractació pública, aspecte cabdal sobretot tenint en compte la desaparició, en la nova LCSP, del requisit de l'anunci previ a l'òrgan de contractació de l'existència de la interposició del recurs. A més, en l'actual escenari d'utilització preceptiva de mitjans electrònics en totes les comunicacions entre els òrgans competents per a la resolució de recursos especials, l'òrgan de contractació i els interessats en el procediment (article 54 de la LCSP), resulta adient el requeriment de comunicar, perquè no suposa una càrrega excessiva per al recurrent.

**- IMPOSICIÓ DE MULTES: TEMERITAT EN LA INTERPOSICIÓ DEL RECURS ESPECIAL EN MATÈRIA DE CONTRACTACIÓ.**

**Resolució 208/2018**

En aquest supòsit relatiu a un recurs interposat contra l'aprovació del plec i projecte tècnic, de la simple lectura del recurs, el Tribunal va observar el coneixement i l'admissió explícita per part de la recurrent de l'extemporaneïtat del recurs presentat; aspecte aquest que va portar el Tribunal a haver d'examinar la casuística respecte a la concurrència o no de temeritat o mala fe en la presentació del recurs especial en matèria de contractació fora de termini.

Atès que la part actora va exercitar artificiosament el dret a recórrer sol·licitant també la mesura cautelar de suspensió de la tramitació del procediment d'adjudicació, amb la voluntat d'impedir, per tant, que l'òrgan de contractació continués amb la tramitació de la licitació per tal de donar resposta a una necessitat pública, sense tenir dret, en aquell moment, ni al recurs especial ni a la sol·licitud de l'adopció de la mesura cautelar esmentada, es va arribar a la conclusió que existia un ús abusiu del recurs.

Per tot això, es va constatar una clara temeritat en la interposició del recurs especial en matèria de contractació, concebut com un recurs que ha de permetre una resolució ràpida i àgil, atès que actuacions com aquestes impedirien de pla la necessària agilitat en el sistema de resolució de recursos especials.

**• CONTRACTACIÓ ESTRATÈGICA: ÀMBIT SOCIAL.**

**1. RÈGIM DEL TRLCSP:**

**- CRITERIS DE VALORACIÓ DE LES OFERTES DE CARÀCTER SOCIAL.**

### **Resolució 124/2017**

Recurs contra els plecs d'una licitació que estableixen com a criteri de valoració de les ofertes, entre altres, la millora salarial del personal adscrit a la prestació del servei per sobre dels mínims del conveni col·lectiu del personal de l'empresa contractista.

El Tribunal analitza el marc normatiu, jurisprudencial i doctrinal relatiu a les clàusules socials en la contractació pública i, en especial, en el concret àmbit dels criteris d'adjudicació en què es planteja l'assumpte, i aprecia que la millora social impugnada no té cabuda, fonamentalment, en els supòsits de criteris d'adjudicació socials previstos en l'article 150 del TRLCSP, com tampoc en els considerants ni en l'article 67 de la Directiva 2014/24/UE, la qual, quan es tracta de valorar, en termes de qualitat-preu, la qualitat del personal empleat en tant que pugui afectar de manera significativa en l'execució del contracte, la parametriza únicament a través de l'organització, la qualificació o l'experiència del personal, però no amb la seva retribució.

Com sigui que les previsions del TRLCSP i la Directiva no constitueixen *numerus clausus* de criteris d'adjudicació, la millora de les retribucions del personal objecte del recurs només pot ser admesa si compleix els requisits bàsics dels criteris de valoració de les ofertes, això és, que estigui vinculada a l'objecte del contracte, no confereixi al poder adjudicador una llibertat de decisió il·limitada, garanteixi una competència efectiva en la licitació i, especialment, que respecti en tot cas els principis d'igualtat de tracte i no-discriminació i suposi un avantatge econòmic per al poder adjudicador, tal com ja va assenyalar la Comissió Europea en la Comunicació Interpretativa, de 15 d'octubre de 2001, sobre la legislació comunitària de contractes públics i les possibilitats d'integrar aspectes socials en aquests contractes.

Una vegada analitzat l'objecte del contracte, al qual ha d'estar vinculat el criteri en qüestió; els informes de l'expedient -que no contenen cap motivació ni acreditació d'aquesta vinculació ni de l'eficiència social i millora en la prestació del servei que en via de recurs defensa l'òrgan de contractació-, així com la configuració específica del contracte -que tracta d'un servei en què té lloc la figura de la subrogació laboral i una mesura d'aquest tipus té repercussions en futures licitacions o assumpcions directes del servei-, aquest Tribunal conclou que, en el cas examinat, el criteri de valoració de les ofertes consistent en la millora retributiva del personal adscrit al servei no és conforme a dret.

- **CRITERI DE VALORACIÓ DE LES OFERTES QUE SUPERIN ALLÒ ESTABLERT EN EL CONVENI COL·LECTIU.**

### **Resolució 86/2018**

Aquesta Resolució enjudicia les al·legacions efectuades per la part actora relatives a la previsió en els plecs com a criteris d'adjudicació les proposicions que superessin allò establert en el conveni col·lectiu. En aquest assumpte el Tribunal analitza, en primer lloc, el criteri d'adjudicació consistent a valorar la retribució salarial dels treballadors prenent com a referència el conveni del sector a Catalunya. El Tribunal recorda que la millora de les retribucions del personal només pot ser admesa si

compleixen els requisits bàsics dels criteris de valoració de les ofertes: que estigui vinculada a l'objecte del contracte, que no es confereixi al poder adjudicador una llibertat de decisió il·limitada, que garanteixi una competència efectiva en la licitació i, especialment, que respecti en tot cas els principis d'igualtat de tracte i no-discriminació i suposi un avantatge econòmic per al poder adjudicador. I conclou que la millora social impugnada, que no consisteix simplement en el manteniment de les condicions salarials del personal adscrit a la prestació del servei objecte del contracte, no té cabuda en els supòsits de criteris d'adjudicació socials de l'article 150.1 del TRLCSP (aplicable en aquest supòsit), com tampoc en els que assenyala la Directiva 2014/24/UE, tota vegada que la qualitat del personal la parametritza únicament a través de l'organització, la qualificació o l'experiència del personal, però no amb la seva retribució, i afegeix que sí que té reflex específic en l'article 145 de la LCSP sempre que concorrin la resta de requisits anteriorment analitzats.

Per tot això, estima aquesta al·legació atès que no es tracta d'una millora vinculada estrictament a l'objecte del contracte, tot i la inclusió explícita del plec, de manera que pel fet d'incloure's nominalment dintre de l'objecte del contracte, no investeixen automàticament de la vinculació necessària amb ell.

- **CRITERI DE VALORACIÓ. PREVISIÓ DEL CRITERI D'ADJUDICACIÓ DEL COMPROMÍS DEL LICITADOR DE CONTRACTAR A PERSONES EN SITUACIÓ D'ATUR.**

#### **Resolució 86/2018**

En el marc de la mateixa licitació, s'impugnava també el criteri d'adjudicació relatiu al compromís del licitador de contractar persones en situació d'atur amb dificultats especials d'inserció laboral o d'exclusió social. Al respecte, el Tribunal estima aquesta al·legació sobre la base que la clàusula introdueix elements distorsionadors de la igualtat i la concurrència, pel fet de preveure que siguin òrgans i ens vinculats a l'Ajuntament els que facilitin a l'empresa adjudicatària la informació i ajut que requereixi per a la selecció i contractació laboral de les persones.

#### **2. RÈGIM LCSP:**

- **SUBROGACIÓ LABORAL EN ELS PLECS I DEFINIDA COM A CONDICIÓ ESPECIAL D'EXECUCIÓ JUNTAMENT AMB L'OBLIGACIÓ DE MANTENIMENT DE LES CONDICIONS LABORALS I SOCIALS ESTABLERTES EN EL CONVENI COL·LECTIU.**

#### **Resolució 293/2018**

La Resolució parteix d'un recurs interposat contra el PCAP que ha de regir la licitació i, ja sota el règim instaurat per la nova LCSP, s'analitza si el plec pot imposar a l'empresa contractista la subrogació del personal que ve executant la prestació objecte del contracte i si pot establir aquesta subrogació i el manteniment de les

condicions laborals i socials establertes en el conveni col·lectiu del sector com a condicions especials d'execució.

En la Resolució es recull el gir en l'àmbit de les clàusules socials que ha introduït la Directiva 2014/24/UE i la LCSP, que han suposat un canvi essencial en la configuració de la contractació pública en ares a la seva utilització per abastir les necessitats de l'entitat contractant i acomplir alhora objectius que s'incardinin en les seves polítiques socials, mediambientals i d'innovació.

Les previsions de la LCSP transposen i positivitzen al dret intern els mandats de la Directiva 2014/24/UE i constitueixen el marc normatiu de caràcter imperatiu al qual s'han de subjectar les disposicions i els plecs que, en desplegament i concreció, es dissenyin per a cada entitat contractant i per a cada expedient de contractació.

En aquest sentit, i a propòsit de les guies, recomanacions i instruccions municipals que les diferents parts invoquen en les seves respectives defenses, es recorda el criteri mantingut en aquest àmbit segons el qual *“esas circulares o instrucciones, al carecer de la naturaleza y de las garantías de las normas jurídicas o disposiciones de carácter general, no son medio idóneo para regular derechos y deberes”*.

Així, tractant-se d'actuacions o normes dirigides als propis òrgans administratius, excediria de la comesa i la finalitat dels anomenats “reglaments administratius o d'organització” per endinsar-se en l'àmbit reservat a la llei i als seus reglaments executius, si es consideressin amb força vinculant respecte de tercers, de manera que el seu caràcter “normatiu” ha de quedar necessàriament circumscrit a les relacions entre l'administració i els seus òrgans, organismes o ens dependents com a manifestació del principi d'autoorganització, en els termes de l'article 6 de la LRJSP.

En el cas concret de la subrogació laboral, aquesta té a la LCSP un tractament específic i diferenciat de les condicions especials d'execució, tot i que es tracti de mesures i obligacions que es conjuguen i tenen lloc en la fase d'execució del contracte.

