



## Observatorio de Contratación Pública

### INFORME ESPECIAL. SISTEMA DE CONTROL DE LA CONTRATACION PÚBLICA EN ESPAÑA.

*(CINCO AÑOS DE FUNCIONAMIENTO DEL RECURSO ESPECIAL EN LOS CONTRATOS PÚBLICOS. LA DOCTRINA FIJADA POR LOS ÓRGANOS DE RECURSOS CONTRACTUALES. ENSEÑANZAS Y PROPUESTAS DE MEJORA)*

JOSE MARIA GIMENO FELIU

Codirector Observatorio de Contratación Pública

Catedrático de Derecho Administrativo. Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza

Diciembre 2015

#### ENTIDADES FUNDADORAS Y FINANCIADORAS DEL OBSERVATORIO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA



#### APOYOS INSTITUCIONALES:



## CONTENIDO

---

I.- INTRODUCCIÓN: BALANCE DE UN MODELO DESDE LA PERSPECTIVA DE EFICIENCIA Y BUEN GOBIERNO. ....	3
II.- LA JUSTIFICACION DEL RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN. ....	10
III.- LA CREACIÓN DE UN ÓRGANO ADMINISTRATIVO INDEPENDIENTE PARA EL CONTROL. LA NOTA DE LA ESPECIALIZACIÓN E INDEPENDENCIA. ....	26
IV.- PRINCIPAL DOCTRINA DE LOS ÓRGANOS DE RECURSOS CONTRACTUALES, EN ESPECIAL DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PUBLICOS DE ARAGON (TACPA) .....	39
V.- LA VALORACIÓN DEL MODELO Y SU VALIDACIÓN: COMPLEMENTARIEDAD Y NO SOLAPAMIENTO .....	136
VI.- CONCLUSIONES Y PROPUESTAS.....	153

## I.- INTRODUCCIÓN: BALANCE DE UN MODELO DESDE LA PERSPECTIVA DE EFICIENCIA Y BUEN GOBIERNO.

### 1.- Aproximación al fundamento del control en la contratación pública

El proceso de transposición del nuevo paquete legislativo europeo sobre contratación pública en España, obliga a reflexionar sobre el modelo de control de los contratos públicos para validar, en su caso, las soluciones adoptadas o, por contar, proponer alternativas de revisión<sup>1</sup>.

La materia de los contratos público es de tal importancia económica y social que no puede “relajarse” el principio de control por mor de una mal entendida eficacia administrativa, pues, en todo caso, cualquier diseño de justicia administrativa encuentra su seña de identidad fundamental en el principio de tutela efectiva y, especialmente, de buena administración. El Informe Especial del Tribunal de Cuentas Europeo núm. 10 de 2015, relativo a la *Necesidad de intensificar los esfuerzos para resolver los problemas de contratación pública que afectan al gasto de la UE en el ámbito de la cohesión*, recuerda que la política de la Unión Europea en relación a la contratación pública constituye un pilar fundamental en relación a la consolidación del mercado interior y en torno a la consecución de una racionalización de los fondos públicos que garantice la sostenibilidad del sistema. En este entorno, el incumplimiento de las normas sobre contratación pública y la falta de un sistema de análisis de errores, para el consecuente atajo de los mismos, ha supuesto una fuente importante de desajustes que termina afectando a la transparencia, a la competencia y a la corrupción<sup>2</sup>.

Esta idea, además de la propia lógica del principio de eficiencia, conduce, de manera ineludible, a fijar un sistema de control previo rápido y efectivo como principal herramienta para gestionar de forma más eficiente los fondos públicos, de tal forma que se presenta como una oportunidad de inversión (y nunca un gasto, que deba

---

<sup>1</sup> Vid. J.A. MORENO MOLINA, “La cuarta generación de Directivas de la Unión Europea sobre contratos Públicos”, en libro colectivo Observatorio de los Contratos Públicos 2012, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 115 a 163; J.A. MORENO MOLINA, y P. DOMÍNGUEZ ALONSO, “El nuevo derecho de la Unión Europea sobre contratación pública”, en la obra colectiva La contratación pública a debate: presente y futuro, Civitas-Thomson, Cizur Menor, 2014, pp. 139-164; M.M. RAZQUIN, “Las nuevas Directivas sobre contratación pública de 2014: aspectos clave y propuestas para su transformación en España”, RAP núm. 196, 2015, pp. 97-13 y J.M. GIMENO FELIU, El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia. (El contrato público como herramienta del liderazgo institucional de los poderes públicos), Aranzadi, Cizur Menor, 2014. De especial interés, en tanto se apuntan las líneas estratégicas de la reforma, es el trabajo de A. RUIZ DE CASTAÑEDA y M.A. BERNAL BLAY, “La contratación pública y el Derecho comunitario. Cuestiones pendientes”, en libro col. Observatorio de los Contratos Públicos 2010, Civitas, Cizur Menor, 2011, pp. 23 a 42. Sobre los principios aplicables a esta materia, por todos, me remito al trabajo de J.A. MORENO MOLINA, “El sometimiento de todos los contratos públicos a los principios generales de contratación” en el Liber amicorum Tomás-Ramón Fernández, Thomson, Pamplona, 2012, págs. 3429 y ss. del tomo II.

<sup>2</sup> Me remito a mi estudio “La reforma comunitaria en materia de contratos públicos y su incidencia en la legislación española. Una visión desde la perspectiva de la integridad”, en libro colectivo Las Directivas de Contratación Pública, número monográfico especial Observatorio de los Contratos Públicos 2014, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 37-105.

ajustarse a reglas de “austeridad”) pues los datos acreditan las importantes ventajas económicas de un modelo de control eficaz, en tanto favorece la transparencia y la concurrencia y permite corregir las patologías e “inercias” administrativas. Así, en esta cuestión, como ya advirtiera el profesor BAÑO LEON<sup>3</sup>, postulados autocomplacientes que impiden ver la realidad efectiva y que lastra al sistema de contratación pública de tal manera que los principios comunitarios de libertad de circulación, mercado interior o igualdad de trato se presentan como una “ilusión óptica” que desaparecen cuando nos acercamos al concreto procedimiento<sup>4</sup>.

Conviene insistir en la “fuerza” de los principios europeos de la contratación pública, que han mutado la práctica nacional de la contratación pública y que tienen su fundamento en los Tratados, como bien recuerda el Considerando primero de la Directiva 24/2014. Lo ha explicado muy bien la el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en su resolución 121/2012, de 23 de mayo, en la que literalmente dice:

*“Como ya se ha expuesto en anteriores resoluciones de este Tribunal, el interés general o interés público ha sido durante décadas el principal elemento conformador de los principios que inspiraban la legislación de la contratación pública española. Sin embargo, la influencia del derecho de la Unión Europea ha producido un cambio radical en esta circunstancia, pasando a situar como centro en torno al cual gravitan los principios que inspiran dicha legislación, los de libre concurrencia, no discriminación y transparencia”.*

La experiencia de cinco años de funcionamiento del recurso especial en materia de contratación pública, implantado como necesaria respuesta al reiterado incumplimiento de los principios europeos de control determinados en la Directiva 89/665 (modificada por la Directiva 2007/66) y de acatar la decisión de la STJUE de 3 de abril de 2008 (Asunto C-444/86), publicada ya la Ley de Contratos del Sector Público (Ley 30/2007)<sup>5</sup>, aconseja un primer balance de su funcionamiento, de la principal doctrina adoptada y, por supuesto, de cuáles deben ser las líneas de mejora de su funcionamiento.

Sin duda, el modelo, como ha explicado J. SANTAMARIA PASTOR<sup>6</sup>, ha aportado un escenario distinto a lo que venía siendo la práctica habitual del control de

---

<sup>3</sup> J.M. BAÑO LEON “El contencioso precontractual: las insuficiencias de la tutela jurisdiccional”, en el libro col. Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, Civitas, Madrid, 2004, p. 337

<sup>4</sup> Sobre el significado es estos principios me remito a J.A. MORENO MOLINA Los principios generales de la contratación de las Administraciones Públicas, Bomarzo, Albacete, 2006.

<sup>5</sup> Sobre la insuficiencia de nuestro sistema de recursos, por todos, puede citarse a J. TORNOS MAS, “Los tribunales independientes para la resolución de los recursos administrativos en materia de contratos del sector público”, en *Derecho Administrativo y regulación económica*. Liber amicorum Gaspar Ariño ortiz, La Ley, 2011, pág. 806. De especial interés son los trabajos de J.A. RAZQUIN LIZARRAGA, “Nueva condena a España por incumplimiento de la directiva sobre recursos en materia de contratos públicos”, *Revista Aranzadi Unión Europea* núm. 4, 2008, pp. 5-8; y J. VÁZQUEZ MATILLA, Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 3 de abril de 2008: la vulneración de la Directiva sobre recursos y su incidencia en la normativa sobre contratación administrativa en Navarra”, *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 45, 2008, pp. 148-191.

<sup>6</sup> Lo explica de forma muy clara en su monografía *Los recursos especiales en materia de contratos del Sector Público*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, en especial, pp. 48-64.

los contratos públicos en España, que se fundamentaba más en la idea de autotutela de la Administración y la presunción de legalidad de sus decisiones, de tal forma que “primaba” siempre el interés público de continuar con un contrato frente a la opción de analizar las posibles irregularidades.

El sistema de recurso especial, ha permitido modular esta presunción de acierto administrativo en los contratos públicos y analizar –antes de la formalización del contrato- si esa decisión es conforme o no con la normativa vigente. El cambio sobre cómo controlar a la Administración es evidente. Y, por ello, como se defenderá, la necesidad de reforzar su arquitectura institucional, con la finalidad de implementar una nueva filosofía en la gestión del contrato, que se aleje de la premisa de que todo recurso es una carga burocrática que genera ineficiencia.

El recurso especial debe servir, en definitiva, para consolidar un nuevo modelo de gobernanza en contratación pública. Es conocido que la contratación pública no puede ser considerada como un fin en sí mismo –ni mera burocracia-, sino que debe ser visualizada como una potestad o herramienta jurídica al servicio de los poderes públicos para el cumplimiento efectivo de sus fines o sus políticas públicas<sup>7</sup>. La contratación pública es estrategia y por ello debe ser regulada desde la óptica de consecución efectiva y eficiente de la prestación demandada<sup>8</sup>. Debe ser un instrumento principal que asegure la gestión eficiente y libre de corrupción de los contratos públicos<sup>9</sup>.

---

<sup>7</sup> J.M., GIMENO FELIU, *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española*, Civitas, 2006, pp. 15-21 y “Nuevos escenarios de política de contratación pública en tiempos de crisis económica”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 9, 2010, pp. 50-55. También D. ORDOÑEZ SOLIS, *La Contratación pública en la Unión Europea*, Aranzadi, Pamplona, 2002, pp. 162-182, J.A. MORENO MOLINA, “Crisis económica y contratos públicos: el Real Decreto Ley 9/2008 por el que se crean un fondo estatal de inversión local y un fondo especial del Estado para la dinamización de la economía y del empleo”, *Revista Contratación Administrativa Práctica* núm. 83, 2009, pp. 37 y ss. y L. ORTEGA ALVAREZ, “El equilibrio entre los principios de interés público y el de libre competencia en la contratación pública local”, *Revista Electrónica CEMCI*, núm. 3 de 2009. Igualmente, en esta línea, pueden citarse a: E. MELERO ALONSO, “El contrato administrativo como instrumento para ejercer políticas públicas. Fomento del empleo estable y contratación con empresas de trabajo temporal”, *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid* núm.1, 1999, (artículo firmado junto a Maravillas ESPÍN SÁEZ), y J.A. BLAZQUEZ ROMÁN y P. RAMÍREZ HORTELANO, “Las cláusulas sociales en la contratación administrativa”, *Revista Contratación Administrativa Práctica* núm. 42, 2005, p. 39. Así lo entendido también la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón en su Informe 17/2008, de 21 de julio. Y es que, como bien advirtiera J. MESTRE DELGADO, se constata en la regulación de la contratación pública la existencia de un interés público por emplear mecanismos de refuerzo-o fomento- para forzar a los empresarios al cumplimiento de previsiones –no necesariamente previstas con el carácter de imposiciones coactivas- contempladas en normativas sectoriales, “Contratos públicos y políticas de protección social y medioambiental”, *REALA* núm. 291, 2003, p. 707.

<sup>8</sup> Sobre este aspecto me remito a mi monografía *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia. (El contrato público como herramienta del liderazgo institucional de los poderes públicos)*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014. Resulta también de interés el libro coordinado por J. Pernas, *Contratación Pública Estratégica*, Aranzadi, 2014.

<sup>9</sup> Los recientes casos de corrupción en España, generalmente vinculados a la contratación pública aconsejan esta visión. Fenómeno de la corrupción que no es algo nuevo ni ajeno a la práctica administrativa y política en España, si bien su dimensión cualitativa está erosionado el sistema institucional público, lo que exige medidas contundentes de regeneración democrática que hagan del principio de integridad uno de los factores o claves del liderazgo institucional.

## 2.- El control de la contratación pública más allá del principio de legalidad. La eficiencia y buen gobierno como nuevos parámetros.

En la gestión de la contratación pública no basta con realizar una tramitación que sea conforme al principio de legalidad. Además, es necesario que se respete, junto al principio de estabilidad presupuestaria, el principio de eficiencia<sup>10</sup>. Así lo exige de forma expresa el artículo 1 TRLCSP. Este principio de eficiencia, distinto y complementario del principio de eficacia, presenta en la actualidad unas notas que lo convierten en uno de los principales “actores” en el escenario de la actuación y control de los poderes públicos y que aparece claramente vinculado con el derecho fundamental de buena administración (del que es requisito previo), aplicable a cualquier decisión de gestión administrativa (entendida esta en sentido amplio)<sup>11</sup>. Así, la vertiente económica de la decisión administrativa cobra realce jurídico, pudiendo ser parámetro de control<sup>12</sup>.

Se trata éste de un principio de alcance y fundamento constitucional –artículo

---

Muy sugerente sobre esta cuestión son los trabajos de A. SABAN GODOY, El marco jurídico de la corrupción, Cuadernos Civitas, Madrid, 1991; M. SÁNCHEZ MORÓN, “La corrupción y los problemas de control de las Administraciones”, en Laporta, F.J. y Álvarez, S. (eds.) La corrupción política, Alianza Editorial, Madrid, 1997; y libro colectivo La corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar, Ratio Legis, Salamanca, 2004. Como obra de referencia sobre esta cuestión debe recordarse el excelente libro del profesor A. NIETO, Corrupción en la España democrática, Ariel, Barcelona, 1997. Más recientes, Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, Corrupción, ética y moral en las Administraciones públicas, Civitas, Cizur Menor, 2014 (2ª ed) y E. Jiménez Franco, “Administración pública y corrupción: iniciativas legislativas de lege ferenda para una nueva cultura de integridad”, en libro colectivo El nuevo derecho administrativo (libro homenaje al prof. Dr. Enrique Rivero Ysern ) 2011, págs. 199-225. También el estudio de M. CACIAGLI (Clientelismo, corrupción y criminalidad organizada, CEC, Madrid, 1996), que señala como un aspecto que “fomenta” la corrupción la debilidad de la regla de la moralidad pública, que debe ser un componente del control, pues no solo hay transgresión jurídica por en incumplimiento formal de normas jurídicas (pp. 67 y ss). Es necesaria, por santo, una visión de la contratación pública desde la perspectiva del principio de integridad ( J.M. GIMENO FELIU, “La reforma comunitaria en materia de contratos públicos y su incidencia en la legislación española. Una visión desde la perspectiva de la integridad”, en libro colectivo Las Directivas de Contratación Pública, número monográfico especial Observatorio de los Contratos Públicos, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 37-105).

<sup>10</sup> Sobre este principio, vid. J. M. GIMENO FELIU, «El principio de eficiencia», en Los principios jurídicos del Derecho administrativo, dir. J. A. SANTAMARÍA PASTOR, La Ley, Madrid, 2011, pp. 1255 y ss.; M. VAQUER CABALLERÍA, «El criterio de la eficiencia en el Derecho administrativo», Revista de Administración Pública, 186, 2011, pp. 91 y ss.

<sup>11</sup>J. PONCE SOLE, *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido. Las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad*, Lex Nova, Valladolid, 2001, p. 480. Este derecho fundamental a una buena administración se recoge también en la Ley Orgánica 1/2008, de 31 de julio, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en la capital portuguesa el 13 de diciembre de 2007 (artículo 41). Vid. J. TORNOS MAS, “El principio de buena administración o el intento de dotar de alma a la Administración pública”, libro Homenaje al profesor L. Martín-Retortillo, Ed. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2008, pp. 629 a 641.

<sup>12</sup> Este principio en derecho permite adoptar decisiones jurídicas más racionales. Economía y decisión jurídica forman así un todo que debe ser en su conjunto racional. Sobre al conveniencia detener en cuenta aportaciones económicas por juristas CASALMIGLIA, A., “Justicia, eficiencia y optimización de la legislación, DA 218-19, 1989, pp. 117 y sobre la valoración de la eficiencia en el llamado pensamiento análisis económico del Derecho puede consultarse el interesante resumen de PONCE J., *Deber...*, ob.cit., pp. 474-478

31.2 CE (incorporado desde la ciencia económica<sup>13</sup>) al declarar que “*El gasto público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos y su programación y ejecución responderán a los criterios de eficiencia y economía*”- y que ha figurado en toda la normativa presupuestaria<sup>14</sup>. Así, a título de ejemplo conviene citar la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera:

*“Artículo 7. Principio de eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos.*

*1. Las políticas de gasto público deberán encuadrarse en un marco de planificación plurianual y de programación y presupuestación, atendiendo a la situación económica, a los objetivos de política económica y al cumplimiento de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera.*

*2. La gestión de los recursos públicos estará orientada por la eficacia, la eficiencia, la economía y la calidad, a cuyo fin se aplicarán políticas de racionalización del gasto y de mejora de la gestión del sector público.”*

Este principio tiene aquí por función intrínseca determinar cuándo un gasto es no sólo eficaz sino eficiente desde una perspectiva de rentabilidad, lo que condiciona las opciones de gestión administrativa y que permite su fiscalización tanto por los órganos de control internos como por la jurisdicción competente<sup>15</sup>. Es ese, por lo demás, uno de los parámetros de control de los Tribunales de Cuentas. Y sería de especial interés “incentivar” la aplicación del procedimiento de responsabilidad contable regulado en la LO 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas, para los casos de daños al erario público por una “mala práctica” de la normativa de contratación pública (incluida la contable y presupuestaria)<sup>16</sup>.

En todo caso, es importante insistir en la idea de que el principio de eficiencia debe ser visualizado no desde una monolítica perspectiva económica (o estrictamente presupuestaria) sino que deberá valorarse atendiendo a su conexión ineludible con el cumplimiento efectivo de sus fines o sus políticas públicas. Es decir, el principio de eficiencia se debe articular atendiendo a objetivos sociales, ambientales o de investigación, en la convicción de que los mismos comportan una adecuada

---

<sup>13</sup> L.PAREJO ALFONSO, *Eficacia...*, p. 93. Lo que significaría – como indica con carácter general M. ARAGON- que son de aplicación preferente frente a cualquier norma que los contradiga. *Constitución y democracia*, Tecnos, 1989, p. 82.

<sup>14</sup> Lo que implica la utilización de técnicas de gestión que aseguren la máxima racionalidad y rentabilidad en el empleo de los recursos públicos. Por todos, GONZÁLEZ-PÁRAMO MARTÍNEZ-MURILLO, “Disciplina presupuestaria, estabilidad macroeconómica y eficiencia de las finanzas públicas”, *Papeles de economía española*, núm.100, 2, 2004 , pp. 17-31.

<sup>15</sup> A partir de la exigencia constitucional de que el gasto público realice una asignación equitativa de los recursos públicos y de que su programación y ejecución responda a los principios de eficiencia y economía, los procesos jurídicos mediante los que se adoptan, ejecutan y controlan las decisiones relativas a la utilización de los recursos económicos del Estado, procesos que se articulan en torno a una institución básica: el presupuesto.

<sup>16</sup> Vid. C. CUBILLO RODRÍGUEZ, “Las responsabilidades jurídicas derivadas de la contratación del sector público”, en libro col. *La contratación en el sector público tras la Ley 30/2007*, de 30 de octubre, Comares, Granada, 2009, pp. 634-638.

<sup>16</sup> J. PONCE, *Deber...*, ob. Cit., p. 479.

comprensión de cómo deben canalizarse los fondos públicos<sup>17</sup>.

El principio de eficiencia en la política de contratación pública obliga a que se acompañe de un principio de transparencia –instrumental- con el fin de generar efectiva concurrencia en tanto así, mediante economías de escalas, obtener prestaciones a mejor precio. Publicidad que debe generar competencia o concurrencia empresarial, como acaba de recordar la STJUE de 15 de octubre de 2009, (*Acosef SPA*) al afirmar que los principios de igualdad de trato y de no discriminación por razón de la nacionalidad implican en particular una obligación de transparencia, que permite que la autoridad pública concedente se asegure de que tales principios son respetados. La obligación de transparencia que recae sobre dicha autoridad consiste en garantizar, en beneficio de todo licitador potencial, una publicidad adecuada que permita abrir a la competencia la concesión de servicios y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación (véase en particular la STJUE de 6 de abril de 2006, ANAV apartado 21)<sup>18</sup>. Especial interés tiene sobre esta cuestión la STJUE de 16 de septiembre de 2013 (Comisión contra Reino de España), que incide en la importancia de una efectiva transparencia y su relación directa con el principio de igualdad de trato<sup>19</sup>.

Este principio de eficiencia, sin alterar las reglas de eficacia, es el parámetro que debe orientar toda licitación pública, máxime en un sector de tal repercusión económica y social como es el sanitario. Por lo demás, las necesidades de estabilidad presupuestaria y de contención del gasto obligan a repensar fórmulas o pautas de contratación con las que se venía funcionando con normalidad.

La realidad española revela que, pese a la existencia de mucha normativa (muy cambiante), la gestión de la contratación pública no resulta eficiente (no se optimiza la gestión de los recursos públicos). Así lo ha puesto de relieve la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ha publicado en febrero de 2015 un documento de análisis de la contratación pública en España<sup>20</sup>. En él reconoce una serie de fortalezas

---

<sup>17</sup> J. PONCE, *Deber...*, ob. Cit., p. 479.

<sup>18</sup> Una correcta y leal aplicación efectiva de los principios eficiencia y concurrencia, permiten ampliar el campo de actuación de empresarios y proveedores, lo que necesariamente deberá traducirse en una reducción de costes a través de los efectos de rendimiento de escala, y en un aumento de eficacia como consecuencia de la competencia; así como una mayor posibilidad de elección por parte de los poderes adjudicadores, con ahorro de dineros públicos y mejores satisfacciones desde el punto de vista de los ciudadanos

<sup>19</sup> Vid. J.M. GIMENO FELIU, "Transparencia activa e integridad: posibilidades y límites actuales en la legislación de contratos públicos", en libro colectivo *Observatorio de contratación pública 2013* (Dir.), Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 27-80; y P. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, "Connotaciones del principio de transparencia en la contratación pública", en el libro: *Por el Derecho y la libertad*, Vol. II, Libro homenaje al Profesor Juan Alfonso Santamaría Pastor, Iustel, Madrid, 2014, págs. 1901 a 1931.

<sup>20</sup> ["PRO/CNMC/001/15: Análisis de la Contratación Pública en España: Oportunidades de mejora desde el punto de vista de la Competencia"](#). Asimismo, el Informe del Tribunal de Cuentas núm. 935 (pp. 228 a 230) puso de relieve una serie de deficiencias o anomalías indicando que en algunos contratos no se motivaron adecuadamente la necesidad pública que los justificaba (p. ej., cuando se recurre a un contrato de consultoría, asistencia o servicios sin concretar las razones por las que no puede asumirse con medios propios) o bien el uso de criterios discriminatorios en los pliegos (p. ej., la necesidad de contar con experiencia o medios vinculados a una Comunidad Autónoma). También se advierte la falta de justificación para utilizar la tramitación de urgencia o de emergencia o el fraccionamiento de la cuantía del contrato usando el contrato menor, todo ello con la finalidad de eludir la publicidad y la

así como de oportunidades de actuación orientadas a la consecución de mayores niveles de transparencia y competencia y cifra en 47 000 millones de euros al “ineficiencia” del modelo de contratación pública en España. Una parte de esta ineficiencia encuentra su explicación en conductas patológicas, es decir, en corrupción<sup>21</sup>. Y otras en la aplicación burocrática de los procedimientos, con ausencia de reflexión práctica sobre sus consecuencias desde la perspectiva de la eficiencia de la decisión adoptada.

---

concurrencia. Por lo que respecta a los conflictos de intereses, se pone de manifiesto que dicho problema es especialmente relevante en el ámbito local, lo se dice genera unas ganancias privadas en detrimento de los intereses públicos (pág. 31). Igualmente se advierte se daba una “falta de justificación de la concurrencia de los supuestos legales que permiten la utilización de procedimientos negociados sin publicidad, que implican la exclusión de los contratos así adjudicados de los principios de publicidad y libre concurrencia, la mayor discrecionalidad en la selección de los adjudicatarios y en los que, además, no suelen obtenerse bajas apreciables, particularmente, cuando se invocó la existencia de una imperiosa urgencia o de un único empresario capacitado para la realización de las correspondientes prestaciones” (pág. 230). Finalmente, se constata hace referencia a los retrasos en la ejecución de los contratos, especialmente los de obras, la deficiente constancia de la conformidad tanto de los productos suministrados en bienes fungibles o material sanitario (contrato de suministro) como de los contratos de consultoría, asistencia o servicios. En este último caso, se pone de manifiesto la subida de los precios en función de las subidas salariales, lo que rompe con el principio de riesgo y ventura y la revisión de precios conforme a las fórmulas predeterminadas (p. 230). ([http://www.cnmc.es/Portals/0/Notas%20de%20prensa/201502\\_Informe\\_ContratacionPublica.pdf](http://www.cnmc.es/Portals/0/Notas%20de%20prensa/201502_Informe_ContratacionPublica.pdf))

<sup>21</sup> Sobre las consecuencias y soluciones en este contexto me remito a mi trabajo “La corrupción en la contratación pública. Propuestas para rearmar un modelo desde la perspectiva de la integridad”, en libro colectivo La corrupción en España. Ámbitos, causas y remedios jurídicos, de próxima publicación en INAP, Madrid, 2016. Resultan también de interés los trabajos de I. GALLEGO CORCOLES “La prevención de la corrupción en la contratación pública”, en la obra colectiva Prevención de la corrupción en las Administraciones públicas y partidos políticos, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2014, pp. 61-92 y T. MEDINA ARNAIZ, “Instrumentos jurídicos frente a la corrupción en la contratación pública: Perspectiva europea y su incidencia en la legislación española”, en la obra colectiva La contratación pública a debate: presente y futuro, Civitas, Cizur Menor, 2014, pp. 295-340. Desde la perspectiva del Derecho penal, puede consultarse V. MUSACCHIO, “Corrupción y adjudicaciones públicas en el ámbito europeo”, Revista General de Derecho Penal, núm. 19, mayo 2013. Desde la perspectiva del derecho comparado: S. WILLIAMS-ELEGBE, Fighting corruption in public procurement: A comparative analysis of disqualification measures, Hart Publishing, Oxford, 2012; y G. RACCA, C. YUKINS (eds), Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts. Balancing Corruption Concerns in Public Procurement Internationally, Bruylant, 2014.

## II.- LA JUSTIFICACION DEL RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN.

### 1.- El fundamento europeo de la regulación del control de la contratación pública.

El derecho europeo ha tenido especial preocupación por el control de los contratos públicos. Así, las 89/665 y 92/13 -modificadas por Directiva 2007/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de diciembre de 2007 -, han determinado un sistema propio de control en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos. Estas Directivas “procesales”, han sido una auténtica revolución jurídica<sup>22</sup>.

Las citadas Directivas obligan a los Estados a establecer un régimen especial de reclamaciones en materia de procedimiento contractual que permita a los interesados solicitar por un procedimiento ágil el control de aquellos actos de los poderes adjudicadores que se dicten durante el procedimiento administrativo de adjudicación de un contrato en tiempo útil para que las incidencias que puedan plantearse puedan tramitarse y resolverse antes de adoptarse la decisión de adjudicación<sup>23</sup>. Como afirma el quinto considerando de dicha Directiva 89/665 ya citada:

*“dada la brevedad de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos, los organismos competentes para entender de los recursos deberán estar habilitados, en particular, para adoptar medidas provisionales encaminadas a suspender tal procedimiento o la ejecución de decisiones que [la entidad adjudicadora] podría eventualmente adoptar» y que «la brevedad de los procedimientos requiere un tratamiento urgente de las infracciones anteriormente mencionadas”.*

Las Directivas de “recursos” arbitran una serie de procedimientos de control/impugnación que tienen por fin controlar y corregir posibles incumplimientos de la normativa comunitaria de contratación pública<sup>24</sup>. Su objetivo es, evidentemente, animar a la participación de las empresas europeas a licitar en los contratos públicos

---

<sup>22</sup> J.M. GIMENO FELIU, El control de la contratación pública, Civitas, Madrid, 1995; ÍDEM, La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española. La necesaria adopción de una nueva Ley de Contratos públicos y propuesta de reforma. Thomson-Civitas, Madrid, 2006. Interesa el trabajo de NOGUERA DE LA MUELA, “La Directiva recursos y sus consecuencias prácticas”, obra colectiva (dir. J. M. Gimeno) del Grupo Investigación del CGPJ de 2015, Contratación administrativa, con especial incidencia del derecho europeo.

<sup>23</sup> Sobre el contenido de los distintos mecanismos de control previstos en estas Directivas así como los mecanismos de indemnización me remito a mi trabajo La nueva contratación pública..., ob. Cit., pp. 254-265. En realidad, como indica PIÑAR MAÑAS, se trata de dos instrumentos esenciales (recursos y actuación de la Comisión), y de provisión de al menos dos medidas (medidas provisionales e indemnización) para la efectividad de la primera. “El sistema de garantías para la efectiva implantación de la apertura de la contratación pública comunitaria”, en libro Homenaje al profesor González Pérez, Civitas, Madrid, 1993, p. 782. También el libro de ORDOÑEZ SOLIS *La contratación pública en la Unión Europea*, Aranzadi, Pamplona, 2002.

<sup>24</sup> El control establecido en esta Directiva, como destaca la STJUE de 18 de junio de 2002 (Hospital Ingenieure Krankenhaus Technik Planungs), se opone a que una normativa nacional limite el control de la legalidad de la cancelación de una licitación únicamente al examen del carácter arbitrario de tal decisión.

de obras y suministro<sup>25</sup>. El artículo 81 de la Directiva 2004/18 de 31 de marzo de 2004, insiste en la necesidad de incorporar un mecanismo de recurso rápido y eficaz, apuntando la posibilidad de que pueda sustanciarse en una agencia independiente.

Pero el objetivo de las mismas no es solamente ofrecer un marco de recursos a los licitadores<sup>26</sup>. La finalidad del recurso en contratación se debe contextualizar desde la óptica del artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que establece que toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela jurídica efectiva y a un juez imparcial. Por último, la mejora de la eficacia de los recursos nacionales, en particular los referentes a los contratos públicos celebrados ilegalmente por adjudicación directa, se inscribe igualmente en el marco de la política general de la Unión Europea contra la corrupción.

Así lo ha reconocido de forma expresa la STJUE de 6 de octubre de 2015, *Orizzonte Salute*, C- 61/14, que recuerda que la “*Directiva 89/665, de Recursos, debe interpretarse necesariamente a la luz de los derechos fundamentales recogidos en la citada Carta, en particular, el derecho a la tutela judicial efectiva, previsto en su artículo 47 (véase, en este sentido, la sentencia Ryneš, C-212/13, apartado 29)*. Este derecho fundamental es de aplicación al margen del importe del contrato, motivo por el que la regulación de contratos no cubiertos deberá ser equivalente. Así, la opción nacional que se adopte debe preservar el principio de equivalencia de sistemas de control asó como que la solución legal no haga imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión (principio de efectividad)<sup>27</sup>.

El sistema diseñado por las Directiva 89/665 y 2007/66, pretende que exista un recurso rápido y eficaz, que exige independencia en su diseño<sup>28</sup>. No tiene por qué ser

---

<sup>25</sup> Por todos, J.L. PIÑAR MAÑAS, “El sistema de garantías para la efectiva implantación de la apertura de la contratación pública comunitaria”, en libro homenaje al profesor González Pérez, Civitas, Madrid, 1993, pp. 781 y ss.; J. A. MORENO MOLINA, *Contratos públicos...*, ob. cit., págs. 199–265; B. NOGUERA DE LA MUELA, “El control de la contratación pública en el Derecho comunitario y en el ordenamiento jurídico–administrativo español”, en el libro col. *Contratación de las Administraciones Públicas: análisis práctico de la nueva normativa sobre contratación pública*, Atelier, Barcelona, 2004, págs. 95–130; y J.M. GIMENO FELIU, *Contratos públicos...*, ob. cit., págs. 187–217.

<sup>26</sup> Sobre ello, el excelente estudio de S. DIEZ SASTRE, *La tutela de los licitadores en la adjudicación de contratos públicos*, Madrid, Marcial Pons, 2012.

<sup>27</sup> Criterio interpretativo fijado en las sentencias TJUE de 6 de mayo de 2010, *Club Hotel Loutraki* y otros, C-145/08 y C-149/08, apartado 74, y de 12 de marzo de 2015, *eVigilo*, C-538/13, apartado 39.

<sup>28</sup> Téngase en cuenta que las disposiciones de la Directiva 89/665, destinadas a proteger a los licitadores frente a la arbitrariedad de la entidad adjudicadora, tienen como finalidad reforzar los mecanismos existentes para garantizar la aplicación efectiva de las normas de la Unión en materia de adjudicación de contratos públicos, en particular en una fase en la que las irregularidades aún puedan ser subsanadas (sentencia Comisión/Austria, apartado 20 y jurisprudencia citada). El TJUE ha manifestado en abundantísima y uniforme jurisprudencia que el principio de efectividad de la aplicación del derecho de la Unión y las eventuales dificultades en esa aplicación que pueden derivar de disposiciones procesales de un Estado miembro, deben considerarse atendiendo al lugar que ocupan dichas disposiciones nacionales en el conjunto del ordenamiento jurídico y sus peculiaridades (por ejemplo, apartado 35 de STJUE de 8 de julio de 2010, *Susanne Bulicke*. Igualmente apdo. 38, STJUE de 18 de enero de 2011, *Souzana Berkizi-Nikolakaki*). El fundamento del recurso especial exige, pues, una

un órgano judicial (aunque sí jurisdiccional, en la interpretación de la Unión Europea) y basta, como se reconoce en la STJUE de 4 de febrero de 1999, *Köllensperger* (apartado 29), que sea un órgano administrativo en donde actué en calidad de Presidente “una persona versada en cuestiones relacionadas con la adjudicación de los contratos públicos”<sup>29</sup>.

De estas Directivas –y de su concreta reforma- se deduce que debe existir un recurso rápido y eficaz en materia de contratación pública<sup>30</sup>. Un recurso específico y que impide la celebración del contrato –y, obviamente, el comienzo de su ejecución- hasta que se produce su resolución expresa<sup>31</sup>. Así lo había advertido ya la STJUE de 28 de octubre de 1999, *Alcatel*:

“(…) los Estados miembros están obligados a establecer, en todos los casos, independientemente de la posibilidad de obtener una indemnización por daños y perjuicios, un procedimiento de recurso que permita al demandante obtener, si concurren los correspondientes requisitos, la anulación de la decisión del órgano de contratación anterior a la celebración de contrato por la que resuelve con qué licitador en dicho

---

interpretación que facilite el control de las posibles ilegalidades, de tal manera que el plazo para interponer un recurso comenzará a correr en la fecha en que el demandante haya tenido o debiera haber tenido conocimiento de tal infracción (STJUE de 28 de enero de 2010, *Uniplex*, apartados 30 a 32).

<sup>29</sup> Debe advertirse, sin embargo, que la instancia administrativa no es ni obligatoria ni suficiente, sino que, por contra, esta Directiva parece considerar a la vía jurisdiccional (en el sentido dado por la jurisprudencia del TJUE, en el que se admiten los supuestos de arbitraje) como la única que verdaderamente garantiza a las empresas un tratamiento imparcial e independiente de los litigios y las presuntas infracciones. Sobre esta cuestión se ha pronunciado la STJUE de 4 de febrero de 1999, al afirmar que “los requisitos recogidos en el apartado 8 del artículo 2 de la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras, no se aplican a disposiciones como las que regulan la composición y el funcionamiento del *Tiroler Landesvergabeamt* (organismo de control) al no darse la nota de independencia. Según el Tribunal, para apreciar si el organismo remitente posee el carácter de un órgano jurisdiccional en el sentido del Tratado, cuestión que pertenece únicamente al ámbito del Derecho comunitario, el Tribunal de Justicia tiene en cuenta un conjunto de elementos, como son el origen legal del órgano, su permanencia, el carácter obligatorio de su jurisdicción, el carácter contradictorio del procedimiento, la aplicación por parte del órgano de normas jurídicas, así como su independencia. Sentencia que recuerda la jurisprudencia anterior: las sentencias de 17 de septiembre de 1997, *Dorsch Consult*, apartado 23, y las sentencias de 30 de junio de 1966, *Vaassen-Göbbels*, de 11 de junio de 1987, *Pretore di Salò*, apartado 7; de 17 de octubre de 1989, *Danfoss*, apartados 7 y 8; de 27 de abril de 1994, *Almelo y otros*, , apartado 21, y de 19 de octubre de 1995, *Job Centre*, apartado 9). Esta jurisprudencia viene a validar el sistema de recurso especial implantado en España. Vid. M.A. BERNAL BLAY, “El sistema de tutela de la buena administración contractual: balance de su implantación y propuestas para un mejor aprovechamiento”, REDA núm. 160, 2013, pp. 190-213.