En efecte, la LCSP no només regula sistemàticament la subrogació (article 130) de forma separada de les condicions especials d'execució (article 202), sinó que també ho fa respectant les diferents finalitats a què obeeixen.

Així, mentre les condicions especials d'execució es configuren com a obligacions contractuals que s'imposen al contractista en l'execució del contracte per acomplir, no només la realització de les prestacions contractades, sinó també el component social, ètic, mediambiental o d'altre ordre que el poder adjudicador pretén assolir alhora amb el contracte, la subrogació laboral és una mesura d'estabilitat laboral que, tot i ser lloable la voluntat del poder adjudicador d'assegurar-la en la seva contractació, no li resulta un àmbit disponible.

Com s'aprecia de la sola rúbrica de l'article 130 de la LCSP, la llei recull el criteri assentat en la jurisprudència i la doctrina dels tribunals de recursos contractuals que ha vingut mantenint que els plecs reguladors de la licitació no poden crear ni establir la subrogació del personal que ve executant les prestacions objecte del contracte, ja que aquesta mesura depèn que sigui procedent segons la normativa laboral o els

convenis col·lectius d'aplicació, i l'obligació dels plecs únicament queda circumscrita a informar les condicions laborals del personal que ve executant el contracte a fi que les empreses licitadores puguin conèixer-les i tenir-les en compte a l'hora d'elaborar les seves ofertes, per al cas que finalment tingui lloc la mesura de la subrogació laboral.

La mesura de la subrogació laboral constitueix una obligació aliena a la contractació pública i no pot imposar-se a l'empresa contractista al marge de la normativa legal o convencional aplicable a l'àmbit laboral, i el coneixement i la resolució de les vicissituds que puguin afectar les condicions de subrogació entre l'empresa contractista i el personal que ve executant les prestacions, així com l'eventual discussió sobre l'aplicabilitat del conveni col·lectiu designat en el PCAP, constitueixen una matèria que queda residenciada en la competència dels òrgans administratius i judicials de l'àmbit laboral i social, ni tan sols a la jurisdicció contenciosa administrativa ni aquest Tribunal.

La LCSP clarifica així la redacció que al respecte tenia la llei antecessora (article 120 del TRLCSP) i el seu article 130.1 no ofereix marge de dubte que la subrogació laboral entrarà en joc, en el seu cas, si així resulta de la normativa legal o convencional de caràcter laboral, i que l'obligació dels plecs, en aquest sentit, és únicament informativa de les condicions del personal que ve prestant el servei:

*"Article 130. Informació sobre les condicions de subrogació en contractes de treball.*

*1. Quan una norma legal, un conveni col·lectiu o un acord de negociació col·lectiva d'eficàcia general imposi a l'adjudicatari l'obligació de subrogar-se com a ocupador en determinades relacions laborals, els serveis dependents de l'òrgan de contractació han de facilitar als licitadors, en el mateix plec, la informació sobre les condicions dels contractes dels treballadors als quals afecti la subrogació que sigui necessària per permetre una avaluació exacta dels costos laborals que implica aquesta mesura, i han de fer constar igualment que aquesta informació es facilita en compliment del que preveu aquest article.*

*A aquests efectes, l'empresa que estigui efectuant la prestació objecte del contracte que s'ha d'adjudicar i que tingui la condició d'ocupadora dels treballadors afectats està obligada a proporcionar la informació referida a l'òrgan de contractació, a requeriment d'aquest. Com a part d'aquesta informació, en tot cas s'han d'aportar les llistes del personal objecte de subrogació, i s'ha d'indicar: el conveni col·lectiu aplicable i els detalls de categoria, tipus de contracte, jornada, data d'antiguitat, venciment del contracte, salari brut anual de cada treballador, així com tots els pactes en vigor aplicables als treballadors als quals afecti la subrogació. L'Administració ha de comunicar al nou empresari la informació que li hagi facilitat l'anterior contractista."*

Així les coses, es conclou que el PCAP impugnat, en establir la subrogació de la plantilla del personal que ve prestant el servei objecte del contracte de forma obligatòria i com una condició especial d'execució, excedeix de les funcions únicament informatives de les condicions laborals que l'article 130 de la LCSP imposa al PCAP, per la qual cosa el recurs s'estima en aquest extrem i s'anul·la la clàusula afectada.

Pel que fa a la condició especial d'execució consistent en el manteniment de les condicions laborals de les persones que executen el contracte durant tot el període

contractual, també impugnada en el recurs, l'anàlisi de la seva legalitat passa per la seva subjecció als requisits formals i les finalitats que preveu l'article 202 de la LCSP als seus apartats 1 i 2.

D'una banda, l'article 202.1 de la LCSP exigeix que les condicions especials en relació amb l'execució del contracte estiguin vinculades a l'objecte del contracte, no siguin directament o indirectament discriminatòries, siguin compatibles amb el dret comunitari i s'indiquin en l'anunci de licitació i en els plecs.

A criteri d'aquest Tribunal, tots aquests requisits s'aprecien respectats en la condició especial d'execució impugnada.

En aquest àmbit, cal partir de la jurisprudència europea sobre la compatibilitat amb el Dret comunitari de clàusules contractuals de caire laboral i salarial imposades en el marc d'un contracte públic, com ara la continguda en les sentències del TJUE de 3 d'abril de 2008 (assumpte C-346/06, *Rüffert & Niedersachsen*) i de 17 de novembre de 2015 (assumpte C-115/14, *RegioPost & Stadt Landau*), la qual, sobre la base de l'article 56 del Tractat de Funcionament de la Unió Europea i l'article 3.1 de la Directiva 96/71/CE, de 16 de desembre, sobre el desplaçament de treballadors efectuat en el marc d'una prestació de serveis, l'ha vingut admetent en la mesura que no vagin més enllà de les "disposicions imperatives de protecció mínima", com ara les quanties de salari mínim que en l'estat membre on s'executi la prestació estiguin establertes per disposicions legals, reglamentàries o administratives o per convenis col·lectius o laudatges arbitrals declarats d'aplicació general.

En el cas analitzat en aquesta Resolució, es constata que en l'àmbit del servei del contracte impugnat existeix un conveni col·lectiu definit de referència i la condició especial d'execució impugnada es limita a obligar al manteniment de les condicions laborals establertes en aquest amb caràcter de mínims, sense anar més enllà d'aquestes.

Per aquest motiu, es conclou que la condició impugnada afectaria de la mateixa manera a totes les empreses licitadores, sense que impedeixi la participació d'empreses de tercers estats ni d'empreses que es trobin "despenjades" del conveni col·lectiu del sector referit en aquesta contractació, ja que té per objecte el manteniment de les condicions mínimes del conveni col·lectiu del sector al personal destinat a l'execució del contracte, que es presumeixen cobertes per l'import del pressupost d'aquesta licitació, no controvertit en el recurs.

Acomplerts aquests requisits formals, el Tribunal també aprecia que la condició especial d'execució controvertida s'incardina entre les finalitats de tipus social que, a mode d'exemple i sense constituir modalitats taxades de mesures concretes, estableix l'article 202.2 de la LCSP, ja que, entre les condicions especials d'execució referides a consideracions tipus social o relatives a l'ocupació, aquest precepte cita, entre d'altres, "*garantir ... el compliment dels convenis col·lectius sectorials i territorials aplicables*".

A tot això s'hi afegeix el fet que l'obligació de l'empresa contractista de "*complir, durant tot el període d'execució del contracte, les normes i condicions que fixa el conveni col·lectiu aplicable*" i l'obligació de "*complir les condicions salarials dels treballadors de conformitat amb el conveni col·lectiu sectorial aplicable*" són



obligacions que han de constar obligatòriament en els plecs i documents de formalització del contracte ex articles 35.1 n) i 122.2 de la LCSP.

Així les coses, partint de la base que la subrogació del personal escau pel conveni col·lectiu del sector definit com de referència en aquesta licitació, és admissible que el PCAP reculli l'obligació de complir-lo, d'acord amb els articles 35.1 n) i 122.2 de la LCSP, i erigeixi el manteniment de les condicions mínimes que estableix com a condició especial d'execució, amb els efectes que determina l'article 202 de la LCSP, en tant que aquesta finalitat s'observa vinculada a l'objecte del contracte, consta publicitada en l'anunci de licitació a través del PCAP, no s'acredita discriminatòria i s'aprecia compatible amb el dret comunitari.

En conseqüència, el Tribunal conclou que la condició especial d'execució consistent en el manteniment de les condicions laborals de les persones que executen el contracte durant tot el període contractual resulta ajustada dret i desestima el recurs en aquest extrem.

**- CONDICIÓN ESPECIAL D'EXECUCIÓN. PREVISIÓN D'IMPOSICIÓN AL CONTRACTISTA D'UN SALARI MÍNIM.**

**Resolució 303/2018**

En aquesta Resolució, que resolva diverses qüestions plantejades en el recurs contra els plecs de la licitació relativa a un contracte de serveis relatius al subministrament d'aigua potable a un municipi, la part actora va impugnar la previsió com a condició especial d'execució de la imposició al contractista de l'obligació d'abonar als seus treballadors un salari mínim de 1.098,77 euros per 14 pagues. Per a l'enjudiciament d'aquesta al·legació, el Tribunal parteix del nou escenari conformat per les directives de contractació de quarta generació i la nova LCSP, que suposen un canvi important en el paper de la contractació pública, per implementar les polítiques, tant europees com nacionals, en matèria social, com a conseqüència de la transposició de la directives de contractació.

Als efectes de la resolució d'aquesta qüestió, el Tribunal va considerar especialment la dicció de l'article 28 de la LCSP, en preveure que en l'informe de necessitat i idoneïtat del contracte i eficiència en la contractació s'haurà de valorar, entre d'altres aspectes, la incorporació de consideracions socials com a aspectes positius en els procediments de contractació pública; la lletra c) de l'apartat 3 de l'article 116 de la LCSP preveu expressament l'obligació que en l'expedient es justifiqui, entre d'altres aspectes, les condicions especials d'execució del contracte; l'article 122 de la LCSP sobre les consideracions socials com a criteris de solvència, d'adjudicació o condicions d'execució; i l'article 202 de la LCSP, regulador de les condicions especials d'execució del contracte de caràcter social, ètic, mediambiental o d'un altre ordre, obliga establir, en tot cas, en el plec de clàusules administratives particulars almenys una de les condicions especials d'execució que enumera l'apartat 2. En especial, va recordar que aquest darrer precepte, de plantejament finalista, faculta als òrgans de contractació a establir condicions especials d'execució de garantia del compliment dels convenis col·lectius aplicables, sempre que es compleixin amb els requisits establerts en l'apartat 1 d'aquest precepte, això

és, que estiguin vinculades a l'objecte del contracte, no siguin directament o indirectament discriminatòries, han de ser compatibles amb el dret comunitari i s'han d'indicar en l'anunci de licitació i en els plecs.

D'acord amb aquests preceptes, el Tribunal va analitzar si la previsió de la condició especial d'execució controvertida s'ajustava als requisits formals de la LCSP, per una banda, i als requisits materials, per una altra.

Des del punt de vista formal, el Tribunal va comprovar que la previsió de la condició d'execució especial controvertida no estava justificada ni valorada en la memòria justificativa d'idoneïtat del contracte com s'infereix de la interpretació conjunta dels esmentats articles 1, 28 i 116.4 de la LCSP. Per tant, aquesta manca de motivació com a element essencial de la configuració del contracte, va impossibilitar la revisió de la mateixa per part d'aquest Tribunal.

Des del punt de vista material de la incorporació d'aquesta condició especial d'execució, el Tribunal va prendre a consideració la jurisprudència del TJUE que s'ha pronunciat sobre la compatibilitat amb el Dret comunitari de clàusules contractuals de caire laboral i salarial imposades en el marc d'un contracte públic (sentències del TJUE de 3 d'abril de 2008, *Rüffert & Niedersachsen*, assumpte C-346/06; i de 17 de novembre de 2015, *RegioPost & Stadt Landau*, assumpte C-115/14), el dret social europeu -Directiva 96/71- i l'Informe 6/2018, de 16 de novembre, de la JCCA que adverteix que l'exigència mitjançant una condició especial d'execució que l'empresa adjudicatària d'un contracte públic retribueixi les persones adscrites a la seva execució amb un salari per sobre del que estableixen les disposicions de protecció mínima de garantia de les condicions de treball dels treballadors desplaçats, podria discriminar les empreses ubicades en estats membres on el mercat laboral tingui costos molt per sota dels de l'estat de prestació del servei, introduint, per tant, un element distorsionador de la competència. D'acord amb aquesta anàlisi, l'informe conclou que la previsió en els plecs d'una condició especial d'execució que imposi a l'empresa contractista el pagament a les persones treballadores que s'hi adscriu, d'un salari mínim específic superior al fixat en el conveni col·lectiu aplicable o al salari mínim interprofessional legalment fixat, no és conforme a la normativa de contractació pública.

Atès tot l'anterior, el Tribunal va constatar que de l'examen de l'expedient queda palès que tampoc hi consta cap explicació de si aquest salari mínim de 1.098,77 euros és el fixat en el conveni col·lectiu que sigui aplicable, atès que, no es correspon al salari mínim interprofessional que estava fixat per a l'any 2018, únicament el quadre de característiques del contracte feia referència a "*la resolució aprovada pel Ple de l'ajuntament de data 26 de setembre de 2016*" sense concretar a quina "*recomanació europea*" s'està referint aquella, si és una recomanació concreta –que, en tot cas, no seria vinculant-, o si s'està invocant en abstracte el dret comunitari.

A la vista de tot l'exposat, atesa la manca de valoració i de justificació en la memòria de necessitat i idoneïtat del contracte de la incorporació de la condició especial d'execució controvertida i la manca de cap referència relativa que el salari mínim fixat com a condició especial d'execució sigui el previst en una disposició normativa de caràcter general o en el conveni col·lectiu sectorial que resulti aplicable a aquesta



activitat, ni cap determinació de la “recomanació europea” a la que es refereix l'apartat controvertit del quadre de característiques; el Tribunal va estimar aquesta al·legació en el sentit d'entendre la seva il·legalitat.

- **CENTRES ESPECIALS DE TREBALL (CET).**

**Resolucions 195/2018, 196/2018, 197/2018, 198/2018, 199/2018, 202/2018 i 266/2018**

En aquestes resolucions s'analitza l'al·legació plantejada per una associació en els recursos especials en matèria de contractació contra els plecs de clàusules administratives particulars del procediment de licitació. En concret, l'associació recurrent al·legava la vulneració de l'ordenament de la Unió Europea en imposar una condició als CET, la de ser entitats sense ànim de lucre per poder participar en la licitació, que no es troba en la Directiva 2014/24/UE que fonamenta la reserva de contractes a aquests centres i als tallers protegits.

Al respecte el Tribunal, partint del marc normatiu d'aplicació a la qüestió controvertida, va analitzar si el dret intern pot, en regular la possibilitat de reserva contractual prevista per Directiva 2014/24/UE, establir condicions addicionals o específiques als CET que vulguin licitar. De l'anàlisi de l'esmentada normativa, afirma que la possibilitat de la reserva dels contractes està reconeguda en el dret europeu de contractes, en l'article 20 de la Directiva 2014/24/UE i que aquesta figura de la reserva contractual ja estava prevista, en termes molt similars però referida només a tallers protegits, en l'article 19 de la Directiva 2004/18/UE, de 31 de març de 2004, sobre coordinació dels procediments d'adjudicació dels contractes públics d'obres, de subministrament i de serveis, i referida en el seu considerant 28.

A continuació amb aquesta anàlisi, el Tribunal exposa que en el dret espanyol de contractes, la vigent LCSP, en execució de la transposició d'aquest marc normatiu comunitari, ha optat per regular la reserva de contractes i que complementàriament a aquesta previsió, la disposició final catorzena de la mateixa LCSP introdueix una modificació en el Reial decret legislatiu 1/2013, de 29 de novembre, pel s'aprova el Text refós de la Llei general de drets de les persones amb discapacitat i de la seva inclusió social (RDLEG 1/2013) que té per objecte completar la regulació dels CET establint els requisits per ser considerats d'iniciativa social. En concret, s'afegeix el punt 4, a l'article 43 de l'esmentat RDLEG 1/2013, referit a CET.

Respecte a la pretesa inaplicació d'aquesta previsió dels plecs per l'efecte directe de l'article 20 de la Directiva 2014/24/UE i permetre l'accés als CET d'iniciativa empresarial, el Tribunal recorda que tant el document elaborat pels òrgans i tribunals administratius de recursos contractuals sobre els efectes jurídics de les directives de contractació pública davant el venciment del termini de transposició, com l'Informe 1/2016 de la JCCA, en la mesura en què l'article 20 es tracta d'una norma que no estableix una obligació incondicional i clara per als estats membres, no compleix el primer dels requisits per a què resulti d'aplicació directa. I l'article 20 de la Directiva 2014/24/UE estableix una possibilitat -la d'establir la reserva- que el legislador intern pot exercir o no.

En aquest anàlisi, quant a la disposició final catorzena de la LCSP, el Tribunal assenyala que introdueix la regulació de la qualificació de Centre Especial de Treball d'Iniciativa Social i que aquesta nova regulació refereix el caràcter d'iniciativa social als CET en funció de les característiques de la seva titularitat i es destaca la complexitat d'aquesta regulació que, ja d'entrada, genera dubtes sobre els sistemes d'acreditació de les condicions establertes. I conclou que la nova regulació té com a efecte circumscriure la reserva a CET en els quals, amb independència de la qualificació jurídica pública o privada dels seus titulars, es garanteixi la reinversió dels seus beneficis en els objectius fixats per la norma.

Finalment afegeix que, tenint en compte el considerant 36 de la Directiva 2014/24/UE, en justificar la raó de la reserva a favor de certes entitats es refereix, a més dels tallers protegits, també a "altres empreses socials", la qual cosa, a manca que aquest concepte tingui una definició en la pròpia Directiva ni remeti a altra normativa comunitària, implica que sigui la legislació interna on es concreti el caràcter social dels destinataris de la reserva.

Per tot això, arriba a la conclusió que no s'aprecia la contravençió a la Directiva 2014/24/UE i es desestima el recurs.

- **ENCÀRRECS A MITJANS PROPIS:**
- **MANCA DE MOTIVACIÓ I DE JUSTIFICACIÓ EN RELACIÓ AMB LA DECISIÓ DE GESTIONAR EL SERVEI MITJANÇANT EL MITJÀ PROPI.**

### **Resolució 105/2018**

El Tribunal va resoldre un recurs especial en matèria de contractació interposat contra l'acte pel qual s'aprova l'encàrrec, mitjançant conveni, del servei d'atenció domiciliària (SAD). Per a l'enjudiciament de l'assumpte, el Tribunal va tenir en compte l'article 40 del TRLCSP aplicable en aquell moment temporal, de conformitat amb les directives de 2014, i parteix que tant l'encàrrec com el conveni que l'articula, en la mesura que poden suposar una adjudicació que contravé la legislació de contracte, tenen encaix en l'àmbit material del recurs, més tenint en compte la jurisprudència continguda en la Sentència del TJUE, de 5 d'abril de 2017 (assumpte C-391/15, *Marina del Mediterráneo*).

El Tribunal recorda que les directives de 2014 excepcionen la denominada "cooperació vertical" o "cooperació institucionalitzada" quan compleixen determinats requisits funcionals: existència d'un control per part de qui fa l'encàrrec en relació amb qui el rep, que resulti anàleg al que s'exerceix sobre els seus propis serveis, que la persona jurídica que rep l'encàrrec realitzi la part essencial de la seva activitat amb el poder o poders adjudicadors que la controlen, i que en aquesta no hi concorri capital privat.

El Tribunal estudia les previsions del conveni que instrumenta l'encàrrec i les característiques de l'empresa a la que es vol fer l'encàrrec i distingeix el que són les "encomanes de gestió" de l'article 11 de la LRJSP, dels "encàrrecs a mitjans propis",

atès que les primeres no poden tenir per objecte prestacions pròpies dels contractes regulats per la legislació de contractes a diferència dels segons.