<sup>30</sup> El recurso debe ser efectivo atendiendo al momento procesal en que las infracciones de las disposiciones pueden corregirse. STJUE de 11 de agosto de 1995, *Comisión/Alemania*, apartado 23.

<sup>31</sup> No es posible, por tanto, residenciar la solución mediante la remisión al sistema general de justicia administrativa del país. Resulta necesario un sistema propio de recurso en materia de contratos. Criterio que ya sentó la STJUE de 26 de septiembre de 1998, *Tögel*

procedimiento celebrará el contrato”<sup>32</sup>.

Los Estados –como bien recuerda la STJUE de 11 de enero de 2005, *Stadt Halle*<sup>33</sup>,- deben diseñar un régimen específico de recursos rápidos y eficaces para fiscalizar la contratación pública, no siendo suficiente la aplicación de los recursos ordinarios que ese Estado tenga establecidos para el resto de la actividad administrativa<sup>34</sup>. Mecanismos que no serán correctos cuando hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario, tal y como se deriva del principio comunitario de efectividad<sup>35</sup>. Por ello, la STJUE de 4 de julio de 2013, *Fastweb*, indica que según el órgano encargado de conocer un recurso no deberá inadmistrarlo si se interpone por parte de otros licitadores que presentaran ofertas que no se ajusten a las especificaciones técnicas definidas en el pliego de condiciones.

El sistema de recursos está caracterizado por la posibilidad de que las decisiones recurridas puedan ser anuladas con el fin de corregir efectivamente la infracción cometida (STJUE de 28 de octubre de 1999, *Alcatel*, apartado 43 y STJUE de 4 de diciembre de 2003, *EVN AG*), caracterizándose este recurso por el necesario carácter suspensivo entre la adjudicación y la celebración (o perfección del contrato), tal y como se declara tanto en la STJUE de 24 de junio de 2004, *Comisión/Austria* y la STJUE de 3 de abril de 2008, de condena al Reino de España, por no cumplir nuestro ordenamiento con esta característica<sup>36</sup>. Y, en la lógica del sistema, los plazos deberán ser claros evitando incertidumbres al respecto (STJUE de 28 de enero de 2010, *Comisión/Irlanda*) sin que puedan verse “modulados” discrecionalmente por el ente contratante (STJUE de 28 de enero de 2010, *Uniplex*). Plazos que pueden tener carácter preclusivo siempre que sean suficientemente razonables y no limiten desproporcionadamente la acción del licitador (STJUE de 30 de septiembre, *Strabag* y otros, apartado 37). En todo caso, resulta de especial interés la doctrina fijada por la STJUE de 12 de marzo de 2015, *eVigilo Ltd* , (asunto C -538/13) al adv

Directivas comunitarias, sobre esta materia:

“... deben interpretarse en el sentido de que exigen que un derecho

<sup>32</sup> Y es que la Directiva “Recursos” impide la formalización del contrato en tanto se sustancia el recurso, tal y como se recuerda en la STJUE de 3 de abril de 2008, de condena al Reino de España al no prever un plazo obligatorio para que la entidad adjudicadora notifique la decisión de adjudicación de un contrato a todos los licitadores y al no prever un plazo de espera obligatorio entre la adjudicación de un contrato y su celebración. Debe existir, por tanto, un plazo suspensivo antes de que proceda la ejecución de la prestación recurrida (STJUE de 24 de junio de 2004, *Comisión Austria*, apartados 20 a 23).

<sup>33</sup> Asimismo, en la STJUE 12 de diciembre de 2002, *Universale-Bau* y otros, apartado 74, el Tribunal subraya que el objetivo de la directiva sobre recursos consiste en garantizar que las decisiones ilícitas de los poderes adjudicadores puedan ser recurridas de manera eficaz y lo más rápidamente posible.

<sup>34</sup> Las Directivas diseñan un régimen de control de “mínimos” correspondiendo a los Estados concretar la concreta arquitectura de control desde la óptica de los principios referidos: STJUE de 27 de febrero de 2003, *Santex*, ap. 47 y STJUE de 24 de junio de 2004, *Comisión Austria*. Especial interés tiene la monografía de S. DIEZ, *La tutela de los licitadores en la adjudicación de contratos públicos*, Marcial Pons, 2012, que analiza con detalle el régimen comunitario y su transposición en España

<sup>35</sup> Véanse, por analogía, las sentencias del TJUE de 20 de septiembre de 2001, *Banks*, apartado 121, y de 20 de septiembre de 2001, *Courage y Crehan*, apartado 29.

<sup>36</sup> Doctrina que se confirma en la STJUE de 11 de junio de 2009, *Comisión/Francia*, por no existir plazo de suspensión entre la notificación y la celebración del contrato.

de recurso relativo a la legalidad de la licitación sea accesible, tras el vencimiento del plazo previsto por el Derecho nacional, a un licitador razonablemente informado y normalmente diligente que no pudo comprender las condiciones de la licitación hasta el momento en que el poder adjudicador, tras haber evaluado las ofertas, informó exhaustivamente sobre los motivos de su decisión. Tal recurso podrá interponerse hasta que finalice el plazo de recurso contra la decisión de adjudicación del contrato.” (apartado 58).

En todo caso, la información que se facilite a los licitadores debe ser lo suficientemente completa como para permitir que se pueda interponer el recurso por disconformidad con la motivación de la decisión. No basta la comunicación a un candidato o licitador del rechazo de su candidatura u oferta, sino que es preciso informarle de los motivos de su exclusión para que pueda formarse una opinión bien fundada sobre la posible existencia de una infracción de las disposiciones aplicables y sobre la oportunidad de interponer un recurso, por lo que el plazo para interponer un recurso comenzará a correr en la fecha en que el demandante haya tenido o debiera haber tenido conocimiento de tal infracción (STJUE de 28 de enero de 2010, *Uniplex*, apartados 30 a 32). Obviamente, la comunicación a los licitadores sobre la adjudicación y su motivación, con la plena información a los licitadores de las razones la desestimación de su oferta, no puede producirse ya expirado el plazo de suspensión anterior a la firma del contrato (STJUE de 23 de diciembre de 2009, *Comisión/Irlanda*, apartado 32)<sup>37</sup>. El ámbito del recurso es “amplio”. La STJUE de 11 de enero de 2005, *Stadt Halle*, parte de la premisa de que la noción de decisión recurrible debe delimitarse a partir del tenor de las Disposiciones de la propia Directiva y, en particular en función del objetivo de tutela eficaz y rápida que persigue, para concluir que una interpretación restrictiva del concepto de Decisión recurrible sería incompatible con lo dispuesto en el art. 2.1.a) de la misma Directiva.

Obviamente, este recurso, de fundamento europeo, debe interpretarse conforme a la jurisprudencia del TJUE. Así, será también objeto de recurso la decisión de la entidad adjudicadora de cancelar la licitación para la adjudicación de un contrato público (STJUE de 18 de junio de 2002, *HI Hospital Ingenieure*) o el acto por el que la entidad adjudicadora descarta la oferta de un licitador antes incluso de proceder a la selección de la mejor oferta (STJUE de 19 de junio de 2003, *GAT*).

Este ámbito objetivo se ha ampliado también a cuestiones de ejecución contractual, como son los modificados<sup>38</sup>. Frente a la argumentación de aumento de carga burocrática y dificultades a la gestión, se opta por un control efectivo de todo el ciclo integral del contrato, en una nueva dimensión de lo que se entiende por el derecho a una buena administración<sup>39</sup>. No en vano una modificación ilegal es una

---

<sup>37</sup> Vid J.A RAZQUIN LIZARRAGA, “El sistema especial de recursos en la contratación pública tras la reforma de la Ley de Contratos del Sector público”, *Revista General Derecho Administrativo*, núm. 25, 2010, p. 7 del texto.

<sup>38</sup> Sobre la evolución y situación de la práctica de los modificados, resulta de interés la reciente monografía de J. VAZQUEZ MATILLA, *La modificación de los contratos públicos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015 y el estudio de I. GALLEGO CORCOLES, “La modificación de los contratos en la cuarta generación de Directivas sobre contratación pública” en libro colectivo *Las Directivas de Contratación Pública*, número monográfico especial *Observatorio de los Contratos Públicos 2014*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 107-167.

<sup>39</sup> Vid. las oportunas reflexiones al respecto en los trabajos de: J.M. GIMENO FELIU, “La

«nueva adjudicación» (STJUE de 19 junio 2008, *Presstext*, apdo 34)<sup>40</sup>, y por tanto, esa «nueva adjudicación» forma parte del objeto de recurso especial<sup>41</sup>. Y es que, en la práctica, ha sido en esta fase donde han proliferado los problemas de corrupción y redes clientelares, poniendo en entredicho el principio de integridad<sup>42</sup>. El concepto amplio de decisión se impone, optando, nuevamente, por criterios funcionales relacionados con la causa del contrato. Criterio admitido por STJUE de 8 de mayo de 2014, *Idrodinamica Spurgo Velox*, que analiza si existe o no derecho a un plazo de impugnación ante supuestos de modificaciones contractuales, en concreto, la modificación de la composición del grupo adjudicatario.

En definitiva, el recurso previsto en las Directivas “recursos” es posible respecto de cualquier acto, entendido como manifestación de voluntad, de una entidad adjudicadora, adoptado en relación con un contrato público comprendido en su ámbito de aplicación material y que pueda tener efectos jurídicos, sin que pueda supeditarse su interposición al hecho de que el procedimiento de contratación haya alcanzado formalmente una determinada fase<sup>43</sup>. En consecuencia, son impugnables todas las decisiones de los poderes adjudicadores sujetas al Derecho comunitario europeo sin ninguna restricción por lo que se refiere a su naturaleza y contenido decisiones (STJUE de 19 de junio de 2003, *GAT*), esto es, el recurso es susceptible en la medida en que una decisión de una entidad adjudicadora vulnera los derechos que confiere el Derecho comunitario en el marco de un procedimiento de adjudicación de un contrato público (STJUE de 23 de enero de 2003, *Makedoniko Metro y Michaniki*). En particular, además del acto de adjudicación, también se puede recurrir la cancelación de una licitación para la adjudicación del contrato con posterioridad a la presentación o apertura de las ofertas (SSTJUE de 18 de junio de 2002, *HI Hospital Ingenieure*, y de 2

---

modificación de los contratos: Límites y derecho aplicable”, en libro col. La contratación pública: problemas actuales, Consejo Consultivo de Madrid, 2013, pp. 83-140; I. GALLEGO CÓRCOLES «Novedades en la regulación del recurso especial en materia de contratación: la discutible exclusión de las modificaciones contractuales ex lege de su ámbito de aplicación», en Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas, Ed. La Ley, nº 113 (2011), p. También. M.A BERNAL BLAY, “Reflexiones sobre el régimen de ejecución de los contratos públicos”, en libro col. *Observatorio de los Contratos Públicos 2010*, Civitas, Cizur Menor, 2011, pp. 203-208.

<sup>40</sup> La STJUE de 15 de octubre de 2009, *Acoset*, insiste en esta idea recordando su apartado 62 que “toda modificación sustancial del contrato obligaría a proceder a una licitación”.

<sup>41</sup> Como bien ha recordado J.A. MORENO MOLINA, el concepto de decisión a efectos de recurso que se contempla en las Directivas es un concepto amplio que no distingue entre la función de su contenido o el momento de su adopción (La reforma de la Ley de Contratos del Sector Público en materia de recursos, La Ley, Madrid, 2011, 101). Hay que estar a una interpretación útil de los principios comunitarios y su implicación en cualquier decisión que tenga impacto sobre las reglas del contrato.

<sup>42</sup> Frente a la falta de conocimiento del modificado, que avoca ya en muchos casos a una cuestión de nulidad ex artículo 37 TRLCSP, la publicidad del mismo puede facilitar la interposición del recurso especial siempre que no se haya formalizado el contrato. De la finalidad del recurso para hacer frente a la corrupción basta recordar ahora la Comunicación de la Comisión de 28 de mayo de 2003, una política global de la UE contra la corrupción, COM (2003) 317 final (esta Comunicación hace balance de los progresos de la Unión Europea (UE) en la lucha contra la corrupción e indica las mejoras necesarias para darle un nuevo impulso. El objetivo es reducir toda clase de corrupción, a todos los niveles, en todos los países e instituciones de la UE e incluso en otras partes. El texto también pretende definir aquellos ámbitos en los que la UE podría adoptar adecuadamente iniciativas contra la corrupción.)

<sup>43</sup> Sobre la tutela restitutoria y resarcitoria de los licitadores es esencial el libro de S. DÍEZ SASTRE, *La tutela...*, ob.cit., págs. 69 y ss.

de junio de 2006, *Koppensteiner*), las decisiones adoptadas sin procedimiento formal – como sucede con convenios y encargos directos sin cumplir los requisitos (STJUE de 11 de enero de 2005, *Stadt Halle* y de 18 de enero de 2007, *Auroux*) los actos o resoluciones que excluyen una oferta antes de la selección de la mejor (STJUE de 19 de junio de 2003, *Hackermüller*). También los casos de ausencia de indicación en el anuncio relativo a un contrato de la cantidad o la extensión global de tal contrato (STJUE de 11 de octubre de 2007, *Lämmerzahl*) y en los que se incorporan cláusulas de licitación incompatible con la normativa comunitaria (STJUE de 18 de marzo de 2004, *Siemens y ARGE*).

## 2.- La opción española: un recurso administrativo especial

La opción legislativa española ha sido la de regular un recurso administrativo “ad hoc” cuya competencia se reside en un Tribunal administrativo independiente especializado<sup>44</sup> (a diferencia, por ejemplo, de la opción de Francia)<sup>45</sup>. Su regulación

---

<sup>44</sup> Opción defendida en anteriores trabajos míos (*El control de la contratación pública...*, cit. 91-105; *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española. La necesaria adopción de una nueva Ley de contratos públicos y propuestas de reforma*, Thomson-Civitas, Madrid, 2006, pp. 274-275; y *Novedades de la Ley de Contratos del Sector Público de 30 de octubre de 2007 en la regulación de la adjudicación de los contratos públicos*, Thomson Reuters, Cizur Menor, Navarra, 2010, pp. 349-356) y de la que también ha participado un cualificado sector doctrinal: TORNOS MAS, “Medios de resolución de conflictos en la contratación administrativa: agencias independientes, arbitraje y acción por inactividad, en libro col. *La contratación pública en el horizonte de la integración Europea*, INAP, Madrid, 2004, pp.77-82, ibídem, “Medios complementarios a la resolución jurisdiccional de los conflictos administrativos”, RAP núm. 136, 1995, pp. 161-169; y D. ORDÓÑEZ SOLÍS, *La contratación pública en la Unión Europea*, Aranzadi, Pamplona, 2002, pp. 281-282. Con carácter general, J. A. RAZQUIN LIZARRAGA, “Los tribunales administrativos”, en la obra colectiva *Alternativas no jurisdiccionales en la resolución de pretensiones de Derecho Público. VI Jornadas de estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía*, Junta de Andalucía y Ed. Civitas, Madrid, 2003, pp. 61-114.

<sup>45</sup> El Gobierno solicitó para la tramitación parlamentaria del Proyecto el procedimiento de urgencia, lo que no ha impedido que la reforma se apruebe muy tardíamente a la fecha que obligaba la Directiva 2007/66, principalmente porque el legislador español pensó que con la aprobación TRLCSP y su articulación del nuevo recurso administrativo especial en materia de contratación se trasponían adecuadamente las exigencias de las directivas de recursos (apartado IV.3 de la exposición de motivos TRLCSP). Sin embargo, no fue esa la opinión de la Comisión Europea, que en su dictamen motivado 260 2190/2002 como consecuencia del incumplimiento por el Gobierno español de la sentencia del TJUE de 3 de abril de 2008 argumentó que la LCSP no cumple las exigencias del Derecho comunitario de los contratos públicos en materia de recursos. Entre otros destacados aspectos, para la Comisión la LCSP no permite recurrir ante un órgano independiente del órgano de contratación pues el recurso especial ha de presentarse ante el mismo órgano de contratación o ante el organismo al que dicho órgano está adscrito. No se cuestiona por la Comisión la opción por un recurso administrativo previo de carácter obligatorio, ni tampoco se exige que la decisión de adjudicación haya de impugnarse ante un órgano jurisdiccional. Pero se considera que sólo un órgano independiente es capaz de garantizar una protección jurídica plena y eficaz frente a las decisiones de los órganos de contratación. Además, la Comisión considera que el recurso contra la adjudicación provisional en la LCSP no equivale al recurso contra la adjudicación misma del contrato y no permite a los licitadores excluidos enjuiciar la corrección de todas las actuaciones posteriores a dicha adjudicación provisional, por lo que considera que se trata de un recurso ineficaz. Vid J.A MORENO MOLINA, “La Ley 34/2010 y la adaptación en España del derecho de la unión europea en materia de recursos en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos”, *Revista General de Derecho Administrativo* 25 (2010).

vigente se encuentra en los artículos 40 a 49 del TRLCSP de 2011<sup>46</sup>. Este régimen de recursos y de organización del Tribunal administrativo Central ha sido objeto de desarrollo reglamentario mediante RD Decreto 814/2015 de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (entrada en vigor el 25 de octubre de 2015). Nos encontramos ante una disposición reglamentaria que constituye en su mayor parte normativa básica dictada al amparo del artículo 149.1.18ª de la Constitución (Disposición Final Primera), y en consecuencia de aplicación general a todas las administraciones públicas y poderes adjudicadores dependientes de ellas comprendidas en el artículo 3 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP)<sup>47</sup>.

El objeto del nuevo recurso tiene una doble vertiente. Así, por una lado, se mantiene su restricción a los contratos sujetos a regulación armonizada, incluidos los

---

<sup>46</sup> Vid. en la doctrina reciente J.A. RAZQUIN, “El sistema especial de recursos en la contratación pública tras la reforma de la Ley de Contratos del Sector Público”, Revista General Derecho Administrativo núm. 25, 2010; J. A. MORENO MOLINA, “La Ley 34/2010 y la adaptación en España del Derecho de la Unión Europea en materia de recursos en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos”, Revista General de Derecho Administrativo núm. 25, 2010 e I. GALLEGO CORCOLES, en la Addenda al libro col. Contratación del Sector Público Local, La Ley, 2ª ed. 2010, pp. XIX a LXX, S. DÍEZ SASTRE, La tutela de los licitadores en la adjudicación de contratos públicos, Marcial Pons, 2012, y de la misma autora “El recurso especial en materia de contratación pública”, Anuario de Derecho Municipal núm. 5, 2011, págs. 127-162; PULIDO QUECEDO, M., El nuevo Tribunal administrativo Central de Recursos Contractuales, Aranzadi, Cizur Menor, 2010, pp. 65 a 130; PALOMAR OLMEDO, A., El nuevo régimen de recursos en el ámbito de la contratación pública”, Revista Contratación Administrativa Práctica núm. 105, 2011, pp. 41-65. También J.M. GIMENO FELIÚ “El nuevo sistema de recursos en materia de contratos públicos”, libro col. Observatorio de Contratos Públicos 2010, Civitas, 2011, págs 211-258; J. TORNOS MAS, “Los tribunales independientes para la resolución de los recursos administrativos en materia de contratos del sector público”, en Derecho Administrativo y regulación económica. Liber amicorum Gaspar Ariño Ortiz, Madrid, La Ley, 2011, p. 806; B. NOGUERA DE LA MUELA, “La buena legislación en los contratos del sector público: una necesidad inaplazable”, en Montoro Chiner, M.J. Karl-Peter Sommermann (Dir.), Gute Rechtsetzung, Speyer Forschungsberichte, Speyer, 2015, págs. 57 a 86; S. DÍEZ SASTRE, “El recurso especial en materia de contratación pública”, Anuario de Derecho Municipal nº 5, 2011, pp. 127-162; E. MENÉNDEZ SEBASTIAN, “Virtualidad práctica del recurso especial en materia de contratación pública: una figura inacabada”, RAP núm.188, 2012, pp. 365 y ss.; J. DEL OLMO ALONSO, “El tribunal administrativo central de recursos contractuales: consideraciones sobre los requisitos de admisibilidad de los recursos”, Justicia Administrativa núm. 59, 2013, pp. 41 y ss.; M.A. BERNAL BLAY, “El sistema de tutela de la “buena administración contractual”: balance de su implantación y propuestas para un mejor aprovechamiento”, en REDA nº 160, 2013; J.M. CARTERA CUARTANGO, El procedimiento administrativo del recurso especial en materia de contratación, Madrid, Bosch, 2014. Sobre la “cuestión de nulidad”, resulta de gran interés el estudio de I. GALLEGO CÓRCOLES “Contratos públicos y régimen cualificado de invalidez: supuestos especiales y cuestión de nulidad”, en libro col. Observatorio de Contratos Públicos 2010, Civitas, 2011, págs 259-320.

<sup>47</sup> Por todos, además de la citada monografía de J. SANTAMARIA PASTOR (Los recursos especiales en materia de contratos del Sector Público, Aranzadi, Cizur Menor, 2015) me remito al trabajo de E. HERNAEZ SALGUERO, “El control de los contratos mediante recurso especial. características y principal doctrina, obra colectiva (dir. J. M. Gimeno) del Grupo Investigación del CGPJ de 2015, *Contratación administrativa, con especial incidencia del derecho europeo*.

contratos subvencionados, los contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II de cuantía igual o superior a 200.000 euros, y los contratos de gestión de servicios públicos en los que el presupuesto de gastos de primer establecimiento sea superior a 500.000 euros y el plazo de duración superior a cinco años<sup>48</sup>. Sí que presenta una novedad, en cambio, la relación de actos susceptibles de recurso.

Del objeto pueden realizarse una serie de precisiones. En primer lugar, como ha recordado el TACPA en su Resolución 5/2011, de 12 de julio (citada por TACRC en su Resolución 86/2012), que aclara el funcionamiento y tramitación especial de este nuevo recurso, está limitada la posibilidad de ampliar conclusiones por parte del recurrente aplicando las reglas del proceso contencioso:

*“Por ello, una de sus principales características es que debe ser rápido y eficaz, por lo que debe ser un recurso específico, que impida la celebración del contrato —y, obviamente, el comienzo de su ejecución— hasta que se produce su resolución expresa. Una de las características principales, es que una vez interpuesto el recurso, para dar cumplimiento a la doctrina del Tribunal de Justicia de la UE plasmada en la Sentencia Alcatel, si el acto recurrido es el de adjudicación, quedará en suspenso la tramitación del expediente de contratación (315 LCSP).*

*Y, en la lógica del sistema, los plazos deberán ser claros evitando incertidumbres al respecto (STJUE de 28 de enero de 2010, Comisión/Irlanda) sin que puedan verse «modulados» discrecionalmente por el ente contratante (STJUE de 28 de enero de 2010, Uniplex), ni tampoco, evidentemente, por los licitadores recurrentes. Plazos que pueden tener carácter preclusivo siempre que sean suficientemente razonables y no limiten desproporcionadamente la acción del licitador (STJUE de 30 de septiembre, Strabag y otros, apartado 37). En todo caso, la información que se facilite a los licitadores debe ser lo suficientemente completa como para permitir que se pueda interponer el recurso por disconformidad con la motivación de la decisión.*

*La regulación del recurso especial en la LCSP se caracteriza por su «especialidad» en plazos y tramitación. De conformidad con lo establecido en los artículos 312 a 318 LCSP, interpuesto el recurso, el Tribunal lo notificará en el mismo día al órgano de contratación —caso de no haberse depositado el recurso en el registro del órgano de contratación— con remisión de la copia del escrito de interposición y reclamará el expediente de contratación a la entidad, órgano o servicio que lo hubiese tramitado, quien deberá remitirlo dentro de los dos días hábiles siguientes acompañado del correspondiente informe. Dentro de los cinco días hábiles siguientes a la interposición del recurso, dará traslado del mismo a los restantes interesados, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, y, de forma simultánea a este trámite,*

---

<sup>48</sup> La Ley 6/2006, de Contratos públicos de Navarra no distingue por importe y establece el recurso especial para todo contrato público. En Aragón (Ley 3/2011, de medidas de Contratos del Sector Público) se permite el recurso especial para contratos de obras superiores a un millón de euros y cien mil euros en contratos de servicios y suministros.

decidirá, en plazo de cinco días hábiles, acerca de las medidas cautelares si se hubiese solicitado la adopción de alguna en el escrito de interposición del recurso o se hubiera procedido a la acumulación prevista en el párrafo tercero del artículo 313.2 LCSP. Los hechos relevantes para la decisión del recurso podrán acreditarse por cualquier medio de prueba admisible en Derecho. Cuando los interesados lo soliciten, o el órgano encargado de la resolución del recurso no tenga por ciertos los hechos alegados por los interesados, o la naturaleza del procedimiento lo exija, podrá acordarse la apertura del período de prueba por plazo de diez días hábiles, a fin de que puedan practicarse cuantas juzgue pertinentes. El procedimiento del recurso especial finaliza con la resolución. El plazo para dictarla es de cinco días hábiles a contar, no desde la interposición, sino desde la recepción de las alegaciones de los interesados o del transcurso del plazo señalado para su formulación y el de prueba en su caso (artículo 317.1 LCSP). Transcurridos estos plazos sin haberse notificado resolución expresa el interesado podrá considerarlo desestimado a los efectos de interponer recurso contencioso-administrativo. Como se observa, el procedimiento no permite un trámite de «replica» a las alegaciones y los plazos tienen evidente carácter preclusivo, en aras a garantizar los distintos intereses en juego.

Los plazos, coherentemente, son breves, en concreto el plazo de interposición es de quince días hábiles, motivo por el que la notificación de adjudicación debe acomodarse en cuanto a su contenido a lo dispuesto en el artículo 135.4 LCSP. Importa destacar esa referencia al artículo 135.4, pues va a ser el cumplimiento de los trámites allí descritos lo que determinará efectivamente el inicio del plazo para la interposición del recurso contra el acto de adjudicación. En este sentido, debe advertirse que en la reforma de la LCSP operada por Ley 34/2010, de 5 de agosto, de modificación de las Leyes 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para adaptación a la normativa comunitaria de las dos primeras, se ha eliminado la posibilidad de que el licitador no adjudicatario pueda solicitar el informe de valoración al que antes se refería el artículo 135.3 LCSP. Para ello, se modifica igualmente el artículo 137 LCSP, en el sentido de suprimir precisamente la posibilidad de solicitar el referido informe. Como contrapartida, se regula en el artículo 135.4 el contenido de la notificación de la adjudicación a los licitadores, que deberá contener, entre otros extremos, «...c) En todo caso, el nombre del adjudicatario, las características y ventajas de la proposición del adjudicatario determinantes de que haya sido seleccionada la oferta de éste con preferencia a las que hayan presentado los restantes licitadores cuyas ofertas hayan sido admitidas». Resulta por tanto que de la actual regulación deriva la obligación de remitir de oficio a los licitadores la información que les permita determinar si ha existido o no una infracción para, eventualmente, plantear un recurso.

*El problema que puede plantearse es que la información que contenga la notificación de la adjudicación sea demasiado general, o no pueda individualizarse en relación con algún licitador imposibilitando la eficacia del recurso, circunstancia que ya ha sido denunciada por la Comisión de la UE y aceptada por el Tribunal de Justicia en su Sentencia de 23 de diciembre de 2009 (Asunto C-455/08, Comisión Europea/Irlanda, apartado 32). En tales casos, podría defenderse que el plazo para la interposición del recurso no inicia su cómputo en tanto los licitadores no reciban la información suficiente que les permita, en su caso, fundar el mismo.*

*Pero no es ese el caso que nos ocupa, tanto porque en la notificación de la adjudicación se ha facilitado a todos los licitadores, además de la transcripción literal de la Orden de adjudicación, copia de la Orden del Consejero de Política Territorial, Justicia e Interior del Gobierno de Aragón, de 31 de mayo de 2011, por la que se clasificaban las ofertas presentadas y seleccionadas y del documento de valoración técnica de las mismas, como por el hecho de que el recurrente no solicitó al órgano de contratación —de haberlo considerado necesario para las pretensiones del recurso— acceder al expediente, como es su derecho, antes de la formulación del recurso especial, confundiendo las reglas del proceso contencioso-administrativo con la tramitación especial de este recurso, tras el que no tiene en ningún caso plazo adicional para formular nuevas alegaciones, en tanto el trámite de audiencia a que se refiere el artículo 316 LCSP es aplicable solo para los otros licitadores partes del procedimiento, pero no para el recurrente, ni tampoco para la Administración cuyo acto se recurre”*

Por otra parte, no es posible recurrir en vía administrativa lo ya acordado por un órgano de recursos contractuales. Así se indica en el Acuerdo 48/2012, de 2 de noviembre, del TACPA ya que la propia lógica del sistema impide que, una vez exista pronunciamiento, la posterior adjudicación «reabra» un nuevo plazo de impugnación por los mismos motivos del recurso inicial. Así, cuando el recurso presentado, en tanto tenga por finalidad cuestionar lo que ya fue —o pudo ser—debe ser inadmitido, por cuanto existe ya cosa juzgada en vía administrativa. Y solo será posible, ex artículo 49 TRLCSP, recurso ante la jurisdicción contencioso-administrativa<sup>49</sup>.

Y es que, insistimos, la propia especialidad de este sistema de recursos impide interpretaciones ajenas a su propia naturaleza y, sobre todo, que se pueda generar

---

<sup>49</sup> El Acuerdo del TACPA 12/2011, de 12 de julio, afirma que tras la existencia de un recurso administrativo especial previo no es posible sino la fiscalización ante la jurisdicción contencioso-administrativa, pues otra «interpretación generaría una clara inseguridad jurídica, al reabrirse un procedimiento ya concluido que cumplió las formalidades jurídicas exigidas, sin que las mismas puedan ser objeto de revisión por este Tribunal». Y concluye diciendo “En consecuencia, este Tribunal, en tanto reiteración de un objeto de recurso anterior, no puede variar el Acuerdo inicialmente adoptado, sin que obste, lógicamente, la posibilidad de que se pueda recurrir ante la jurisdicción contencioso-administrativa. El Acuerdo ya adoptado es cosa juzgada formal y por ello no es posible dictar una nueva resolución que vaya en contra de lo ya decidido, siendo ésta una causa de inadmisión recogida en artículo 21.2 c) Ley 3/2011 de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón”.

una segunda instancia administrativa, como, en la práctica, pretende el recurrente. Criterio que también aplica el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, por ejemplo, en su Resolución 196/2012, de 12 de septiembre.

Por último, este recurso alcanza, lógicamente, a cualquier decisión en sentido amplio, sin limitarse en exclusiva a los actos adjudicatarios<sup>50</sup>. Por ello, al igual que disponía el derogado y sustituido artículo 47 TRLCSP, ahora son recurribles los anuncios de licitación, los pliegos y otros documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación, así como los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que éstos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. Respecto de estos últimos, se entiende que son actos de trámite que determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento los actos de la Mesa de Contratación por los que se acuerde la exclusión de licitadores<sup>51</sup>.

Obviamente, este recurso, de fundamento comunitario, debe interpretarse conforme a la jurisprudencia del TJUE. Así, será también objeto de recurso la decisión de la entidad adjudicadora de cancelar la licitación para la adjudicación de un contrato público (STJUE de 18 de junio de 2002, *HI Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik PlanungsgesmbH*) o el acto por el que la entidad adjudicadora descarta la oferta de un licitador antes incluso de proceder a la selección de la mejor oferta (STJUE de 19 de junio de 2003, *GAT*). Y lo serán también aquellos modificados que devengan ilegales en tanto sean considerados una nueva adjudicación, tal y como ha interpretado la STJUE de 19 de junio de 2008 (*Presstext Nachrichtenagentur GMBH*)<sup>52</sup>: constituye

---

<sup>50</sup> Se trata de una interpretación ya asentada en el derecho comunitario. Son impugnables todas las decisiones de los poderes adjudicadores sujetas al Derecho comunitario europeo sin ninguna restricción por lo que se refiere a su naturaleza y contenido decisiones (STJUE de 19 de junio de 2003, *GAT*), esto es, el recurso es susceptible en la medida en que una decisión de una entidad adjudicadora vulnera los derechos que confiere el Derecho comunitario en el marco de un procedimiento de adjudicación de un contrato público (STJUE de 23 de enero de 2003, *Makedoniko Metro y Michaniki*). En particular, además del acto de adjudicación, también se puede recurrir la cancelación de una licitación para la adjudicación del contrato con posterioridad a la presentación o apertura de las ofertas (SSTJUE de 18 de junio de 2002, *HI*, y de 2 de junio de 2006, *Koppensteiner*), las decisiones adoptadas sin procedimiento formal – como sucede con convenios y encargos directos sin cumplir los requisitos (STJUE de 11 de enero de 2005, *Stadt Halle* y de 18 de enero de 2007, *Auroux*) los actos o resoluciones que excluyen una oferta antes de la selección de la mejor (STJUE de 19 de junio de 2003, *Hackermüller*). También los casos de ausencia de indicación en el anuncio relativo a un contrato de la cantidad o la extensión global de tal contrato (STJUE de 11 de octubre de 2007, *Lämmerzahl*) y en los que se incorporan cláusulas de licitación incompatible con la normativa comunitaria (STJUE de 18 de marzo de 2004, *Siemens y ARGE*).

<sup>51</sup> La STJUE de 11 de enero de 2005 (*Stadt Halle* y otros) parte de la premisa de que la noción de decisión recurrible debe delimitarse a partir del tenor de las Disposiciones de la propia Directiva y, en particular en función del objetivo de tutela eficaz y rápida que persigue, para concluir que una interpretación restrictiva del concepto de Decisión recurrible sería incompatible con lo dispuesto en el art. 2.1.a) de la misma Directiva. En definitiva, el recurso previsto en la Directiva 89/665/CEE es posible respecto de cualquier acto, entendido como manifestación de voluntad, de una entidad adjudicadora, adoptado en relación con un contrato público comprendido en su ámbito de aplicación material y que pueda tener efectos jurídicos, sin que pueda supeditarse su interposición al hecho de que el procedimiento de contratación haya alcanzado formalmente una determinada fase.

<sup>52</sup> La STJUE de 15 de octubre de 2009, *Acoset*, insiste en esta idea recordando su apartado 62 que “toda modificación sustancial del contrato obligaría a proceder a una licitación”.

una nueva adjudicación en el sentido del derecho comunitario de los contratos públicos cuando presentan características sustancialmente diferentes de las del contrato inicial y, por consiguiente, ponen de relieve la voluntad de las partes de volver a negociar los aspectos esenciales del contrato (véase, en este sentido, STJUE de 5 de octubre de 2000, Comisión/Francia, apartados 44 y 46)<sup>53</sup>. Criterio admitido por STJUE de 8 de mayo de 2014, *Idrodinamica Spurgo Velox*, que admite que existe o no derecho a un plazo de impugnación ante supuestos de modificaciones contractuales, en concreto, la modificación de la composición del grupo adjudicatario.

Con todo la principal característica de este nuevo recurso es su diseño desde la perspectiva de una verdadera eficacia procedimental. Para ello, en los casos de impugnación de la adjudicación, de conformidad con lo previsto en las Directivas y la jurisprudencia citada, el recurso suspende la adjudicación y no podrá formalizarse el contrato (perfección) hasta que no haya resolución expresa. Para los demás actos, el TRLCSP prevé tutela cautelar a través de medidas provisionales. Como bien destaca J.A. RAZQUIN, la solicitud de medidas provisionales se configura de forma dual: de un lado, como una vía previa, específica e independiente del recurso, que puede presentarse antes de interponer el recurso ante el órgano competente para su resolución por las personas legitimadas para interponerlo (art. 43.1 TRLCSP); y, de otro, como petición adicional en el escrito de interposición del recurso (art. 44.4 TRLCSP)<sup>54</sup>. En el primer caso, tienen carácter accesorio y dependiente del recurso especial, pues quedarán sin efecto si no se interpone el recurso en el plazo previsto (art. 43.5 TRLCSP). Tales medidas –que concluyen, ex artículo 47.4 TRLCSP con la resolución del asunto principal- irán dirigidas a corregir infracciones de procedimiento o impedir que se causen otros perjuicios a los intereses afectados, y podrán estar incluidas, entre ellas, las destinadas a suspender o a hacer que se suspenda el procedimiento de adjudicación del contrato en cuestión o la ejecución de cualquier decisión adoptada por los órganos de contratación (art. 43.1 TRLCSP). Su contenido es flexible, ya que, más allá de la suspensión expresamente prevista, puede exigir la adopción de otras medidas, debiendo optarse por las más adecuadas para asegurar la eficacia de tutela jurídica y de la resolución definitiva<sup>55</sup>.

Del sistema diseñado se infiere que los poderes adjudicadores estarán obligados a cancelar una adjudicación declarada ilegal por el órgano de control (STJUE de 4 de diciembre de 2003, EVN AG), sin que sea admisible la regla general de que un contrato nulo continúe su ejecución (STJUE de 3 de abril de 2008, Comisión/Reino de España). Y así debe interpretarse el régimen del recurso especial contenido en el TRLCSP, con el fin de garantizar su efecto útil. Es decir, dentro del

---

<sup>53</sup> La STJUE de 13 de enero de 2005 (Comisión/España) entiende –apartado 43- que el precio es un elemento esencial y que, por ello, “una condición de este tipo no puede considerarse una modificación no sustancial de las condiciones originales del contrato”. Máxima en los casos que un incremento elevado viene a quebrar el principio de publicidad y concurrencia –Dictamen Consejo Estado de 21 de octubre de 1992-.

<sup>54</sup> J.A. RAZQUIN LIZARRAGA, “El sistema...”, ob.cit, p. 36

<sup>55</sup> Existe un plazo de quince días con tramitación urgente con un plazo de dos días del órgano de contratación para presentar alegaciones y resolviendo de forma motivada en cinco días. Contra estas decisiones –estimando o no al pretensión de tutela cautelar- no cabe recurso. En el caso de acordarse la suspensión del procedimiento, ésta no afectará, en ningún caso, al plazo concedido para la presentación de ofertas o proposiciones por los interesados (art. 313.4 LCSP).

plazo de recurso especial, el incumplimiento del plazo suspensivo de la formalización no puede derivar en una cuestión de nulidad. Así, la estimación del recurso especial dará lugar a la anulación de la adjudicación y “arrastrara a esa invalidez sobrevenida” lógicamente, al contrato indebidamente formalizado.

Por lo tanto, la formalización del contrato sin esperar la resolución del recurso supone directamente incurrir en una nulidad absoluta de pleno derecho<sup>56</sup>. Con ello no

---

<sup>56</sup> Así lo ha entendido el Acuerdo 55/2013, de 1 de octubre, del TACPA, donde se afirma, ante un supuesto de formalización incumpliendo el periodo de espera que “En el diseño inicial de la «Directiva Recursos» de 1989 se establecía que los efectos de la declaración de invalidez de la adjudicación se determinarían con arreglo al Derecho nacional. Era, por tanto, este derecho el que determinaba la sanción que anudaba a la declaración de invalidez de los actos precontractuales (artículo 1.6), que, en consecuencia, podía ser bien la conservación del contrato, bien la declaración de ineficacia de los contratos celebrados con vulneración del Derecho europeo, como ha sido la solución tradicional en nuestro ordenamiento. Es decir, la Directiva permitía la declaración de invalidez de un contrato aun en impugnación de un acto de adjudicación. Sin embargo, las prácticas nacionales eludían el efecto del recurso, permitiendo que un contrato nulo pudiera continuar desplegando efectos, lo que fue considerado ilegal en la STJUE de 3 de abril de 2008, por la que se condenaba al Reino de España por este motivo. El objetivo explicitado por la vigente Directiva 2007/66/CE es reforzar los mecanismos de recurso, para matizar la regla tradicional de indiferencia del Derecho europeo en relación con la suerte que habría de correr el contrato adjudicado con vulneración de las normas europeas sobre contratación pública. La actual Directiva de recursos pretende incorporar una sanción efectiva, proporcionada y disuasoria que funcione como mecanismo de cierre del sistema y que garantice el cumplimiento de todo el sistema de garantías de las normas sustantivas sobre contratación (de hecho, en la propuesta original de la Comisión la ineficacia era una posibilidad sólo en la circunstancia de que el período de suspensión no se observase por parte de la entidad contratante). De esta forma, el Derecho de la Unión Europea obliga ahora a los Estados miembros a sancionar con «ineficacia» lo que la norma considera violaciones más groseras del Derecho de la Unión europea. Estos supuestos de especial gravedad son dos: las llamadas adjudicaciones directas —es decir, las adjudicaciones de contratos sin publicación previa de un anuncio de licitación en el Diario Oficial de la Unión Europea, siempre que ello sea preciso— y los casos en los que, además de haberse producido una infracción de una norma sustantiva que hubiese impedido al recurrente obtener la adjudicación a su favor, no se respete el periodo de suspensión previo a la formalización del contrato, o la suspensión automática de la adjudicación en los supuestos de interposición del recurso, establecidos en nuestro ordenamiento en los artículos 40.3 y 45 TRLCSP, respectivamente.

Es cierto que el recurso especial se limita a los actos de preparación y adjudicación. Sin embargo, para garantizar el efecto útil del recurso, y atendiendo a los principios de favor actionis y de economía procedimental, conviene acumular a este recurso la acción de nulidad —que no la cuestión de nulidad— derivada de nuestra resolución, tal y como aparece en el petitum de la UTE recurrente. Opción compatible con una tradición jurídica como la española, en la que se ha admitido con naturalidad que la invalidez de la adjudicación se transmite como lógica consecuencia al contrato, se haya perfeccionado o no.

Procede, en definitiva, una interpretación integradora del sistema de control por el Tribunal Administrativo de los distintos incidentes del contrato impugnado, con el fin de garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva que deriva del artículo 24 CE y la eficacia del sistema de control administrativo diseñado por el TRLCSP (con fundamento en la Directiva 2007/66).

En definitiva, procede la tramitación del recurso especial. Y siendo ilegal la adjudicación, que debe recaer a favor de la UTE recurrente, al ser el operador económico que realiza la oferta económicamente más ventajosa no incurso en anormalmente baja, debe declararse igualmente, y de forma simultánea, la nulidad del contrato del IASS con la empresa ARALIA por infracción del artículo 62.1 e) de la Ley 30/1992, de 27 de noviembre, al ser un acto que no ha respetado el procedimiento debido. Así se deriva por lo demás de la doctrina del TJUE en la Sentencia de 3 de abril de 2008, de condena al Reino de España, que considera contrario al derecho de la Unión que un contrato anulado continúe produciendo efectos jurídicos. En consecuencia, de conformidad con el artículo 35 TRLCSP, el contrato indebidamente

solo se impide alcanzar el efecto útil del recurso preconizado por las Directivas comunitarias, sino que también se afecta gravemente a la perfección del contrato y a los aspectos financieros que le son propios, pues en los contratos llamados de pasivo (obras públicas, suministros y servicios, entre otros) la disposición del compromiso del gasto se produce no con la adjudicación del contrato sino con su formalización por lo cual si esta se hace irregularmente los pagos al contratista serían nulos y otro tanto ocurriría con los contratos de activo como son los contratos de gestión de servicios públicos que convertirían las tarifas de los usuarios y los cánones concesionales percibidos por las Administraciones públicas como manifiestamente ilegales.

Por otra parte, como ya se ha advertido, y conviene insistir, la notificación de la adjudicación debe contener motivación adecuada para que se pueda recurrir. El artículo 151 TRLCSP, en cuanto a la notificación de la adjudicación, exige que se practique a todos los licitadores, comunicando, con suficiente detalle, cuál es el resultado de la licitación, y las razones que han llevado al órgano de contratación a adoptar una decisión en tal sentido<sup>57</sup>. El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales ha afirmado en su Resolución núm. 241/2011, que:

*“Con ocasión de examinar el cumplimiento del artículo 135.4 de la Ley de Contratos que establece los requisitos de la notificación del acto de adjudicación hemos tenido ocasión de declarar que el objetivo perseguido por la motivación es suministrar a los licitadores excluidos y a los candidatos descartados información suficiente sobre cuáles fueron las razones determinantes de su exclusión o descarte, a fin de que el interesado pueda contradecir las razones argumentadas como fundamento del acto dictado mediante la interposición del correspondiente recurso. En este sentido, en SSTs de 27 y 31 de enero, 2 de febrero, 12 de abril y 21 de junio de 2000 y 29 de mayo de 2001 se ha señalado que la exigencia de motivación “no puede ser suplida por la simple fijación de puntuaciones”, ya que “la Administración ha de expresar las razones que le inducen a otorgar preferencia a uno de los solicitantes frente al resto de los concursantes, haciendo desaparecer así cualquier atisbo de arbitrariedad y permitiendo, al mismo tiempo, que el no beneficiario pueda contradecir, en su caso, las razones motivadoras del acto y el órgano judicial apreciar si se ha actuado o no dentro de los límites impuestos a la actividad de los poderes públicos”. Si esto puede decirse de la motivación de la notificación de la adjudicación tanto más de los informes en que se ha basado la*

---

perfeccionado debe entrar en fase de liquidación, debiendo restituirse a las partes de forma recíproca las cosas que hubieran recibido en virtud del mismo”.

<sup>57</sup> Es de interés el Informe 1/2011, de 12 de enero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón al indicar como debe ser la motivación en la notificación: «En la aplicación de los criterios de adjudicación de los contratos que dependen de un juicio de valor, la ponderación en términos numéricos de las propuestas, sin detallar un resumen de los motivos concretos por los que se asigna cada puntuación, es inadmisibles por carecer de motivación. Una valoración de los criterios objetivos de adjudicación sin expresión de las razones por las que se llega a ella no puede ser admitida por resultar imposible de revisar, pudiendo incurrir en causa de anulación por falta de la debida y explicitada ponderación de los criterios de adjudicación del procedimiento indicados en el pliego, exigida por el artículo 134 LCSP». Esta posición es la que mantiene también el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón: Acuerdos 03/2011 y 023/2011.

adjudicación y de la adjudicación misma, pues el informe del vocal técnico en el expediente se limita a referir una mera asignación de puntos, sin hacer una descripción de las ofertas ni del proceso de aplicación a aquellas de los criterios de valoración fijados en el Pliego y que motivan la asignación de puntos expresada.

*En consecuencia debe declararse la nulidad del informe del vocal técnico sobre el contenido de las ofertas de 27 de julio de 2011, así como de los demás actos sucesivos que son consecuencia directa e inmediata de aquel, la propuesta de la mesa de contratación de la misma fecha, la Resolución de adjudicación del órgano de contratación de 9 de agosto de 2011 impugnada, y en fin la publicación en la Plataforma de Contratación del Estado de dicha adjudicación el mismo día 9 de agosto de 2011 y las notificaciones individualizadas a los licitadores de 11 de agosto de 2011, retro trayéndose el procedimiento al momento de la emisión del informe del vocal técnico sobre el contenido de las ofertas.”*

Sin esa motivación suficiente se produce indefensión, lo que implica de por sí la anulación de la adjudicación.

### III.- LA CREACIÓN DE UN ÓRGANO ADMINISTRATIVO INDEPENDIENTE PARA EL CONTROL. LA NOTA DE LA ESPECIALIZACIÓN E INDEPENDENCIA.

#### 1.- Organización y planta de los órganos de recursos contractuales en España.

El nuevo recurso administrativo especial descansa sobre una nueva figura como son los “Tribunales administrativos”, a los que se les reconoce facultades, de plena jurisdicción con posible restablecimiento de la situación jurídica individualizada y, en su caso, indemnización, se manifiestan en el contenido de la resolución final. Una de las mayores críticas vertidas a la configuración del recurso especial en materia de contratación pública había sido la atribución de la competencia para la resolución del recurso, cuando se trate de contratos de una Administración Pública, al propio órgano de contratación que dicta el acto objeto de recurso (al estilo del recurso potestativo de reposición recogido en el artículo 116 LAP), o al titular del departamento, órgano, ente u organismo al que esté adscrita la entidad contratante o al que corresponda su tutela, si ésta no tiene el carácter de Administración Pública<sup>58</sup>. Resultaba cuestionable que, siendo el mismo órgano que dicta el acto recurrido el que haya de resolver el recurso (cuando se trate de contratos de Administraciones públicas), el recurso pudiera ser eficaz<sup>59</sup>. De ahí que ahora se disponga la creación de un nuevo órgano administrativo al que atribuye la resolución de los recursos especiales en materia de contratación pública: el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, adscrito al Ministerio de Economía y Hacienda, que a pesar de su denominación (Tribunal), no tendrá naturaleza jurisdiccional<sup>60</sup>.

La creación de este órgano administrativo llega luego de desechar la posibilidad de atribuir la competencia para la resolución del recurso especial en materia de contratación pública a los órganos de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (opción preferida por el Consejo de Estado)<sup>61</sup>, o de crear una Sala

---

<sup>58</sup> En el ámbito de las Comunidades Autónomas, la existencia de órganos independientes para la resolución de recursos en materia de contratación contaba con dos antecedentes. Islas Baleares fue pionera al establecer un recurso, de carácter potestativo, residenciando la competencia para resolverlo en la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (artículo 66 de la Ley 3/2003 de 26 de marzo, de Régimen Jurídico de la Administración de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears). Tres años después, la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de contratos públicos de Navarra, incluyó también en su artículo 210 una reclamación en materia de contratación pública que los interesados pueden interponer ante la Junta de Contratación Pública.

<sup>59</sup> Vid. GIMENO FELIU, J.M. “Aproximación a las principales novedades de la Ley de Contratos del Sector Público”, en libro col. El Derecho de los Contratos del Sector Público, Monografías Revista Aragonesa Administración Pública núm. X, 2008, pp. 45 a 48.

<sup>60</sup> M. PULIDO QUECEDO, El nuevo Tribunal Administrativo Central de Recursos contractuales, ob. Cit., pp. 25-65. Ibidem, “Competencias y legitimación ante el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRECO): especial consideración de los supuestos de nulidad contractual”, Documentación Administrativa núm. 288/2010, páginas 65-98; y también J.J. PARDO GARCÍA-VALDECASAS, “El Tribunal Administrativo Central de Recursos contractuales”, Documentación Administrativa núm. 288/2010, páginas 19-42

<sup>61</sup> Se descarta la opción del modelo francés (reclamada en nuestra doctrina por GARCÍA DE ENTERRÍA, “Artículo 60 bis. Medidas provisionales”, en el libro col. Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, Civitas, 2ª ed, Madrid, 2004., p. 325, en nota; BAÑO LEÓN, “El contencioso precontractual..”, ob. cit. P. 362; y LÓPEZ-CONTRERAS

especial dentro del Tribunal Económico- Administrativo Central<sup>62</sup>. La principal característica de este nuevo Tribunal administrativo será su independencia funcional (tanto del órgano como de sus miembros) en el ejercicio de sus competencias, independencia que se refuerza con la inamovilidad que deriva de la designación de sus miembros (art. 41.1, pfo. 7 del TRLCSP), que sólo podrán ser removidos de sus puestos por las causas legalmente establecidas<sup>63</sup>.

En cuanto a su composición, quedará integrado el Tribunal por un mínimo de un Presidente y tres vocales (número que podrá ser ampliado), nombrados por un período de seis años entre funcionarios de carrera de cuerpos y escalas a los que se acceda con título de licenciado o de grado (en Derecho para el caso del Presidente), y que hayan desempeñado su actividad profesional por tiempo superior a quince años,

---

GONZÁLEZ, op. cit., p. 77.), objeto de reciente reforma -para adoptarlo a la Directiva 2007/66/CE- en la que ha adicionado un recurso contractual (*référé contractuel*) también jurisdiccional, residenciándose en la jurisdicción contencioso-administrativa. Vid. Ordenanza núm. 2009-515, de 7 de mayo y Decreto núm. 2009 -1456, de 27 de noviembre de 2009 (Arts. L 551-13 a L551-23 y R 551-7 a R 551-10 del Código de Justicia Administrativa). Por todos, DORCHES, O., "Recursos jurisdiccionales especiales en materia de contratación pública: el modelo francés", Revista General de Derecho Administrativo, núm. 23, 2010.

<sup>62</sup> En la elaboración del Anteproyecto de Ley de modificación, el Gobierno se planteó residenciar la competencia para resolver este recurso directamente en la jurisdicción contencioso-administrativa (más concretamente, en los Juzgados Centrales y Provinciales de lo Contencioso-Administrativo). Sin embargo, tras el análisis realizado por diferentes órganos del Ministerio de Justicia se llegó a la conclusión de que, por diversas razones, no era esa la solución preferible. Así, la Secretaría General Técnica del citado Ministerio subrayó que tal atribución de competencia supondría la posibilidad de que actos de entidades de derecho privado fueran directamente impugnados ante dicha jurisdicción, lo que exigiría introducir la correspondiente modificación en la Ley Orgánica del Poder Judicial y en cierta medida conduciría a desnaturalizar esa jurisdicción. Adicionalmente, señala que "la Secretaría de Estado de Justicia ha cuestionado la oportunidad de introducir, de una forma u otra, procedimientos especiales para dar prioridad al conocimiento y resolución de determinadas cuestiones o reducir plazos al respecto, debido a que no se cuenta con los medios necesarios para cumplir tales exigencias. Hay que advertir que el informe del Consejo General del Poder Judicial de 11 de febrero de 2010, sobre el anteproyecto de Ley de modificación LCSP, no se pronunció expresamente sobre la opción de atribuir a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo la competencia para conocer del recurso especial en materia de contratación y de la denominada cuestión de nulidad. En efecto, el citado informe sólo se ocupó de examinar la reforma proyectada para los artículos 10 y 11 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. En la tramitación de la Ley de modificación TRLCSP, se planteó también la posibilidad de atribuir la competencia a una sala especializada en materia contractual dentro del Tribunal Económico- Administrativo Central, opción que fue desechada, entre otras razones, por la falta de especialización en materia contractual de sus miembros y la insuficiencia de medios humanos y materiales para cubrir ese nuevo ámbito de actuación. Esta opción se justificaba en la doctrina del TJUE que había considerado a estos tribunales como órganos jurisdiccionales a efectos de la cuestión prejudicial (Sentencia de 21 de marzo de 2000, *Gabalfrisa*)

<sup>63</sup> Esa independencia del órgano encargado de resolver el recurso respecto del órgano que dictara el acto recurrido fue una reclamación constante de la Doctrina desde un principio. En este sentido en una anterior monografía propuse de lege ferenda a las Juntas Consultivas de Contratación Administrativa Estatal y Autonómicas como los órganos idóneos para conocer de los recursos en materia de contratación pública debido, además de a su independencia, a su especialización por razón de la materia. La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española. La necesaria adopción de una nueva Ley de contratos públicos y propuestas de reforma, ob. Cit., , p. 300. Sobre estos nuevos tribunales puede citarse el número de Documentación Administrativa núm. 288, 2010, monográfico sobre *Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales: Central y Autonómicos*, dirigido por. M. Bassols.

preferentemente en el ámbito del Derecho Administrativo relacionado directamente con la contratación pública<sup>64</sup>. El régimen de constitución y funcionamiento del Tribunal se regulará conforme a las disposiciones de la Ley de Régimen Jurídico y del Procedimiento Administrativo Común<sup>65</sup>.

En todo caso, como bien advierte J.A RAZQUIN, la planta no es cerrada sino que se pretende un proceso organizativo dinámico<sup>66</sup>. Así, las Comunidades Autónomas (así como las Asambleas Legislativas y las Instituciones autonómicas análogas al Tribunal de Cuentas y al Defensor del Pueblo) podrán crear sus propios órganos para la resolución del recurso especial en materia de contratación pública<sup>67</sup>, o bien suscribir un convenio con la Administración General del Estado para que sea el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales quien conozca de los recursos planteados en sus respectivos ámbito de competencia (convenio en el que se estipularán las condiciones en que la Comunidad sufragará los gastos derivados de esta asunción de competencias” -párrafo 4 del apartado 2 del artículo 41 TRLCSP-)<sup>68</sup>. Cuando se trate de los recursos interpuestos contra actos de los poderes adjudicadores que no tengan la consideración de Administraciones Públicas, la competencia estará atribuida al órgano independiente que la ostente respecto de la Administración a que esté vinculada la entidad autora del acto recurrido, y si estuviera vinculado a más de una, el órgano competente para resolver el recurso lo será aquél que tenga atribuida la competencia respecto de la que ostente el control o participación mayoritaria y, en caso de que todas o varias de ellas, ostenten una participación igual, ante el órgano que elija el recurrente de entre los que resulten competentes con arreglo a las normas de este apartado. Para contratos subvencionados, la competencia corresponderá al órgano independiente que ejerza sus funciones respecto de la Administración a que esté adscrito el ente u organismo

---

<sup>64</sup> En el caso de que se incremente el volumen de asuntos se prevén tres soluciones: el incremento por vía reglamentaria del número de vocales del Tribunal Central (art. 41.1, párrafo segundo, TRLCSP); la constitución de Tribunales Administrativos Territoriales de Recursos Contractuales en cada Comunidad Autónoma (DA Primera apartado 1, Ley 34/2010); y el incremento del número de vocales de los Tribunales Territoriales (DA Primera, apartado 2, Ley 34/2010).

<sup>65</sup> La Disposición adicional primera de la Ley 34/2010 prevé la creación de Tribunales Administrativos Territoriales de Recursos Contractuales con sede en cada una de capitales de Comunidad Autónoma a medida que el número de asuntos sometidos al conocimiento y resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales lo exija.

<sup>66</sup> J.A. RAZQUIN LIZARRAGA, “El sistema especial...”, ob. Cit., p. 25.

<sup>67</sup> Las Comunidades Autónomas –o Asambleas legislativas- que no regulen su Tribunal o no convenien con el Tribunal estatal, quedan obligadas por la Disposición Transitoria Segunda de la Ley 34/2010, resolviendo el recurso el órgano de contratación con las reglas ahora vigentes, pero con la “penalización” que consiste en la suspensión automática hasta que la levante el Juez si no hay estimación del recurso especial. Así lo ha recordado la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado.

<sup>68</sup> En el Anteproyecto de Ley de modificación LCSP se preveía la posibilidad de creación de órganos independientes para la resolución del recurso especial por parte de las Diputaciones Provinciales, pero esta opción no pasó finalmente al Proyecto de Ley presentado en el Congreso. En consecuencia, parece que se impide que proliferen los tribunales de ámbito municipal –ni siguiera para grandes municipios. Por el contrario, J.A. MORENO MOLINA defiende que sí existe tal potestad a favor de la Administración local (“Presentación de las últimas reformas LCSP y en especial de la Ley 34/2010, de 5 de agosto, de modificación de la LVSP, La Ley de Contratos en los Sectores Especiales y la Ley de la Jurisdicción contencioso administrativa”, Revista Contratación Administrativa Práctica, núm. 102, 2010, pp. 25 y 26 .

que hubiese otorgado la subvención, o al que esté adscrita la entidad que la hubiese concedido, cuando ésta no tenga el carácter de Administración Pública. En el supuesto de concurrencia de subvenciones por parte de distintos sujetos del sector público, la competencia se determinará atendiendo a la subvención de mayor cuantía y, a igualdad de importe, al órgano ante el que el recurrente decida interponer el recurso de entre los que resulten competentes con arreglo a las normas de este apartado<sup>69</sup>.

Varias Comunidades Autónomas han optado por la creación de su propio órgano de recursos contractuales<sup>70</sup>:

---

<sup>69</sup> Especial interés tiene la cuestión de la transitoriedad. Las Comunidades Autónomas -arrastrando a toda su administración local y poderes adjudicadores no administración pública-pueden, de no constituir su propio Tribunal, convenir con el del Estado, estableciendo el sistema de retribución o compensación. De no firmar este convenio, y en tanto no dispongan de tribunal, la competencia para la resolución de los recursos continuará encomendada a los mismos órganos que la tuvieran atribuida con anterioridad. Esta posibilidad, aun con el régimen de no ejecutoriedad de los actos impugnados ante la jurisdicción si no se estimaba el recurso especial, implicaba una evidente pérdida de eficacia del mecanismo de control, como bien ha denunciado, entre otros, E. MENÉNDEZ SEBASTIÁN en su trabajo "Virtualidad práctica del recurso especial en materia de contratación pública: una figura inacabada", Revista de Administración Pública núm. 188, 2012, p. 383.

<sup>70</sup> De interés el trabajo de M.A. BERNAL BLAY, "Los aspectos orgánicos del recurso especial en materia de contratación pública en las Comunidades Autónomas", Cuadernos de Derecho Local nº 26, Septiembre de 2011, pp. 7 a 26.. Para las Comunidades Autónomas que no han creado sus órganos de recurso, la Disposición transitoria segunda de la Ley 34/2010 estableció un régimen transitorio especial. En estos casos, la competencia para la resolución de los recursos se encomienda a los mismos órganos que la tuvieran atribuida con anterioridad (a la Ley 34/2010). Esto es, sobrevive «el espíritu» del artículo 37.4 LCSP -en su redacción original-para mantener la competencia del órgano de contratación para resolver el recurso (cuando se trate de contratos de una Administración Pública), o del titular del departamento, órgano, ente u organismo al que esté adscrita la entidad contratante o al que corresponda su tutela (si ésta no tiene el carácter de Administración Pública). Ahora bien, en tales supuestos, el procedimiento de tramitación de los recursos se acomodará a lo dispuesto en los artículos 42 a 48 TRLCSP, o, en su caso, en los artículos 103 a 108 LCSE, y además, cuando las resoluciones no sean totalmente estimatorias, o cuando siéndolo hubiesen comparecido en el procedimiento otros interesados distintos del recurrente, no serán ejecutivas hasta que sean firmes o, si hubiesen sido recurridas, hasta tanto el órgano jurisdiccional competente no decida acerca de la suspensión de las mismas. Sobre esta última cuestión hemos de traer a colación la Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado (Informe 72/11, de 1 de marzo de 2012) sobre la interpretación del régimen contenido dentro de la disposición transitoria séptima, norma d) del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (antes Disposición transitoria segunda de la Ley 34/2010) publicada en el BOE de 10 de abril de 2012. Esta Recomendación la justifica un requerimiento de los Servicios de la Comisión Europea (Dirección General de Mercado Interior y Servicios) y viene a recordar que ante la inexistencia de órgano independiente en una Comunidad Autónoma o de convenio atribuyendo el conocimiento del recurso especial al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, los recursos contra los actos de adjudicación que se plantean ante los tribunales de la jurisdicción contencioso administrativa tienen carácter suspensivo de la celebración del contrato, hasta que dicha jurisdicción se haya pronunciado sobre el fondo o sobre las medidas provisionales. La Junta Consultiva de Contratación Administrativa recomienda a los órganos de contratación del Sector Público que la interpretación que debe hacerse de la norma d) de la disposición transitoria séptima del TRLCSP se realice en los siguientes términos:

«...1. El ámbito de aplicación territorial de este precepto es el de las Comunidades autónomas y las Entidades locales existentes dentro de aquéllas. La interpretación correcta de esta norma, de conformidad con lo dispuesto en la Directiva 2007/66/CE, consiste en entender que la interposición del recurso previsto en esta disposición comporta la suspensión automática de la adjudicación cuando sea este acto el recurrido, que, en el caso de interposición del recurso

-La Comunidad de Madrid que creó el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid en el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público<sup>71</sup>.

- La Comunidad Autónoma de Aragón, que creó el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, en la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón<sup>72</sup>.

- La Comunidad Autónoma de Andalucía, creó mediante Decreto 332/2011, de 2 de noviembre el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, que comenzó su funcionamiento como órgano unipersonal, hasta que por Decreto 120/2014, de 1 de agosto, se acuerda el funcionamiento del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía como órgano colegiado<sup>73</sup>.

- La Comunidad Autónoma de Cataluña, creó el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de Cataluña, mediante la Ley 7/2011, de 27 de julio, de medidas fiscales y financieras, que al igual que en el caso anterior, comenzó su andadura como órgano unipersonal, siendo en la actualidad un órgano colegiado<sup>74</sup>.

- La Comunidad Autónoma del País Vasco, que denominó al órgano encargado de la resolución del recurso, Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma del País Vasco, creado por Ley 5/2010, de 23 de diciembre, por la que se aprueban los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2011<sup>75</sup>, con carácter unipersonal. En el País Vasco se han creado también Tribunales Forales. La provincia de Álava, mediante Decreto Foral

---

*contencioso-administrativo, se mantiene hasta que el órgano de la Jurisdicción contencioso-administrativa decida sobre la misma.*

*En el caso de que las Comunidades Autónomas no tuvieran establecido el órgano independiente que deben crear o no hayan suscrito convenio con el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, si los particulares interponen previamente recurso ante el órgano de contratación, su interposición comporta la suspensión automática de la adjudicación cuando sea este acto el recurrido. Los recursos contra los actos de adjudicación que se plantean ante los tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa tiene carácter suspensivo de la celebración del contrato hasta que dicha jurisdicción se haya pronunciado sobre el fondo o sobre las medidas provisionales.*

*2. La interposición de recurso especial en materia de contratación comporta la suspensión automática de la adjudicación, y una vez resuelto el recurso la resolución del mismo no será ejecutiva hasta que sea firme por el transcurso del plazo de dos meses para la interposición del recurso contencioso-administrativo, o bien, en el caso de interposición de dicho recurso, hasta que el órgano de la Jurisdicción decida sobre la suspensión solicitada.*

*En su virtud, suspendida la eficacia del acto de adjudicación, y hasta tanto no se levante, no podrán ejecutarse los actos subsiguientes a la adjudicación, incluida la formalización del contrato. En este sentido el artículo 140 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, modificado por la Ley 34/2010, cuya redacción se ha incorporado al artículo 156 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público establece unos plazos para la formalización de contrato teniendo en cuenta la posibilidad de la suspensión del contrato, de forma que si la adjudicación resulta suspendida, no resulta posible requerir al adjudicatario para la formalización del contrato».*

<sup>71</sup> BOE núm. 118, de 18 de mayo de 2011, páginas 49841 a 49877.

<sup>72</sup> BOE núm. 83, de 7 de abril de 2011, páginas 36172 a 36189.

<sup>73</sup> BOJA núm.222, de 11 de noviembre de 2011 y BOJA NÚM.153, de 7 de agosto 2014.

<sup>74</sup> BOE núm. 196, de 16 de agosto de 2011, páginas 92507 a 92586

<sup>75</sup> BOE núm. 36, de 11 de febrero de 2011, páginas 14600 a 14703

44/2010, del Consejo de Diputados de 28 de septiembre, que aprueba la creación del Órgano Administrativo Foral de Recursos Contractuales. Guipúzcoa, mediante Decreto Foral 24/2010, de 28 de septiembre, de creación y regulación del Tribunal Administrativo Foral de Recursos Contractuales y Vizcaya, lo ha hecho, mediante el Decreto Foral 102/2010, de 29 de septiembre, de creación del Tribunal Administrativo Foral de recursos contractuales.

- La Comunidad Autónoma de Castilla y León optó por la atribución de la competencia Consejo Consultivo de Castilla y León, mediante la Ley 1/2012, de 28 de febrero, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras de Castilla y León<sup>76</sup>, creando el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, en el seno de aquel cuyos Presidente y Secretario actúan como Presidente y Secretario del Tribunal de contratación.

- La Comunidad Autónoma de Navarra mediante Ley Foral 3/2012, de 25 de febrero, crea el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra<sup>77</sup>.

- Recientemente la Comunidad Autónoma de Canarias ha creado el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad Autónoma de Canarias mediante Decreto 10/2015, de 12 de febrero<sup>78</sup>.

-También es muy reciente la creación del Tribunal Gallego mediante Ley 1/2015, de 1 de abril, de garantía de la calidad de los servicios públicos y de la buena administración<sup>79</sup>.

- La más reciente creación ha sido la del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Extremadura, por la Disposición final segunda de la Ley 13/2015, de 8 de abril, de Función Pública de Extremadura<sup>80</sup>.

Asimismo, ya se había creado el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra tras la modificación de la Ley 6/2006 (por Ley 3/2013, de 25 de febrero), de Contratos Públicos de Navarra y la inclusión del artículo 208 bis .

## **2.- Alcance de la competencia revisora de los órganos de recursos contractuales. Su necesaria equivalencia con el modelo judicial**

A los órganos de recursos contractuales se les reconoce facultades, de plena jurisdicción, con posible restablecimiento de la situación jurídica individualizada y, en su caso, indemnización, se manifiestan en el contenido de la resolución final. Y se le otorgan amplias facultades<sup>81</sup>:

a) Puede pronunciarse sobre la anulación de las decisiones ilegales adoptadas durante el procedimiento de adjudicación, incluyendo la supresión de las

<sup>76</sup> BOE núm. 77, de 30 de marzo de 2012, páginas 26608 a 26678.

<sup>77</sup> BON núm. 43, de 4 de marzo de 2013.  
[http://www.navarra.es/home\\_es/Actualidad/BON/Boletines/2013/43/Anuncio-0/](http://www.navarra.es/home_es/Actualidad/BON/Boletines/2013/43/Anuncio-0/)

<sup>78</sup> BOC, núm. 35, de 20 de febrero de 2015, páginas 3914 a 3919.

<sup>79</sup> DOG núm. 81, de 30 de abril de 2015, páginas 16710 a 16757.

<sup>80</sup> BOE núm. 108, de 6 de mayo de 2015, páginas 39543 a 39625.

<sup>81</sup> En la doctrina puede consultarse a M.A. BERNAL BLAY, "Observatorio de la actividad de los órganos de recursos contractuales en 2011", en libro col. Observatorio de los Contratos Públicos 2011, Civitas, Cizur Menor, 2012, pp. 311-405; J. DEL OLMO ALONSO, "El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales: consideraciones sobre los requisitos de admisibilidad de los recursos", Justicia Administrativa, 2013, pp. 41-68.

características técnicas, económicas o financieras discriminatorias contenidas en el anuncio de licitación, anuncio indicativo, pliegos, condiciones reguladoras del contrato o cualquier otro documento relacionado con la licitación o adjudicación, así como, si procede, sobre la retroacción de actuaciones<sup>82</sup>. Si de ello deriva que la adjudicación se realice a favor de otro licitador, se concederá al órgano de contratación un plazo un plazo de diez días hábiles para que requiera al licitador seleccionado para que se presente la documentación pertinente para la adjudicación del contrato (art. 47.2 TRLCSP).

b) Cuando concurren los requisitos y se solicite por los interesados, podrá imponerse a la entidad contratante la obligación de indemnizar a la persona interesada por los daños y perjuicios que le haya podido ocasionar la infracción legal que hubiese dado lugar al recurso (art. 47.3 TRLCSP). Para fijar esta indemnización se atenderá en lo posible a los criterios propios de la responsabilidad patrimonial de la Administración (remisión al art. 141.2 y 3 LAP), debiendo cubrir como mínimo los gastos ocasionados por la preparación de la oferta o la participación en el procedimiento de contratación (art. 48 TRLCSP)<sup>83</sup>.

c) Podrá acordar el levantamiento de la suspensión del acto de adjudicación si continuase suspendido y de las restantes medidas cautelares acordadas, así como, si procediera, la devolución de las garantías cuya constitución se hubiera exigido para la efectividad de las mismas (art. 47.4 TRLCSP).

d) Se le reconoce la potestad de imponer sanciones si se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso o en la solicitud de medidas cautelares: entre 1.000 y 15.000 euros, que se fijará en función de la mala fe apreciada y el perjuicio ocasionado al órgano de contratación y a los restantes licitadores (art. 47.5 TRLCSP)<sup>84</sup>.

---

<sup>82</sup> En todo caso, su función es exclusivamente de control del cumplimiento de los principios y trámites legales, de tal manera que no es posible la sustitución del juicio técnico del que valora los distintos criterios de adjudicación, en tanto se cumplan las formalidades jurídicas, exista motivación y la misma resulta racional y razonable. Por lo demás, este mismo criterio es igualmente defendido por el Tribunal Administrativo Central de Recurso Contractuales en el que se advierte que cuando se tratan cuestiones que se evalúan criterios estrictamente técnicos, el Tribunal no puede corregirlos aplicando criterios jurídicos (Resolución 176/2011, de 29 de junio) y el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón (Acuerdo 13/2011, de 14 de julio). En definitiva, corresponde a este Tribunal comprobar si se han seguido los trámites procedimentales y de competencia, respetado los principios de la contratación, y que, no existiendo un error material, la valoración se ajusta a los cánones de la discrecionalidad técnica y existe motivación adecuada y suficiente.

<sup>83</sup> J.L. PIÑAR MAÑAS, "El sistema de garantías...", cit., p. 784; y BAÑO LEÓN, "El contencioso -precontractual", cit., p. 358.

<sup>84</sup> Un ejemplo lo encontramos en el Acuerdo 11/2011, de 7 de julio 2011, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón se ha impuesto aun licitador multa de 1000€: "...de forma indebida, ha ocultado ese dato en la justificación del recurso, acompañando como única documentación un segundo fax, conociendo de la existencia del primero, pretendiendo así ocultar su clara falta de diligencia en la organización empresarial. Esta pretensión, amén del reproche que desde una ética empresarial merece, implica una clara deslealtad y abuso del principio de buena fe, exigible a todas las partes en un procedimiento de licitación, por lo que este Tribunal aprecia una evidente mala fe en la interposición del recurso, acordando por ello, en atención a lo dispuesto en el artículo 317.5 LCSP, la imposición de una multa a la recurrente de 1.000 euros, por cuanto se entiende que hay una clara intención de confundir al Tribunal con

La función de los órganos de control de los contratos públicos es la de control del procedimiento de licitación, pudiendo pronunciarse sobre la anulación de las decisiones ilegales adoptadas durante el procedimiento de adjudicación, incluyendo la supresión de las características técnicas, económicas o financieras discriminatorias contenidas en el anuncio de licitación, anuncio indicativo, pliegos, condiciones reguladoras del contrato o cualquier otro documento relacionado con la licitación o adjudicación, así como, si procede, sobre la retroacción de actuaciones. Y, con la nueva regulación comunitaria, también de las cuestiones que puedan esconder actuaciones que afecten al procedimiento de licitación, como los modificados, convenios que sean contratos públicos o encargos a entes instrumentales si no se cumplen los requisitos para tener la consideración de medio propio. En todo caso, su función es exclusivamente de control del cumplimiento de los principios y trámites legales, de tal manera que no es posible la sustitución del juicio técnico del que valora los distintos criterios de adjudicación, en tanto se cumplan las formalidades jurídicas, exista motivación y la misma resulta racional y razonable<sup>85</sup>. En definitiva, corresponde a este Tribunal comprobar si se han seguido los trámites procedimentales y de competencia, respetado los principios de la contratación, y que, no existiendo un error material, la valoración se ajusta a los cánones de la discrecionalidad técnica y existe motivación adecuada y suficiente. Si de ello deriva que la adjudicación se realice a favor de otro licitador, se concederá al órgano de contratación un plazo un plazo de diez días hábiles para que requiera al licitador seleccionado para que se presente la documentación pertinente para la adjudicación del contrato (art. 47.2 TRLCSP).