D'acord amb l'anterior, el Tribunal comprova que, si bé l'empresa a la qual s'encarrega el SAD compleix amb els requisits de la Directiva i de l'article 24.6 del TRLCSP, respecte a la millora de l'eficiència, el Tribunal constata la manca de motivació i de justificació en relació amb la decisió de gestionar el servei mitjançant el mitjà propi. Arribats a aquest punt, el Tribunal, tot i reconeixent la discrecionalitat que disposen els poders públics per a l'adopció de la forma de gestió del servei, recorda que la motivació i la justificació de l'acord esdevé un requisit de base per poder efectuar la revisió d'una decisió que, si més no, ha d'implicar una escrupolosa observança de la concurrència dels requeriments exigits per tal de situar aquest negoci jurídic fora d'abast de la normativa de contractació pública, i per tant, de la seva exclusió de la licitació en el mercat obert.

D'acord amb això, el Tribunal va estimar parcialment el recurs en el sentit de retrotraure les actuacions al moment en què procedeix justificar i motivar formalment i materialment l'adequació de la forma de gestió directa del servei mitjançant l'encàrrec a un mitjà propi.

**- INADMISSIÓ PER NO TRACTAR-SE DE CAP DELS ACTES  
COMPETÈNCIA DEL TRIBUNAL.**

**Resolució 113/2018**

En aquesta ocasió es tractava de dos recursos dirigits contra l'acord del ple d'un ajuntament relatiu l'adopció de la forma de gestió directa del servei d'aigua al municipi i aprovació del estatuts a una entitat pública empresarial de nova creació, amb la previsió que assumís el servei a la finalització de la pròrroga forçosa de la concessió anterior.

El Tribunal va destacar que la decisió municipal de reinternalització d'un servei de titularitat municipal mitjançant una gestió directa no pot ser objecte de recurs especial en matèria de contractació. En aquest sentit, s'analitza que no es tracta d'una reinternalització que impliqui la resolució d'un contracte subjecte a la legislació de contractes del sector públic encara en execució, ni es tracta d'un procediment de municipalització del servei perquè l'abastament d'aigua és un servei que té la consideració de servei públic essencial per previsió normativa. Dit això, el Tribunal assenyala que l'acord de reinternalització del servei públic de l'aigua, es troba dintre de les opcions que es consideren gestió directa del servei i que, en principi, se situa fora de les modalitats de contractació previstes per la legislació de contractes.

A més, en el cas objecte d'aquest recurs, l'acte impugnat no incloïa explícitament una decisió d'encàrrec, no qualificava l'entitat pública empresarial local (EPEL) de mitjà propi i situava el seu àmbit, exclusivament, amb relació a la decisió de reinternalització del servei municipal d'abastament d'aigua, mitjançant l'adopció d'un instrument que qualificava de gestió directa i entre els previstos per a aquesta.

Atès això, el Tribunal insisteix en la distinció entre els supòsits en què l'ajuntament pot proveir el bé o el servei mitjançant un contracte o bé mitjançant l'encàrrec a un ens que reuneixi les condicions per ser mitjà propi, dels supòsits de gestió directa del servei, que el situa fora del perímetre de la contractació pública. I en aquest supòsit, l'acord pel qual s'acorda la prestació directa del servei mitjançant la EPEL se situa dintre del perímetre de les potestats d'autoorganització per les quals es transfereixen competències i responsabilitat entre poders adjudicadors en els termes de l'article 1.6 de la Directiva 2014/24/UE.

Per tot això, inadmet el recurs per no tractar-se de cap dels actes que, en matèria de contractació, conformen la seva competència material.

#### - MOTIVACIÓ DE L'ENCÀRREC.

##### **Resolució 245/2018**

El Tribunal analitza un recurs interposat contra l'encàrrec i l'encomana de gestió realitzada per un ajuntament a una empresa pública per a la gestió dels serveis de neteja d'edificis i dependències municipals.

En primer lloc, el Tribunal analitza la seva competència en el sentit d'interpretar l'article 40 del TRLCSP en el marc normatiu europeu en matèria de contractació i tenint en compte la doctrina sorgida arran de la Sentència del TJUE de 5 d'abril de 2017 (assumpte C-391/15, *Marina de Mediterráneo*). I destaca que, en el cas objecte de la resolució, es produeixen dues decisions concatenades: la decisió implícita de gestionar directament el servei, que no és revisable pels òrgans i tribunals de recursos especials en matèria de contractació; i d'altra, l'articulació de l'encàrrec per a la gestió del servei a l'empresa, que sí encaixa en l'àmbit objectiu material dels recurs especial i de competència d'aquest Tribunal.

El Tribunal recorda que per a la contractació pública en general, i per a les concessions específicament, les directives de 2014, que incorporen la jurisprudència del TJUE, exclouen del seu àmbit d'aplicació les fórmules de cooperació vertical i horitzontal, això és, els encàrrecs a entitats personificades que tenen la consideració de mitjans propis de qui efectua l'encàrrec (*in-house providing*, en terminologia anglosaxona), i les fórmules de cooperació –horitzontal- entre poders adjudicadors amb la finalitat de garantir la prestació conforme als objectius fixats dels respectius serveis públics (article 12 de la Directiva 2014/24/UE i article 17 de la Directiva 2014/23/UE).

A continuació, s'analitza la doctrina dels mitjans propis, assenyalant que té com a objectiu delimitar les condicions en les quals els negocis jurídics entre poders adjudicadors poden tenir com a resultat la sostracció al mercat de quelcom que, en principi, resultaria susceptible de ser objecte de contractació pública mitjançant els procediments establerts per la seva normativa. I afirma que no es tracta, doncs, de negocis jurídics diferents que se situen fora de l'àmbit d'aplicació de la legislació de contractes, com és el cas de les encomanes de gestió regulades per l'article 11 de la LRJSP o de la cooperació horitzontal a què fa referència l'apartat 4 de l'article 12 de la Directiva 2014/24/UE. Així, quan els poders adjudicadors duen a terme

contractes entre sí a títol oneros, cal analitzar en cada cas si s'aplica la normativa de contractació pública. Com a norma general, aquesta normativa resulta d'aplicació quan hi ha un contracte oneros entre dos o més poders adjudicadors que té per objecte la realització d'obres, el subministrament de béns, la prestació de serveis o un contracte de concessió en el sentit de les directives. Ara bé, en aquests casos, quan concorren determinats requisits funcionals establerts per la jurisprudència comunitària i recollits per les directives de quarta generació, els contractes entre poders adjudicadors resulten exempts de l'aplicació de les normes sobre contractació pública.

El Tribunal exposa que el TRLCSP va regular els encàrrecs a mitjans propis en els articles 4.1.n) i 24.6 sobre la base de la jurisprudència comunitària dels "*in house-providing*", incorporada ara a l'article 12 de la Directiva 2014/24/UE. Aquest precepte fixa les condicions necessàries per entendre que es tracta d'aquests supòsits: control anàleg del poder adjudicador, que més del 80% de les activitats d'aquesta persona jurídica es duguin a terme en l'exercici de les tasques que l'hagi confiat el poder adjudicador i que no existeixi participació directa de capital privat. I cita també i l'article 86 de la LRJSP, el qual, que només és d'aplicació a l'Administració General de l'Estat, en virtut del que disposa la pròpia LRJSP i no té caràcter bàsic, que va establir uns requisits addicionals per a les entitats del sector públic institucional que siguin mitjans propis, i la LCSP l'estableix com a règim jurídic supletori del règim dels encàrrecs a mitjans propis establerts per la legislació de contractes (disposició final quarta).

D'acord amb aquest marc normatiu, el Tribunal analitza l'adequació de l'acte objecte de controvèrsia, tot destacant que, al contrari del que apunten tant la recurrent com el consistori, l'article 11 de la LRJSP invocat, fa referència a les encomanes de gestió, les quals no poden tenir per objecte prestacions pròpies dels contractes regulats per la legislació de contractes, mentre que les "encomanes a mitjans propis" fan referència a negocis jurídics onerosos entre poders adjudicadors que poden ser coincidents amb les prestacions pròpies dels contractes regulats per la legislació de contractes, essent aquests susceptibles de prosperar l'exclusió dels negocis jurídics d'aplicació de la normativa contractual. En aquest supòsit, en tant que l'encàrrec té per objecte prestacions que eren prestades per entitats privades, no procedeix l'encomana de gestió en els termes de l'article 11 de la LRJSP.

Analitzats els requisits acumulatius en l'empresa pública a la que es fa l'encàrrec, i el Tribunal constata que aquesta empresa depèn únicament i exclusivament del consistori, i queda certificat pel secretari de la corporació que efectua el 80% de la seva activitat en compliment de les encomanes efectuades per les entitats que la controlen.

Respecte a l'al·legació relativa que l'encàrrec no millora l'eficiència del servei respecte del model de prestació indirecta que s'havia dut a terme, el Tribunal destaca que la subrogació del personal no constitueix un element demostrador de la manca de mitjans per l'empresa que rep l'encàrrec.

Quant a la manca de justificació de la decisió de gestionar el servei mitjançant encàrrec al mitjà propi, el Tribunal recorda que la motivació i justificació de l'encàrrec es configura com la més elemental eina de garantia de bon govern i bona

administració, especialment vinculada al compliment del principi d'eficiència en l'assignació i utilització dels recursos públics (article 7 de la Llei orgànica 2/2012, de 27 d'abril, d'estabilitat pressupostària i sostenibilitat financera). I afegeix des d'aquesta perspectiva, la motivació i la justificació de l'acord esdevé un requisit de base per poder efectuar la revisió d'una decisió que, si més no, ha d'implicar una escrupolosa observança de la concurrència dels requeriments exigits per tal de situar aquest negoci jurídic fora de l'abast de la normativa de contractació pública i, per tant, de la seva exclusió de la licitació en el mercat obert (en aquest sentit, els informes de la Junta Consultiva de l'Estat núm. 65/2007, de 29 de gener de 2009, i 2/12, de 7 de juny de 2012).

Dit això, d'acord amb la funció revisora, el Tribunal considera complimentada degudament la motivació atès que la memòria del servei de neteja incorpora com a annex l'estudi d'anàlisi de la internalització del servei públic mitjançant la definició dels escenaris que poden comportar les diferents modalitats de gestió sota criteris legals d'eficiència i de qualitat: analitza el model de gestió indirecta, el model de gestió directa pel propi ens local i el model de gestió directa amb encàrrec al mitjà propi. I, atenent a les conclusions de l'estudi i estudi de costos resulta més beneficiós en cas de gestió directa.

Per tot això, es desestima el recurs especial en matèria de contractació.

**- EXISTÈNCIA DE JUSTIFICACIÓ I MOTIVACIÓ SUFICIENT EN RELACIÓ  
AMB LA DECISIÓ D'EFECTUAR L'ENCÀRREC A L'EMPRESA.**

**Resolució 249/2018**

En aquesta Resolució es resol un recurs especial en matèria de contractació interposat contra la formalització d'un encàrrec a mitjà propi, mitjançant conveni, del servei d'atenció domiciliària (SAD).

Al respecte, el Tribunal partint de la doctrina emesa en les resolucions anteriors, recorda que la doctrina dels mitjans propis té com a objectiu delimitar les condicions en les quals els negocis jurídics entre poders adjudicadors poden tenir com a resultat la sostracció al mercat de quelcom que, en principi, resultaria susceptible de ser objecte de contractació pública mitjançant els procediments establerts per la seva normativa.

Respecte a les al·legacions de la part actora, el Tribunal argumenta que, si bé l'empresa o mitjà propi compta amb un perfil de contractant en la Plataforma de serveis de contractació pública de la Generalitat, no s'aporta cap evidència de la publicació en aquest perfil de la seva condició de mitjà propi, ni de la resta de requeriments de publicitat en aquest perfil establerts per la lletra a) de l'apartat 6 de l'article 32, aquesta mancança no desvirtua les indicacions contingudes en els seus estatuts respecte de la seva condició de mitjà propi. De l'anàlisi dels estatuts, el Tribunal analitza que l'empresa té la condició de mitjà propi i servei tècnic dels ens públics que en siguin socis i que el seu objecte social, així mateix consten relacionades les entitats respecte de les quals la societat té la condició de mitjà propi, i s'indica que l'ens públic tindran un control anàleg sobre la societat limitada



a l'igual que sobre els seus propis serveis a través de la titularitat de participacions socials de la societat i aquest control, el qual s'articularà a través de la Junta General de socis, o bé, dels seus representants al Consell d'Administració de la societat, s'estableix que les actuacions del mitjà propi, SUMAR, amb tercers han de tenir caràcter marginal i s'estableix en un màxim del 20% del seu gir o facturació bruta anual, d'acord amb l'article 12 de la Directiva 2014/24/UE i, entre d'altres aspectes, s'expressa que en el capital de SUMAR no podrà participar-hi cap tipus de soci privat.

A més, dels antecedents i documentació de l'expedient queda palès que l'Ajuntament va procedir a l'adquisició, amb caràcter previ a l'encàrrec, de cinc participacions en el capital social de l'empresa, la qual cosa, amb independència del percentatge que aquestes participacions suposen sobre el capital social, li va comportar passar a integrar-se com a soci de l'entitat i també nomenar representant en la junta general de socis i en el consell d'administració. Per tant, en relació amb el requisit establert per l'article 32.4.a) de la LCSP, referit al control anàleg que els poders adjudicadors respecte dels quals té la condició de mitja propi han d'ostentar, de manera conjunta, no s'aprecia l'incompliment al·legat.

Respecte al compliment del requisit previst en l'apartat b) del mateix article 32.4, consistent que l'empresa realitzi més del 80% de les seves activitats es duguin a terme en exercici dels encàrrecs que li han estat confiats pels poders adjudicadors que la controlen o per altres persones jurídiques controlades pels mateixos, el Tribunal va observar que, en la memòria relativa al canvi de forma de gestió del SAD consten els percentatges de cada xifra de facturació de l'entitat dels darrers tres anys, essent un 90% d'aquesta el que ha tingut com a finalitat donar compliment a les encomanes realitzades per ens públics.

Quant a la verificació d'aquest requisit en la memòria integrant dels comptes anuals, el Tribunal indica que, de conformitat amb el principi de congruència, no entra a analitzar la correcció de les imputacions efectuades als efectes del còmput del percentatge. Finalment respecte a la manca d'indicació de la concurrència del requisit en la memòria dels comptes anuals, el Tribunal assenyala que difícilment s'ha pogut donar compliment a aquesta norma amb caràcter retroactiu en el anys anteriors a l'entrada en vigor de la LCSP, perquè, certament, aquest requeriment d'acreditació no es deduïa de l'anterior legislació ni tampoc del tenor literal de l'article 12 de la Directiva 2014/24/UE.

Quant a la segona qüestió controvertida relativa a l'acreditació d'una millor rendibilitat o eficiència del servei, en la línia fixada en la Resolució 245/2019, aquest Tribunal posa en relleu que, més enllà de dilucidar sobre l'abast de l'aplicació de la previsió de l'article 86.2 de la LRJSP relativa al requisit que, o bé l'opció de l'encàrrec al mitjà propi sigui més eficient que la contractació pública i resulti sostenible i eficaç, aplicant criteris de rendibilitat econòmica, o bé resulti necessari per raons de seguretat pública o d'urgència, la motivació i justificació de l'encàrrec es configura com la més elemental eina de garantia de bon govern i bona administració, especialment vinculada al compliment del principi d'eficiència en l'assignació i utilització dels recursos públics en el sentit ja exposat per aquest Tribunal en la Resolució 245/2019. El Tribunal afirma que, tot partint de l'àmplia llibertat i discrecionalitat per a l'adopció de la forma de gestió del servei que disposen

els poders públics, aquesta capacitat d'elecció de la forma de gestió no els exigeix de justificar el recurs a la fórmula que sigui –gestió directa o indirecta- en termes, si més no, d'eficiència i eficàcia. La pròpia legislació de contractes exigeix, amb caràcter general, la necessitat de justificar degudament l'adequació de l'objecte contractual a les necessitats a satisfer, així com de justificar la configuració dels elements essencials del disseny de la contractació (articles 22 i concordants del TRLCSP i 28 i concordants de la LCSP), i porta a col·lació jurisprudència i un informe de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) sobre els mitjans propis i les encomanes de gestió.

De tot l'analitzat, i del conjunt de la documentació que conforma els dos expedients administratius vinculats a l'acte objecte de recurs, el Tribunal arriba a la conclusió que aporten la justificació i la motivació suficient en relació amb la decisió d'efectuar l'encàrrec a l'empresa, i per tant, considera complimentada degudament la motivació de l'acte i procedir a realitzar la funció revisora que correspon al Tribunal.

- **RETROACCIÓ D'ACTUACIONS PER A LA NOVA VALORACIÓ DE LES OFERTES:**
  - **IMPOSSIBILITAT DE RETROACCIÓ DEL PROCEDIMENT PER TORNAR A REALITZAR LA VALORACIÓ DE LES OFERTES SEGONS ELS CRITERIS DEPENDENTS D'UN JUDICI DE VALOR, QUAN JA S'HAN OBERT LES OFERTES ECONÒMIQUES I LA RESTA D'ASPECTES DE VALORACIÓ AUTOMÀTICA DE LES PROPOSICIONS. NUL·LITAT DEL PROCEDIMENT.**

#### **Resolució 182/2017**

En aquesta Resolució s'analitza, entre altres qüestions, l'exclusió d'una empresa de la licitació per no haver assolit la seva oferta, en la valoració dependent d'un judici de valor, la puntuació mínima establerta per continuar en el procediment de contractació.

Arran l'anàlisi dels motius, resulta acreditat que la valoració de les ofertes pels esmentats criteris no es va realitzar amb subjecció a les previsions dels plecs i amb la deguda motivació, motius pels quals caldria retrotraure les actuacions al moment de la referida valoració, per tal de realitzar-la degudament.

No obstant això, en el cas examinat no és possible l'esmentada retroacció per a una nova valoració perquè, a més de resultar empíricament impossible –es tractava de la valoració d'unes mostres d'aliments cuinats-, vulneraria el procediment legalment establert i viciaria de nul·litat radical el nou procediment, perquè ja es coneixen les ofertes econòmiques i la resta d'aspectes de valoració automàtica de les proposicions.

La nova valoració subjecta a judicis de valor no tindria les degudes garanties d'imparcialitat i objectivitat ni quedaria respectat el secret de les proposicions, ja que la valoració de les ofertes segons els criteris que depenen d'un judici de valor s'ha



d'efectuar amb caràcter previ al coneixement i la valoració de les ofertes econòmiques i altres aspectes de valoració automàtica.

El procediment concatenat d'obertura i valoració de les proposicions (primer quant als aspectes d'apreciació subjectiva i posteriorment quant a les ofertes econòmiques i la resta d'aspectes de valoració automàtica) respon a la necessitat de garantir el secret d'aquestes que exigeix l'article 145.2 del TRLCSP i el tracte igualitari i no discriminatori en la valoració de totes les empreses licitadores que imposen els articles 1 i 139 del TRLCSP, així com la imparcialitat en les valoracions tècniques i vetllar perquè els judicis de valor que s'emetin no es vegin influenciats pel coneixement previ o simultani de l'oferta econòmica i la resta dels aspectes de valoració automàtica.

Totes aquestes premisses quedarien vulnerades en aquest cas si es retrotrauen les actuacions per a una nova valoració de les mostres dels productes, i davant aquesta tessitura, la doctrina conclou que l'estimació del recurs ha de comportar, no només l'anul·lació de l'acord impugnat, sinó també la de tot el procediment de licitació, per garantir la legalitat del procediment de contractació en les regles i principis jurídics exposats.