En este punto interesa recordar la doctrina que sobre discrecionalidad (valoración técnica), como límite del control, ha dictado el Tribunal Supremo y que se recoge en el Acuerdo del TACPA núm. 98/2015, de 15 de noviembre (la doctrina de los órganos de recursos contractuales debe respetar los progresos jurisprudenciales tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo):

*“En este punto es necesario traer a colación la doctrina mas reciente del Tribunal Supremo en relación con el alcance de la denominada discrecionalidad técnica, en la que se ha llegado a afirmar que en procesos selectivos de personal —prototipo de la discrecionalidad técnica— la valoración de los méritos y capacidad de un opositor ya no es campo vedado a los Tribunales de Justicia, ni la opinión del órgano calificador goza de la presunción de infalibilidad (STS 31 de julio de 2014 en los Recursos de casación 2001/2013). Sobre esta cuestión resulta paradigmática la Sentencia de 24 de septiembre de 2014 (Recurso Casación 1375/2013), pues da cuenta de la evolución jurisprudencial del alto Tribunal en esta materia y fija las condiciones y límites de la discrecionalidad técnica —doctrina que se asume también en la STS de 16 de Diciembre de 2014 (Recurso de casación 3157/2013)—. Interesa recordar lo que allí se dice:*

*«QUINTO.- Para resolver el segundo motivo en que se engarza "discrecionalidad técnica" y "motivación" resulta oportuno reproducir el FJ 4º de la Sentencia de esta Sala y Sección de 4 de junio de 2014 (RJ 2014,*

---

los datos aportados, produciendo retrasos en la tramitación del contrato con los correspondientes perjuicios a la entidad licitadora”.

<sup>85</sup> Acuerdo TACPA 13/2011, de 14 de julio.

3380), recurso de casación 376/2013, pronunciada también en un marco de concurrencia competitiva, no como aquí de gestión de servicios públicos, sino de acceso a la función pública, mas que ilustra la evolución de la doctrina al respecto. "El debido análisis de lo suscitado en los motivos de impugnación suscitados en la demanda formalizada en la instancia aconseja recordar, con carácter previo, la jurisprudencia sobre el significado y ámbito que ha de reconocerse a la llamada doctrina de la discrecionalidad técnica, y sobre las posibilidades que ofrece el control jurisdiccional frente a los actos de calificación especializada en los que se proyecta dicha doctrina, en especial en lo referente al nivel de motivación que les es exigible.

Esa jurisprudencia, procedente de este Tribunal Supremo (TS) y del Tribunal Constitucional (TC), está caracterizada por el permanente esfuerzo de ampliar al máximo y perfeccionar el control jurisdiccional previsto constitucionalmente frente a toda actuación administrativa (artículo 106.1 CE (RCL 1978, 2836)), y sus líneas maestras e hitos evolutivos se pueden resumir en lo que sigue:

1.- La legitimidad de lo que doctrinalmente se conoce como discrecionalidad técnica fue objeto de reconocimiento por la STC 39/1983, de 16 de mayo SIC (RTC 1983, 39), que justificó y explicó su alcance respecto al control jurisdiccional con esta declaración:

"Pero no puede olvidarse tampoco que ese control puede encontrar en algunos casos límites determinados. Así ocurre en cuestiones que han de resolverse por un juicio fundado en elementos de carácter exclusivamente técnico, que sólo puede ser formulado por un órgano especializado de la Administración y que en sí mismo escapa por su propia naturaleza al control jurídico, que es el único que pueden ejercer los órganos jurisdiccionales, y que, naturalmente, deberán ejercerlo en la medida en que el juicio afecte al marco legal en que se encuadra, es decir, sobre las cuestiones de legalidad, (...)".

2.- La jurisprudencia inicial de esta Sala, desde el mismo momento del reconocimiento de esa discrecionalidad técnica, ya se preocupó en señalar unos límites para la misma, que vinieron a consistir en la aplicación también a ella de las técnicas de control que significan los elementos reglados, los hechos determinantes y los principios generales del derecho. Así lo hizo la STS de 5 de octubre de 1989 (RJ 1989, 6848), que se expresa así:

"Los órganos administrativos a quienes corresponde la valoración de las pruebas de acceso a la función pública gozan de un cierto margen de discrecionalidad en la apreciación de las pruebas, que incluso merece la calificación de técnica no revisable jurisdiccionalmente en lo que se refiere a los juicios que la Administración emita acerca de la apreciación de los méritos aportados o ejercicios realizados, pero ello no excluye el que los Tribunales puedan controlar la concurrencia de los límites generales jurídicamente impuestos a la actividad discrecional no técnica de la Administración que se refieren a la competencia del órgano, procedimiento, hechos determinantes, adecuación al fin perseguido y al juego de los principios generales del

derecho, entre los que, en estos casos, cobran especial interés los de mérito y capacidad expresamente señalados al efecto por el artículo 103 CE (RCL 1978, 2836 ).

3.- La evolución jurisprudencial posterior, en aras de perfeccionar el control jurisdiccional y definir los espacios donde este control puede operar con normalidad, completó y aclaró esos límites inicialmente enunciados mediante la distinción, dentro de la actuación de valoración técnica, entre el "núcleo material de la decisión" y sus "aledaños" .

El primero estaría representado por el estricto dictamen o juicio de valor técnico, y los segundos (los aledaños) comprenderían, de un lado, las actividades preparatorias o instrumentales que rodean a ese estricto juicio técnico para hacerlo posible y, de otro, las pautas jurídicas que también son exigibles a dichas actividades.

Esas actividades preparatorias o instrumentales serían las encaminadas a delimitar la materia que vaya a ser objeto de ese juicio técnico, a fijar los criterios de calificación que vayan a ser utilizados y a aplicar individualizadamente dichos criterios a cada uno de los elementos materiales que constituyan el objeto de la valoración; esto es, serían los pasos que resultan necesarios para llegar a la estimación cualitativa finalmente contenida en el estricto juicio técnico.

Y esas pautas jurídicas estarían encarnadas por el derecho a la igualdad de condiciones que asiste a todos los aspirantes, por la necesidad de que el criterio de calificación responda a los principios de mérito y capacidad y por el obligado cumplimiento también del mandato constitucional de interdicción de la arbitrariedad.

La anterior distinción está presente en la STC 215/1991, de 14 de noviembre SIC (RTC 1991, 215), como también en numerosas sentencias de esta Sala (entre otras, en las SSTs de 28 de enero de 1992, recurso 17267/1990 SIC (RJ 1992, 110) ; de 11 de diciembre de 1995 (RJ 1995, 9595) recurso 13272/1991; 15 de enero de 1996 (RJ 1996, 354) , recurso 7895/1991; y 1 de julio de 1996 (RJ 1996, 5588), recurso 7904/1990).

4.- Un punto más en esa línea evolutiva de la jurisprudencia lo representa la necesidad de motivar el juicio técnico.

Como ya se ha puesto de manifiesto, uno de los aledaños de ese juicio técnico está representado por la obligación de cumplir el mandato constitucional (artículo 9.3 CE) de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos y, en el criterio de este Tribunal Supremo, ese cumplimiento conlleva la necesidad de motivar el juicio cuando así sea solicitado por algún aspirante o cuando sea objeto de impugnación.

Así se expresa STS de 10 de mayo de 2007 (RJ 2007, 5833), recurso 545/2002 :

"(...) Tiene razón el recurso de casación en que la sentencia de instancia no enjuició correctamente la cuestión de fondo que le fue suscitada y en la infracción del artículo 24 de la Constitución (RCL 1978, 2836) que

con ese argumento se denuncia.

La doctrina de la discrecionalidad técnica con que la Sala de Zaragoza justifica principalmente su pronunciamiento no ha sido correctamente aplicada; y no lo ha sido porque, en relación a la actuación administrativa para la que se ha hecho esa aplicación, no se ha observado el límite constitucional de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos ( artículo 9.3 CE ).

Como es bien sabido, dicha discrecionalidad técnica significa, por un lado, respetar las valoraciones de esa índole que hayan sido realizadas por los órganos cualificados por la posesión del correspondiente saber especializado y, por otro, admitir el margen de polémica o discrepancia que sobre determinadas cuestiones venga siendo tolerado en el concreto sector de conocimientos técnicos de que se trate.

Pero una cosa es el núcleo del juicio técnico sobre el que opera esa clase de discrecionalidad y otra diferente la obligación de explicar las razones de ese juicio técnico cuando expresamente hayan sido demandadas o cuando se haya planteado la revisión de la calificación que exteriorice ese juicio técnico. Esto último queda fuera del ámbito propio del llamado juicio de discrecionalidad técnica, ya que, ante la expresa petición de que dicho juicio sea explicado o ante su revisión, la constitucional prohibición de arbitrariedad hace intolerable el silencio sobre las razones que hayan conducido a emitir el concreto juicio de que se trate".

5.- La fase final de la evolución jurisprudencial la constituye la definición de cual debe ser el contenido de la motivación para que, cuando sea exigible, pueda ser considerada válidamente realizada.

Y a este respecto se ha declarado que ese contenido debe cumplir al menos estas principales exigencias: (a) expresar el material o las fuentes de información sobre las que va a operar el juicio técnico; (b) consignar los criterios de valoración cualitativa que se utilizarán para emitir el juicio técnico; y (c) expresar por qué la aplicación de esos criterios conduce al resultado individualizado que otorga la preferencia a un candidato frente a los demás.

Son exponente de este último criterio jurisprudencial los pronunciamientos de este Tribunal Supremo sobre nombramientos de altos cargos jurisdiccionales (STS de 27 de noviembre de 2007 (RJ 2008, 794) , recurso 407/2006), sobre concursos de personal docente universitario (STS de 19 de mayo de 2008, recurso 4049/2004), sobre convocatorias del Consejo General del Poder Judicial para puestos en sus órganos técnicos (STS de 10 de octubre de 2007 (RJ 2007, 7051) , recurso 337/2004); o sobre procesos selectivos en las distintas Administraciones Públicas (STS de 18 de diciembre de 2013 (RJ 2013, 8214) , casación 3760/2012 )".

SEXTO.- En línea con la doctrina precitada resulta conforme a nuestra jurisprudencia la conclusión de la Sala de instancia acerca de que, independientemente de que las Bases no especifiquen la necesidad de desglosar los distintos apartados si lo exige el principio general de la motivación, art. 54.2 LRJAPAC (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246), y

los principios generales de la propia normativa sobre contratos públicos reflejada en la sentencia cuya.

*Debemos resaltar que, además de los tradicionales principios de transparencia, concurrencia y publicidad ínsitos a nuestro sistema de contratación pública, las sucesivas modificaciones legislativas (al amparo de diversas Directivas) hacen también hincapié en la necesaria motivación en la adjudicación de los contratos».*

Esta Sentencia (cuya doctrina ya se ha aplicado, por ejemplo, por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en su Sentencia 187/2015, de 11 de marzo) establece nuevas reglas para abordar el control de la denominada discrecionalidad técnica, que no puede ser confundida con los aspectos de carácter técnico o de valoración técnica. Se debe recordar que la discrecionalidad técnica y su presunción de certeza y de razonabilidad se justifica en la especialización e imparcialidad de los órganos seleccionadores (como advierte la STC 34/1995, de 6 de febrero), sin que se pueda extender sus efectos más allá de estos límites. Como ha recordado el Tribunal Supremo en las citadas sentencias, discrecionalidad técnica significa, por un lado, respetar las valoraciones de esa índole que hayan sido realizadas por los órganos cualificados por la posesión del correspondiente saber especializado y, por otro, admitir el margen de polémica o discrepancia que sobre determinadas cuestiones venga siendo tolerado en el concreto sector de conocimientos técnicos de que se trate. No existe, por ello, en el informe técnico, discrecionalidad técnica, sino conocimiento técnico propio de la pericia profesional. Y ese conocimiento técnico, aun cuando fuera cualificado, no implica la existencia de presunción de acierto *iuris tantum*.

En todo caso, un límite infranqueable a la discrecionalidad técnica es que con la misma no se quiebren los principios de igualdad de trato y de transparencia. El TACPA, en el Acuerdo 23/2011 de 3 de octubre, advirtió que *«La discrecionalidad técnica no puede servir, amparar, ni ocultar, una contratación directa en clara vulneración de los principios de concurrencia y eficiencia en la gestión de los fondos públicos, amén de resultar ajena a lo que es una actuación conforme al derecho a una buena administración»*. Por ello, como ya se dijo en nuestro Acuerdo 34/2013, los informes de valoración han de contener las razones por las que determinadas condiciones de los criterios de adjudicación son tomadas en consideración o no se aceptan y valoran, pues lo contrario no puede ser admitido resultando imposible de revisar. Exigencia de explicación todavía más necesaria cuando el criterio de valoración se comporta, al exigir un umbral mínimo de puntuación, como criterio de exclusión.

Indica la STS de 24 de septiembre citada, que el Informe técnico debe cumplir con las siguientes exigencias:

- a) expresar el material o las fuentes de información sobre las que va a operar el juicio técnico;
- b) consignar los criterios de valoración cualitativa que se utilizarán para emitir el juicio técnico y;
- c) expresar por qué la aplicación de esos criterios conduce al resultado individualizado que otorga la preferencia a un candidato frente a los demás.

Es decir, debe documentarse cómo, por quién y cuándo se realiza la valoración técnica del criterio, pues sin estas explicaciones no existe presunción de acierto sobre la valoración técnica.

La actividad discrecional de la Administración no ha de ser caprichosa, ni arbitraria, ni ser utilizada para producir una desviación de poder, sino, antes al contrario, ha de fundarse en una situación fáctica probada, valorada a través de informes previos que la norma jurídica de aplicación determine, e interpretados y valorados dentro de la racionalidad del fin que aquélla persigue.

Si no se cumplen esos cánones, los Tribunales de Justicia, así como los órganos de recursos contractuales, pueden entrar a controlar la legalidad de la actuación administrativa y el sometimiento de esa actuación a los fines que la justifican, que no son otros que los del interés general (ex artículo 106.1 CE). Lo contrario, bajo la presunción de acierto de esa discrecionalidad técnica, puede conducir a la generación de espacios administrativos inmunes al control, lo que quiebra los más elementales principios de tutela efectiva en un Estado de Derecho.

Desde esta perspectiva jurídica debe ser analizada la cuestión objeto de recurso, pues este Tribunal administrativo no puede ser ajeno a los nuevos criterios jurisprudenciales del Tribunal Supremo”.

## IV.- PRINCIPAL DOCTRINA DE LOS ÓRGANOS DE RECURSOS CONTRACTUALES -EN ESPECIAL DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PUBLICOS DE ARAGON (TACPA). ENSEÑANZAS PRACTICAS

Tras cinco años de funcionamiento existe ya una doctrina administrativa consolidada de estos órganos de recursos contractuales, que refuerza la función de mejora en las actuaciones de las Administraciones Públicas. Una doctrina que resulta bastante uniforme -aun con ciertas discrepancias- que se justifica con la coordinación real que existe entre estos órganos<sup>86</sup>. Esta doctrina, junto con la del TJUE, esta permitiendo una “codificación” de la contratación pública<sup>87</sup>. De hecho, esta doctrina es la que permite, principalmente, validar la independencia del control que se efectúa por estos órganos de recursos contractuales. De ahí la exigencia –como ineludible a esa nota de independencia- de publicar las resoluciones. Práctica que realizan la mayoría de los órganos de recursos contractuales y que complementan como Memorias anuales de actividades y selección de la principal doctrina.

Este carácter de “órgano jurisdiccional” aconseja exponer su principal doctrina (una selección) en relación con distintos aspectos, formales y sustantivos de la contratación, pues son complemento necesario de la “arquitectura institucional” del propio recurso especial. Doctrina que, por ese “valor” se proyecta sobre cualquier tipo de contrato público, con indiferencia del importe<sup>88</sup>.

### 1.- Causas de inadmisión y cómputo de plazos.

---

<sup>86</sup> El resultado de las reuniones y acuerdos se puede consultar en [www.obcp.es](http://www.obcp.es). En concreto, la segunda reunión celebrada en Sevilla en 2013: <http://www.obcp.es/index.php/mod.noticias/mem.detalle/id.542/recategoria.118/reلمenu.2/chk.a9ec2b6701d083fbafa009d2a42d9654>. Resulta de interés la opinión de J. C Romar Villar, “Diferencias en la doctrina de los tribunales administrativos de recursos contractuales, en relación al recurso especial en materia de contratación”, en [obcp.es](http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.132/reلمenu.3/chk.77a16fe6a7172a34370e0ca59255b6d7) (<http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.132/reلمenu.3/chk.77a16fe6a7172a34370e0ca59255b6d7>)

<sup>87</sup> Me remito en extenso a mi trabajo “La “codificación” de la contratación pública mediante el derecho pretoriano derivado de la jurisprudencia del TJUE”, REDA núm. 172, 2015, pp. 81-122. En un una materia tan sensible y a la vez tan cambiante, existe una importante “fuente de derecho”, ya que la jurisprudencia del TJUE de la Unión Europea ha conformado un sólido y coherente derecho pretoriano, que sirve de fuente interpretativa y que limita aquellas opciones que puedan contravenir las reglas de la Unión Europea (En relación con el impacto de la jurisprudencia en el proceso de creación de las reglas sobre contratación pública, vid. COZZIO M., «La función de la jurisprudencia en el proceso de europeización de las reglas de contratación pública», en Gimeno Feliu (Dir.), Observatorio de Contratos Públicos 2012, Civitas, 2013). No en vano, como bien ha advertido C. CHINCHILLA MARIN, los conceptos “comunitarios” deben ser interpretados de conformidad con la doctrina fijada por el TJUE. “La jurisprudencia del TJUE sobre contratos públicos (I). Ámbito subjetivo y objetivo de aplicación de las Directivas”, en la obra colectiva *El Derecho de los contratos públicos en la Unión Europea y sus Estados miembros*, Lex Nova, Valladolid, 2011, pp. 33-79

<sup>88</sup> Una selección de las principales resoluciones de estos órganos de recursos contractuales puede consultarse en la sección Monitor del Observatorio de Contratación Pública (<http://www.obcp.es/index.php/mod.noticias/mem.listadoM/recategoria.203/reلمenu.47/reلمenu2./chk.ec4e8e52e586d1f476aab571573574a1>), de las que fue inicialmente responsable J. Vazquez Matilla, y desde septiembre de 2015, M. A. Sanmartin Mora. La “preferencia” en la doctrina del TACPA se explica por mi condición de Presidente de dicho Tribunal administrativo.

La **interposición del recurso** transcurrido el plazo previsto para ello es causa determinante de la inadmisión del recurso (Resoluciones Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad de Madrid números 5/2011 y 10/2011). Igualmente, en lo relativo a las causas de inadmisión, el TACPA ha recordado que una de las especialidades del recurso especial, para garantizar la rápida tramitación de cara al cumplimiento de las prestaciones del contrato objeto de recurso, es que el mismo debe interponerse en el plazo de quince días hábiles y depositarse, o en el Registro del órgano de contratación, o en el del órgano competente para su resolución, de conformidad con lo exigido por el artículo 314.3 LCSP «*La presentación del escrito de interposición deberá hacerse necesariamente en el registro del órgano de contratación o en el del órgano competente para la resolución del recurso*». La fecha de entrada en cualquiera de ellos determina el cumplimiento de la obligación de presentación en plazo, sin que proceda la aplicación de la previsión del artículo 38.4 c) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, respecto de la presentación por los ciudadanos de documentos dirigidos a las Administraciones Públicas en las oficinas de Correos (Acuerdo 12/2011, de 12 de julio). Así, en el Acuerdo 21/2011, de 24 de agosto concluye que “De la documentación presentada, y de la propia afirmación de la recurrente en su escrito de recurso, se constata que con fecha 21 de julio de 2011 le fue notificado el acuerdo de exclusión adoptado por la Mesa de contratación, que el recurso tiene fecha de entrada en el registro del Tribunal el día 10 de agosto de 2011, siendo el *dies ad quem* el día 8 de agosto, por lo que este recurso es extemporáneo. Ciertamente es que se presentó en una oficina de correos el día 5 de agosto, pero esa fecha —frente a la regla general de los procedimientos administrativos contenida en el artículo 38.4 c) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que regula la presentación por los ciudadanos de documentos dirigidos a las Administraciones Públicas en las oficinas de Correos— no computa en este procedimiento, de carácter especial, por su propia naturaleza, debiendo estar necesariamente a la fecha de 8 de agosto de 2011”. Así, en tanto la entrada en el registro del órgano de contratación o del Tribunal supere el plazo de los quince días, debe declararse la extemporaneidad del recurso (como se advierte en la Resolución 124/2013, del órgano de Recursos contractuales del País Vasco). Esto no significa que no pueda interponerse en una oficina de correos (como se afirma en el Acuerdo 3/2011, resulta aplicable el principio «*pro actione*», y la obligación y la responsabilidad de asegurar el respeto del contenido esencial de ese derecho corresponde, siempre, al Tribunal, como lógica consecuencia de la aplicación de los principios de proporcionalidad y de seguridad jurídica), sino que el plazo a tener en cuenta será el de entrada en el registro específico, porque el derecho al ejercicio de la acción de recurrir<sup>89</sup>.

Un aspecto de interés es el relativo al **sistema del cómputo del plazo**. La

---

<sup>89</sup> Igualmente, si a pesar de haber presentado el recurso en un lugar distinto a los indicados por el art. 44.3 TRLCSP, el recurso tuviese entrada en el registro del órgano de contratación o en el del órgano competente para la resolución del recurso antes de que finalizara el plazo para su interposición, no procedería su inadmisión (Resolución del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad de Madrid núm. 63/2011).

cuestión ha sido objeto de tratamiento por el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad de Madrid en un par de Resoluciones (28/2011 y 41/2011), concluyendo la corrección y compatibilidad de tal previsión con el Derecho europeo de contratos públicos. Así, señala el Tribunal de la Comunidad de Madrid «...Con carácter general para la determinación del día inicial del cómputo del plazo para el ejercicio de cualquier recurso o acción frente a las administraciones públicas, rige el principio de la *actio nata*, lo que implica el conocimiento del contenido del acto a recurrir. Dicho conocimiento se presume posible en todo caso cuando se trate de actos objeto de publicación, cuando la misma se produce, pero en el caso de actos dirigidos a sus destinatarios, tal momento se sitúa con carácter general en la recepción de la correspondiente notificación. Esto tiene su interés en los supuestos de impugnación de pliegos. La doctrina administrativa dictada ha interpretado de forma favorable este plazo. La recuerda el Acuerdo 36/2012, de 21 de agosto de 2012, del TACPA:

“En cuanto al plazo de interposición del recurso, cuando se impugnan pliegos, el Acuerdo 19/2011 de 11 de agosto de 2011, de este Tribunal, tiene sentado que cuando el acceso a los pliegos, como ocurre el presente recurso, se facilite por medios electrónicos, concretamente a través del perfil de contratante, y no conste que se haya hecho notificación expresa al recurrente (en cuyo caso el plazo de 15 días hábiles comenzará a contar desde el día hábil siguiente a este momento), debe entenderse, como considera el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante TACRC), *«que el plazo de interposición del recurso no puede comenzar a computarse sino a partir de la fecha en que concluye el de presentación de las proposiciones por parte de los licitadores, y ello porque cuando el artículo 314.2, letra a) [artículo 44 TRLCSP] se refiere a la cuestión lo hace mencionando el artículo 142 de la LCSP [artículo 158 TRLCSP], el cual se refiere a la obligación que incumbe a los órganos de contratación de suministrar los pliegos y demás documentación complementaria a quienes lo solicitaran, pero sin hacer mención alguna al supuesto contrario. En concreto el citado precepto establece que «cuando no se haya facilitado acceso por medios electrónicos, informáticos o telemáticos a los pliegos y a cualquier documentación complementaria, éstos se enviarán a los interesados en un plazo de seis días a partir de la recepción de una solicitud en tal sentido, siempre y cuando la misma se haya presentado, antes de que expire el plazo de presentación de las ofertas». La aplicación de este precepto en relación con el 314.2 [artículo 44 TRLCSP] nos llevaría a entender que el plazo para interponer el recurso cuando el pliego no se haya facilitado por medios electrónicos comenzará a partir de la fecha en que se hayan recibido éstos por el interesado que los solicitó, fecha que muy bien puede coincidir o incluso ser posterior a la de finalización del plazo de presentación de las proposiciones. Precisamente por ello, debe entenderse con respecto a aquellos supuestos en que los pliegos y demás documentación complementaria se haya puesto a disposición de los posibles licitadores a través del perfil de contratante debe aplicarse analógicamente el citado precepto».*

Y concluye el TACRC en la resolución antes mencionada, cuya

argumentación comparte este Tribunal, que «ante la imposibilidad de acreditar de forma fehaciente el momento a partir del cual los licitadores o candidatos han obtenido los pliegos cuando a éstos se acceda por medios electrónicos, la única solución, entiende este Tribunal, es considerar como fecha a partir de la cuál comienza a computarse el plazo para recurrir los pliegos el día hábil siguiente a la fecha límite de presentación de las proposiciones, momento a partir del cual ya no podrá alegarse desconocimiento del contenido de los pliegos».”.

Interesa destacar también la **doctrina no formalista y favor actionis** en relación a la impugnación de pliegos. Si el acceso a los pliegos se facilita por medios electrónicos, concretamente a través del perfil de contratante, y no consta que se haya hecho notificación expresa a la recurrente (en cuyo caso el plazo de 15 días hábiles comenzará a contar desde el día hábil siguiente a este momento), debe entenderse, «que el plazo de interposición del recurso no puede comenzar a computarse sino a partir de la fecha en que concluye el de presentación de las proposiciones por parte de los licitadores...Ante la imposibilidad de acreditar de forma fehaciente el momento a partir del cual los licitadores o candidatos han obtenido los pliegos cuando a éstos se acceda por medios electrónicos, la única solución es considerar como fecha a partir de la cuál comienza a computarse el plazo para recurrir los pliegos el día hábil siguiente a la fecha límite de presentación de las proposiciones, momento a partir del cual ya no podrá alegarse desconocimiento del contenido de los pliegos». En este sentido se pronunciaban, unánimemente como decíamos, las Resoluciones Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales núms. 27/2011, 228/2011 329/2011, 231/2011, 232/2011, 261/2011, 277/2011, 290/2011 y 336/2011, los Acuerdos Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón núms. 19/2011, 25/2011 y 30/2011, y las Resoluciones Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad de Madrid núms. 1/2011, 4/2011, 38/2011, 40/2011, 55/2011, 66/2011, 73/2011 y 89/2011. Sin embargo, la Sentencia de la Audiencia Nacional Nacional de 30 de octubre de 2013, dictada en el recurso 264/2011 del TACRC ha obligado a replantear la cuestión y existen dos interpretaciones. Por un lado, la fijada por esta Sentencia, que limita el plazo a quince días desde su publicación, que obliga a cambiar el criterio del TACRC (Resolución 534/2013, de 22 de noviembre y en la Memoria del citado Tribunal Central del ejercicio 2013)<sup>90</sup>.

Por otro lado, la mantenida inicialmente. El Acuerdo del TACPA 66/2014, de 10 de noviembre, (con voto particular) que se confirma en el Acuerdo 67/2014, de 10 de noviembre, justifica el mantenimiento del criterio de que el plazo para la impugnación de pliegos se inicia acabado el plazo de presentación de ofertas. El argumento es el siguiente:

*«Cuando se impugnan pliegos, dispone el artículo 44.2.a) TRLCSP que el plazo de impugnación es de quince días hábiles contados a partir del*

---

<sup>90</sup> En la misma línea, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, que adaptó en este sentido su «Guía informativa sobre regulación del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid y procedimientos seguidos ante el mismo» por Resolución 2/2013, de 4 de diciembre, y que desde entonces mantiene este criterio (entre otras, Resolución 80/2014, de 14 de mayo); y el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León (entre otras, Resolución 30/2014, de 20 de marzo).

siguiente a aquel en que los mismos hayan sido recibidos o puestos a disposición de los licitadores o candidatos para su conocimiento conforme se dispone en el artículo 158 de esta Ley.

El artículo 158 TRLCSP establece que “cuando no se haya facilitado el acceso por medios electrónicos, informáticos o telemáticos a los pliegos y a cualquier documentación complementaria, éstos se enviarán a los interesados en un plazo de seis días a partir de la recepción de una solicitud en tal sentido, siempre y cuando la misma se haya presentado, antes de que expire el plazo de presentación de las ofertas”.

Ciertamente se trata de un precepto que genera cierta confusión. Este Tribunal entendió desde un inicio que procedía una interpretación de esta regulación que garantizase el mayor efecto útil de la Directiva 2007/66, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007, por la que se modifican las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE del Consejo, en lo que respecta a la mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos. Por ello, ante la indeterminación del momento en que los pliegos «han sido recibidos o puestos a disposición de los licitadores o candidatos para su conocimiento», se acordó aplicar el criterio interpretativo por el que se entendía que el día a quo se produce cuando se acredita que se tuvo conocimiento de los pliegos, o desde el día final de plazo de presentación de proposiciones, cuando no se pueda conocer tal día.

Este Tribunal es conocedor de la Sentencia de la Sección Sexta de la Audiencia Nacional de 30 de octubre de 2013, dictada en el recurso 264/2011 del TACRC, en la que se afirma que: «(...) no puede sostenerse jurídicamente el criterio que el TACRC mantiene de que cuando el acto recurrido sean los pliegos y su puesta a disposición haya tenido lugar por medios electrónicos, informáticos y telemáticos, o bien no se pueda determinar fehacientemente la fecha de puesta a disposición de los pliegos, debe computarse dicho plazo por razones de seguridad jurídica a partir de la fecha límite de presentación de las proposiciones». Esta interpretación de la Audiencia Nacional —que todavía no es jurisprudencia consolidada— explica el cambio de criterio en el TACRC, aceptado y recogido desde su Resolución 534/2013, de 22 de noviembre y en la Memoria del citado Tribunal Central del ejercicio 2013. Tesis igualmente aceptada por el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, y el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León.

Sin embargo, la tesis expuesta en dicha Sentencia, aunque bien argumentada desde una perspectiva formal, no es compartida por este Tribunal administrativo, que mantiene el criterio de sus Acuerdos anteriores. Y ello por los siguientes motivos:

a) En primer lugar, porque, siendo el recurso especial un recurso potestativo, el sistema de cómputo de plazos debe interpretarse en el contexto de la eficacia útil del recurso que exige la Directiva 89/665. Este carácter no preclusivo del recurso especial aconseja una interpretación de las causas de inadmisión, que facilite el control de las posibles ilegalidades, de manera que el

plazo para interponer el recurso inicie su cómputo en la fecha en que el demandante haya tenido o debiera haber tenido conocimiento de tal infracción (STJCE de 28 de enero de 2010, Uniplex, C-406/08, apartados 30 a 32). Desde esta doctrina del TJUE, entender como dies a quo la publicación en el perfil puede suponer una limitación a la efectividad del recurso, que no se puede explicar por la necesaria celeridad del procedimiento de recurso especial, pues, al no tener carácter preclusivo, siempre quedará expedita la vía contencioso-administrativa, con lo que la finalidad de la causa de inadmisión por extemporaneidad queda desnaturalizada. Por ello, una interpretación «amplia» del día de inicio del plazo, en nada perjudica al interés público, más bien al contrario.

b) En segundo lugar, porque los plazos de impugnación deben ser claros y ciertos. La certeza del plazo de impugnación —que es clara y evidente en cuanto a la impugnación de los actos de trámite o de adjudicación de la licitación—, no sólo no existe en el supuesto de la impugnación de los pliegos, sino que se complica al hacer depender la misma de la interpretación de un concepto jurídico indeterminado (el concepto de «puesta a disposición») que admite diferentes lecturas o apreciaciones.

c) En tercer lugar, y en cuanto atañe a este recurso, porque el propio pliego, como podría haber hecho, no aclara la cuestión, al reproducir la cita literal de la Ley —con error en cuantías del recurso y denominación del órgano de control—, y sin mencionar la propia Ley 3/2011 de Aragón. La oscuridad del plazo de impugnación no ha sido resuelta por el pliego y, por ello, puede considerarse que hay una información defectuosa sobre los plazos de impugnación.

Y, dado que la doctrina del Tribunal de Aragón es de directa aplicación y no ha sido ni siquiera cuestionada, debe ser ésta la que sirva de parámetro interpretativo.

Criterio interpretativo que también, con matices, adopta el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (aceptado, lógicamente, por el órgano de recursos contractuales del País Vasco), en su Sentencia número 553/2013, de 28 de octubre, que sostiene —sin que exista tampoco jurisprudencia consolidada— por su parte que: «El plazo de interposición del recurso especial en materia de contratación no comienza a correr, como interpreta la recurrente, en la fecha en que el interesado pudo conocer el contenido del pliego o documento objeto de esa impugnación porque tal solución ad casum no se compadece con las previsiones del artículo 314-2 en relación al artículo 142 de la Ley 30/1997 que no fijan el dies ad quem con referencia a tal eventualidad sino a la fecha en que ciertamente el pliego y los otros documentos contractuales son recibidos por el licitador o puestos a su disposición por medios electrónicos, informáticos o telemáticos, de oficio o a solicitud del interesado presentada antes de que finalice el plazo de presentación de las ofertas, y como en el presente caso no hay constancia de la comunicación de que aquellos documentos hubiesen sido recibidos o puestos a disposición del recurrente por alguno de los medios señalados el plazo de interposición no comenzó a correr sino desde el día siguiente hábil al de vencimiento del plazo

de presentación de las ofertas, según ha interpretado el Órgano competente.

*En conclusión, no es la posibilidad de conocimiento del pliego recurrido sino la recepción o acceso del licitador a dicho documento por alguno de los medios previstos por la norma la que determina por elementales razones de seguridad jurídica el inicio del plazo de interposición del mencionado recurso.*

*La interpretación de la recurrente por lógica que se considere, entiéndase desde la perspectiva de la actio nata consustancial a los plazos -sobre todo civiles- de la prescripción (artículo 1.969 del Código civil) no puede ser aceptada respecto a normas administrativas asentadas en otros criterios de cómputo que atienden como decimos no a la fecha en que interesado pudo conocer motu proprio el documento sino a la fecha en que ciertamente lo recibió o pudo disponer de él por alguno de los medios ad usum -informáticos- señalados por la norma».*

*d) En cuarto lugar, y como argumento adicional para explicar la doctrina «amplia» de este Tribunal, hay que poner de relieve la especialidad y particularidad que supone el plazo de impugnación de pliegos. En la impugnación de pliegos la legitimación activa es más amplia —como se ha justificado en el fundamento de derecho primero de este Acuerdo— y donde una declaración de caducidad del recurso conlleva la imposibilidad de cuestionar en otro momento procedimental —salvo vicio de nulidad— cualquier motivo de invalidez por aplicación del principio según el cual el pliego, por consentido, es firme y lexcontractus.*

*En definitiva, una interpretación restrictiva laminaría de hecho los casos de legitimación activa de interesados que representan intereses colectivos —Asociaciones empresariales, Colegios profesionales, sindicatos, etc. — lo que condicionaría una de las propias esencias del recurso especial, que descansa en la idea de garantizar de forma efectiva el derecho a una buena administración.*

*En conclusión, este Tribunal administrativo, a expensas de la reforma o modificación del TRLCSP, o de una jurisprudencia que consolide una u otra interpretación de la Ley, considera conveniente mantener la doctrina relativa a que el plazo de quince días de impugnación de pliegos debe ser interpretado de conformidad a la doctrina del TJUE, lo que implica que el mismo se iniciará cuando efectivamente tenga acceso a los mismo el interesado y, en su defecto, en ausencia de otra previsión legal, desde la finalización del plazo de presentación de proposiciones. Esta interpretación es compatible con la regla de que cualquier interesado, con una diligencia normal, se encuentra en condiciones efectivas de interponer un recurso contra las eventuales infracciones del Derecho de la Unión en materia de contratos públicos, y con la doctrina de la STJUE 11 de octubre de 2007, Lämmerzahl, en la que se indica que «... los plazos de caducidad nacionales y sus condiciones de aplicación no deben, por naturaleza, imposibilitar ni dificultar excesivamente en la práctica el ejercicio de los derechos que el Derecho comunitario confiere, en su caso, al interesado» (apartado 52). En definitiva, que los plazos y su cómputo para interponer recursos en materia de contratación, no deben dificultar la*

*posibilidad de los interesados de recurrir las decisiones y actos impugnables, debiendo realizarse una interpretación de los preceptos aplicables acordes con el principio de seguridad jurídica, de modo que no se reste de eficiencia y transparencia a la actividad de contratación administrativa».*

Así, se mantiene la doctrina original de cómputo de plazos en la impugnación de pliegos, de quince días desde la finalización del plazo de presentación de ofertas. Criterio admisible conforme a la redacción del artículo 18 del RD 814/2015, ya citado.

## **2.- El concepto amplio de legitimación.**

La STJUE de 21 de octubre de 2010, *Asunto C-570/089*, señala en este sentido que la Directiva 89/665 asegura el derecho de recurso como mínimo a todas las personas definidas por dicha norma (pues están al servicio de los licitadores y no de las Administraciones contratantes), pero, en virtud del citado principio de autonomía procesal, nada impide que los Estados incluyan a los poderes adjudicadores en el círculo de personas legitimadas para interponer dicho recurso en el caso de que las decisiones de tales poderes sean anulados por órganos de base no jurisdiccional, como es el caso de España.

En el recurso especial **se ha venido admitiendo un concepto amplio de legitimación, muy vinculado al concepto de buena administración** (Acuerdo del TACPA 44/2012)<sup>91</sup>. Así, haciéndose eco de la doctrina del Tribunal Constitucional —STC (Sala Primera), núm. 119/2008, de 13 octubre, y STC 38/2010, de 19 de junio—, el Acuerdo 36/2012, de 21 de agosto y 38 /2012, de 10 de septiembre, el TACPA ha avalado un concepto amplio de legitimación, conforme al cual hay que reconocer la legitimación de la recurrente<sup>92</sup>. El Acuerdo 66/2014, de 10 de noviembre, del TACPA recuerda que:

*«Conforme a la doctrina ya consolidada por este Tribunal administrativo en relación a la legitimación activa en los supuestos de interesados que representan intereses colectivos —entre otros, Acuerdo 45/2013, de 2 de septiembre, en relación al Colegio Oficial de Arquitectos de Madrid; Acuerdo 34/2014, de 20 de junio, relativo a la Asociación Plataforma de Empresarios Hosteleros de Aragón; Acuerdo 52/2014, de 11 de septiembre, frente a recurso interpuesto por el Colegio de Ingenieros de Montes; y Acuerdo 58/2014, de 1 de octubre, en relación al Colegio Oficial de Arquitectos de Aragón—, se otorga legitimación a los Colegios Profesionales, para interponer recurso especial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 TRLCSP, que permite recurrir a quienes tengan un interés legítimo distinto al de obtener la adjudicación. El interés que debe presidir el recurso,*

---

<sup>91</sup>Sobre esta cuestión es de interés el estudio de T. CANO CAMPOS, “La legitimación especial en el contencioso-administrativo de la contratación”, *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 37, 2014.