- **PROCEDIMENT NEGOCIAT:**
  - **LA NEGOCIACIÓ COM A ELEMENT CARACTERÍSTIC EN EL PROCEDIMENT NEGOCIAT.**

### **Resolució 32/2018**

En aquesta Resolució, el Tribunal acumula la resolució d'un recurs contra l'adjudicació d'un procediment obert d'un contracte de subministrament de matèries primeres destinades a l'elaboració de menús, i la d'un recurs contra el plec d'un procediment negociat per imperiosa urgència per proveir aquella matèria primera.

La desestimació dels motius del recurs contra l'adjudicació del procediment obert porta el Tribunal a analitzar la impugnació dels plecs del procediment negociat, tramitat pel motiu d'imperiosa urgència previst a l'article 170 e) del TRLCSP, arran la necessitat de l'entitat contractant de proveir-se de la matèria primera licitada durant la suspensió de l'adjudicació del contracte tramitat per procediment obert.

El supòsit taxat que preveu l'article 170 e) del TRLCSP és el següent:

*"e) Quan una imperiosa urgència, resultant d'esdeveniments imprevisibles per a l'òrgan de contractació i no imputables a aquest, demani una execució ràpida del contracte que no es pugui aconseguir mitjançant l'aplicació de la tramitació d'urgència regulada a l'article 112."*

En la Resolució s'analitza el fet que el quadre de característiques del contracte del procediment negociat exclou expressament la negociació dels termes del contracte sobre la base de l'article 29.4 de la Directiva 2014/24/UE, i ho fa en aquest sentit:

*“**Negociació:** Una vegada rebudes les ofertes, i a l’empara de l’article 29.4 de la Directiva 2014/24/UE, **no es realitzarà negociació amb les empreses**, per la qual cosa les seves ofertes presentades es consideraran definitives.*

**Aspectes susceptibles de negociació:** No procedeix.”

L’article 29.4 de la Directiva 2014/24/UE, d’efecte directe i aplicació al cas analitzat, estableix el següent:

*“Los poderes adjudicadores podrán adjudicar contratos sobre la base de las ofertas iniciales sin negociación cuando hayan indicado en el anuncio de licitación o en la invitación a confirmar el interés que se reservan dicha posibilidad.”*

Sobre el procediment negociat el Tribunal recorda que en el procediment de contractació negociat, de caràcter extraordinari, ja sigui amb publicitat o sense publicitat, la negociació n’és l’element definidor i consubstancial.

L’exclusió de la negociació en aquest procediment contradiu de pla la pròpia essència del procediment negociat. En aquest sentit, s’indica que no es pot confondre el terme "reservar-se" la negociació amb "excloure" de pla la negociació amb les empreses, com succeeix en el cas examinat.

Altrament, s’està alterant l’element característic d’aquest procediment, que és la negociació dels termes del contracte amb les empreses, i convertint el procediment que s’ha impugnat en una mena de procediment obert, quant a la manca de negociació de les proposicions, sense el compliment dels més elementals principis de publicitat i concurrència que proclama l’article 1 del TRLCSP i sense emparament legal en cap dels procediments establerts en el TRLCSP, la Directiva 2014/24/UE i a Catalunya, a més, el DL 3/2016.

Les regles de tramitació del procediment negociat que estableix el TRLCSP no poden interpretar-se en el sentit que el plec pugui no incloure aspectes a negociar, sinó que en el plec s’hi han d’incloure els aspectes que, arribat el cas, és a dir, si s’obre la fase de negociació, seran objecte d’aquesta, en la dinàmica que es desprèn de l’article 29.4 de la Directiva 2014/24/UE.

En el cas examinat es constata que l’òrgan de contractació ha realitzat un ús inadequat de la possibilitat de reserva de la negociació prevista en l’article 29.4 de la Directiva 2014/24/UE, que l’ha portat al disseny d’una adjudicació que prescindeix totalment i absolutament del procediment legalment establert en els articles 176 i 178 del TRLCSP i 67.2 l) del RGLCAP, així com els principis de publicitat i concurrència consagrats en l’article 1 del TRLCSP, i això és constitutiu d’un vici de nul·litat de ple dret segons l’article 32 a) del TRLCSP, en relació amb l’article 47.1 e) de la LPAC (en el mateix sentit, Resolució 40/2016).

Per aquest motiu, s’estima el recurs acumulat contra els plecs reguladors del procediment negociat impugnat.

- **ELEMENTS ESTRUCTURALS DEL CONTRACTE:**

- **PREU CERT EN ELS CONTRACTES DE SERVEIS ENERGÈTICS.**

**Resolució 40/2018**

En aquesta Resolució el Tribunal analitza la impugnació del preu d'un contracte de serveis energètics amb garantia d'estalvi, licitat en la modalitat de concessió de serveis, que no inclou el subministrament elèctric.

S'analitza si el preu del contracte és cert, ja que un dels elements que el componen es basa en el preu de l'energia i aquest depèn del preu que l'entitat contractant té amb l'empresa comercialitzadora del subministrament elèctric, motiu pel qual la part recurrent considera que resulta així fixat a decisió unilateral de l'entitat contractant.

Es parteix de la base normativa que l'article 87.1 del TRLCSP exigeix que en els contractes del sector públic la retribució del contractista ha de consistir en un preu cert, tenint en compte que l'apartat 4 d'aquest precepte introdueix la possibilitat d'establir que el preu sigui variable, i que l'article 1447 del Codi civil determina que *"Para que el precio se tenga por cierto bastará que lo sea con referencia a otra cosa cierta, o que se deje su señalamiento al arbitrio de persona determinada"*, i la prohibició general de l'article 1449 del CC quan estableix que *"El señalamiento del precio no podrá nunca dejarse al arbitrio de uno de los contratantes"*.

S'analitza també la jurisprudència del Tribunal Suprem aplicable al cas, de la qual s'extreu que el preu ha de ser cert en el sentit de determinat o determinable i que la certesa es refereix als elements que integren el preu del contracte i no a la totalitat del preu.

S'exposa també el criteri mantingut en la doctrina administrativa, que advoca per no confondre preu cert amb preu fix, màxim en contractes en què el preu es fixa mitjançant un percentatge sobre els estalvis que es generin, com en el cas dels contractes de serveis energètics.

Tota la normativa, jurisprudència i doctrina analitzades en la Resolució porten el Tribunal a concloure que la determinació del preu del contracte en funció dels estalvis energètics aconseguits constitueix un preu variable però determinable i, per tant, un preu cert.

No obsta a la certesa del preu del contracte el fet que estigui interrelacionat amb un altre contracte diferent, com es planteja en el cas examinat amb un dels components que determinaran la retribució del contractista, que ve estretament lligat al preu que resulti en cada moment del contracte de subministrament elèctric que liciti i adjudiqui l'entitat contractant amb empreses comercialitzadores d'energia.

En la resolució s'exposa quina és la composició del preu del subministrament elèctric (una part amb components regulats –terme de potència i accés a la xarxa- i una altra part amb components sí disponibles i susceptibles de licitació –terme d'energia, que inclou el preu de l'energia en el mercat majorista de l'energia i el marge comercial de l'empresa comercialitzadora-, que es desenvolupen al marge del que acaba pagant finament el consumidor, quan s'hi addiciona l'impost elèctric i l'impost sobre el valor afegit) i es considera que aquesta interrelació entre contractes no pot portar a afirmar que el preu de l'energia quedi a l'arbitri de l'entitat contractant,

entès aquest arbitri, d'acord amb la jurisprudència, com la pura i simple voluntat unilateral d'una de les parts contractants.

En definitiva, es constata que el preu del contracte del servei energètic objecte del recurs no consisteix únicament en el preu de l'energia -sinó que aquest només constitueix un dels components per a la seva determinació-, i ni tan sols el preu de l'energia depèn de la sola voluntat de l'entitat contractant en les licitacions i adjudicacions dels contractes de subministrament elèctric corresponents, per raó de la configuració pròpia del preu del subministrament energètic i la dinàmica dels factors que el determinen, en molts dels quals el consumidor, és a dir, en el nostre cas, l'entitat contractant, no hi pot intervenir.

Així les coses, la fixació en els plecs dels components del preu del contracte impugnat porta el Tribunal a concloure que s'està davant un contracte amb preu cert, tal com exigeix l'article 87.1 del TRLCSP, i que aquest no s'ha d'entendre com un preu fix, sinó determinable sobre la base d'aquells factors, en tant que la certesa no es predica de la totalitat del preu i les seves contingències, sinó dels components que formen el preu. I no obsta a aquesta certesa el fet que un dels factors retributius del contracte de serveis energètics interrelacioni aquest contracte amb el de subministrament elèctric que tingui l'entitat contractant, ni això constitueix una determinació del preu que quedi a l'arbitri de l'entitat contractant, atesa la regulació del sector elèctric.

- **CRITERIS D'ADJUDICACIÓ DEL CONTRACTE I FÓRMULES DE VALORACIÓ:**
  - **VICIS NO ESMENABLES EN LA CONFIGURACIÓ DELS PLECS D'ACORD AMB LES NECESSITATS DE LA CONTRACTACIÓ I EN ELS CRITERIS DE VALORACIÓ DE LES OFERTES, POSATS DE MANIFEST EN EL MOMENT DE LA VALORACIÓ. DESISTIMENT DEL PROCEDIMENT DE CONTRACTACIÓ.**

#### **Resolució 112/2017**

En aquesta Resolució, el Tribunal analitza si la resolució de desistiment del procediment de contractació ha estat degudament adoptada d'acord amb l'article 155 del TRLCSP.

En el cas examinat, queden acomplerts els requisits formals del desistiment en el sentit d'haver estat adoptat per l'òrgan de contractació i amb anterioritat a l'adjudicació del contracte (en concret, en el moment procedimental de l'anàlisi de la justificació econòmica de les empreses les ofertes de les quals havien estat identificades com a presumptament anormals o desproporcionades), de manera que es passa a analitzar si concorren els motius de fons del desistiment, és a dir, si aquest es troba fonamentat en una infracció no esmenable de les normes de preparació del contracte o reguladores del procediment de contractació.

En aquest àmbit, la doctrina s'ha decantat a considerar que no és suficient al·legar qualsevol il·legalitat o defecte de tramitació, sinó que les irregularitats han de ser

constitutives d'un vici de nul·litat de ple dret, que impedeixin continuar el procediment o que comportin una valoració de les ofertes contrària als principis rectors de la contractació pública, i que quedin degudament motivades.