<sup>92</sup> En idéntico sentido: Acuerdo 45/2013, de 2 de septiembre, en relación al Colegio Oficial de Arquitectos de Madrid; el Acuerdo 54/2013, de 23 de septiembre, en relación a la Asociación de Empresas de Mantenimiento Integral y Servicios Energéticos; y el Acuerdo 57/2013, de 7 de octubre, respecto de la Federación de Empresas de Transportes de Mercancías de Zaragoza, respecto de asociaciones o colegios profesionales.

además de la defensa genérica de la legalidad, es el de la defensa de los intereses de los asociados a través de la recurrente, de conformidad con sus Estatutos».

En cuanto a la legitimación de los Sindicatos y Organizaciones representativas de los intereses de los asociados, como los Colegios Profesionales, debe reconocerse dicha legitimación cuando el recurso se fundamenta en la defensa de los intereses de las personas que forman su ámbito de actuación, (trabajadores y colegiados). Lo mismo cabe señalar respecto de personas jurídicas creadas en defensa de los intereses de empresarios, como son las Federaciones o Asociaciones de empresas de determinado sector<sup>93</sup>. En todo caso, como advierte el Acuerdo 67/2014, de 10 de noviembre, no puede otorgarse legitimación para impugnar las cláusulas del PPT, que la recurrente entiende que obligan a la entidad adjudicataria del contrato a asumir unos gastos que están fuera de su objeto, y para lo que alegan la restricción de los derechos básicos de los menores tutelados, cuestión ésta que excede del ámbito de actuación del Colegio Profesional.

Esta legitimación se ha reconocido también a un grupo municipal. Así la Resolución 2/2012, de 18 de enero, del TACP (Madrid), en recurso especial contra una adjudicación, admite esta legitimación argumentando que “Constituyendo los grupos parlamentarios una agrupación de miembros de la Corporación Local sin personalidad jurídica, y desde la óptica del respeto del principio *favor acti*, este Tribunal considera que el Grupo recurrente está legitimado, en tanto en cuanto en última instancia corresponde a los miembros de las corporaciones locales, como representantes de sus ciudadanos, la defensa de los intereses de las mismas, a través del sistema establecido de aprobación de acuerdos.”

Esta tesis fue acogida en el Acuerdo del TACPA 44/2012, de 9 de octubre, que **reconoce la legitimación del concejal por tal condición**<sup>94</sup>.

---

<sup>93</sup> Acuerdos 32/201423 de mayo de 2014 o 41/2015, de 27 de marzo de 2015, del TACPA “Sobre la legitimación del sindicato, conviene recordar que Este Tribunal administrativo, al igual que el resto de órganos de recursos contractuales, viene defendiendo como criterio general, haciéndose eco de la doctrina del Tribunal Constitucional —STC (Sala Primera), núm. 119/2008, de 13 octubre, y STC 38/2010, de 19 de junio—, una interpretación amplia de legitimación activa (por ejemplo, Acuerdos 36/2012, de 21 de agosto, Acuerdo 38/2012, de 10 de septiembre, Acuerdo 45/2013, de 2 de septiembre, Acuerdo 54/2013, de 23 de septiembre, Acuerdo 57/2013, de 7 de octubre, Acuerdo 66/2013, de 15 de noviembre, Acuerdo 79/2013, de 23 de diciembre, y Acuerdo 65/2014, de 4 de noviembre)”. Resolución TACPCM 95/2013, de 28 de junio. “Por tanto, el sindicato como representante de los intereses colectivos de los trabajadores del sector afectado por el contrato, ostenta un interés por que se facilite la información de los trabajadores que debe subrogar la nueva empresa contratista, en caso de ser procedente dicha sucesión conforme a las normas de derecho laboral por lo que cabe reconocerle legitimación activa para la impugnación en relación con este aspecto. También ostenta legitimación respecto del contenido de la cláusula 3.3.3 del PPT cuando establece que la empresa se compromete a no establecer ningún tipo de acuerdo referido a los trabajadores comprendidos en el ámbito del contrato, sin el visto bueno del órgano de contratación, puesto que ello afecta a su esfera de intereses legítimos, al afectar a la negociación colectiva de las condiciones de trabajo del personal.”

<sup>94</sup> Criterio aceptado posteriormente por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en sus Resoluciones 57 y 203/2013, y por el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid en su Resolución 68/2013, de 8 de mayo de 2013. Se mantiene por el TACPA esta doctrina –y voto particular- en los Acuerdos 66/2013, de 15 de noviembre, en relación con un concejal del ayuntamiento de Calatayud y en el Acuerdo

*“el recurrente, en su condición de concejal, tiene legitimación para impugnar mediante recurso especial ex artículo 42 TRLCSP y 63 LBRL los Pliegos que rigen esta licitación, aprobados por un órgano del que no forma parte y, por ello, sobre los que no pudo expresar su voto contrario, en defensa de los intereses que representa, y desde la propia singularidad de un contrato complejo, en el que la configuración del Pliego —fundamentalmente en lo que se refiere al objeto del contrato, sus posibles modificaciones y los criterios de adjudicación—, puede condicionar la posibilidad de que se satisfagan los intereses generales de la ciudad y de los ciudadanos a obtener unos servicios públicos de calidad prestados de forma eficiente”<sup>95</sup>.*

Esta opción, avalada por reiterada doctrina de los órganos de recursos

---

79/2013, de 23 de diciembre, en relación a una concejal del ayuntamiento de Utebo, si bien con el matiz de que, con independencia de que exista legitimación para interponer el recurso, este mecanismo de tutela no debe ser utilizado para trasladar el debate político, que tiene sus propios ámbitos de actuación, a una instancia que debe dedicarse al examen de los actos susceptibles de recurso especial en materia de contratación. Por el contrario, S. DÍEZ SASTRE, ha defendido que “El recurso especial comparte la naturaleza administrativa de los recursos ordinarios regulados en la Ley 30/1992, de alzada y reposición. Pero es un recurso creado para satisfacer unas necesidades específicas: la tutela de los intereses afectados o perjudicados por los procedimientos de contratación. Por esa razón y por su carácter potestativo no es posible entender una extensión de la legitimación al concejal, en su condición de tal, en virtud de la jurisprudencia constitucional. El concejal podría interponer recurso especial en la medida en que acredite un interés legítimo, no de forma privilegiada, con base en el interés en el buen funcionamiento de la Corporación”. “La legitimación del Concejal en el recurso especial en materia de contratación pública. Anuario Aragonés del Gobierno Local 2012. Abril de 2014. pp. 293-322.

<sup>95</sup> Conviene recordar que el concejal, en tal condición, tiene reconocida por el Tribunal Constitucional – SSTC 173/2004, de 18 de octubre, 108/2006, de 3 de abril y 210/2009, de 26 de noviembre, una legitimación amplia para el ejercicio adecuado del «ius officium» del que son titulares, de manera que dicha potestad se pueda ejercer sin trabas ante los órganos judiciales cuando su actuación está dirigida a la satisfacción de las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal a la que representan, como es la de procurar que el ente local adecue su funcionamiento al ordenamiento jurídico. Línea interpretativa que ha sido asumida por el Tribunal Supremo en la sentencia de 23 de Octubre de 2009 (recurso 27/2007), que avala a concejales y diputados para impugnar los actos de los entes locales respectivos sean dictados por los órganos colegiados de que forman parte o por los órganos unipersonales. Idéntica doctrina se contiene en la STS de 10 de mayo de 2012 (recurso 3597/2012) afirmando que existe una legitimación «ex lege», que conviene concretamente, por razón del mandato representativo recibido de sus electores, a los miembros electivos de las correspondientes corporaciones locales para poder impugnar los actos o actuaciones de éstas que contradigan el ordenamiento jurídico, no tratándose de una legitimación basada en un interés abstracto en la legalidad, sino de una legitimación directamente derivada de la condición de representante popular que ostentan los diputados de una Diputación y los concejales de un Ayuntamiento y que se traduce en un interés concreto —inclusive puede hablarse de una obligación— de controlar su correcto funcionamiento, como único medio, a su vez, de conseguir la satisfacción de las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal que, como primera competencia, asigna a los Municipios el artículo 25.1 de la mencionada LBRL, desprendiéndose esa otra fuente o modalidad de título legitimador de una interpretación conjunta de los artículos 20 a) LJCA y 63.1 b) LBRL. Esta tesis ha sido cuestionada por S. DIEZ SASTRE, que defiende – como propone J. Colas en el voto particular a este Acuerdo- una interpretación restrictiva de la legitimación en el recurso especial de contratación de los concejales que exige, en todo caso, acreditar un interés directo. “La legitimación del concejal en el recurso especial en materia de contratación pública”, en Anuario Aragonés del Gobierno Local 2012, Institución Fernando el Católico de la Diputación Provincial de Zaragoza, 2013, pp. 300 a 320.

contractuales, se contempla expresamente el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (entrada en vigor el 25 de octubre de 2015)<sup>96</sup>.

Por último, en cuanto a la legitimación de las Uniones Temporales de Empresarios (UTES), como ha recordado E. HERNAEZ, no es obstáculo para admitir la legitimación activa de una sola de las empresas que la forman, el hecho de que presente el recurso por sí sola, aún en el caso de que hubiera concurrido a la licitación con el compromiso de constituir una UTE o formara parte de una ya constituida<sup>97</sup>. Y ello porque el sentido amplio que el artículo 42 del TRLCSP da al concepto de legitimación, permite entender que siempre que los derechos o intereses legítimos de una entidad resulten afectados por la resolución, incluso aunque sólo lo sean parcialmente, ésta resultará legitimada para interponer el recurso. Además las Uniones Temporales de Empresas carecen de personalidad jurídica, de manera que actúan como una suerte de comunidad de intereses de cara a la licitación pública, por lo que, en principio, cualquiera de sus integrantes podría accionar de forma individual para la defensa de sus intereses. A ello debe sumarse que de acuerdo con la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 mayo 2008 (ROJ: STS 1968/2008.ECLI: ES: TS: 2008:1968), cabría ejercitar cualquier tipo de acciones en beneficio de la comunidad y sin oposición de sus miembros<sup>98</sup>. De esta forma cuando uno de los miembros de una UTE interpone

---

<sup>96</sup> La legitimación no puede ser un obstáculo para analizar la legalidad de un procedimiento contractual, siempre que se acredite un interés directo y no una mera expectativa. El recurso especial debe interpretarse desde la lógica del artículo 24 CE confiere a todas las personas - personas físicas o personas jurídicas- el derecho a acceder a un tribunal (u órgano independiente de control) para interesar la protección de sus derechos e intereses legítimos individuales o colectivos, lo que obliga a interpretar las normas procesales que regulan la atribución de legitimación de forma razonable, en sentido amplio y no restrictivo, con la finalidad de otorgar tutela judicial al administrado y de garantizar la fiscalización del cumplimiento de la legalidad por parte de la Administración (SSTC 28/2005, de 14 de febrero), y 139/2010, de 21 de diciembre). En todo caso, debería avanzarse hacia una legitimación amplia, dado que la verdadera finalidad del control debe ser garantizar el derecho a una buena administración - como recuerda la Directiva 2007/66-. Sobre la legitimación del concejal en el recurso especial, la sentencia del TSJ de Aragón 500/2015, ha recordado que la doctrina del TC es directamente aplicable a este supuesto afirmando que "los razonamientos, que fundamentan la legitimación de los concejales para impugnar en la vía contencioso administrativa los acuerdos municipales en cuya adopción no intervino, sirven igualmente para avalar su legitimación para interponer el recurso especial en materia de contratación previsto en el artículo 40 TRLCSP; sin que su artículo 42, relativo a la legitimación, nos pueda llevar a otra conclusión, precisamente en atención al interés legítimo que ostentan, en los términos establecidos por la doctrina constitucional y jurisprudencial referida; interés -e incluso obligación-, distinto del interés abstracto en la legalidad, de controlar el correcto funcionamiento del Ayuntamiento, como único medio, a su vez, de conseguir la satisfacción de las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal que, como primera competencia, asigna a los Municipios el art. 25.1 LBRL".

<sup>97</sup> E. HERNAEZ SALGUERO, "El control de los contratos mediante recurso especial. características y principal doctrina, obra colectiva (dir. J. M. Gimeno) del Grupo Investigación del CGPJ de 2015, Contratación administrativa, con especial incidencia del derecho europeo.

<sup>98</sup> "Abordando así tan sólo la estricta cuestión sobre la que se pronunció aquella Sala, nuestra jurisprudencia, tanto la dictada en interpretación del artículo 394 del Código Civil (LEG 1889, 27), en la que cabe ver la afirmación constante de que cualquiera de los partícipes puede actuar en juicio cuando lo haga en beneficio de la comunidad y sin oposición de los restantes, como la recaída en asuntos que guardan similitud con el ahora enjuiciado, de la que son muestra, entre otras, las recientes sentencias de fechas 28 de febrero de 2005 (RJ 2005, 3453)

recurso en solitario, no cabe negarle legitimación, dado que en principio actúa para obtener un beneficio propio, cuyas consecuencias alcanzarían al resto de los miembros de la misma, sin perjuicio de que en su condición de interesados lógicamente debe darse audiencia al miembro no recurrente, para que en su caso, pueda oponerse al ejercicio de la acción, por los motivos que considere convenientes<sup>99</sup>.

En definitiva, como bien explica la profesora S. DIEZ, “se trata de una configuración muy amplia de la posibilidad de recurrir exenta de formalidades y centrada en la posible lesión de la posición jurídica-subjetiva del particular o de su esfera de intereses. Además, el TRLCSP no se refiere literalmente a los licitadores sino a cualquier persona física o jurídica cuyos intereses se vean afectados o perjudicados por las decisiones impugnadas...esta supone un necesario abandono de la jurisprudencia más restrictiva en torno a la legitimación en materia contratación”<sup>100</sup>.

Sin embargo, **esta legitimación no se ha extendido a partidos políticos.** Sirva como ejemplo el Acuerdo 28/2015, del TACPA, que niega tal legitimación ya que “es a todas luces evidente, que el recurso especial, no está concebido para garantizar la participación en los debates parlamentarios, en las Cortes de Aragón, a los que los grupos y diputados tengan derecho. Cuestionar la calificación jurídica de un contrato, con el objeto y fin de que sea objeto de debate parlamentario en las Cortes de Aragón, no sólo acredita la falta de legitimación, por inexistencia de interés directo; sino que está fuera del alcance de la competencia objetiva del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón. Y, además, no alcanza a ver este Tribunal, de qué manera, en el supuesto de que asistiera razón al recurrente en la calificación del contrato, una resolución de este Tribunal, garantizaría su intervención en el contrato, tal y como se afirma”<sup>101</sup>.

---

(recurso de casación número 161 de 2002), 11 de julio de 2006 (RJ 2006, 8471) (recurso de casación 410 de 2004) y 13 de marzo de 2007 (RJ 2007, 2570) (recurso de casación 7406 de 2004), conduce a reconocer la legitimación activa que se niega en la sentencia recurrida y, por tanto, a estimar el primero de los motivos de casación que se formulan contra ella. La rotundidad y claridad de la jurisprudencia que acabamos de citar excusa de mayores argumentos; y más aún si la unimos a una doctrina constitucional igual de reiterada y conocida que reclama una interpretación de las normas procesales que regulan las causas de inadmisibilidad que, en lo posible, sea proclive a la mayor efectividad del derecho fundamental a la obtención de tutela judicial y que huya, así o por ello, de toda apreciación de las mismas que pueda calificarse de rigorista, o de excesivamente formalista, o que implique una clara desproporción entre los fines que esas causas preservan y los intereses que sacrifican”.

<sup>99</sup> El Tribunal de Recursos Contractuales de Andalucía, en su Resolución 149/2015, aborda la cuestión derivada del desistimiento de una de ellas.

<sup>100</sup> S. DIEZ, La tutela de los licitadores en la adjudicación de contratos públicos, Marcial Pons, 2012, pp.169-170.

<sup>101</sup> Existe voto particular de J. M. GIMENO FELIU, que entiende que si existe legitimación: “en los casos en que exista una motivación jurídico-política vinculada con el objeto del contrato existirá causa suficiente para determinar la existencia de legitimación. Y es que los aspectos jurídicos-políticos como legitimación *ad causam* se encuentran admitidos en la propia Exposición de Motivos de la Ley Jurisdiccional de 1998, que afirma lo siguiente: «Sobre esta base, que ya se deduce de la Constitución, las novedades de la Ley tienen un carácter esencialmente técnico. Las más significativas se incorporan en los preceptos que regulan la legitimación. En cuanto a la activa, se han reducido a sistema todas las normas generales o especiales que pueden considerarse vigentes y conformes con el criterio elegido. El enunciado de supuestos da idea, en cualquier caso, de la evolución que ha experimentado el Recurso

### 3.- Imposibilidad de recurso administrativo frente a un recurso especial.

No es posible recurrir en vía administrativa lo ya acordado por un órgano de recursos contractuales. Así se indica en el Acuerdo 48/2012, de 2 de noviembre, del TACPA que **la propia lógica del sistema impide que, una vez exista pronunciamiento, la posterior adjudicación «reabra» un nuevo plazo de impugnación por los mismos motivos** del recurso inicial. En el Acuerdo 25/2012, de 11 de julio, se declaró ya lo siguiente:

*«Así, de conformidad con lo establecido en los artículos 42 a 50 TRLCSP, interpuesto el recurso, el Tribunal lo notificará en el mismo día al órgano de contratación —caso de no haberse depositado el recurso en el registro del mismo— con remisión de la copia del escrito de interposición y reclamará el expediente de contratación a la entidad, órgano o servicio que lo hubiese tramitado, quien deberá remitirlo dentro de los dos días hábiles siguientes acompañado del correspondiente informe. Dentro de los cinco días hábiles siguientes a la interposición del recurso, dará traslado del mismo a los restantes interesados, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, y, de forma simultánea a este trámite, decidirá, en plazo de cinco días hábiles, acerca de las medidas cautelares si se hubiese solicitado la adopción de alguna en el escrito de interposición del recurso, o se hubiera procedido a la acumulación prevista en el párrafo tercero del artículo 43.2 LCSP. Este trámite es de indudable interés práctico, pues es aquí donde los interesados, de conformidad con el principio dispositivo que rige en todo recurso, alegan y presentan sus pretensiones, sobre las que, en virtud del principio de congruencia, resolverá el Tribunal. Una vez concluido este trámite, el procedimiento del recurso especial finaliza con la resolución. Y contra la misma solo procederá recurso ante la jurisdicción contencioso-administrativa».*

Por ello, el recurso presentado, en tanto tenga por finalidad cuestionar lo que ya fue —o pudo ser— objeto de tratamiento en el Acuerdo 20/2012 debe ser inadmitido, por cuanto existe ya cosa juzgada en vía administrativa. Y solo será posible, ex artículo 49 TRLCSP, recurso ante la jurisdicción contencioso-

---

Contencioso-Administrativo, hoy en día instrumento útil para una pluralidad de fines: la defensa del interés personal, la de los intereses colectivos y cualesquiera otros legítimos, incluidos los de naturaleza política, mecanismo de control de legalidad de las Administraciones inferiores, instrumento de defensa de su autonomía, cauce para la defensa de derechos y libertades encomendados a ciertas instituciones públicas y para la del interés objetivo de la ley en los supuestos legales de acción popular, entre otros" (negrita nuestra).

Por tanto, las pretensiones jurídico-políticas concretadas y con apoyo normativo (y no las meras declaraciones ideológicas) forman parte, según la ley, del contenido de la actividad jurisdiccional, y, por extensión, del recurso especial. En todo caso, comparto la idea del Acuerdo mayoritario de que no se puede reconocer a partidos una acción pública en defensa de la legalidad, ni desnaturalizar la función del recurso especial con el fin de convertirlo en un foro de discusión política".

administrativa<sup>102</sup>.

Así se declara en el Acuerdo 12/2011, de 12 de julio, del TACPA, al manifestar que tras la existencia de un recurso administrativo especial previo no es posible sino la fiscalización ante la jurisdicción contencioso-administrativa, pues otra «interpretación generaría una clara inseguridad jurídica, al reabrirse un procedimiento ya concluido que cumplió las formalidades jurídicas exigidas, sin que las mismas puedan ser objeto de revisión por este Tribunal».

*“Y es que, insistimos, la propia especialidad de este sistema de recursos impide interpretaciones ajenas a su propia naturaleza y, sobre todo, que se pueda generar una segunda instancia administrativa, como, en la práctica, pretende el recurrente. Criterio que también aplica el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, por ejemplo, en su Resolución 196/2012, de 12 de septiembre.*

*Nada altera este razonamiento, frente a lo que expone el recurrente, el criterio adoptado por el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid en su Resolución 39/2012, de 19 de abril, que admite la legitimación para interponer recurso especial ante una nueva adjudicación, tras la estimación de un recurso especial, por quien fuera inicialmente propuesto como adjudicatario, siempre que no se aprecie del examen de las alegaciones efectuadas en el recurso, que en general las mismas se refieran a cuestiones ya examinadas por el Tribunal, lo que constituiría un fraude procedimental determinante de la inadmisión del recurso.*

*Además, la existencia de recurso contencioso-administrativo interpuesto por DAKO contra el Acuerdo 20/2012 conlleva, por el propio carácter de este recurso, la imposibilidad de que este Tribunal administrativo pueda, en su caso, analizar los motivos que ahora están en conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa.*

*En definitiva, siendo posible un recurso especial en estos supuestos, su objeto, lógicamente, debe ser distinto, y justificarse en las actuaciones posteriores adoptadas en cumplimiento de la resolución del Tribunal administrativo, por el órgano de contratación, sin que puedan ahora alegarse supuestas ilegalidades del procedimiento inicial”.*

*En consecuencia, este Tribunal, en tanto reiteración de un objeto de recurso anterior, no puede variar el Acuerdo inicialmente adoptado, sin que obste, lógicamente, la posibilidad de que se pueda recurrir ante la jurisdicción contencioso-administrativa. El Acuerdo ya adoptado es cosa juzgada formal y por ello no es posible dictar una nueva resolución que*

---

<sup>102</sup> Cuestión distinta es que exista prejudicialidad a favor de la jurisdicción contencioso-administrativa, como sucede en el Acuerdo del TACPA 1/2014, de 13 de enero de 2014, donde, al existir un recurso contencioso afirma que “Existe, pues, una cuestión incidental, a modo de prejudicialidad, que —desde el respeto a la lógica de la arquitectura institucional de la jurisdicción contencioso-administrativa— obliga a que este Tribunal administrativo no deba resolver el recurso, ya que la resolución y decisiones del referido proceso contencioso pueden, además de influir en la cuestiones de fondo del recurso especial, producir una interferencia indebida en la competencia revisora del orden contencioso, y en los efectos de su fallo”

vaya en contra de lo ya decidido, siendo ésta una causa de inadmisión recogida en artículo 21.2 c) Ley 3/2011 de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón”.

#### 4.- **Ámbito del recurso especial. El desistimiento del procedimiento de licitación. Los contratos administrativos especiales.**

El TACPA, en el Acuerdo 11/2014, de 20 de febrero, analiza la posibilidad de control, vía recurso especial, de los actos de desistimiento precontractual de los órganos de contratación, recordando que **tal posibilidad ha sido garantizada expresamente por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de Unión Europea**, al afirmar sobre esta cuestión, la Sentencia de 18 de junio de 2002, *Hospital Ingenieure*, apartado 48, 50 y 51 (Criterio confirmado por la Sentencia de 2 de junio de 2005, *Koppensteiner GMBH*, o), lo siguiente<sup>103</sup>:

*«Pues bien, en la medida en que la decisión de la entidad adjudicadora de cancelar una licitación para un contrato público de servicios está sujeta a las normas materiales pertinentes del Derecho comunitario, procede inferir que está asimismo comprendida en el ámbito de aplicación de las normas establecidas en la Directiva 89/665 con el fin de garantizar el cumplimiento de las prescripciones del Derecho comunitario en materia de contratos públicos.»*

---

<sup>103</sup> Este criterio ha sido recogido por los órganos de recursos contractuales (por ejemplo, Resolución del Tribunal de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid 17/2011; cuya interpretación se ha asumido también por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en la Resolución 263/2012, de 21 de noviembre; el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, en su Resolución 96/2012, de 16 de octubre de 2012 y por el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, mediante Resolución 54/2013, de 25 de septiembre de 2013), distinguiendo entre desistimiento del procedimiento y renuncia a celebrar un contrato. Con posterioridad a la adopción del Acuerdo 11/2014, se ha dictado la sentencia de la Sala Quinta del TJUE de fecha 11 de diciembre de 2014, Asunto C 440/2013, en la que se solicita la interpretación de los artículos 41, apartado 1, 43 y 45 de la Directiva 2004/18. La Sentencia parte de reconocer que la Directiva no contiene ninguna disposición relativa a los requisitos de fondo o de forma para acordar la cancelación de una licitación. Y tampoco, la jurisprudencia TJUE, establece que la renuncia del poder adjudicador a adjudicar un contrato público se limite a casos excepcionales o se base necesariamente en motivos graves. La Directiva 2004/18, no impone que una entidad adjudicadora esté obligada a llevar a término el procedimiento de adjudicación; aunque si establece la exigencia de comunicar los motivos que subyacen al acuerdo por el que se cancela la licitación, para garantizar un nivel mínimo de transparencia y la garantía del principio de igualdad de trato, que constituye la base de dichas normas. Y, concluye que el Derecho de la Unión, no se opone a que los Estados miembros establezcan, en su normativa, la posibilidad de adoptar una decisión de revocar una licitación. Los motivos de dicha decisión de revocación pueden basarse así en razones, relacionadas en particular con la apreciación de la oportunidad, desde el punto de vista del interés público, de llevar a término un procedimiento de licitación, habida cuenta, entre otras cosas, de la posible modificación del contexto económico o de las circunstancias de hecho, o incluso de las necesidades de la entidad adjudicadora de que se trata. Una decisión de ese tipo puede también motivarse por el nivel insuficiente de competencia, debido al hecho de que, al finalizar el procedimiento de adjudicación del contrato en cuestión, únicamente quedara un licitador idóneo para ejecutar dicho contrato.

...

Además, el sistema general de la Directiva 89/665 impone una interpretación de dicho concepto en sentido amplio, por cuanto el artículo 2, apartado 5, de dicha Directiva autoriza a los Estados miembros a establecer que, cuando se reclame una indemnización de daños y perjuicios porque una decisión de la entidad adjudicadora se haya adoptado ilegalmente, la decisión impugnada debe ser previamente anulada.

En efecto, admitir que los Estados miembros no están obligados a instaurar procedimientos de recurso de anulación con respecto a los acuerdos por los que se cancela una licitación equivaldría a autorizarles a privar, en ejercicio de la facultad prevista en la disposición mencionada en el apartado anterior, a los licitadores lesionados por tales acuerdos, adoptados con infracción de las normas del Derecho comunitario, de la posibilidad de promover acciones de indemnización de daños y perjuicios».

Este Acuerdo, que se encuadra en el contexto de ejecución del Acuerdo 52/2013, analiza si concurren o no las circunstancias que habilitarían tal desistimiento, y se declara la validez de la decisión adoptada por el siguiente razonamiento y condiciones:

«Considera este Tribunal, a la vista de lo que se informa por el SALUD en la respuesta a este recurso —y que aclara esta causa del desistimiento—, que la exigencia de un requisito de solvencia técnica no previsto en el TRLCSP sí constituye un motivo justificado de desistimiento de la licitación, habiendo declarado la invalidez de una licitación y la anulación de la misma por la exigencia en los Pliegos de una solvencia no ajustada a las reglas que la regulan, o desproporcionada (Acuerdos 2/2011 y 54/2013, de este Tribunal). Es más, éste es, en puridad, el único motivo que permite considerar válida la resolución impugnada, dado que queda afectado el principio de concurrencia y, por ello, el de eficiencia.

Por todo lo anterior, la exigencia de la autorización administrativa como requisito de solvencia sí debe ser considerada infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato, en tanto tuvo un efecto limitativo a la concurrencia, subsumible por ello dentro de los supuestos del artículo 155.4 TRLCSP.

Este motivo del desistimiento obliga, claro está, a que el SALUD determine la compensación a los licitadores a que se refiere el artículo 155.4 TRLCSP; apruebe unos nuevos pliegos, con la debida celeridad y diligencia, en los que se ajuste la licitación a las necesidades de la prestación; y se fije una solvencia adecuada que facilite, como se dice en el Informe, una mayor concurrencia entre las empresas del sector. Licitación a la que lógicamente podrá concurrir, en condiciones de igualdad, la empresa recurrente AVERICUM».

Por otra parte, **la categoría del contrato administrativo especial no puede servir, sin más, como argumento para excluir la competencia de los órganos de recursos contractuales.** Existe, sin embargo, aparente disparidad de criterio entre los

distintos órganos de recursos contractuales. La doctrina del TACPA, en el Acuerdo 59/2013, de 28 de octubre (confirmada en el Acuerdo 13/2014, de 4 de marzo), advierte que debe analizarse si la prestación es o no un contrato típico sometido a control (pues priman las categorías del Derecho europeo):

*«... la consideración como contrato administrativo especial no impide, por sí —en tanto «especialidad» de normativa nacional— que pueda existir recurso especial o cuestión de nulidad, pues a estos efectos debe primar la tipificación de la prestación conforme al Derecho de la Unión europea. Y la prestación recurrida, por su objeto, sí se encontraría sometida a la competencia de este Tribunal administrativo, pues otra interpretación sería contraria al efecto útil de los recursos especiales en materia de contratación habilitando una puerta de escape al control, contraria al propio fundamento del sistema».*

Es decir, si la prestación es un contrato de servicios, deberá admitirse el recurso especial. Así lo había advertido la Resolución 203/2011 (sobre un contrato de explotación de actividades juveniles para un Centro Deportivo y Sociocultural Militar) que aborda cuando hay contrato de servicios:

*“Se trata de una definición de carácter eminentemente negativo puesto que el concepto de contrato de servicios se delimita sobre la base de lo que no es, si bien haciendo referencia a que el contenido de la prestación debe consistir en todo caso en una obligación de hacer. El elemento caracterizador de la definición, sin embargo, hay que encontrarlo en la referencia que hace el segundo inciso a las categorías recogidas en el Anexo II de la Ley, pues, al hacerlo, vincula directamente el objeto del contrato de servicios con el desarrollo de alguna de las actividades contempladas en dicho Anexo, a su vez desarrolladas por la remisión que en él se hace a los diferentes números de referencia CPC y CPV. En consecuencia, debe considerarse que habrá contrato de servicios allí donde exista una relación jurídica de carácter oneroso en que intervenga una Administración Pública y que tenga por objeto alguna de las actividades enumeradas en el Anexo II de la LCSP”.*

La Resolución 29/2014, de 17 de enero del TACRC (también Resolución 239/2015), no niega esta argumentación sino que considera, tras analizar si la prestación en cuestión es un contrato de servicios, que “los contratos de explotación de un servicio de cafetería y comedor, como es el supuesto aquí examinado, son los ejemplos característicos de contratos administrativos especiales, puesto que “no se trata de un servicio que deba necesariamente ser realizado por la entidad contratante..., si bien sí se considera que se trata de un servicio vinculado al giro o tráfico de dicha Administración, complementario o auxiliar para la consecución de sus fines; abonándose la retribución de la empresa contratista directamente por los usuarios del servicio de cafetería y comedor, y fijándose, en ocasiones, la necesidad de abonar por la empresa a la Administración contratante una cantidad determinada por la ocupación y utilización de sus instalaciones”.

Esta “disparidad” queda resuelta en el Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público, al atribuir expresamente la competencia en los contratos administrativos especiales a los órganos de recursos contractuales.

## 5.- La tipificación del contrato y sus consecuencias.

La cuestión no es meramente dogmática, sino que resulta de especial interés práctico en tanto de la incorrecta tipificación de todo contrato público, pueden alterarse las normas y principios esenciales en una licitación pública. Es doctrina reiterada (expuesta, por ejemplo, en las resoluciones 49/2013, 74/2013 y 16/2014 del OARC/KEAO), que a la hora de comprobar si un contrato está incluido en **el ámbito del recurso especial** (es decir, a la hora de verificar su propia competencia) **no está vinculado por la denominación que haya dado el órgano de contratación al aprobar los pliegos, sino que debe atender a la naturaleza del contrato** y contrastar el contenido del mismo con la legislación contractual y, en su caso, con las directivas europeas de contratación pública, cuyas definiciones de cada tipo contractual el TRLCSP incorpora en sus artículos 6 y siguientes (ver también las Resoluciones 203 y 220 de 2011 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, TACRC). Así lo había advertido la Recomendación 1/2011, de 6 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, que exige que la tipificación responda a una interpretación funcional, corrigiendo prácticas que eludan la aplicación de las Directivas (STJUE de 29 de octubre de 2009 (Comisión/Alemania). Idéntico criterio viene defendiendo el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales -, entre otras, Resoluciones 154, 203 y 220/2011- al declarar que la previa calificación de un contrato, en el pliego o incluso por una norma legal, no excluye la posibilidad de que el Tribunal compruebe si tal calificación se corresponde con lo establecido en la ley de Contratos del Sector Público y, en especial, con la posibilidad de que, dadas las características y contenido de la prestación prevista el contrato, pueda ser subsumido éste bajo alguno de los tipos contractuales regulados en ella. La razón que fundamenta esta potestad del Tribunal se encuentra en el propio carácter de la regulación del recurso especial. En definitiva, **la calificación del contrato que haga el pliego o incluso una norma legal no vincula a efectos de la interposición del recurso especial**, debiendo acudir -Resolución 154 /2011- en primer lugar a la definición y configuración que de los mismos hacen los artículos citados (5 a 11 TRLCSP), que son los que incorporan a nuestro derecho las definiciones de la Directiva. Así, para calificar un contrato como gestión de servicios públicos debe cumplirse los dos requisitos de titularidad y de explotación a riesgo tienen carácter acumulativo. Así, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales ha entendido que no existe contrato de gestión de servicios públicos el Servicio de restauración en Palacio de Congresos ya que para que pueda así calificarse se presupone una actividad servicial publicitada y, en cuanto tal, atribuida a la competencia de la Administración (Resolución 192/2011). Y en las Resoluciones 154 y 220/2011 declara que la asunción de riesgo por parte del concesionario es lo que caracteriza al contrato como concesión de servicios. Esa necesidad de comprobar la correcta calificación del contrato cuyas actuaciones son recurridas ha sido señalada también por el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón en su Acuerdo 20/2011. En ese caso, señalaba el Tribunal,

*«...no puede dejar de mencionarse, en relación la calificación jurídica del objeto de este contrato -que conforme a la legislación anterior de contratos era habitual tipificar como contrato de gestión de servicios*

*públicos- en la actualidad es claramente un contrato de servicios del artículo 10 TRLCSP (en concreto incluido en la categoría 27 «Otros Servicios» del Anexo II de la LCSP, CPV 98380000-0 «Servicios de perrera»))».*

Un supuesto “especial” se analiza en la Resolución núm. 233/2011 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, al analizar la adjudicación de un contrato de seguro de asistencia sanitaria para el personal en el exterior del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación. El órgano de contratación planteaba la inadmisibilidad del recurso por tratarse de un contrato de naturaleza privada, por ser su objeto un servicio comprendido en la categoría 6 del Anexo II del TRLCSP, distinto de los citados en el artículo 40.2 TRLCSP. Sin embargo, el Tribunal Central entiende que se trata de un contrato recurrible, ya que *«...aunque la naturaleza del contrato sea privada, tanto su preparación como su adjudicación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 20.2 de la TRLCSP, se rigen por la citada Ley, siendo por tanto el acto aquí impugnado susceptible de recurso especial...»*.

Especial interés tiene el Acuerdo 51/2012, de 27 de noviembre de 2012 del TACPA donde se analiza la licitación de un contrato de mediación de seguros con retribución mediante participación de un porcentaje de la prima a satisfacer a las compañías de seguros y que se anula, principalmente, por confusión de la causa del negocio jurídico. El contrato de corredor de seguros es un contrato cuyo objeto y causa consiste en la mediación entre las partes de un contrato de seguros, presentando al cliente al menos tres propuestas de distintas compañías de seguros, para que el tomador elija la que le parezca más conveniente. Como retribución por este servicio puede existir compensación económica, o participación sobre un porcentaje de la prima. Las Administraciones Públicas pueden, si así lo consideran oportuno y lo razonan suficientemente, celebrar este tipo de contratos (artículo 22 TRLCSP). Pero en este contrato ya no hay posterior licitación de cobertura de riesgos entre las distintas compañías del sector mediante procedimiento abierto (las propuestas las presenta el corredor de seguros a la Administración, por ejemplo, si la licitación se instrumenta mediante un procedimiento negociado por razón de la cuantía). De optarse por este modelo, sí son licitas como retribución los porcentajes sobre las primas, como ha reconocido el Tribunal Supremo.