Són nombroses les causes al·legades per l'òrgan de contractació per desistir del procediment i en algunes d'elles el Tribunal aprecia motius més propers a l'oportunitat de les mesures o criteris adoptats (que al llarg de la tramitació del procediment i el decurs de les actuacions han posat de manifest que no responien a l'esperit de la licitació i podien no haver estat adoptats *ab initio* o haver estat plantejats en un altre sentit), que no pas a la seva legalitat, en tant que no han impedit essencialment la concurrència d'empreses a la licitació formulant proposicions suposadament ajustades als requisits exigits en aquest procediment de contractació.

Ara bé, de totes les causes al·legades per l'òrgan de contractació, aquest Tribunal n'aprecia diverses que, clarament, esdevenen insuperables per a l'òrgan de contractació i les empreses licitadores, atesa la impossibilitat de dur a terme l'adjudicació sense afectar l'interès públic que es pretén cobrir amb el contracte i els principis bàsics de la contractació pública; perquè les empreses, amb les dades proporcionades a través dels plecs, desconeixien elements que són determinants per a l'elaboració correcta de les proposicions, o bé pel fet que la seva presentació a la licitació –i consegüent vinculació a les condicions definides en aquesta licitació ex article 145.1 del TRLCSP- no se'ls pot erigir en una condició d'haver d'estar i passar inexorablement per una licitació afectada per vicis de nul·litat que no permeten que les proposicions siguin tractades en igualtat de condicions.

D'entre els motius de desistiment al·legats per l'òrgan de contractació, els que aquest Tribunal aprecia clau per a la resolució del recurs pivoten al voltant de la inadequació del mètode de valoració de l'activitat a contractar, la incorrecta estimació del pressupost de licitació per assegurar l'efectiu compliment del contracte i els criteris de valoració de les ofertes dependents d'un judici de valor.

L'anàlisi acurat d'aquests motius i les al·legacions de totes les parts fan apreciar el Tribunal que l'expedient de contractació no va ser elaborat correctament, sense una planificació i anàlisi acurades de la demanda del servei que exigeix qualsevol contracte públic en general, i aquest contracte de servei de tacte successiu i continuat en particular.

No s'observa en els tràmits preparatoris del contracte, ni en els plecs que es van aprovar per regir-lo, una correcta delimitació de les necessitats a satisfer amb el contracte, de la idoneïtat del seu objecte ni l'estimació correcta del pressupost per assegurar l'efectiu compliment del contracte, d'acord amb els articles 22 i 87.1 del TRLCSP, com tampoc el respecte al principi de transparència que l'òrgan de contractació ha de vetllar en el procediment per imperatiu dels articles 1 i 139 del TRLCSP.

S'aprecia així que la inadequació del mètode de valoració de l'activitat a contractar i la incorrecta estimació del pressupost de licitació, en els termes en què s'han plantejat i argumentat per l'òrgan de contractació, constitueixen infraccions no

esmenables de les normes de preparació del contracte que justifiquen el desistiment del procediment de contractació.

Un altre defecte que va motivar el desistiment i el Tribunal aprecia clau per a la resolució del recurs recau en la formulació en els plecs dels criteris de valoració de les ofertes dependents d'un judici de valor.

De la lectura dels criteris controvertits s'observa que no s'està davant la definició pròpiament dita d'uns criteris de valoració de les ofertes, perquè venen mancats dels elements essencials del que ha de ser un criteri de valoració que serveixi per a guiar les empreses en la confecció de les ofertes i als òrgans de valoració en el judici de valor que han d'emetre per a la seva avaluació i determinar finalment quina serà l'oferta més avantatjosa: "què" és el que es valorarà; "què" és el que prevaldrà en la valoració de les propostes i les farà mereixedores d'una puntuació fins a la màxima indicada en el plec, i "com" es ponderaran i s'assignarà aquesta puntuació a cada oferta.

En una licitació pública, tant les empreses han de poder elaborar les ofertes en igualtat de condicions com l'òrgan de valoració no pot alterar ni reinterpretar els criteris definits en els plecs fins al punt de modificar-los, haver pogut influir en la confecció de les ofertes o tenir un efecte discriminatori, com tampoc no pot fixar *ex post* subcriteris ni regles de ponderació sense que s'hagin posat prèviament en coneixement dels licitadors.

Això és així tant per expressa indicació de l'article 150 del TRLCSP, com per exigències del degut respecte al principi d'igualtat de tracte dels licitadors en el decurs de tot el procediment de contractació i la correlativa obligació de transparència per part dels òrgans que hi intervenen.

No qualsevol irregularitat que afecta als criteris de valoració de les ofertes invalida la licitació, llevat que comportin una valoració contrària als principis de la contractació pública, com s'evidencia en aquest procediment. La incorrecta determinació dels criteris controvertits ha tingut el seu reflex en la valoració de les ofertes, que no permet aquest Tribunal revisar-la i apreciar-ne la legalitat. Són criteris susceptibles de fer qüestionar qualsevol avaluació de les ofertes que es faci, perquè no es troben correctament formulats i impedeixen fer una valoració de les ofertes i posterior adjudicació del contracte d'acord amb els principis bàsics d'igualtat de tracte, no-discriminació i transparència que proclamen els articles 1 i 139 del TRLCSP.

En conseqüència, el Tribunal també va apreciar en els esmentats criteris de valoració una infracció no esmenable de les normes de preparació del contracte que justificava el desistiment del procediment de contractació.

- **EXPERIÈNCIA DE L'EQUIP TÈCNIC RESPONSABLE COM A CRITERI DE VALORACIÓ DE LES OFERTES EN ELS CONTRACTES D'OBRA.**

**Resolucions 78/2018, 136/2018 i 248/2018**

En aquestes tres resolucions s'analitza, entre altres qüestions, la legalitat d'establir com a criteri d'adjudicació en els contractes d'obres l'experiència de l'equip tècnic responsable destinat a l'execució del contracte.

La Resolució realitza un repàs de l'evolució jurisprudencial i normativa, amb base en els articles 67.2 b) de la Directiva 2014/24/UE i l'article 145.2 2n de la LCSP, tendent a la possibilitat de definir i valorar l'experiència de l'equip tècnic de les empreses en seu dels criteris d'adjudicació dels contractes en general, entre ells els d'obres, encara que no s'estigui davant d'un contracte personalíssim o que inclogui prestacions de serveis de tipus intel·lectual, sempre i quan la qualitat del personal proposat pugui afectar de manera significativa a l'execució del contracte i aquesta circumstància quedi degudament palesa i motivada en l'expedient ex article 22 del TRLCSP.

El Tribunal incideix en el fet que la motivació inclosa en l'expedient no és un fi en si mateixa, no s'esgota amb la seva realització ni avala qualsevol clàusula, sinó que cal enjudiciar, cas per cas, a l'igual que les clàusules tipus, si els seus termes s'ajusten a la legalitat.

En la Resolució 136/2018, dictada en incident d'execució de la Resolució 78/2018, el Tribunal aprecia que la motivació d'aquest criteri de valoració resulta acomplerta i permet copsar el caràcter significatiu que pot reportar l'experiència a valorar en relació amb les característiques del contracte.

En canvi, la motivació del criteri en el cas analitzat en la Resolució 248/2018 no permet apreciar el compliment dels requisits legals i arribar al mateix convenciment, ja que la motivació és genèrica i no es troba vinculada a cap especificitat concreta de l'obra que es licita, com únicament s'afirma en l'informe de motivació.

En aquest darrer cas examinat, el Tribunal indica que el caràcter d'informe tipus que adopta l'informe de motivació no obsta que pugui servir per justificar el criteri d'adjudicació per a la licitació d'un contracte si, efectivament, d'ell es poden evidenciar clarament els requisits que assenyalen els articles 67.2 b) de la Directiva 2014/24/UE i, ja actualment, 145.2 2n) de la LCSP; en particular, que l'experiència del personal adscrit a l'execució del contracte pugui afectar de manera significativa la seva millor execució.

## **- LÍMITS DE SACIETAT O SATURACIÓ EN LES FÓRMULES DE VALORACIÓ DE LES OFERTES.**

### **Resolució 205/2018**

En aquesta resolució el Tribunal analitza el comportament de les fórmules de valoració de quatre dels cinc criteris econòmics definits en el PCAP impugnat. Concretament, si les fórmules de puntuació presenten un límit de sàcietat o saturació que desvirtua la ponderació formalment i nominalment atribuïda en el plec al conjunt d'aquests criteris (55 punts) i desplaça el pes determinant de l'adjudicació del contracte als criteris de valoració dependents d'un judici de valor (en aquesta licitació, ponderats fins a 45 punts), fins al punt de viciar el procediment de



contractació, en tant que aleshores la valoració de les ofertes pels criteris d'avaluació subjectiva no s'efectua per un comitè d'experts o organisme tècnic especialitzat, tal com determina la LCSP.

Els "límits de sàcietat o saturació" són aquells lílndars imposats pel disseny de les fórmules de valoració pels quals, a partir d'una determinada baixa econòmica, les diferents ofertes econòmiques, malgrat ser diferents, reben una mateixa puntuació. Amb aquest tipus de fórmules, a partir d'un determinat percentatge de baixa del pressupost de licitació, prèviament conegut, totes les ofertes reben la màxima puntuació, la qual cosa impedeix que les empreses licitadores presentin ofertes més competitives i les desincentiva, en tant que l'esforç econòmic no té recompensa.

En la Resolució s'efectua un recull de la doctrina emesa en relació amb les fórmules de valoració, les quals constitueixen un nucli de discussió reiterat a la pràctica de la contractació pública que cal analitzar en cada cas concret i ateses les circumstàncies que concorrin en cada supòsit.

Les directives comunitàries, el TRLCSP i la seva normativa de desplegament no contenen pròpiament cap indicació de la fórmula o fórmules que es poden emprar per a la valoració de les ofertes econòmiques. Els òrgans de contractació gaudeixen, així, d'un ampli marge discrecionalitat a l'hora de dissenyar els criteris de valoració de les ofertes i les fórmules per aplicar la puntuació, per tal d'assolir les necessitats i objectius de la contractació.

Ara bé, aquesta discrecionalitat no és absoluta, sinó que la decisió dels òrgans de contractació se subjecta als límits que han vingut definint la jurisprudència europea i la doctrina dels tribunals de recursos contractuals en cada cas concret, segons la qual, en síntesi, les fórmules de valoració econòmica han d'atorgar una puntuació proporcional a les ofertes i de manera que l'oferta més barata rebi la major puntuació i la més cara la menor puntuació, amb plena observança dels principis rectoris de la contractació pública i sense que puguin obviar ni defraudar el procediment legalment establert per a la valoració de les ofertes.

Les fórmules que produeixen sàcietat o saturació en la puntuació de les ofertes comporten un efecte homogeneïtzador de la puntuació que desvirtua la importància relativa assignada als criteris d'adjudicació afectats, la qual cosa atempta, no només contra els principis esmentats, sinó que potencien alhora el risc de produir l'efecte global que els criteris d'adjudicació avaluable mitjançant un judici de valor passin aleshores a adquirir una rellevància relativament major, fent-los decisius en l'adjudicació del contracte amb independència de la ponderació formal que tinguessin nominalment en el plec, la qual cosa vulnera aleshores, també, el procediment legalment establert en l'article 150.2 del TRLCSP.

Això és el que s'aprecia clarament en el cas examinat en aquesta Resolució amb la sola lectura de les fórmules de valoració impugnades, que produeixen l'esmentat efecte de sàcietat o saturació, ja que, en un determinat percentatge de baixa o oferta concreta, coneguts d'antuvi per totes les potencials empreses licitadores amb la sola lectura dels criteris (del plantejament dels quals es dedueix sense cap mena de dubte que serien: en el criteri 7, el 15% de baixa; en el criteri 8, 12.000 euros/any d'import extra; en el criteri 10, el 10% de baixa, i en el criteri 11 el 10% de baixa),



tallen la possibilitat d'obtenir una major puntuació si ofereixen una millor oferta econòmica, la qual cosa dissuadeix les empreses de ser competitives en el preu a oferir, atès que l'esforç econòmic no es traduirà en una major puntuació, i això alhora impedeix a l'òrgan de contractació seleccionar l'oferta econòmicament més avantatjosa sota el prisma d'una eficient assignació dels fons públics.

La saturació de la puntuació a què porta el sistema de puntuació dels quatre criteris qüestionats desvirtua totalment la ponderació relativa assignada en el plec, que esdevé neutra per a totes les ofertes i, en definitiva, enclou que en aquesta licitació els punts en disputa puguin arribar a ser els 45 punts assignats als criteris dependents d'un judici de valor, d'una banda, i, de l'altra, únicament els 10 punts assignats al criteri de valoració automàtica que no es veu afectat per les fórmules impugnades.

La ponderació automàtica així desvirtuada desplaça totalment el pes de la decisió de l'adjudicació del contracte als criteris que depenen d'un judici de valor, la qual cosa no resta impedida pel TRLCSP sempre i quan se segueixi aleshores el procediment legalment establert en l'article 150.2 del TRLCSP, que en el cas examinat el PCAP no respecta i porta a haver d'estimar el recurs i declarar la nul·litat de les fórmules que presenten el comportament analitzat.

## 7. DADES DE COMPLIMENT DE L'ARTICLE 57.4 DE LA LCSP

D'acord amb el règim del recurs especial de la LCSP, els òrgans de contractació han de posar en coneixement dels tribunals administratius de resolució de recursos contractuals les actuacions dutes a terme per donar compliment a les resolucions acordades per aquests, en els casos d'estimació total o parcial del recurs.

En compliment d'aquesta previsió formal, a partir de la data d'entrada en vigor de la LCSP i, exclusivament en relació amb els expedients de recurs als quals els és d'aplicació el nou règim de recurs especial d'acord amb l'establert en la disposició transitòria primera de la LCSP, el Tribunal inclou en les resolucions en sentit estimatori, total o parcial, una indicació per a l'òrgan de contractació referida al compliment d'aquesta obligació.

En aquest primer any d'aplicació, **el grau de compliment per part dels òrgans de contractació requerits pel Tribunal de l'obligació continguda en l'article 57.4 de la LCSP ha estat del 55,55%**, no havent rebut la informació corresponent en 15 ocasions sobre un total de 27 requeriments efectuats.

Es posa de manifest que, per tal de donar compliment a l'acord adoptat pels tribunals de recursos, degudament constituïts en reunió de coordinació, de conformitat amb la disposició addicional vint-i-tresena de la LCSP, en les memòries subsegüents es procedirà a identificar els ens que no donin compliment a la referida obligació formal d'informació.

## 8. ALTRES ACTIVITATS DEL TRIBUNAL

### 8.1. REUNIONS DE COORDINACIÓ DELS ÒRGANS I TRIBUNALS DE RECURSOS ESPECIALS DE CONTRACTACIÓ PÚBLICA

La disposició addicional vint-i-tresena de la LCSP preveu que els òrgans de recurs acordaran les fórmules de coordinació i de col·laboració més adequades per afavorir la coherència del seus pronunciaments i per a la unificació de la seva doctrina en relació amb les qüestions que siguin sotmeses al seu coneixement. Així mateix, es preveu que aquests òrgans puguin proposar els ajustaments normatius i les recomanacions que resultin pertinents per a un millor funcionament dels mecanismes de recurs previstos en la normativa sobre contractes públics.

D'acord amb aquestes previsions, l'any 2018 es va celebrar la primera reunió a la seu del *Tribunal de Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía*, justament coincidint amb l'entrada en vigor de la LCSP, a Sevilla el 9 de març, a la qual va assistir el TCCSP.

### 8.2. COMUNICACIONS A L'AUTORITAT CATALANA DE LA COMPETÈNCIA (ACCO)

L'article 132.3 de la LCSP disposa que els òrgans competents en la resolució del recurs, entre d'altres òrgans, notifiquin a la *Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia* (CNMC) o a les autoritats autonòmiques de competència qualsevol fets dels que tinguin coneixement en l'exercici de les seves funcions que puguin constituir infracció a la legislació de defensa de la competència, i, en particular, qualsevol indicatiu d'acord, decisió o recomanació col·lectiva o pràctica concertada o conscientment paral·lela entre els licitadors, que tingui per objecte, produeixi o pugui produir l'efecte d'impedir, restringir o falsejar la competència en el procés de contractació.

En compliment d'aquesta obligació, durant l'any 2018, el Tribunal va comunicar a l'ACCO els fets coneguts arran de la tramitació i resolució de **tres expedients**.

### 8.3. ACCIONS FORMATIVES

El Tribunal ha impartit formació, principalment, mitjançant la participació dels seus membres en les programacions formatives de l'Escola d'Administració Pública de Catalunya, de la Federació de Municipis de Catalunya i de l'Associació Catalana de Municipis i Comarques, amb diferents formats.

Així mateix, el Tribunal participa en els diferents fòrums i jornades sobre contractació pública en els quals pot donar a conèixer la seva funció i les seves tasques, així com els principals criteris adoptats en les seves resolucions.

## 9. REFLEXIONS FINALS I OBJECTIUS PER AL 2019

Les principals reflexions i els objectius més importants a assolir s'han enunciat o exposat en els punts anteriors de la memòria. Nogensmenys, convé reiterar que tots els objectius requereixen, com a requisit de base, el compliment de la preceptiva suficiència de mitjans del Tribunal per dur a terme la seva missió amb garanties i independència.

Efectivament, dintre de la significativa insuficiència estructural de mitjans humans i materials que ha vingut patint i pateix el Tribunal, té especial rellevància, en primer lloc, l'increment de la dotació de recursos humans per adequar-la a les càrregues de treball associades al nombre de recursos. Aquesta mesura implica, si més no, una formulació de la relació de llocs de treball del Tribunal d'acord amb la seva missió i amb els seus objectiu, dintre de l'esquema de governança de la contractació pública dissenyat per les directives de 2014. Més posicions i més adequades són condicions *sine qua non* a aquests efectes.

Així mateix, cal avançar en la implementació i progressiva consolidació del sistema de col·laboració amb l'advocacia de la Generalitat per disposar de recursos addicionals, si més no, en moments puntuals d'increment significatiu del nombre de recursos i, en tot cas, mentre el Tribunal no disposi de l'estructura adequada i necessària. Aquesta implementació requereix diferents tasques de formació, gestió, coordinació i seguiment per part del Tribunal i del Gabinet Jurídic de la Generalitat.

En definitiva, només amb una estructura organitzativa i funcional adequada i suficient pot assolir-se el principal objectiu del Tribunal, això és, garantir que el recurs especial en matèria de contractació funcioni com un instrument àgil i, sobretot, eficaç per evitar la mala praxis en la contractació pública i garantir l'absoluta neutralitat en la resolució dels recursos.

En segon lloc, l'altra fita indispensable pel Tribunal és, sens dubte, aconseguir implementar un tramitador d'expedients que permeti la gestió electrònica de tot el procediment del recurs i, en particular, que faciliti l'exclusivitat de la presentació electrònica del recurs, la integració amb els sistemes de comunicació i notificació electrònica i el seguiment i l'explotació de les dades de conflictivitat. Aquests objectius, més enllà d'estar vinculats al compliment de les previsions normatives, han de permetre la simplificació de les tasques de gestió procedimental i, per tant, l'agilització eficient de la tramitació del recurs.

Ultra això, en la línia de la professionalització i l'especialització dels compradors públics requerida des del dret comunitari de contractes, el Tribunal aprecia la necessitat de dur a terme accions formatives referides específicament al recurs especial i, en particular, a aspectes pràctics (tallers).

Per acabar, i en la línia de la reflexió a què porta l'anàlisi de l'activitat del Tribunal en el marc normatiu de la contractació pública a Europa, ha de ser un objectiu l'estudi de la reformulació de la configuració del Tribunal per garantir-ne l'autonomia operativa i funcional i, per tant, la seva independència.