Sin embargo en el pliego recurrido y anulado, se había prescindido de la función de mediación, que es la característica principal de la actuación del corredor de seguros. Lo que se ha licitado es un simple asesoramiento en materia de seguros — riesgos, coberturas, valoración de ofertas, etc.— que en modo alguno hacen de esta prestación una de las típicas del contrato de seguros. Estamos, por ello, en un contrato de servicios de asesoramiento técnico, distinto, tanto en la forma como en la causa, al de mediación de seguros. Y por ello, al no ser un contrato de seguros, será un contrato administrativo (artículo 20 TRLCSP) y la retribución, al no ser de aplicación la legislación de seguros, no podrá consistir en ningún caso en un porcentaje de las primas, al ser esta modalidad retributiva exclusiva del contrato de corredor de seguros. Por este último motivo, a la vista del objeto de la licitación, resulta inválido el PCAPT y procede su anulación.

En todo caso, se insiste que no es un contrato privado, como equívocamente se recoge en el PCAPT, sino un contrato público de servicios (artículo 10 TRLCSP, en

relación con el Anexo II, categoría 6) con régimen de derecho privado para las Administraciones Públicas (artículo 20 TRLCSP).

Y es que en Derecho, los negocios jurídicos se definen por sus características de régimen jurídico y no por el nombre, y el pliego de la licitación no recoge —como de hecho reconoce el propio Informe del Ayuntamiento— el régimen del contrato de mediación. La cuestión no es meramente dogmática, sino que resulta de especial interés práctico, en tanto de la incorrecta tipificación de todo contrato público pueden alterarse las normas y principios esenciales en una licitación pública, como sucede en el supuesto en cuestión.

En definitiva, la calificación del contrato que haga el pliego, o incluso una norma legal, no vincula a efectos de la interposición del recurso especial, debiendo acudir —Resolución Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 154/2011— en primer lugar a la definición y configuración que de los mismos hacen los artículos 5 a 11 TRLCSP, que son los que incorporan a nuestro derecho las definiciones de la Directiva. Esa necesidad de comprobar la correcta calificación del contrato cuyas actuaciones son recurridas, ha sido señalada también por el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón en su Acuerdo 20/2011.

## **6.- La distinción entre contratos de servicios públicos y de servicios.**

En esta importante cuestión la doctrina de los órganos de recursos contractuales ha permitido depurar conceptualmente entre estas dos categorías de contratos<sup>104</sup>. Interesa destacar la posición que se adopta por el TACPA en el Acuerdo 52/2013 de 11 de septiembre, que califica como contrato de servicios la prestación de hemodiálisis —calificado en el pliego como gestión de servicios públicos., por no existir riesgo. Criterio confirmado por Acuerdo 55/2013, del TACPA, al calificar como servicios y no de servicios públicos la explotación de una residencia de ancianos, por no existir transferencia de riesgos<sup>105</sup>. El argumento, desde el respeto a los principios y doctrina del TJUE es el siguiente (Acuerdo 55/2013):

*“Si bien conforme a la legislación anterior de contratos era habitual*

---

<sup>104</sup> Sobre esta cuestión me remito a mi trabajo “Delimitación conceptual entre el contrato de gestión de servicios públicos, contrato de servicios y CPP”, REDA núm. 156, pp. 17-58 y el de M.M. RAZQUIN LIZARRAGA, “El contrato de gestión de servicios públicos: la necesaria reconducción de este tipo contractual (comentario a las sentencias del Tribunal de justicia de la Unión europea de 29 de abril de 2010 y de 10 de marzo de 2011”, en el Liber amicorum a Tomás Ramón Fernández. Administración y Justicia, Thomson, Pamplona, 2012., págs. 3549 y ss. del II tomo.

<sup>105</sup> Criterio confirmado en la doctrina del resto de órganos de recursos contractuales. Entre otras, se pueden citar la Resolución 134/2013 de fecha 19 de septiembre de 2014 del TACRC, que hace suya la distinción entre el riesgo propio de todo contrato y el riesgo específico de los contratos de gestión de servicios públicos que hace el TJUE en la sentencia 348/10 *Norma-A y Dekom* (en las Resoluciones 154 y 220/2011 declara que la asunción de riesgo por parte del concesionario es lo que caracteriza al contrato como concesión de servicios). Este mismo criterio ha sido compartido por el órgano de recursos contractuales de Cataluña (Resoluciones 24/2013, de 28 de enero, 50/2013, de 25 de marzo y 19 de septiembre de 2013); Tribunal de Contratación Pública de Madrid (Resolución 48/2014, de 19 de marzo), del OARC del País Vasco (Resolución 76/2014 ), y TARCCYL (Resolución 66/2014, de 25 de septiembre).

tipificar los contratos como el presente, como contrato de gestión de servicios públicos, en la actualidad es claramente un contrato de servicios del artículo 10 TRLCSP. En concreto incluido en la categoría 25 «Servicios Sociales y de Salud» del Anexo II TRLCSP, CPV 85312100-0.

Conviene insistir en la doctrina fijada en nuestro citado Acuerdo 52/2013, que concilia el marco normativo español con la normativa y jurisprudencia comunitaria, de directa aplicación en nuestro ordenamiento jurídico. Para que exista un contrato de concesión (de gestión de servicios públicos) es necesario que se transfiera el riesgo operativo de la explotación, lo que no sucede —ni se alega o argumenta por el IASS— en el contrato ahora recurrido.

La calificación del objeto del contrato como de gestión de servicio público exige, como condición sine qua nom, la transferencia del riesgo al contratista, tal y como se mantiene por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en jurisprudencia consolidada (hecha propia y citada por los órganos consultivos de contratación en España; en especial, para Aragón, la Recomendación 1/2011 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa). Así, el TJUE, en Sentencia de 10 de septiembre de 2009 (Asunto Wasser) afirma que:

«De la comparación de ambas definiciones se desprende que la diferencia entre un contrato de servicios y una concesión de servicios reside en la contrapartida de la prestación de servicios. Un contrato de servicios requiere una contrapartida pagada directamente por la entidad adjudicadora al prestador de servicios (véase, en este sentido, la sentencia *Parking Brixen*, antes citada, apartado 39) mientras que, en el caso de una concesión de servicios, la contrapartida de la prestación de servicios consiste en el derecho a explotar el servicio, bien únicamente, bien acompañado de un pago.

De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que, cuando la modalidad de retribución convenida consiste en el derecho del prestador a explotar su propia prestación, esta modalidad de retribución implica que el prestador asume el riesgo de explotación de los servicios (véanse, en este sentido las sentencias *Parking Brixen*, apartado 40; de 18 de julio de 2007, *Comisión/Italia*, apartado 34, y de 13 de noviembre de 2008, *Comisión/Italia*, apartado 29, antes citadas). A este respecto procede señalar que el riesgo es inherente a la explotación económica del servicio.

Ante la inexistencia absoluta de transmisión al prestatario de los riesgos relacionados con la prestación del servicio, la operación en cuestión constituye un contrato de servicios (véase, en este sentido, las sentencias de 27 de octubre de 2005, *Contse y otros*, C-234/03, Rec. p. I-9315, apartado 22, y de 18 de julio de 2007, *Comisión/Italia*, antes citada, apartados 35 a 37, así como, por analogía, respecto de una concesión de obras, la sentencia de 13 de noviembre de 2008, *Comisión/Italia*, antes citada, apartado 30 y 32 a 35). Tal como se afirma en el apartado 51 de la

presente sentencia, en este último caso, la contrapartida no consiste en el derecho a explotar el servicio.

Las cuestiones planteadas parten de la premisa de que la prestación de servicios de que se trata en el asunto principal implica riesgos económicos muy limitados, incluso en el caso de que sea la entidad adjudicadora quien presta dicho servicio y ello se debe a la aplicación de la normativa propia del sector de actividad de que se trata.

Ahora bien, según algunas de las alegaciones presentadas ante el Tribunal de Justicia, en tales circunstancias, para que la operación de que se trata constituya una concesión es necesario que el riesgo que el concedente transmite al concesionario sea un riesgo considerable.

En todo caso, incluso si el riesgo que corre la entidad adjudicadora es muy limitado, es necesario que transfiera al concesionario la totalidad, o al menos una parte significativa, del riesgo de explotación que corre para que se considere que existe una concesión de servicios.

En consecuencia, procede responder a las cuestiones primera y segunda que, el hecho de que, en el marco de un contrato de servicios, la otra parte contratante no obtenga el pago de una remuneración directa por parte de la entidad adjudicadora sino que obtenga el derecho a recaudar una remuneración de terceros, basta para que dicho contrato se califique como «concesión de servicios», en el sentido del artículo 1, apartado 3, letra b), de la Directiva 2004/14, siempre que la otra parte contratante asuma la totalidad, o, al menos, una parte significativa, del riesgo de explotación que corre la entidad adjudicadora, incluso si dicho riesgo es, desde el inicio, muy limitado debido a la configuración jurídico-pública de los servicios».

Por su parte, la Sentencia del TJUE, de 10 de marzo de 2011 (Asunto Privater), define de manera precisa qué debe entenderse por riesgo de explotación económica del servicio:

«El riesgo de explotación económica del servicio debe entenderse como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado que puede traducirse en el riesgo de enfrentarse a la competencia de otros operadores, el riesgo de un desajuste entre la oferta y la demanda de los servicios, el riesgo de insolvencia de los deudores de los precios por los servicios prestados, el riesgo de que los ingresos no cubran íntegramente los gastos de explotación o incluso el riesgo de responsabilidad por un perjuicio causado por una irregularidad en la prestación del servicio».

Finalmente, la Sentencia del TJUE de 10 noviembre de 2011 (Asunto Norma-A y Dekom), se refiere a la transferencia del riesgo como factor determinante para la calificación del objeto del contrato, y su diferenciación entre contratos de servicios y de gestión de servicios:

«Si bien el modo de remuneración es uno de los elementos determinantes para la calificación de una concesión de servicios, de la

*jurisprudencia se desprende además que la concesión de servicios implica que el concesionario asuma el riesgo de explotación de los servicios de que se trate. La inexistencia de transmisión al prestador del riesgo relacionado con la prestación de los servicios indica que la operación en cuestión constituye un contrato público de servicios y no una concesión de servicios (véase, en particular, la sentencia Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler [TJCE 2011, 52] , antes citada, apartado 26).*

*Por consiguiente, es preciso comprobar si el prestador asume el riesgo de explotación del servicio en cuestión. Si bien este riesgo puede ser ciertamente muy limitado desde el primer momento, la calificación de concesión de servicios exige que la entidad adjudicadora transfiera al concesionario la totalidad o, al menos, una parte significativa del riesgo que corre (en este sentido véase, en particular, la sentencia Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler [TJCE 2011, 52] antes citada, apartado 29».*

*En cuanto a la configuración del contrato, en el Anexo XIII del PCAP, «Régimen jurídico. Disposiciones especiales» se señala: «por lo que se refiere a la regulación de las tarifas a abonar por los usuarios y su revisión, dicha regulación no debe recogerse en los pliegos del contrato, dado que se regula por su normativa específica y no incide en el importe a percibir por el adjudicatario. En concreto, la facturación por el adjudicatario siempre responderá a una cantidad fija, con independencia de las aportaciones de los usuarios. De dicha cantidad se deducirá lo efectivamente aportado por éstos (sea cual sea dicho importe), procediendo el IASS a abonar la diferencia, sin que, en ningún caso, el adjudicatario del contrato cobre otro importe, en total que el que corresponda en función de la oferta que hubiera realizado y de la consecuente adjudicación». No hay, en consecuencia, transferencia del riesgo de la explotación al contratista, sino pago de una cantidad fija mensual por la prestación de unos servicios a unos usuarios que el propio IASS designa (cláusula 5.1.2.1 del Pliego de Prescripciones Técnicas).*

*De acuerdo con la jurisprudencia y con los criterios de los órganos consultivos citados, este Tribunal entiende que tal y como está configurado el contrato objeto de recurso, no hay transferencia del riesgo de la explotación al contratista, ni se deja indeterminada la demanda del servicio. En consecuencia, el presente contrato debe ser calificado como contrato de servicios.»*

Sin riesgo no hay contrato de gestión de servicios públicos. **Y ese riesgo no siempre puede ser objeto de transmisión en cualquier prestación.** Así lo advierte el TACPA en el Acuerdo 37/2014, al advertir que:

*“En primer lugar, porque un servicio sanitario como el analizado, difícilmente encaja con modalidades de tipo concesional y transferencia de riesgos, en tanto puede desvirtuarse una prestación esencial y obligatoria contenida en la cartera de servicios del Departamento de Sanidad, Bienestar Social y Familia, máxime cuando ni siquiera*

hay inversiones iniciales que justifiquen el modelo para una adecuada financiación. Además, y en el caso concreto, no existe transferencia de riesgos, pues ésta exige capacidad de adoptar decisiones de carácter empresarial para captar usuarios, y tal opción viene negada por los propios pliegos, ya que es la Administración sanitaria la que decide cuando se envía a un paciente al centro. Asimismo, como se reconoce en el informe al recurso, en el supuesto de no alcanzarse un mínimo de pacientes (en una escala del 25 por ciento) se garantiza el reequilibrio financiero del contrato, lo que, por sí, implica la laminación del pretendido riesgo operacional. No hay, en consecuencia, transferencia del riesgo operacional al contratista, sino pago de una cantidad fija mensual por la prestación de unos servicios a unos usuarios que el propio Departamento determina”.

Idéntico criterio ha sido adoptado por el Tribunal de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid en Resolución 48/2014, de 19 de marzo, por el que se considera contrato de servicios la prestación del Hospital de día psiquiátrico de niños y adolescentes, negando la existencia de riesgo operacional en un contrato de estas características.

Esta doctrina relativa a la tipificación de contratos en el ámbito sanitario (donde se ha aplicado indebidamente la categoría de contratos de servicios públicos, ya sea en modalidad de concesión, ya sea en concierto), y la configuración de los mismos como servicios en ausencia de riesgo, ha sido confirmada por la reciente STJUE de 22 de octubre de 2015 (C-552-13), en relación a servicios sanitarios en Bilbao, donde el Tribunal advierte que “ En primer lugar, procede señalar que, como se desprende de la documentación remitida al Tribunal de Justicia, los dos contratos nos 21/2011 y 50/2011 constituyen contratos públicos de servicios, en el sentido del artículo 1, apartado 2, letras a) y d), de la Directiva 2004/18, cuyos importes superan el umbral previsto en el artículo 7 de ésta, y no concesiones de servicios, en el sentido del artículo 1, apartado 4, de esa misma Directiva, en la medida en que la remuneración del adjudicatario está plenamente garantizada por el poder adjudicador, que asume también el riesgo económico”.

## 7.- Trámites del expediente: Presupuesto y valor estimado.

En la preparación del contrato, **la estimación correcta del presupuesto de licitación es fundamental** y «debe quedar acreditado en el expediente que el presupuesto de licitación, y por ende el valor estimado, responden a los precios de mercado tal y como exige el artículo 88 TRLCSP, y aunque como se ha señalado no corresponde entrar en el fondo de la cuestión, es preciso recordar al órgano de contratación que debe velar por la adecuación al mercado del presupuesto de licitación, y que en aquellos supuestos como el que nos ocupa —en el que el coste económico principal de la realización de la prestación es el de la retribución del personal— este coste es el referente económico básico del contrato, que no puede desconocer»<sup>106</sup>. Por ello, el Acuerdo 19/2011, de 11 de agosto, considera que procede estimar el recurso en este punto, y debe el Ayuntamiento de Zaragoza acomodar la estructura del presupuesto de licitación y su desglose —costes fijos y variables— en

<sup>106</sup> Acuerdo 010/2011, de 6 de julio.

términos acordes a la realidad de las magnitudes que los integran<sup>107</sup>. Asimismo, **debe darse cumplida aplicación de la previsión del artículo 22 TRLCSP que exige motivar la idoneidad de su objeto, y contenido para satisfacerlas; que deben ser determinadas con precisión, dejando constancia de ello en la documentación preparatoria, antes de iniciar el procedimiento encaminado a su adjudicación.** Sólo así, es posible determinar con exactitud el objeto del contrato, y establecer las prescripciones técnicas de forma adecuada y proporcional (Acuerdo 3/2011, de 7 de abril).

Interesa destacar la doctrina del TACPA en su Acuerdo 38/2012, de 10 de septiembre, al declarar que:

*“...en primer lugar conviene advertir que el artículo 22 TRLCSP exige motivar la idoneidad del objeto y contenido del contrato para satisfacer las necesidades que pretenden cubrirse mediante el mismo; que deben ser determinadas con precisión, dejando constancia de ello en la documentación preparatoria, antes de iniciar el procedimiento encaminado a su adjudicación. Sólo así, es posible determinar con exactitud el objeto del contrato, y establecer las prescripciones técnicas de forma adecuada y proporcional (Acuerdo 3/2011, de 7 de abril). Ni en el informe de necesidad de la licitación, ni en el PCAP, se contiene ninguna mención sobre la exigencia de suministro como «marca blanca “SALUD”». Es en el PTT, de forma incorrecta, donde se matiza e introduce la exigencia sobre el objeto del contrato, de que se suministre bajo esta marca, pero sin precisar en qué consiste esta condición, que por otro lado no puede ser considerada condición especial de ejecución de las recogidas en el artículo 118 TRLCSP, que se refiere exclusivamente a cláusulas sociales y medioambientales.*

*El Pliego de Clausulas Administrativas Particulares es la ley del contrato (STS 25 de mayo 1999), y el instrumento que determina los derechos y obligaciones de las partes y el objeto del contrato, entre otras prescripciones, por lo que debe asumirse por el contratista y la Administración lo allí establecido (STS de 1 de octubre de 1999), salvo que lo previsto no fuera conforme a derecho. Por su parte, el Pliego de Prescripciones Técnicas ha de establecer los requisitos y condiciones técnicas que debe cumplir la prestación, como establecen los artículos 116 y 117 TRLCSP, y 68 RGLCAP. Este último precepto determina, además, en su apartado 3 que los Pliegos de Prescripciones Técnicas en ningún caso contendrán «declaraciones o cláusulas que deban figurar en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares», entre otras razones porque los Pliegos de Prescripciones Técnicas no deben ser objeto del informe jurídico preceptivo exigido por la legislación.*

*La exigencia de «marca blanca “Salud”» contenida en el PTT es contraria a las normas de contratación, en cuanto no está prevista en el PCAP. Y la confusión entre el clausulado de los Pliegos exige un criterio*

---

<sup>107</sup> También el Acuerdo 10/2011, de 6 de julio anulaba la licitación del Ayuntamiento de Teruel por este motivo.

*hermenéutico proclive al principio de igualdad de acceso, de forma que la «oscuridad» de las cláusulas no puede perjudicar a los eventuales licitadores (Acuerdo 5/2011, de 16 de mayo).»*

Por lo que se refiere a la fijación del valor estimado, el Acuerdo 33/2014, de 5 de junio, del TACPA, analiza si el valor estimado de un contrato de *vending* (fijado en 20 000 euros, IVA incluido, que corresponde al canon mínimo a pagar por los cuatro años previstos de explotación, incluidas las prórrogas), y concluye que **hay que atender al valor total del negocio objeto de explotación, en su duración máxima prevista, para la fijación del valor estimado:**

*«Como ha señalado la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, en su Informe 13/2014, de 7 de mayo, relativo al valor estimado de los servicios de gestión de bares, restaurantes, barras de fiestas o similares —cuya fundamentación y conclusiones es extensiva a un contrato de vending, como el que es objeto de la licitación recurrida—, «a efectos de publicidad, procedimientos de adjudicación, solvencia del empresario y recursos contractuales, debe computarse, para el cálculo del valor estimado del contrato, como indica la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, en su Informe 25/2012, de 20 de noviembre, “el valor total del negocio de cafetería objeto de explotación de acuerdo con el contrato (para lo cual puede utilizarse la estimación de ingresos a obtener de acuerdo con los precios previstos), por el período de tiempo de que es objeto, incluyendo las aportaciones que pueda hacer la Administración contratante en forma de asunción de gastos de funcionamiento (agua y luz) e incluyendo las modificaciones previstas de acuerdo con el pliego”». Recogiendo expresamente el informe, en afirmación compartida por este Tribunal, que «una interpretación sistemática de los preceptos del TRLCSP nos lleva a la conclusión de que no resulta adecuada la opción del importe de ingresos por canon de explotación, ni la de cero euros, a la hora de calcular el valor estimado del contrato».*

*Es decir, hay que atender al valor total del negocio objeto de explotación, en su duración máxima prevista, para la fijación del valor estimado. No se acredita en el expediente este valor total del negocio, pero atendiendo al número de máquinas expendedoras previstas (dieciséis), al plazo máximo de ejecución del contrato (cuatro años), y a los promedios anuales de venta por máquina en edificios de pública concurrencia como un Hospital (que según los datos de otras licitaciones públicas no suelen ser inferiores a 4 000 € por máquina), se concluye que el valor estimado es muy superior a los 100 000 euros señalados como umbral mínimo por la Ley, por lo que el contrato sería susceptible de recurso especial. Si bien la concreción del valor exacto hubiera merecido la realización de una pieza independiente para su determinación».*

En el Acuerdo 45/2014, de 7 de agosto, del TACPA, la recurrente cuestionaba la fijación del valor estimado en un contrato de transporte sanitario no urgente de pacientes, sobre la base de su minoración respecto de una licitación anterior. El recurso especial se desestima, al no acreditarse la inviabilidad económica de la prestación, con la siguiente fundamentación:

“Como ya ha declarado este Tribunal en anteriores Acuerdos (entre otros, Acuerdos 10/2011, 19/2011 y 63/2013), en la preparación del contrato, la estimación correcta del presupuesto de licitación es fundamental y debe quedar acreditado en el expediente que el presupuesto de licitación, y por ende el valor estimado, responden a los precios de mercado, tal y como exige el artículo 87.1 TRLCSP. Además, en aquellos supuestos como el que nos ocupa —en el que el coste económico principal de la realización de la prestación es el de la retribución del personal— este coste es el referente económico básico del contrato, que no puede desconocer el poder adjudicador que licita.

En concreto, el artículo 87 TRLCSP dispone que en los contratos del sector público la retribución del contratista consistirá en un precio cierto y que «Los órganos de contratación cuidarán de que el precio sea adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato, mediante la correcta estimación de su importe, atendiendo al precio general de mercado en el momento de fijar el presupuesto de licitación y la aplicación en su caso de las normas sobre ofertas con valores anormales o desproporcionados».

El concepto «precio general de mercado» utilizado en este precepto es un concepto jurídico indeterminado, determinable en base a la actividad licitadora de la Administración. En concreto, en los contratos de servicios como el que nos ocupa, no existe norma expresa que establezca los conceptos que deba contener el presupuesto base de licitación, a semejanza de lo que determinan los artículos 130 y 131 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, que regulan el cálculo de los precios de las distintas unidades de obra y el presupuesto de ejecución material y presupuesto base de licitación, en el cual se integra un porcentaje de gastos generales y otro en concepto de beneficio industrial.

Así, en el artículo 87 TRLCSP, únicamente se establecen las pautas para determinar el precio del contrato, pero la Ley no establece con exactitud los límites, procediendo una interpretación en su aplicación en cada caso concreto.

Por su parte, el artículo 1 TRLCSP, dispone que la regulación de la contratación del sector público tiene por objeto, entre otros, el de «...asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, adquisición de bienes y la contratación de servicios». Este objetivo de control del gasto y eficiente utilización de los fondos destinados a la contratación de servicios debe servir, sin género de duda, de criterio interpretativo del artículo 87 TRLCSP.

En este sentido, no procede admitir la pretensión de la recurrente en relación a la aplicabilidad a este procedimiento de la previsión contenida en el artículo 88.5 TRLCSP, que determina la forma de calcular el valor estimado en los contratos de suministros o de servicios que tengan un carácter periódico, lo que no es el caso. Tampoco está obligado el órgano de contratación —como correctamente afirma el Departamento en su informe al recurso— a utilizar los

importes de licitación del año 2008 actualizados por las revisiones de precios para estimar el nuevo importe. Y ello porque el precio del contrato no ha de ser necesariamente «incrementalista» respecto de posibles licitaciones anteriores. El precio ha de ajustarse a la realidad del mercado en cada momento, teniendo en cuenta los componentes de la prestación en el escenario económico y legal en que se desarrolla. La estimación del importe deberá ser adecuado para que los posibles licitadores, en un mercado de libre competencia, puedan cumplir el contrato. Esta evaluación del importe producirá en algunos casos un incremento y en otros una minoración con referencia al precio de las licitaciones anteriores. Será en cada una de las licitaciones donde se han de concretar las prestaciones solicitadas y los gastos necesarios para su obtención, realizando, en todo caso, una labor de cuantificación acreditada en el expediente de contratación.

Como señala, el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi, en su Resolución 64/2013, de 24 de julio de 2013 —cuya fundamentación y consideraciones comparte este Tribunal— “...el mandato de ajustarse al precio general del mercado no implica que el órgano de contratación no deba buscar la oferta económicamente más ventajosa y, en particular, el precio más bajo posible, siempre que ello no ponga en riesgo el cumplimiento del contrato mediante la inserción de condiciones económicas poco realistas. Una impugnación de la adecuación del precio debiera pues demostrar, más allá de las dudas propias de una materia que por definición está sometida a las cambiantes vicisitudes del mercado y de la situación económica general, que el órgano de contratación ha elaborado unos pliegos con un presupuesto inicial bajo cuya vigencia no cabe esperar suficiente concurrencia ni una ejecución normal del contrato. No basta, pues, con alegar que el presupuesto de licitación empeora las condiciones económicas de los licitadores respecto de las que disfrutaba el antiguo prestador del servicio, pues es plenamente acorde con el principio de uso eficiente de los fondos públicos (artículo 1 TRLCSP) que el poder adjudicador configure los términos de la licitación de tal manera que fuerce a las empresas interesadas a mejorar sus ofertas optimizando sus costes y la eficiencia de su servicio y rebajando, en definitiva, el importe de su oferta. En este sentido, el órgano de contratación ha realizado una extensa exposición de las razones que llevan a considerar que el precio de salida del contrato garantiza una concurrencia adecuada y una ejecución correcta del contrato. Del análisis de estos razonamientos se deduce que la Administración cuenta con que es muy posible que el adjudicatario deba realizar ajustes salariales y organizativos y eliminar actuales ineficiencias estructurales del servicio, así como renunciar a parte del beneficio que podía inicialmente esperar, pero todo ello entra dentro de la legítima intención de promover que las ofertas que se reciban sean más competitivas en precio y condiciones y no supone infringir el principio de adecuación al precio de mercado; por el contrario, la Administración se estaría comportando como un agente de dicho mercado, en concreto como un exigente demandante de servicios que promueva la competencia efectiva e intenta obtener la máxima rentabilidad del precio que está dispuesta a pagar, no conformándose con las actuales condiciones de la prestación”.

A juicio de este Tribunal, la recurrente no ha acreditado la imposibilidad de garantizar la viabilidad del contrato, sino que, como señala el Departamento en su informe al recurso, se ha limitado a basarse en los costes en que actualmente incurre en la prestación actual del servicio, que dependen en buena parte del modelo de negocio, de la estructura y organización de la empresa, y de su mejor o peor gestión, por lo que no pueden tomarse como importe mínimo objetivo para determinar el valor del contrato.

Por su parte, el Departamento — tanto en la Memoria económica de 31 de marzo de 2014, incorporada al expediente, como en el informe al recurso— justifica y acredita que la fijación del presupuesto de licitación y del valor estimado del contrato es racional, tanto desde el punto de vista económico como el de la debida consecución de los objetivos de control de gasto, estabilidad presupuestaria y optimización de recursos. A tal fin queda acreditado que el coste del servicio establecido en los Pliegos supera los costes salariales del personal directamente relacionado con la prestación del servicio, los de amortización y operativos de los vehículos y los gastos generales, incluyendo una partida de beneficio industrial. Se ha optado además, atendiendo a las circunstancias del mercado, por la fijación de un nuevo modelo de retribución, intentando obtener la máxima rentabilidad del precio que está dispuesto a pagar”.

En esta misma línea de rechazar el motivo impugnatorio relativo a una incorrecta fijación del valor estimado del contrato, se inscribe el Acuerdo 51/2014, ya citado, que señala:

«Toda estimación, por definición, incluye elementos de intuición que no responden a realidades ciertas y veraces de las magnitudes sobre las que se proyectan, y menos cuando se trata de conocer el comportamiento de esas magnitudes en el futuro. La estimación es siempre una valoración aproximada (...). La evolución, de los ingresos y gastos, en todo anteproyecto de explotación es una mera hipótesis; como también lo es la del informe pericial que sirve de base al recurso de quien reclama. De hecho las divergencias entre ambos estudios, radican en la distinta forma de calcular los datos históricos sobre los que se realiza la proyección. (...)

La estimación del importe deberá ser adecuado para que los posibles licitadores, en un mercado de libre competencia, puedan cumplir el contrato. Esta evaluación del importe producirá en algunos casos un incremento y en otros una minoración con referencia al precio de las licitaciones anteriores. Es en la licitación donde se han de concretar las prestaciones solicitadas y los gastos necesarios para su obtención, realizando, en todo caso, una labor de cuantificación acreditada en el expediente de contratación».

Por el contrario, en el Acuerdo 54/2014, de 26 de septiembre, el TACPA estima el recurso planteado por la recurrente frente al valor estimado de uno de los lotes de la licitación (mamógrafo digital con tomosíntesis), por entender que se **ha fijado por debajo del precio general de mercado, limitando la concurrencia y restringiendo el principio de libertad de acceso a las licitaciones (lo que claramente resulta ilegal):**

«El informe de determinación del precio del contrato del suministro, de 7 de julio de 2014, se limita señalar que se ha realizado un análisis de los precios de adjudicación de licitaciones análogas, y a adjuntar una relación de los mamógrafos digitales suministrados a distintas Administraciones, siendo sólo tres de ellos los que incluyen tomosíntesis o son ampliables a la misma, ya que el resto incluye estereotaxia; y en todos los que incluyen prescripciones técnicas similares, e incluso inferiores, el importe de adjudicación es muy superior al del presupuesto de licitación del Lote objeto del presente recurso.

Es decir, la documentación preparatoria del procedimiento que consta en el expediente (Informe de determinación del precio del contrato), en lo que se refiere al presupuesto de licitación, se ha basado en licitaciones análogas, pero aplicando respecto al Lote nº 3 unas conclusiones que se apartan de las referencias que se extraen de las licitaciones de productos equivalentes en cuanto a prestaciones, sin más motivación que “el actual escenario de inevitable consolidación fiscal y de fuerte restricción presupuestaria”. Por ello, a juicio de este Tribunal, resulta evidente que el presupuesto de licitación del Lote nº 3 se ha fijado por debajo del precio general de mercado, limitando la concurrencia y restringiendo el principio de libertad de acceso a las licitaciones.

El informe de la Directora de Gestión del Sector Zaragoza III al recurso, pese a realizar un minucioso análisis sobre la formación del precio de un bien y de las peculiaridades del mercado de la tecnología sanitaria, no permite alcanzar otra conclusión. Y ello porque para justificar «la rebaja sobre los precios comparados» se apuntan tres motivos (descenso del precio por la entrada de nuevos compradores en el mercado; intento de forzar a las empresas a mejorar sus ofertas rebajando el precio; y asunción del riesgo de que el resultado finalmente obtenido no sea el esperado, con la ausencia de ofertas en el Lote), que no son relevantes para la fijación del presupuesto de licitación, pues éste debe responder a parámetros objetivos debidamente documentados, máxime en un contrato de suministro».

## 8.- La solvencia del licitador y su valoración.

Cuestión práctica de indudable trascendencia es la relativa a los niveles de solvencia que pueden exigirse en una licitación. Así lo advierte en el Acuerdo 18/2011, de 29 de julio al recordar que la normativa de contratación pública exige para poder contratar con los distintos poderes adjudicadores el cumplimiento previo de los requisitos de capacidad —**exigiéndose que el objeto de licitación este comprendido en el objeto social de la empresa licitadora (artículo 57 TRLCSP) — y de solvencia, en sus distintas vertientes económica, técnica y profesional-empresarial, con el objetivo de garantizar la idoneidad del licitador para al ejecución de la prestación demandada** (la vinculación al objeto se destaca en la Resolución 109/2014 del OARC del País Vasco). **Estos requisitos deben ser proporcionales al objeto del contrato y no debe exigirse una forma jurídica determinada**, tal y como ha recordado la Sentencia del TJUE de 18 de diciembre de

2007, Frigerio Luigi<sup>108</sup>. Y destacamos la idea de que “el órgano de contratación, a la hora de tramitar el expediente, debe fijar de forma clara y coherente estos criterios de capacidad, justificando su elección y determinando la forma documental para su concreta acreditación”. El Acuerdo TACPA18/2012, de 31 de mayo de 2012 determina la finalidad de la solvencia y los efectos que tiene su no acreditación, recordando que:

*“Con carácter previo al análisis de estas cuestiones, este Tribunal quiere recordar que la normativa de contratación pública exige para poder contratar con los distintos poderes adjudicadores el cumplimiento previo de los requisitos de capacidad y de solvencia, en sus distintas vertientes económica, técnica y profesional-empresarial, con el objetivo de garantizar la idoneidad del licitador para la ejecución de la prestación demandada. Estas exigencias de capacidad y solvencia se conforman como un requisito o condición «sine qua nom», cuyo no cumplimiento justifica la exclusión del licitador. Y ello para garantizar el adecuado cumplimiento del interés público que es causa de todo contrato público”.*

Así lo ha entendido en su Acuerdo 2/2011, de 6 de abril de 2011, por el que se resuelve el recurso especial, interpuesto por el Colegio Oficial de Arquitectos de Madrid, contra el procedimiento de licitación promovido por el Consorcio Candidatura Juegos Olímpicos Zaragoza-Pirineos 2022, denominado «Servicio de asistencia técnica al Consorcio para la realización de estudios, análisis e Informes técnicos necesarios con la candidatura Zaragoza Pirineos», y que se estima, anulando el pliego, por exigirse unos criterios de solvencia “conjunto de los mismos es desproporcionado, y no guarda directa vinculación al objeto del contrato, y se introduce, de esta forma, un criterio discriminatorio, que tiene un efecto restrictivo de la competencia”.

Un caso especial es el relativo a como acreditar esta solvencia, y más en concreto, el compromiso de constituir una futura sociedad titular de la concesión. Es esta la cuestión analizada en Acuerdo 18/2011, de 29 de julio donde se afirma lo siguiente:

*“El hecho de que esta posibilidad se recoja en el artículo 46. 2 LCSP bajo la rúbrica «Normas especiales de capacidad» no puede suponer dejar de aplicar las reglas generales de capacidad y solvencia contenidas en el Libro I, Título II, capítulo II de la LCSP, en lo que no se opongan a la norma especial. En este sentido es incuestionable, en contra de los que sostiene la recurrente, que la Ley exige, en la lógica del propio contrato de concesión de obra pública y sus especialidades, que los licitadores sean empresas, personas físicas o jurídicas, que cuenten con la habilitación empresarial o profesional exigible a los empresarios que quieran contratar con el sector público, como expresamente exige el artículo 46 LCSP. Por ello no son aplicables en la contratación pública las reglas de capacidad del Código Civil, como pretende la recurrente.*

---

<sup>108</sup> Sobre la necesaria proporcionalidad, Resoluciones del Tribunal de Recursos Contractuales de Andalucía 198/15 y 205/15 y la Resolución 133/2014 del OARC del País Vasco.

A juicio de este Tribunal el recurrente confunde la posibilidad que la LCSP ofrece de conformar una forma jurídica ad hoc independiente posteriormente a la adjudicación, así como la opción de integración de solvencia con medios externos (ex artículo 52 LCSP), con la obligación de que, en todo caso, se cumplan por quienes pretenden estas fórmulas organizativas las reglas de capacidad y solvencia, pues solo así se garantiza la idoneidad del eventual adjudicatario del contrato y el correcto funcionamiento de la comparación de ofertas para decidir la económicamente más ventajosa.

En cuanto a la adecuación y suficiencia de la solvencia económica y técnica acreditada por la recurrente debe señalarse, en primer lugar, que no existe, ni en la LCSP ni en su normativa de desarrollo, una regulación específica sobre la integración de la solvencia de los empresarios que concurren bajo esta fórmula, como sí sucede en el caso de las Uniones Temporales de Empresarios. Resulta evidente que, como ya se ha señalado, la ausencia de personalidad jurídica de la licitadora determina que quienes contraten realmente sean sus empresarios integrantes, de manera que no solo los requisitos de capacidad de obrar y habilitación empresarial o profesional debe ser directamente exigibles a cada uno de los integrantes, sino también la solvencia y la ausencia de prohibiciones de contratar. Por ello, resultaría adecuada la aplicación analógica del contenido del artículo 24.1 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (en adelante RGLCAP), —que no ha sido derogado expresamente por el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, de desarrollo parcial de la LCSP, ni es contrario a sus previsiones—cuando dispone que «en las uniones temporales de empresarios cada uno de los que la componen deberá acreditar su capacidad y solvencia conforme a los artículos 15 a 19 de la Ley y 9 a 16 de este Reglamento, acumulándose a efectos de la determinación de la solvencia de la unión temporal las características acreditadas para cada uno de los integrantes de la misma, sin perjuicio de lo que para la clasificación se establece en el artículo 52 de este Reglamento».

Esta aplicación analógica conlleva, en un supuesto como el que nos ocupa, que cada uno de los integrantes de la futura sociedad concesionaria deban acreditar, además de su capacidad de obrar y habilitación empresarial, la solvencia económica y técnica exigida, aplicándose la regla de acumulación señalada, que en todo caso exige la acreditación por todos y cada uno de ellos de algún tipo de solvencia para que pueda acumularse la misma.

Hay que señalar en este punto que la legislación vigente no exige un porcentaje mínimo de participación de las empresas en la futura sociedad para proceder a la acumulación de su solvencia, como sí se prevé en las UTES respecto de la acumulación de la clasificación (regla restrictiva que no puede extenderse a otros medios distintos de ésta), por lo que —sin perjuicio de la insatisfacción que la actual regulación en este punto provoca a este Tribunal, al tenerse que admitir en ocasiones solvencias garantizadas por empresarios con un mínimo porcentaje de participación en

la figura final— las consideraciones sobre los porcentajes de participación de los integrantes de la futura sociedad”.

Una cuestión de interés es abordada por el TACPA en su Acuerdo 21/12, de 21 de junio, tanto en lo relación a **la actuación de la mesa en trámite de subsanación, como en la concreción de la valoración de la solvencia económica-financiera. En lo primero, este Acuerdo, realizando una interpretación funcional no restrictiva a la admisión**, afirma que:

*“Sentado que la Mesa de contratación debe dar siempre al licitador la oportunidad de subsanar los defectos que presente su documentación, es necesario señalar que este Tribunal no comparte, en relación con la subsanación de la documentación administrativa, la afirmación del Consorcio de que la posibilidad de subsanar los defectos documentales de una proposición no permite que el licitador aporte documentación, que existiendo y obrando en su poder en el momento de formular su oferta, sin embargo no fue incorporada a su proposición de manera voluntaria. Al contrario, el trámite de subsanación de la documentación administrativa permite que el licitador aporte todos los documentos que pueden acreditar que cumplía con los requisitos que le resultaban exigibles y, en lo que afecta al procedimiento objeto de este recurso, si la Mesa hubiera puesto de manifiesto claramente a la UTE que consideraba que no había quedado acreditado el cumplimiento del volumen de negocio exigido, dada la interpretación restrictiva del contenido del PCAP que realiza la Mesa y cuyo análisis será objeto de otra consideración, la UTE lógicamente habría aportado la documentación acreditativa del segundo contrato, lo que le habría permitido ser admitida a licitación”.*

En cuanto a cómo valorar la solvencia financiera, anulando la decisión del órgano gestor por desproporcionalidad, indica que:

*“Pues bien, la exigencia de solvencia económica y financiera, en cuanto aptitud para contratar, debe predicarse del objeto del contrato en su totalidad, y no sólo de una de las prestaciones que se incluyen en el mismo. Y, además, se debe fijar y exigir su acreditación conforme a los principios de proporcionalidad y coherencia con el contenido de las prestaciones que constituyen el objeto del contrato. Sin que la Mesa pueda apartarse de dichos principios a la hora de valorar su acreditación”.*

Este principio de proporcionalidad, que deberá ser apreciado al caso concreto, opera tanto respecto de las exigencias de solvencia que podríamos denominar clásicas, como respecto del compromiso de adscripción de medios y obviamente se completa con la necesidad de que la solvencia exigida esté relacionada con el objeto del contrato<sup>109</sup>. Puede destacarse la conclusión del TCRC en su Resolución 415/2014, *“Este Tribunal ha sostenido reiteradamente que la solvencia exigible ha de estar relacionada con el objeto y el importe del contrato y no producir efectos de carácter discriminatorio, sin que pueda identificarse la discriminación con la circunstancia de que unos licitadores puedan cumplir las exigencias establecidas y otros no”.*

<sup>109</sup> Resolución TACPCM 22/2012, 29 de febrero de 2012 y 103/2013, 10 de julio de 2013.

Un aspecto concreto en relación a la solvencia de interés es analizado por el TACPA en su Acuerdo 21/12, de 21 de junio, tanto en lo relación a la actuación de la mesa en trámite de subsanación, como en la concreción de la valoración de la solvencia económica-financiera. En lo primero, este Acuerdo, realizando una interpretación funcional no restrictiva a la admisión, afirma que:

*“Sentado que la Mesa de contratación debe dar siempre al licitador la oportunidad de subsanar los defectos que presente su documentación, es necesario señalar que este Tribunal no comparte, en relación con la subsanación de la documentación administrativa, la afirmación del Consorcio de que la posibilidad de subsanar los defectos documentales de una proposición no permite que el licitador aporte documentación, que existiendo y obrando en su poder en el momento de formular su oferta, sin embargo no fue incorporada a su proposición de manera voluntaria. Al contrario, el trámite de subsanación de la documentación administrativa permite que el licitador aporte todos los documentos que pueden acreditar que cumplía con los requisitos que le resultaban exigibles y, en lo que afecta al procedimiento objeto de este recurso, si la Mesa hubiera puesto de manifiesto claramente a la UTE que consideraba que no había quedado acreditado el cumplimiento del volumen de negocio exigido, dada la interpretación restrictiva del contenido del PCAP que realiza la Mesa y cuyo análisis será objeto de otra consideración, la UTE lógicamente habría aportado la documentación acreditativa del segundo contrato, lo que le habría permitido ser admitida a licitación”.*

En esta cuestión de solvencia conviene destacar la doctrina fijada en el Acuerdo 09/2013, de 18 de febrero de 2013 (impugnación pliegos concesión del transporte urbano de Zaragoza). Como es sabido, corresponde al órgano de contratación determinar los medios y documentos, de entre los previstos en los artículos 75 a 79 del TRLCSP, para acreditar la solvencia y los requisitos que se van a exigir, debiendo estar vinculados a su objeto y ser proporcionales al mismo. Podrán exigirse uno, diversos, o todos los medios de acreditación. El órgano de contratación deberá considerar qué medios permiten valorar adecuadamente la solvencia económica y técnica o profesional de las empresas licitadoras. En general, será conveniente establecer diversos criterios, con carácter complementario, para tener una visión más amplia de la capacidad de la empresa y permitir que exista una concurrencia empresarial suficiente. Todos estos criterios pretenden comprobar los aspectos económicos y técnicos generales de la empresa que se consideren suficientes para ejecutar contratos de un determinado tipo, y/o los medios materiales y/o humanos con que cuenta la mencionada empresa para la ejecución del contrato en particular que se licita.

La sentencia del TJUE, de 18 de octubre de 2012, *Észak-dunántúli Környezetvédelmi*, C-218/11, afirma al respecto lo siguiente:

*«Para la elección de estos elementos, el artículo 47 de la Directiva 2004/18 deja un margen bastante amplio a las entidades adjudicadoras. En contra de lo que dispone el artículo 48 de la misma Directiva, que, en relación con las capacidades técnicas y profesionales, establece un sistema cerrado que limita las opciones de evaluación y de verificación con*

que cuentan dichos poderes y, por lo tanto, su posibilidad de formular exigencias (véase, en lo que respecta a disposiciones análogas de directivas anteriores a la Directiva 2004/18, la sentencia de 10 de febrero de 1982, *Transporoute et travaux*, 76/81, Rec. p. 417, apartados 8 a 10 y 15), el apartado 4 del citado artículo 47 autoriza expresamente a las entidades adjudicadoras a elegir las referencias probatorias que deben aportar los candidatos o licitadores para justificar su capacidad económica y financiera. Dado que el artículo 44, apartado 2, de la Directiva 2004/18 se refiere a dicho artículo 47, existe la misma libertad de elección por lo que se refiere a los niveles mínimos de capacidad económica y financiera.

29 No obstante, esta libertad no es ilimitada. Conforme al artículo 44, apartado 2, párrafo segundo, de la Directiva 2004/18, el nivel mínimo de capacidad debe estar vinculado y ser proporcional al objeto del contrato. Por consiguiente, el elemento o los elementos del balance elegidos por la entidad adjudicadora para formular el nivel mínimo de capacidad económica y financiera deben ser objetivamente apropiados para informar sobre la concurrencia de dicha capacidad en el operador económico y este nivel debe adaptarse a la importancia del contrato en cuestión, de manera que constituya objetivamente un indicio positivo de la existencia de una base económica y financiera suficiente para la ejecución del contrato, sin ir más allá de lo razonablemente necesario a este respecto».

Criterios que el TACPA considera cumplidos en la mencionada licitación afirmando que:

*“Y el criterio exigido de tres años de experiencia en explotación de contratos de gestión de servicios públicos, para un contrato tan complejo como el de explotación mediante concesión del transporte regular de viajeros en la ciudad de Zaragoza, resulta razonable y justificado desde la óptica de la correcta prestación de los servicios públicos esenciales a los ciudadanos, sin que se observe, ni se pueda suponer, desproporción en las exigencias contenidas al respecto.*

*Igualmente resulta razonable el criterio de solvencia financiera exigida, homologable con la práctica habitual en contratos de estas características u análogos, que pretenden justificar indicios suficientes sobre la adecuada base económica y financiera para la explotación de un contrato de esta naturaleza, pues el riesgo inherente a su explotación, aconseja exigencias prudentes como las que contiene el PCAP.*

*Por otra parte, el hecho de haber sido un empleado o trabajador de una empresa adjudicataria de un contrato de esta naturaleza no sirve, por sí mismo, para acreditar el cumplimiento de la solvencia, pues ésta se proyecta sobre la planificación y dirección estratégica del contrato, en tanto, como hemos dicho, existen riesgos de explotación que se asumen por el concesionario, y que exigen, amén de una solvencia financiera adecuada (máxime en un contrato de valor estimado superior a los 815 millones de euros), una experiencia previa en la gestión integral de este*

*tipo de negocios o análogos. Nada impide además, a los ahora recurrentes, utilizar otras fórmulas organizativas para poder concurrir como operador económico al contrato en cuestión, por lo que no se observa quiebra del principio de concurrencia”.*

La exigencia de forma jurídica societaria que se impone al adjudicatario —y más en concreto, el compromiso de constituir una futura sociedad titular de la concesión— es otro de los motivos del recurso. Es esta una cuestión que ya fue analizada en el Acuerdo del TACPA 18/2011, de 29 de julio de 2011, donde se afirmaba lo siguiente:

*«El hecho de que esta posibilidad se recoja en el artículo 46. 2 LCSP bajo la rúbrica «Normas especiales de capacidad» no puede suponer dejar de aplicar las reglas generales de capacidad y solvencia contenidas en el Libro I, Título II, capítulo II de la LCSP, en lo que no se opongan a la norma especial. En este sentido es incuestionable, en contra de los que sostiene la recurrente, que la Ley exige, en la lógica del propio contrato de concesión de obra pública y sus especialidades, que los licitadores sean empresas, personas físicas o jurídicas, que cuenten con la habilitación empresarial o profesional exigible a los empresarios que quieran contratar con el sector público, como expresamente exige el artículo 46 LCSP. Por ello no son aplicables en la contratación pública las reglas de capacidad del Código Civil, como pretende la recurrente».*

En el Acuerdo el TACPA 9/2013 se destaca que el recurrente confunde la posibilidad que el TRLCSP ofrece de conformar una forma jurídica *ad hoc* independiente tras la adjudicación, y la opción de integración de solvencia con medios externos (ex artículo 63 TRLCSP), con la obligación de que, en todo caso, se cumplan en estas fórmulas organizativas las reglas de capacidad y solvencia, pues solo así se garantiza la idoneidad del eventual adjudicatario del contrato y el correcto funcionamiento de la comparación de ofertas para decidir la económicamente más ventajosa. Nada impide, en consecuencia, a los recurrentes presentar su proposición, siendo la exigencia de forma jurídica tras la adjudicación un instrumento para preservar, ante cualquier incidencia en contratos de esta naturaleza, el correcto cumplimiento de los mismos.

Por último, la solvencia, cuando se licita en UTE, obliga a la admisión cuando ya una de ellas cumple los requisitos exigidos. El Acuerdo del TACPA 76/2013, de 17 diciembre, anula una exclusión por no aplicar esta regla, afirmando lo siguiente:

*“Es decir, la Mesa de contratación, en la primera reunión para valorar la solvencia, entendió que una de las empresas integrantes de la futura UTE ya cumplía los requisitos exigidos, motivo por el cual la debió dar ya por admitida, al ser conocido que basta que cumpla una de las empresas de la UTE las exigencias de solvencia. Basta recordar que la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2005, en la que, citando otras sentencias anteriores de 2 de julio de 1986 y 16 de noviembre de 1993, señala que «basta que una de las empresas que entra en la agrupación para optar a la adjudicación, cumpla los requisitos establecidos al efecto para que se entienda que dichos requisitos quedan*

*cumplidos por la agrupación». Criterio aplicado también, entre otras, en la Resolución 44/2011, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid y en el Acuerdo 31/2012, de este Tribunal.*

*Examinada la documentación que obra en el expediente, se constata como hecho indubitado que los recurrentes, han concurrido a la licitación al amparo de la fórmula recogida en el artículo 59 TRLCSP, que admite la posibilidad de concurrir a una licitación con el compromiso de constituir una unión de empresarios constituida temporalmente al efecto y que se formaliza, en su caso, tras la adjudicación. Posibilidad recogida expresamente en el PCAP en su cláusula 2.2.4.1.3ª.”*

Es necesaria una mención a la cuestión del compromiso de adscripción de medios. En el Acuerdo del TACPA 9/2014, de 11 de febrero, se destaca que el compromiso de adscripción de medios personales y/o materiales, se configura en el artículo 64 TRLCSP como un “plus de solvencia”, una obligación adicional -de posible exigencia por el órgano de contratación- de proporcionar unos medios concretos, de entre aquéllos que sirven para declarar a un licitador idóneo para contratar con la Administración. “*La adscripción de medios es, en suma, un complemento de cara a la efectiva disponibilidad de la solvencia requerida por el órgano de contratación al diseñar el objeto del contrato, y no una técnica adicional de restricción de la solvencia previamente elegida y exigida, tal y como previene el artículo 62 TRLCSP.*” Si bien se trata de una exigencia adicional a la solvencia, cuyo cumplimiento solo es exigible al adjudicatario, tal y como se indicaba en la Resolución del TACPM 125/2013, de 11 de septiembre.

## **9.- El respeto al principio de la libre competencia en el diseño del contrato.**

Interesa destacar, en primer lugar, la doctrina del Acuerdo 29/2011, de 15 de diciembre, del TACPA, por el que se resuelve el recurso especial, interpuesto por UNIPOST, S.A., en relación al Acuerdo marco de contratación centralizada de los servicios postales y telegráficos para la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón, sus Organismos Autónomos y restantes Entes públicos autonómicos y locales adheridos», donde se decide **la anulación del mismo por cuanto su operatividad práctica comporta un cierre del mercado postal:**

*«En primer lugar, la recurrente considera que este acuerdo marco implica una restricción de la competencia, al cerrar el mercado postal durante un plazo de cuatro años. Como es sabido, los acuerdos marco — conviene recordar que era una posibilidad que se contenía ya en la Ley 48/1998, de 30 de diciembre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones, por la que se incorporan al ordenamiento jurídico español las Directivas 93/38/CEE y 92/13/CEE— se regulan en los artículos 180 a 182 LCSP. Mediante este nuevo procedimiento, abierto a todo tipo de contrato, los sujetos contratantes podrán celebrar acuerdos marco, cuya duración no podrá superar los cuatro años, salvo en casos excepcionales, debidamente justificados, en particular por el objeto del acuerdo marco. A través de este*

procedimiento «precontractual» los poderes adjudicadores cuentan con la posibilidad de celebrar un acuerdo marco con uno o varios operadores económicos, y de organizar, en este último supuesto, posteriores «mini licitaciones», abiertas a la participación de las partes en el acuerdo marco, a medida que se vayan haciendo patentes las necesidades del poder adjudicador.

Esta técnica de racionalización administrativa aporta simplificación, eficiencia y normalización, como bien advierte el Informe de la unidad gestora. Pero encuentra un límite infranqueable, que consiste en que no puede utilizarse de manera abusiva, o de manera que la competencia se vea obstaculizada, restringida o falseada. Así se establece en el artículo 180. 1. LCSP, cuando determina: «Los órganos de contratación del sector público podrán concluir acuerdos marco con uno o varios empresarios con el fin de fijar las condiciones a que habrán de ajustarse los contratos que pretendan adjudicar durante un periodo determinado, siempre que el recurso a estos instrumentos no se efectúe de forma abusiva o de modo que la competencia se vea obstaculizada, restringida o falseada».

Es decir, junto a la lógica del principio de la eficacia y eficiencia pretendido por la entidad contratante en la justificación de este tipo de procedimiento, juega también, como otro principio a proteger el que no haya efectos restrictivos sobre la competencia.

Y aquí radica el núcleo de la pretensión del recurrente, que exige determinar si el concreto diseño práctico de este acuerdo marco puede merecer el juicio de que es restrictivo de la competencia. Un dato importante es que se trata de un acuerdo marco con un único proveedor, lo que de por sí implica una limitación, que bien podría tener su justificación en la correcta prestación del contrato. Pero el ámbito de este acuerdo, claramente excepcional por su amplitud desde la perspectiva subjetiva, que engloba la casi totalidad de las entidades públicas de Aragón (Gobierno de Aragón, Diputaciones Provinciales, Comarcas, Mancomunidades y principales municipios), que necesariamente recaerá en un único prestador del servicio, supone un cierre del mercado público de los servicios postales en Aragón durante un plazo de cuatro años, lo que resulta contrario al principio de libre competencia.

Esta afirmación se encuentra avalada por el hecho de que el sector postal es un mercado recientemente liberalizado —Ley 43/2010, de 30 de diciembre, del servicio postal universal, de los derechos de los usuarios y del mercado postal, por la que se transpone la Directiva 2008/6/CE (en adelante Ley 43/2010), que declara que los servicios postales son servicios de interés económico general que se prestan en régimen de libre competencia— donde ha existido un operador dominante, que cuenta ya con los medios personales y materiales como consecuencia de dicha posición inicialmente monopolista, por lo que un acuerdo marco como el recurrido, por dicha dimensión, impide el principio recogido en la reciente legislación postal, quebrando en la práctica sus principios regulatorios. A este efecto restrictivo de la competencia conduce también el hecho de que

*no se hayan previsto lotes, lo que facilitaría un mayor número de ofertas y más ajustadas técnica y económicamente, y que la valoración como criterio de adjudicación de mayores medios personales y materiales, en un contrato de tal dimensión, beneficia claramente al licitador que originalmente ha mantenido una posición de operador dominante del mercado, lo que dificulta, cuando menos, que el principio de apertura de los servicios postales sea realmente efectivo».*

De este Acuerdo interesa igualmente destacar en lo relativo a la forma de presentación de las proposiciones, se regula en el artículo 80 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP), relativo a determinadas precisiones, como el requerimiento que en el mismo día que se haya efectuado el envío por correo debe comunicarse al órgano de contratación que se ha efectuado el envío, justificando la fecha de imposición del envío en la oficina de Correos. A estos últimos efectos, este Tribunal entiende —dado el marco de liberalización de los servicios postales analizado en el Acuerdo 29/2011, de 15 de diciembre, del TACPA— que el envío de las ofertas puede efectuarse por cualquier operador habilitado para dicha función, y por ello no debe asimilarse el término «Correos», con la sociedad estatal pública «Correos y Telégrafos, S.A». Determina así la disposición reglamentaria que la documentación correspondiente a las proposiciones deberá entregarse en las dependencias u oficinas expresadas en el anuncio, o enviada por correo, sin que se establezca la posibilidad de presentar esta documentación en registros correspondientes a órganos administrativos de otras Administraciones Públicas, como pretende la recurrente.

Por otra parte, **se falsea también la competencia si se agrupan varias prestaciones en un mismo contrato, pues la “complementariedad” no puede justificar unificar en un contrato distintas prestaciones** (bajo argumento de mayor eficiencia). Lo ha puesto de relieve el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en su Resolución 346/2013, de 4 de septiembre (criterio asumido por el Tribunal de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía en la Resolución 243/2014), que afirma, en relación a la complementariedad de objeto en una licitación lo siguiente:

*“Un análisis racional de las prestaciones que componen el presente contrato nos debe hacer concluir que es difícil atisbar cuál pueda ser la relación existente entre la gestión del alumbrado público, por ejemplo, y la recogida y transporte de residuos sólidos urbanos. Igualmente, resulta difícil considerar que se puedan encontrar vinculadas entre sí, por ejemplo, el mantenimiento del sistema de bicicletas de uso público, la gestión del alumbrado público, o la limpieza y mantenimiento de parques y jardines.*

*Ello es así porque, a juicio de este Tribunal, cuando el artículo 25.2 establece que debe existir una vinculación entre las prestaciones que constituyen el objeto del contrato, no se está refiriendo a una mera vinculación subjetiva por razón de la entidad contratante ni está diferenciando entre prestaciones concretas. Si así fuera, el precepto resultaría del todo estéril y sería posible acumular en un contrato mixto cualquier tipo de prestación que fuera propia de la entidad contratante aunque su naturaleza fuera muy diferente. Por el contrario, el criterio de este Tribunal es que la*

intención del legislador fue otra muy diferente. Hemos de recordar que uno de los principios que inspiran la totalidad del articulado de la Ley es indiscutiblemente el de máximo respeto al principio de concurrencia, de manera que, a lo largo de toda esta norma, se puede observar una prevención por parte de legislador contra su vulneración y el establecimiento de diversas medidas que tratan de evitar una perturbación indeseada de la concurrencia contractual. Sobre esta línea de pensamiento es perfectamente razonable entender que, si el legislador ha establecido que para que exista un contrato mixto las prestaciones deben estar vinculadas entre sí, esa vinculación debe ser una vinculación material, no meramente subjetiva ni tampoco formal.

Consecuentemente, debemos entender que las prestaciones vinculadas deben ser aquellas que tengan una relación material directa porque las materias a las que afecten versen sobre cuestiones muy próximas. Este criterio se ve ratificado por la parte final del precepto que exige que las prestaciones puedan calificarse como complementarias desde el punto de vista material, porque sólo esta circunstancia puede obligar a que puedan calificarse como una unidad funcional. Y es que no es discutible que no existe una unidad funcional respecto de prestaciones que estén tan alejadas materialmente como las que antes hemos señalado.

Esta circunstancia se clarifica aún más en el pliego de cláusulas administrativas particulares cuando se acude a la cláusula séptima o al propio pliego de prescripciones técnicas, en los que queda claro que esas cuatro prestaciones en las que inicialmente se divide el contrato son, en realidad, varias más y referentes a materias muy diversas.

No basta, a estos efectos, el que el órgano de contratación haya sostenido la existencia de vínculos y de relaciones de complementariedad y funcionales sobre la base de la posible existencia de sinergias entre todas ellas. Este Tribunal no considera necesario siquiera determinar si es el órgano de contratación o los recurrentes quienes tienen razón acerca de si realmente existen o no sinergias respecto de las distintas prestaciones que puedan constituir el contrato. Entendemos que no es necesario porque las exigencias establecidas en el artículo 25.2 deben analizarse en términos jurídicos y no económicos o de oportunidad. Sentada esta premisa obedece a un criterio de pura lógica y de sentido común que, tal como acabamos de exponer, las prestaciones contenidas en este contrato no son prestaciones vinculadas materialmente entre sí ni existe respecto de ellas una relación de complementariedad que las configure como una unidad funcional.”

## 10.- El régimen de impugnación de pliegos.

El Acuerdo 33/2012, de 9 de agosto, recuerda que la carga de claridad en la elaboración y el contenido de los pliegos de condiciones, o de cláusulas administrativas particulares, es de los poderes adjudicadores, y por tanto las cláusulas ambiguas, contradictorias o confusas, que no hayan sido disipadas durante el proceso de selección, son también responsabilidad de los mismos. **La confusión entre el clausulado de los Pliegos, exige un criterio hermenéutico proclive al principio de igualdad de acceso, de forma que la «oscuridad» de las cláusulas no puede perjudicar a los posibles licitadores.** Por ello, resulta desproporcionado y contrario a

la equidad, que los poderes adjudicadores tengan la facultad de seleccionar cuál regla del pliego de condiciones aplica, cuando existen otras contradictorias, confusas o ambiguas, haciéndole soportar todas las consecuencias jurídicas de su error al oferente o contratista, quienes no elaboraron el pliego de condiciones. Y es que, nuestro ordenamiento jurídico de la contratación pública, se basa en los principios de la buena fe objetiva y confianza legítima, como elementos interpretativos de los contratos, que se complementan con el principio de interpretación «*contra proferentem*» —también denominado «*interpretatio contra stipulatorem*»— según el cual, cuando no es posible hacer una interpretación literal de un contrato (Pliego en este caso), por causa de cláusulas ambiguas o contradictorias, la interpretación no debe beneficiar a la parte que redactó esas cláusulas, ocasionando la oscuridad. Es la carga de hablar claro que pesa sobre quien lleva la iniciativa contractual, que se corresponde con una autorresponsabilidad cuando no se cumple satisfactoriamente con ella<sup>110</sup>.

Una importante doctrina es la relativa a la impugnación indirecta del pliego tras la adjudicación. Así en el Acuerdo del TACPA 14/2011, de 19 de julio, se acepta la tesis de que una vez aceptado y consentido el Pliego—ley por la que **se rige el procedimiento licitatorio— el mismo deviene firme, y no cabe ya cuestionar ninguno de sus extremos, conforme a la jurisprudencia consolidada por el Tribunal Supremo, siempre que no se aprecien vicios determinantes de nulidad de pleno derecho.**

Este es, por lo demás, el criterio del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en la resolución dictada el 20 de julio de 2011, por la que se resolvía el recurso 155/2011 y, más recientemente, en la de 21 de marzo de 2012, por la que se resuelve el recurso 44/2011, en la que ha señalado:

*«...la previa concreción de las mejoras es un requisito esencial pues como ha recordado la Sentencia del TJUE de 24 de noviembre de 2008, asunto Alexandroupulis, una entidad adjudicadora, en su competencia de valoración de ofertas en un procedimiento de licitación, no puede fijar a posteriori coeficientes de ponderación, ni aplicar reglas de*

---

<sup>110</sup> Se advierte en este sentido, que la jurisprudencia actual, frente a decisiones jurisprudenciales anteriores que otorgaban a la interpretación unilateral de la Administración el valor de una especie de interpretación «auténtica», ha destacado que la incertidumbre creada por la Administración a la hora de redactar los pliegos de condiciones no puede jugar a su favor y en perjuicio del contratista, por lo que la existencia de cláusulas ambiguas, contradictorias entre sí y creadoras de indudable oscuridad sólo debe perjudicar a la Administración que las redactó, en aplicación del artículo 1288 CC. Con rotundidad se pronuncia en tal sentido la STS de 3 de febrero de 2003, dictada en unificación de doctrina, según la cual «Es manifiesto que los contratos administrativos son contratos de adhesión, en que la Administración es quien redacta las cláusulas correspondientes, por lo que, conforme a lo prevenido en el artículo 1288 del Código Civil la interpretación de las cláusulas oscuras no debe favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad. Ello impone en el caso enjuiciado, como argumenta la sentencia de contraste, una interpretación que no se verifique en perjuicio de la empresa contratista y en beneficio de la Administración». En el mismo sentido, la STS de 5 de junio de 2001 afirma que, en virtud del artículo 1288 CC, la inteligencia de la cláusula oscura no puede beneficiar a quien la plasma. Igualmente, las SSTS de 2 de octubre de 2000, 15 de febrero de 2000 y 2 noviembre 1999. En su consecuencia, la Administración no puede salvar la contradicción que pudiera existir entre las cláusulas indicadas mediante una interpretación que perjudique a quienes cumplieron con lo establecido en ellas.

ponderación o subcriterios relativos a los criterios de adjudicación establecidos en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación, sin que se hayan puesto previamente en conocimiento de los licitadores”. Lo que nos lleva ya a considerar que si no se han establecido previamente los criterios a aplicar para la valoración de las mejoras, el pliego adolece de evidentes vicios en cuanto a su validez.

También en dicha resolución citábamos el informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 59/2009, de 26 de febrero que se pronunciaba favorablemente “a la posibilidad de admitir mejoras que impliquen la ejecución de prestaciones accesorias para el contratista, sin coste para el órgano de contratación siempre que se establezcan los criterios de valoración que hayan de aplicárseles, debiendo tales mejoras figurar detalladas en el pliego de cláusulas administrativas particulares con expresión de sus requisitos, límites, modalidades y características que permitan identificarlas suficientemente, y guardar relación directa con el objeto del contrato”. Es decir que, en todo caso, la admisión de estas mejoras comporta la necesidad de identificarlas suficientemente así como el establecimiento de los criterios claros y precios para valorarlas.

Aplicando esta doctrina al caso presente debemos destacar que en las cláusulas cuyo contenido se ha transcrito previamente queda manifiesta la insuficiente regulación de las mejoras habida cuenta de que ni figuran detalladas, ni se expresan sus requisitos, límites, modalidades y características que permitan identificarlas suficientemente quedando claro asimismo que tampoco figuran los criterios a seguir para su valoración, lo que ha obligado a fijar a posteriori reglas y subcriterios de valoración a la comisión designada para llevarla a cabo en franca contradicción con la doctrina sentada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la sentencia mencionada anteriormente.

Así las cosas, es indudable que, como dijimos en nuestra resolución 5/2012, de 5 de enero, por la que resolvimos el recurso nº 317/2011, “la existencia de una valoración de mejoras sin apoyo en criterios previamente determinados supone una infracción material del principio de igualdad que debe ser conocida por este Tribunal sin que pueda aceptarse que la no impugnación del pliego obliga a los licitadores a estar y pasar por cualquier valoración de las mejoras”. Afirmación esta última que no puede entenderse como una contradicción de la doctrina jurisprudencial antes mencionada en relación con la impugnación de los pliegos pues dicha doctrina contempla como excepción el supuesto de que la cláusula afectada sea nula de pleno derecho. Y no de otra forma debe ser calificada a tenor de lo dispuesto en el artículo 32.1 del Texto Refundido de la Ley de contratos del sector público en relación con el 62.2 a) de la Ley 30 /1992, de 26 de noviembre una cláusula de la que puede derivar, sin miedo a violentarla, una valoración de las ofertas contraria al principio de igualdad y de trato no discriminatorio. En efecto dicho precepto declara nulos de pleno derecho los actos administrativos “que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional”, entre los

cuales, a tenor de lo dispuesto en el artículo 14 de la Constitución Española, debe considerarse incluido el derecho a la igualdad ante la Ley.

Frente a este argumento no cabe aducir que las cláusulas en cuestión no comportan por sí mismas una infracción del principio de igualdad porque basta con que permitan la posibilidad de una aplicación discriminatoria para que deban considerarse afectadas por el vicio de nulidad absoluta ».

Esta es también la tesis sostenida por el TACPA en los Acuerdos 20/2012 y 22/2012, por entender que existe una manifiesta quiebra del principio de igualdad — ya que los criterios de adjudicación reflejados en el pliego no expresan adecuadamente los requisitos y límites exigibles— que pueden generar, como así ha sucedido, una aplicación discriminatoria de lo que se infiere, por sí solo, el vicio de nulidad absoluta<sup>111</sup>.

El TACRC, en Resolución 97/2013 ha consolidado esta interpretación que matiza la idea que no es posible una impugnación indirecta de pliegos:

*“Al declarar la nulidad del criterio de adjudicación relativo a las mejoras, tal y como hemos recogido en nuestra resolución 65/2013 de 6 de febrero, es obligado declarar también la nulidad del proceso de licitación, puesto que, como ha declarado ya el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y recoge también su Sentencia de 4 de diciembre de 2003 (asunto C-448/01, EVN AG y Wienstrom GmbH contra República de Austria)”.*

## **11.- La función de la mesa de contratación y su necesario carácter técnico-profesional**

En el Acuerdo 28/2014, de 12 de mayo, el TACPA analiza las funciones de la Mesa de contratación, como ya hizo en el Acuerdo 43/2013, de 7 de agosto, y si su actuación vulnera el principio *non venire contra factum propium*.

El artículo 320.1 TRLCSP, dispone que en los procedimientos abiertos y

---

<sup>111</sup> La STJUE de 4 de diciembre de 2003, as. C-448/01, *EVN AG*, se refiere a la hipótesis de que la anulación de un criterio de adjudicación de forma previa a la adjudicación del contrato. La duda que se plantea es si en estos supuestos procede adjudicar el contrato —haciendo abstracción del criterio anulado— o por el contrario, es preciso convocar una nueva licitación. Pues bien, el Tribunal concluye que sólo la segunda de las alternativas se ajusta al Derecho Europeo. Y es que:

«[...] los principios de igualdad de trato y de transparencia de los procedimientos de adjudicación implican que las entidades adjudicadoras deben atenerse a la misma interpretación de los criterios de adjudicación a lo largo de todo el procedimiento (véase, en este sentido, en particular, la sentencia *SIAC Construction*, apartado 43). Por lo que atañe a los propios criterios de adjudicación, hay que admitir con mayor razón que no deben ser objeto de ninguna modificación a lo largo del procedimiento de adjudicación. De ello se deduce que, en el caso de que el órgano que conoce del recurso anule una decisión relativa a algún criterio de adjudicación, la entidad adjudicadora no puede continuar válidamente el procedimiento de adjudicación haciendo abstracción de dicho criterio, puesto que ello equivaldría a modificar los criterios aplicables al procedimiento en cuestión».

En definitiva, la anulación de un criterio de adjudicación por parte del órgano de recurso debe conducir, inexorablemente, a la convocatoria de un nuevo procedimiento de licitación.

restringidos, y en los negociados con publicidad, salvo que la competencia para contratar corresponda a una Junta de Contratación, los órganos de contratación de las Administraciones Públicas estarán asistidos por una Mesa de contratación que será competente para la valoración de las ofertas. En igual sentido se manifiesta el artículo 21.1 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la anterior Ley (en adelante RPLCSP).

**La Mesa de contratación es un órgano colegiado de carácter técnico, establecido legalmente al objeto de auxiliar al órgano de contratación en la adjudicación del contrato. Debido a su carácter técnico, sus funciones legal y reglamentariamente se circunscriben a llevar a cabo las actuaciones precisas para ayudar a que el órgano de contratación forme su voluntad** en cuanto a la adjudicación del contrato, entre ellas la valoración de las propuestas (artículo 21.1 e) RPLCSP). En este sentido es significativa la STS de 22 de junio de 2001. Y así, afirma el Tribunal Supremo —en su Sentencia de 7 de mayo de 1987—, que sea cual sea la naturaleza que se quiera atribuir a la Mesa de contratación, lo que en ningún caso puede admitirse es que aquella sea un mero buzón colegiado para la recepción de ofertas y apertura de plicas.

Es decir, la Mesa debe ejercer las competencias y funciones que la ley le atribuye; y por ello su composición debe responder a criterios técnicos y no de otro carácter o circunstancia. Precisamente por cuanto se acaba de indicar, la DA 2ª.10 TRLCSP, establece la obligatoriedad de que formen parte de la Mesa quien tenga atribuida la función de asesamiento jurídico y el interventor. Y es así, para reforzar la adecuación a la legalidad de los acuerdos de ese órgano colegiado.

La atribución de competencia es el requisito previo que legitima la actuación o el ejercicio de una potestad por parte de un órgano de la Administración Pública. Un órgano es competente en la medida en que una norma le atribuya funciones para intervenir en el ámbito de la contratación pública, y la competencia se tiene para el conjunto de las potestades concretas que el ordenamiento jurídico reconoce para intervenir en ese específico ámbito material. Las competencias, una vez atribuidas, se ejercen por el órgano titular de las mismas y son irrenunciables e intrasmisibles (artículo 12.1 Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en adelante LRJPAC).

En este Acuerdo se afirma que:

*“Las competencias de la Mesa de contratación, y sus funciones, de conformidad con el RPLCSP, se realizan en tres fases; una primera relativa a la calificación de la documentación, una segunda en la que se valoran la solvencia económica, financiera y técnica o profesional de los licitadores y una tercera en la que se realiza la propuesta de adjudicación. Y estas funciones, en cuanto competencias atribuidas por la ley a la Mesa de contratación, son irrenunciables e indelegables.*

*Así pues, corresponde a la Mesa de contratación, y a nadie más, pronunciarse sobre la solvencia económica, financiera y técnica o profesional de los licitadores, y la admisión o exclusión correspondiente; con independencia de que solicite cuantos informes considere oportunos, que en ningún caso pueden sustituir ni*

suplir su pronunciamiento expreso y propio.

La solicitud de informe a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, en modo alguno enerva la competencia de la Mesa de contratación, para decidir sobre la admisión o exclusión de un licitador; por cuanto se ha expuesto.

Pero, además, la solicitud de informe a tal órgano consultivo, carece de relevancia jurídica, en cuanto al procedimiento de licitación se refiere; y ello por varias razones:

a) El Informe de la JCCA del Estado, carece de carácter vinculante, como parece pretenderse por el recurrente, olvidando que el artículo 83.1 LRJPAC establece, al igual que determinaba la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958, que «salvo disposición expresa en contrario, los informes serán facultativos y no vinculantes», por lo que, no existiendo esta disposición para los supuestos de intervención de dicha Junta, sus criterios pueden aceptarse o no por los órganos de contratación, como consecuencia del carácter no vinculante de sus informes.

b) El Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, sobre régimen orgánico y funcional de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, en su artículo 2.1, atribuye a la misma la competencia para informar sobre las cuestiones que se sometan a su consideración, y es indudable que tales preceptos sobre la función consultiva o de asesoramiento de dicha Junta han de interpretarse en el sentido de que la función de la Junta no puede sustituir las facultades de resolución, propuesta o informe atribuidas, en el ámbito de la contratación, a órganos específicos y concretos, como sucedería si, en el presente caso, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado sustituyera las funciones de la Mesa de contratación. En este sentido, y como señala la doctrina de la propia Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado (por todos, véase su Informe 5/06, de 24 de marzo de 2006), la Junta debe abstenerse de intervenir.

c) El mismo razonamiento cabría realizar, si la petición de consulta de la Mesa de contratación se hubiera realizado a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón (el acuerdo de la Mesa de contratación de 14 de enero de 2014, no especifica a qué órgano consultivo ha de efectuarse la consulta), a quien, en puridad, y según el artículo 325 TRLCSP, correspondería la competencia para ejercer la función consultiva del Ayuntamiento de Calatayud. Pues bien, de conformidad con el artículo 3.1 y 2 del Decreto 81/2006, de 4 de abril, del Gobierno de Aragón, por el que se crea la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón y se aprueba el Reglamento que regula su organización y funcionamiento, a dicha Junta Consultiva de Contratación no le corresponde informar expedientes concretos de contratación, ni suplir las funciones que a otros órganos atribuye la legislación de contratos del sector público.

De manera que, con independencia de su acierto y conformidad con el ordenamiento jurídico, la exclusión se acuerda por el órgano que tiene la competencia para ello, con independencia de que en su día acordara la solicitud de informe a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado”.

En cuanto a la vulneración del principio *non venire contra factum proprium*, ya en el Acuerdo 21/2013, de 30 de abril, este Tribunal declaró que la conservación de un acto depende de los efectos que éste pueda producir, pues la legitimidad o validez de sus efectos es lo que determina que el ordenamiento garantice su mantenimiento en el mundo del Derecho.

El acuerdo sobre la petición de un informe, así como su desistimiento, no tiene mayor efecto que el de su necesidad o innecesidad para quien lo solicita, que puede ser apreciada libremente por la Mesa de contratación, sin que suponga ninguna contravención del principio del *non venire contra factum proprium*, pues en puridad no existe un acto que se proyecte sobre el licitador, ni que, en consecuencia, genere derecho alguno a su favor.

## 12.- Alcance del control en los trámites formales del procedimiento.

En relación a los denominados trámites formales, se acepta la tesis -marcada tanto por la jurisprudencia como los numerosos dictámenes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en la materia-, relativa a **la flexibilización de los requisitos formales exigidos en la presentación de la documentación** a que se refería el artículo 130 LCSP –ahora 146 TRLCSP- (Acuerdo 18/2011, de 29 de julio)<sup>112</sup>. Asimismo, la eventual confusión entre el clausulado de los Pliegos exige un criterio hermenéutico proclive al principio de igualdad de acceso, de forma que la «oscuridad» de las cláusulas no puede perjudicar a los eventuales licitadores (Acuerdo 5/2011, de 16 de mayo).

En todo caso, como indica el Acuerdo 4/2011, de 12 de abril del TACPA (Tribunal Administrativo Central de Recursos contractuales ha aceptado en su Resolución núm. 64/2012), las proposiciones de los interesados deben ajustarse a lo previsto en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario de la totalidad de dichas cláusulas, sin salvedad o reserva alguna, tal y como dispone el artículo 145 TRLCSP:

*“Uno de los aspectos en que la necesidad de adaptación de las proposiciones al contenido de los pliegos es más evidente, es el relativo a la oferta económica, la cual está sujeta a dos requisitos, uno material, puesto que no puede exceder del presupuesto base de licitación, y otro formal, ya que debe atenerse al modelo establecido en los pliegos sin introducir en él variaciones sustanciales. Las proposiciones que no respeten estos requisitos deberán ser rechazadas por la Mesa en resolución motivada, tal y como dispone el artículo 84 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP).*

*El límite material, es estricto, y no admite flexibilidad, salvo en aquellos supuestos en que los propios Pliegos hayan permitido variantes y, específicamente, hayan previsto que las mismas podrán superar el presupuesto de licitación (opción de marcado carácter excepcional, en tanto se dificulta el elemento de comparación de ofertas).*

*El límite formal, sin embargo, no es tan riguroso, y el propio artículo 84 RGLCAP establece que el cambio u omisión de algunas palabras del modelo, con tal que lo uno, o la otra, no alteren su sentido, no será causa bastante para el rechazo de la proposición.*

*Un excesivo formalismo sería contrario a los principios que deben regir la contratación pública enunciados en el artículo 1 LCSP, la libertad de concurrencia y la eficiente utilización de los fondos públicos, exigen que en los procedimientos de adjudicación de los contratos deba tenderse a lograr la mayor concurrencia posible, siempre que los candidatos cumplan los requisitos establecidos”.*

Igualmente el Acuerdo 49/2012, del TACPA propone una interpretación no formalista sobre lo que es un error que pueda justificar el rechazo de la proposición:

*“El error consiste en una equivocada o inexacta creencia que sirve de presupuesto para la realización de un acto jurídico (en este caso la fijación del importe de la proposición). No todos los errores comportan, en nuestro Derecho, las mismas consecuencias ni tienen el mismo tratamiento jurídico. En la teoría general de los contratos se distingue entre errores relevantes, que permiten a quien los ha sufrido desligarse del cumplimiento del contrato, y errores irrelevantes que quien los sufre o padece tiene que pechar con ellos. Nuestro Código Civil, en el artículo 1266, viene a recoger esta distinción al establecer diferente régimen jurídico para los errores que invalidan el consentimiento (error sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato y error sobre la persona) y los errores que no invalidan el consentimiento, sino que dan lugar a una corrección o rectificación (error sobre la cantidad y sobre el valor, y el error de cálculo o de cuenta).*

*En nuestro Derecho, la calificación de una actuación jurídica como manifiesta alude a la evidencia y claridad de la misma, a su carácter terminante. En este sentido, se manifestaba el Consejo de Estado, en su interpretación del concepto de infracción manifiesta, del artículo 110 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, interpretando que por tal infracción manifiesta debía entenderse la infracción terminante y clara, apreciable inmediatamente al comparar el contenido y alcance del acto administrativo con la norma contenida en la Ley. Dicho de otro modo, o la gravedad de una infracción era relevante, seria y evidente y, por lo tanto manifiesta, o no era ciertamente tan grave.*

*Pues bien, consideraciones similares cabe realizar respecto de cuando un error es manifiesto desde el punto de vista jurídico. De manera que debe tratarse de un error grave, relevante, serio y evidente. Es decir, el error manifiesto es aquel error insalvable, que no puede ni debe ser corregido por el operador jurídico.*

*De manera que una interpretación adecuada del artículo 84 RGLCAP, a la vista de cuanto se ha expuesto y de las reglas generales de nuestro Derecho de la Contratación, obliga a considerar que no cualquier tipo de error, sino únicamente aquel que merezca la calificación de manifiesto, puede dar lugar al rechazo sin más de una proposición. Sobre*

todo si, y además, se atiende a dos de los principales principios que inspiran toda licitación pública: el principio de concurrencia y el de selección de la oferta económicamente más ventajosa; que han generado una consolidada jurisprudencia acerca del carácter antiformalista de la contratación pública.

Además, no debe olvidarse, que existe un interés legalmente protegido, incluso un derecho de los ciudadanos y sus empresas, a ser adjudicatarios de los contratos —en virtud del principio de igualdad, y de las diferentes exigencias del principio de legalidad— si reúnen las condiciones y ofrecen cumplirlos del modo que sea más ventajoso para los fines públicos. Por su parte, la Administración cuando contrata se encuentra sujeta al ordenamiento jurídico en su conjunto y al mismo principio de igualdad de trato a los ciudadanos; pues la contratación no es si no otra forma de distribución de los recursos públicos (entre los que se encuentran los de los propios ciudadanos licitadores) para el ejercicio de las competencias que tenga atribuidas en orden a la satisfacción de las necesidades y fines públicos”.

Esta doctrina no habilita la eventual “relajación” en el procedimiento. Así, en el Acuerdo 23/2011, de 3 de octubre, se declara **que son esenciales los actos de apertura de las proposiciones:**

“Quiere destacarse en este punto la importancia de observar, en la instrucción de un procedimiento complejo como es el de la contratación pública, todos los trámites previstos en la Ley y concretados en el correspondiente PCAP. En concreto, y a los efectos que aquí interesan, debió procederse a la apertura pública del contenido del sobre nº 2 (cláusula 2.2.6.2 del PCAP) y a dar a conocer el resultado de la valoración del mismo en el acto público de ofertas económicas (cláusula 2.2.6.3. del PCAP). Este trámite, de carácter esencial, tiene por finalidad acreditar el correcto funcionamiento de la Administración en cuanto a la toma de su decisión, y permitir a los licitadores hacer efectivos los derechos que les reconoce la ley”.

Esta cuestión es de interés en lo relativo a la forma de las proposiciones. El Acuerdo 16/2011, de 21 de julio TACPA recuerda que:

“la cuestión de fondo planteada se refiere a la regla del secreto de las proposiciones que la LCSP y su normativa de desarrollo imponen con el objeto de evitar «manipulaciones» de otros licitadores y garantizar la confiabilidad del sistema. Especial interés tiene el que se desconozcan las ofertas económicas en tanto sean objeto de valoración las proposiciones técnicas, para evitar que pueda influirse en la ponderación del juicio técnico al conocerse previamente la puntuación que obtendría un licitador en estos aspectos reglados o automáticos (de ahí la explicación de la nueva regulación contenida en el artículo 150.2 TRLCSP).

Es esta, por lo demás, una práctica derivada del derecho a una

*buena administración que explica la exclusión del licitador que la incumple, y por la que debe exigirse la debida diligencia a los licitadores al presentar y documentar sus ofertas, en aras a preservar la finalidad del procedimiento y los principios de igualdad de trato que lo inspiran.*

*Dicho esto, conviene determinar para el caso concreto objeto de recurso, si la oferta de la empresa recurrente había incumplido este requisito esencial —como advierte la Mesa de contratación—, para lo que es necesario realizar una interpretación finalista y sistemática, que obliga al órgano gestor a acreditar de forma racional el incumplimiento del licitador de este deber de no desvelar la oferta económica de forma anticipada. Y no son suficientes meras suposiciones o juicios de valor técnico que no permitan constatar de forma fehaciente este incumplimiento, pues lo contrario, cuando menos, quebraría el principio de proporcionalidad y conllevaría una contravención del principio de igualdad de trato y, además, en tanto restrictiva de la concurrencia, el de eficiencia”.*

El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, ha manifestado en la Resolución 59/2011 (expresamente citado en la Resolución Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid nº 27/2011) que:

*«...una correcta interpretación del art. 310.2 LCSP exige que se examinen paralelamente este precepto y el que le da origen, es decir el artículo 107 de la ley 30/1992. Del análisis conjunto de ambos preceptos se desprende que el legislador ha querido evitar la posibilidad de que resulten perjudicados los derechos o intereses legítimos de los administrados como consecuencia de actos de trámite, que de no ser por la excepción contenida en la Ley, no serían recurribles. Ello significa que, en tales casos, la posibilidad de recurrir no se abre a todos los interesados sino sólo a aquellos respecto de los cuales pudiera resultar perjudicado el ejercicio de sus derechos o la defensa de sus intereses legítimos como consecuencia del acto de trámite en cuestión. De otro modo debería esperar a la resolución que pone fin al procedimiento para ejercitar la defensa de su derecho o interés legítimo y considerando que la admisión del recurso pudiera causar perjuicios de difícil subsanación o precisara la retroacción de las actuaciones al momento en que se cometió la infracción, como excepción, cualifica estos actos admitiendo su impugnación».*

En la misma línea, la Resolución del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid nº 27/2011 señala que:

*«...Los actos de trámite son actos instrumentales de la resolución que pone fin al procedimiento. No quiere decirse que los actos de trámite no son impugnables, que constituyan una suerte de dominio soberano de la Administración, quiere decir que no son impugnables separadamente salvo que la ley los considere de una importancia especial (que éstos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos) no pueden impugnarse de forma separada, por un principio de concentración*

*procedimental habrá que esperar a la resolución del procedimiento de adjudicación para plantear todas las discrepancias del recurrente sobre el procedimiento tramitado, sobre la legalidad de todos y cada uno de los actos de trámite».*

Especial interés tiene la doctrina sobre discordancia entre letra y número. El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (Resolución 137/2012, de 20 de junio), ha señalado que *“la divergencia entre cifra y letra en la proposición de la recurrente, no significa que haya un error manifiesto en el importe o que sea de tal naturaleza que haga inviable la oferta. **Tal divergencia, aunque evidente, no implica tampoco que sea imposible determinar de forma indubitada el precio real ofertado**” para terminar concluyendo que en tales casos no procede el rechazo de las ofertas* aplicando el artículo 84 RGLCAP. Idéntico criterio ha mantenido el TACPA en su Acuerdo 49/2012, ya citado:

*“Y es que la divergencia entre el importe expresado en cifra y el importe expresado en letra, no es un error manifiesto en nuestro ordenamiento jurídico, y, en su consecuencia, no cabe aplicar a esa diferencia o divergencia lo dispuesto en el artículo 84 RGLCAP.*

*Al escribir cifras tanto en letras como en números, es fácil que se puedan cometer errores. Letras, cheques, facturas, pagarés e incluso documentos contables, tienen cifras descritas tanto en letras como en números, y no es infrecuente que se contradigan las letras con los números. Sin embargo, tal contradicción no trae como consecuencia que pierdan su validez por falta de certeza, ni en el ámbito civil ni en el ámbito mercantil, pues no son considerados errores que vicien con tal alcance el documento que los contiene. Es decir, no son calificados como errores manifiestos, sino como simples irregularidades que el propio ordenamiento jurídico se preocupa de salvar y corregir para garantizar la seguridad jurídica.*

*Tal interpretación viene avalada en nuestra propia legislación mercantil. La Ley 19/1985, de 16 de julio, Cambiaria y del Cheque, en sus artículo 7 y 115, califican la referida divergencia (entre números y letras de un mismo importe o cantidad) de mera diferencia, y declaran válido el importe de la cantidad expresada en letra. Y si esto es así y vale para la letra de cambio —que es un título de crédito que contiene un mandato de pagar una suma incondicional, es decir, un efecto comercial que contiene un derecho de crédito, un derecho a que alguien cobre algo de un tercero— y para el cheque, vale también para la proposición de una licitación pública.*

*En este sentido, como bien argumenta, la STSJ de Madrid, de 2 de diciembre de 2003, alegada por el recurrente; al no existir norma específica, en la legislación de contratos del sector público, que contemple tal situación, debe aplicarse subsidiariamente la Ley 19/1985, de 16 de julio, Cambiaria y del Cheque, en aras de garantizar el principio de seguridad jurídica, «pues confundiría a los ciudadanos que en la práctica mercantil se siguiera un criterio y en la práctica administrativa otro distinto*

sin cobertura legal».

*En definitiva, la Ley cambiaría, como anteriormente el Código de Comercio en su artículo 535, evidencia la intención del legislador mercantil de dar valor de certeza y precisión a la expresión escrita manifestada en letras sobre las cifras arábigas que expresen una cantidad. La máxima demostración de esta intención legislativa, se desarrolla en los artículos 7 y 115 ya mencionados, que establecen un principio que eleva la letra sobre el guarismo, con la finalidad de ofrecer garantías de certeza a los operadores comerciales. Y nada impide que este principio del ámbito mercantil sea aplicado, asimismo, en el ámbito administrativo. Antes bien y al contrario, es cuanto hay que hacer a la vista del artículo 19.2 TRLCSP, que ordena la aplicación supletoria de las normas de derecho privado, en defecto de las normas específicas o administrativas, en la preparación y adjudicación de los contratos administrativos. Sin que ello implique en puridad, en modo alguno, una subsanación de defectos. Sino la aplicación de un principio general ex lege, el de prevalencia de la letra sobre el número o guarismo”.*

En definitiva, que **la aplicación del principio de proporcionalidad exige que los actos de los poderes públicos no rebasen los límites de lo que resulta apropiado y necesario** para el logro de los objetivos legítimamente perseguidos por la normativa controvertida, entendiéndose que, cuando se ofrezca una elección entre varias medidas adecuadas, deberá recurrirse a la menos onerosa, y que las desventajas ocasionadas no deben ser desproporcionadas con respecto a los objetivos perseguidos<sup>113</sup>. Aplicado a un procedimiento de adjudicación de contratos públicos, deben entenderse que dicho principio obliga al órgano de contratación, cuando se enfrenta a una oferta ambigua y una solicitud de aclaraciones sobre el contenido de dicha oferta podría garantizar la seguridad jurídica del mismo modo que una desestimación inmediata de la oferta de que se trate, a pedir aclaraciones al licitador afectado en vez de optar por la desestimación pura y simple de la oferta de éste<sup>114</sup>.

### **13.- La valoración de la documentación de solvencia.**

El Acuerdo 25/2014, de 15 de abril, del TACPA, analiza cómo debe proceder la Mesa de contratación a la hora de examinar la documentación de solvencia (se recuerda la doctrina del Acuerdo 21/2012, de 21 de junio, en relación a la actuación de la Mesa de contratación en el trámite de subsanación de la solvencia exigida). Los artículos 27 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, y 81.2 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento

<sup>113</sup> Sentencias TJUE de 13 de noviembre de 1990, *Fedesa* y otros, C-331/88, apartado 13, de 5 de octubre de 1994, *Crispoltoni* y otros, C-133/93, C-300/93 y C-362/93, apartado 41, y de 5 de mayo de 1998, As. C157/96, *National Farmers' Union* y otros, apartado 60).

<sup>114</sup> En otro caso, el órgano de contratación incurre en un manifiesto error de apreciación, tal y como señaló el Tribunal de Primera Instancia en la Sentencia de 27 de septiembre de 2002 (*Tideland Signal/Comisión*, apartado 43) antes citada.

general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, exigen que la Mesa de contratación deba dar siempre al licitador la oportunidad de subsanar los defectos que presente su documentación. Y ello para garantizar, con respeto al principio de igualdad de trato, la eficiencia de la adjudicación. No se trata, en definitiva, de una prerrogativa de uso discrecional por parte de la Administración, sino de una técnica de garantía a favor de los licitadores, con el objetivo de evitar que el incumplimiento de las formalidades relativas a la documentación exigible puedan, per se, significar la exclusión de un procedimiento.

Y ello, porque dados los graves efectos que la no presentación de la documentación requerida en plazo tiene para el licitador, el trámite de subsanación debe realizarse atendiendo a los distintos principios jurídicos en juego y, en especial, el de proporcionalidad, con el efecto de no convertirlo en un trámite de «exclusión» automática. De ahí la importancia del plazo de subsanación, como se puso de relieve en nuestro Acuerdo 18/2011, de 29 de julio, o en la Resolución del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía 25/2012, de 20 de marzo. Obviamente, tienen que ser documentos que puedan ser efectivamente subsanados, pues lo que no es posible es, mediante este trámite, ampliar en fraude de ley el plazo de presentación de proposiciones.

En conclusión, la actuación de la Mesa de contratación, de excluir a la recurrente sin darle la posibilidad formal de subsanar, supone la quiebra de un trámite esencial que genera indefensión a la misma. Existe, por ello, un vicio de nulidad de pleno derecho ex artículo 62.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, por infracción del procedimiento legalmente establecido, por lo que procede estimar el recurso por este motivo y ordenar la retroacción de actuaciones, a fin de que la Mesa de contratación solicite subsanación de la documentación acreditativa de la solvencia técnica exigida.

Sobre el sistema de valoración de clasificación empresarial, la Resolución 14/2012, de 30 de agosto, del Órgano de Recursos Contractuales de Castilla y León (Consejo Consultivo) analiza cómo se realiza la clasificación. Se estima el recurso al exigirse una categoría superior a la que efectivamente correspondería.

*“(…) la Administración, a la hora de determinar la clasificación exigible, debe tener en cuenta que el artículo 67.1 dispone: ‘La clasificación de las empresas se hará en función de su solvencia, valorada conforme a lo establecido en los artículos 75, 76 y 78, y determinará los contratos a cuya adjudicación puedan concurrir u optar por razón de su objeto y de su cuantía. A estos efectos, los contratos se dividirán en grupos generales y subgrupos, por su peculiar naturaleza, y dentro de estos por categorías, en función de su cuantía.*

*La expresión de la cuantía se efectuará por referencia al valor íntegro del contrato, cuando la duración de éste sea igual o inferior a un año, y por referencia al valor medio anual del mismo, cuando se trate de contratos de duración superior”.*

*Por otro lado, el artículo 46 RGLCAP, relativo a la ‘exigencia de la clasificación por la Administración’ en los contratos de servicios, dispone que ‘La clasificación que los órganos de contratación exijan a los licitadores de un*

contrato de servicios será determinada con sujeción a lo dispuesto en el artículo 36, con excepción de su apartado 4, y con la salvedad de que el número de subgrupos exigibles, salvo casos excepcionales, a que se refiere su apartado 2, párrafo a), no podrá ser superior a dos’.

Por tanto, para la determinación de la categoría exigible al contratista deberá tenerse en cuenta el artículo 36.6, que dispone que ‘Cuando solamente se exija la clasificación en un grupo o subgrupo, la categoría exigible será la que corresponda a la anualidad media del contrato, obtenida dividiendo su precio total por el número de meses de su plazo de ejecución y multiplicando por 12 el cociente resultante’.

Por razón de su objeto, la clasificación de los contratos se efectúa en grupos generales y subgrupos, según su naturaleza y, por razón de su cuantía, los contratos se clasifican en categorías, debiendo tenerse en cuenta que el importe a valorar a efectos de incluir el contrato en una u otra categoría, puede calcularse de dos modos:

*Por su importe íntegro, si el contrato no excede de un año.*

*Por su valor medio anual, si el contrato excede de un año.*

En el presente caso es evidente la exigencia de clasificación pero, de acuerdo con lo expuesto, “la categoría exigible dentro del correspondiente subgrupo debe ser inferior a la señalada en el pliego de cláusulas administrativas particulares”. Esto es, la categoría “D” del subgrupo 5 del grupo T, está ceñida a los concursos con un valor de más de 600.000 euros. Al considerar la duración inicial del contrato por su importe íntegro (530.556 euros), se estaría por debajo de tal cuantía; de igual modo, en caso de considerar el valor medio anual, estaría por debajo de tal umbral. Por consiguiente “cabe concluir que debió haberse exigido la categoría “C” del subgrupo 5 del grupo T”.

Por ello la Administración, en este punto, estableció una categoría superior a la que efectivamente corresponde, lo que de hecho redundaba en restringir injustificadamente la competencia al elevar los criterios de solvencia exigibles al contratista”.

#### **14.- La insuficiencia del poder para licitar como defecto subsanable.**

El Acuerdo 65/2013, de 12 de noviembre del TACPA, contiene una interesante doctrina en torno a un problema muy frecuente en la práctica administrativa del procedimiento licitatorio, la suficiencia o insuficiencia del poder, y su carácter subsanable o no. Interesa lo allí afirmado pues **se justifica la necesidad de interpretar esta cuestión desde la lógica de los principios del Derecho Civil:**

*“Según la doctrina iusprivatista, la representación es aquella figura jurídica en cuya virtud se confía a una persona (representante) la facultad de actuar y decidir, dentro de ciertos límites, en interés y por cuenta de otra persona (representado). La representación es, pues, un negocio jurídico complejo, pues en su estructura interna se reúnen dos relaciones. La relación originante, la que fundamenta el actuar por otro (puede ser un*

contrato de mandato, de comisión, de sociedad, un simple apoderamiento, o incluso una gestión de negocios ajenos sin previo mandato); y la relación representativa, en la que intervienen tres sujetos: el sujeto representado — principal o dueño del negocio, es la persona cuyo interés gestiona el representante— y en quien han de recaer, en definitiva, directa o indirectamente, los efectos de la gestión representativa; el representante, gestor o agente, es la persona que actúa en interés o por cuenta del representado; y el tercero, con quien o ante quien se realiza la gestión representativa y que puede adquirir derechos y/u obligaciones, como consecuencia del acto que perfecciona con el representante.

El Código Civil español no contiene una regulación de la representación, pero a ella son aplicables las reglas del contrato del mandato (artículo 1709 y siguientes), en cuanto lo permita la especial naturaleza del poder.

La representación voluntaria exige, a su vez, la concurrencia de dos requisitos: la llamada *contemplatio domini*, o manifestación de quien es la persona del representado hecha por el representante; y el apoderamiento o declaración de voluntad unilateral y recepticia, por la que, el representado, concede a favor del representante, un poder de representación, que legitima la actuación de éste.

En cuanto a la capacidad; el representado deberá tenerla para disponer del objeto del negocio, y el representante para emitir una declaración de voluntad válida. De ahí deviene que la falta de poder que acredite la representación, o el poder insuficiente, son causas de nulidad del contrato celebrado, conforme determina expresamente el artículo 1259 del CC, salvo ratificación.

El poder debe, en consecuencia, contener las facultades para concurrir a una licitación con el alcance necesario, tanto por el contenido del contrato como por su cuantía, y encontrarse debidamente inscrito en el Registro mercantil, salvo que se trate de poderes especiales otorgados para el acto concreto de la licitación.

Dado que la cuestión jurídica de la representación se fundamenta en el derecho privado, debe ser este el parámetro interpretativo para determinar si existe, o es suficiente, un determinado poder. Es decir, será el Código Civil, y sus principios, como norma cabecera de grupo normativo en esta cuestión, los elementos hermenéuticos de aplicación. Y en el derecho privado, la falta de presentación de poder suficiente, puede ser subsanada. El artículo 1892 del Código Civil afirma que «La ratificación de la gestión por parte del dueño del negocio produce los efectos del mandato expreso», lo que de por sí habilita la subsanación de la falta de representación a favor del compareciente en el mismo, pues ello demuestra, al menos, la ratificación ulterior por la empresa de la gestión inicial de aquél.

Por otra parte, es cierto que la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado (en adelante JCCA) en su Informe 48/02, de 28

*de febrero de 2003, doctrina dictada durante la vigencia del artículo 79 TRLCAP, de similar redacción al vigente 146 TRLCSP, declara que la falta de presentación del sobre que contiene los documentos que acreditan la capacidad de obrar no puede declararse subsanable.*

*Son numerosas las ocasiones en que la JCCA se ha manifestado en relación con los defectos subsanables e insubsanables (informes de 18 de octubre de 1996, 14 de julio de 1997, dos de 10 de noviembre de 1997, 30 de junio de 1999, 11 de abril y 30 de octubre de 2000), manteniendo los criterios de que sin ser posible realizar una lista exhaustiva de defectos subsanables y no subsanables las expresiones utilizadas en el artículo 101 del Reglamento General de Contratación del Estado (hoy artículo 81 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas), dan pie para considerar insubsanables los defectos consistentes en la falta de requisitos exigidos, y subsanables aquéllos que hacen referencia a la simple falta de acreditación de los mismos”.*

## **15.- La valoración de las proposiciones.**

Ya se ha explicado como la discrecionalidad técnica, como límite del control, debe ajustarse a los cánones interpretativos fijados al respecto por el Tribunal Supremo (Acuerdo 98/2015 del TACPA). La discrecionalidad técnica no puede servir, amparar, ni ocultar, una contratación directa en clara vulneración de los principios de concurrencia y eficiencia en la gestión de los fondos públicos, amén de resultar ajena a lo que es una actuación conforme al derecho a una buena administración (Acuerdo 23/2011 de 3 de octubre, TACPA). La falta de la debida y explicitada ponderación de los criterios de adjudicación del procedimiento, indicados en el pliego, y exigida por el artículo 150 TRLCSP, como se indica en el Acuerdo citado, es una infracción grave — calificable como vicio de nulidad de pleno derecho— que afecta a los fines mismos del ordenamiento jurídico de la contratación pública, explicitados en el artículo 1 TRLCSP, el de garantizar los principios de «*publicidad y transparencia de los procedimientos y no discriminación e igualdad de trato de los candidatos*». En el mismo sentido, el artículo 139 TRLCSP, al referirse de modo concreto a los procedimientos de adjudicación, dispone que «*los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación al principio de transparencia*».

Así lo había ya afirmado el TACPA en su Acuerdo 3/2011, de 7 de abril:

*“La valoración de los criterios objetivos de adjudicación, contenida en el expediente del contrato de suministro, del material necesario para la realización de técnicas analíticas automáticas de hematimetría, para el servicio de Hematología del Hospital de Alcañiz, no puede ser admitida, porque la falta de la debida y explicitada ponderación de los criterios de adjudicación del procedimiento, indicados en el pliego, y exigida por el artículo 134 LCSP, es una infracción grave que afecta a los fines mismos del ordenamiento jurídico de la contratación pública, explicitados en el artículo 1 LCSP, el de garantizar los principios de «publicidad y transparencia de los procedimientos y no discriminación e igualdad de trato*

*de los candidatos». En el mismo sentido, el artículo 123 LCSP, al referirse de modo concreto a los procedimientos de adjudicación, dispone que «los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación al principio de transparencia».*»

En estos importantes Acuerdos se insiste en que el principio de igualdad de trato implica, concretamente, que todos los licitadores potenciales deben conocer las reglas del juego, y éstas se deben aplicar a todos de la misma manera. En concreto, los artículos 116 y 117 TRLCSP regulan los Pliegos de prescripciones técnicas y las reglas para su establecimiento, señalando — en coherencia con el contenido del mencionado artículo 1 TRLCSP—que las prescripciones técnicas deberán permitir el acceso en condiciones de igualdad de los licitadores, sin que puedan tener por efecto la creación de obstáculos injustificados a la competencia.

Esta última declaración impone la necesidad de que, al definir el objeto del contrato, los órganos de contratación tengan especial cuidado de no hacerlo mediante la mención de características técnicas de la prestación que excluya a todas las demás capaces de cumplir la misma función. Y esto justamente es lo que concreta el apartado 8 del artículo 117 TRLCSP, al establecer una serie de métodos a través de los cuales no está permitido especificar las características de la prestación, salvo que se cumpla el doble requisito de que no se pueda hacer una descripción lo bastante precisa e inteligible y se añada la expresión «o equivalente», mediante la cual no se pretende otra cosa sino permitir la presentación de ofertas relativas a prestaciones que puedan cumplir la misma función que aquella cuyas características se han utilizado en el pliego para definir la prestación.

Interesa igualmente destacar el Acuerdo 25/2013, de 21 de mayo de 2013 del TACPA, al destacar **que los informes de valoración deben tener un razonamiento suficiente:**

*“los informes de valoración han de contener las razones por las que determinadas condiciones de calidad sobre las establecidas en los Pliego son tomadas en consideración o no se aceptan y valoran, pues lo contrario no puede ser admitido resultando imposible de revisar, pudiendo incurrir en causa de anulación. Además, la justificación aportada en el Informe del órgano gestor sobre el recurso, de cómo se ha practicado la prueba de ciertos aspectos de los productos ofertados, —sin dudar de la profesionalidad en su concreta práctica—, no cumple las formalidades jurídicas si no se documenta, al presuponer de hecho una revisión de valores de las entidades certificadoras de los productos”.*

## **16.- Los criterios de adjudicación y la necesaria ponderación de los mismos.**

Las pautas interpretativas generales, con cita de la doctrina del TJUE, se recoge en el Acuerdo 64/2013, de 6 de noviembre del TACPA, cuya argumentación conviene reproducir:

*“La finalidad de los criterios de adjudicación es determinar qué oferta satisface mejor las necesidades de la entidad adjudicadora. La función de los*

criterios de adjudicación es, por tanto, evaluar la calidad intrínseca de las ofertas, lo cual supone —dato de especial relevancia— que deben tener relación directa con el objeto del contrato (sin que deban ser en todo caso reconducibles a criterios matemáticos, como recordara la STJUE de 17 de diciembre de 2002, Asunto Concordia Bus Finland y la STJUE de 24 de noviembre de 2005, Asunto ti. EAC srl.). Obviamente, los criterios que se fijen deben ser concordantes con la finalidad que se persigue con el contrato, sin que puedan incurrir en discriminación, respetando claro, los principios comunitarios. Y deberán, además, ser adecuados a las capacidades técnicas del poder adjudicador, pues la ausencia de ésta convierte al criterio en ilegal, como advierte la STJCE de 4 de diciembre de 2003 (EVN y Wienstrom), lo que se justifica en el efectivo respeto al principio básico de igualdad de trato de todos los licitadores. Criterios que sirven para clasificar las ofertas y que, como indica el artículo 152.2 TRLCSP, en tanto no superen un mínimo de puntuación posibilitan su exclusión.

Como recuerda la reciente STJUE de 16 de septiembre de 2013 (Comisión contra Reino de España):

«66 El principio de igualdad de trato entre licitadores, que no es más que una expresión específica del principio de igualdad de trato (véase, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de octubre de 2005, *Parking Brixen*, C-458/03, Rec. p. I-8585, apartados 46 y 48, y la jurisprudencia allí citada; sentencia del Tribunal General de 12 de marzo de 2008, *European Service Network/Comisión*, T-332/03, no publicada en la Recopilación, apartado 72) y que pretende favorecer el desarrollo de una competencia sana y efectiva entre las empresas que participan en una licitación, impone que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades al formular los términos de sus ofertas e implica, por tanto, que éstas estén sometidas a las mismas condiciones para todos los competidores (sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de abril de 2004, *Comisión/CAS Succhi di Frutta*, C-496/99 P, Rec. p. I-3801, apartado 110). De este modo, la entidad adjudicadora está obligada a respetar, en cada fase del procedimiento de licitación, el principio de igualdad de trato de los licitadores (sentencia del Tribunal General de 17 de diciembre de 1998, *Embassy Limousines & Services/Parlamento*, T-203/96, Rec. p. II-4239, apartado 85), y éstos deben encontrarse en igualdad de condiciones tanto en el momento en que preparan sus ofertas como en el momento en que éstas se someten a la evaluación de la entidad adjudicadora (véanse, en este sentido, las sentencias del Tribunal de Justicia de 16 de diciembre de 2008, *Michaniki*, C-213/07, Rec. p. I-9999, apartado 45, y de 17 de febrero de 2011, *Comisión/Chipre*, C-251/09, no publicada en la Recopilación, apartado 39, y la jurisprudencia allí citada).

67 Por otra parte, el principio de igualdad de trato implica, en particular, una obligación de transparencia para permitir a la entidad adjudicadora garantizar su respeto (véanse las sentencias *Lombardini y Mantovani*, citada en el apartado 64 *supra*, apartado 38, y *Comisión/Chipre*, citada en el apartado 66 *supra*, apartado 38, y la jurisprudencia allí citada). El principio de transparencia, que constituye el corolario del principio de igualdad de trato, tiene

esencialmente por objeto garantizar que no exista riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte de la entidad adjudicadora (sentencias Comisión/CAS *Succhi di Frutta*, citada en el apartado 66 supra, apartado 111) y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación (véase la sentencia *Parking Brixen*, citada en el apartado 66 supra, apartado 49, y la jurisprudencia allí citada). Implica que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, con el fin de que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlos de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar que efectivamente las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trata (sentencia Comisión/CAS *Succhi di Frutta*, citada en el apartado 66 supra, apartado 111). Por último, los principios de igualdad de trato y de transparencia constituyen la base de las Directivas referentes a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos. En el deber que incumbe a las entidades adjudicadoras de garantizar la observancia de dichos principios reside la propia esencia de estas Directivas (véase la sentencia *Michaniki*, citada en el apartado 66 supra, apartado 45, y la jurisprudencia allí citada)».

Ello significa que los criterios deben ser suficientemente transparentes tanto en su finalidad y vinculación con el objeto del contrato, como con la fórmula de puntuación, que debe ser previamente conocida por los licitadores. Esto supone que no es suficiente la simple determinación de la puntuación a otorgar a un criterio. Es necesario que los distintos coeficientes de ponderación y subcriterios relativos a los criterios de adjudicación se establezcan en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación de forma clara e indubitada, como bien advirtiera la STJUE 24 enero 2008 (*Lianakis*). De lo contrario, queda en entredicho el principio de transparencia en relación al principio de igualdad de trato, debiendo justificar su decisión sobre la base de criterios objetivos.

Por otra parte, la STJUE de 24 de noviembre de 2005 (*TI EAC Srl y Viaggi di Maio Snc*) ya destacó que el Derecho comunitario no se opone a que una Mesa de contratación atribuya un peso específico a elementos secundarios de un criterio de adjudicación establecidos con antelación, procediendo a distribuir entre dichos elementos secundarios el número de puntos que la entidad adjudicadora previó para el criterio en cuestión en el momento en que elaboró el pliego de condiciones, siempre que tal decisión: a) no modifique los criterios de adjudicación del contrato definidos en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación; b) no contenga elementos que, de haber sido conocidos en el momento de la preparación de las ofertas, habrían podido influir en tal preparación; c) no haya sido adoptada teniendo en cuenta elementos que pudieran tener efecto discriminatorio en perjuicio de alguno de los licitadores.

Sin cumplir estos requerimientos en la concreción de la función y ponderación de los criterios objetivos se incumple la exigencia de una debida transparencia, lo que imposibilitaría la armonización de dos principios básicos,

*como son el respeto a la competencia exclusiva de las entidades contratantes para valorar la propuesta de los particulares en relación con el fin público y, por otro, salvaguardar el derecho de los licitadores a conocer de antemano los baremos que regirán la adjudicación del contrato”.*

La necesidad de que los criterios de adjudicación estén vinculados al objeto del contrato explican el porque de la ilegalidad del criterio de arraigo territorial (Resolución 27/2014 del OARC del País Vasco). La resolución 120/2013 de este mismo órgano de recursos contractuales insiste en esta idea: *“Como bien señala el recurrente, la doctrina del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, TACRC), coincidente con la de la Junta Consultiva Contratación Administrativa del Estado (en adelante, JCCAE), y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE) en interpretar la normativa sobre contratación pública en el sentido de entender que ésta prohíbe que el origen, el domicilio social, o cualquier otro indicio del arraigo territorial de una empresa pueda ser considerado como criterio de aptitud o de adjudicación (por todas, véase la Resolución 21/2013 del TACRC, el informe 9/2009 de la JCCAE y la sentencia del TJ de 27/10/2005, asunto C-234/03).*

*Adicionalmente, hay que señalar que el órgano de contratación no ha acreditado que la localización geográfica sea relevante para la identificación de la oferta económicamente más ventajosa o garantice una más adecuada ejecución del contrato, sino que incluso ha aceptado expresamente los argumentos alegados por el recurso y solicita la anulación de las estipulaciones impugnadas. Por todo ello, el recurso debe ser estimado”.*

Por otra parte, el OARC de País Vasco, en su Resolución 109/2014 ha recordado que los criterios deben fomentar una mayor puntuación cuando la oferta es mejor. Por ello, considera ilegal la “neutralidad” de puntuación por debajo de cierto umbral.

*“El criterio impugnado estable un sistema de puntuaciones según el porcentaje de baja ofertado con el límite del 15 %, pues a partir de éste, sea cual sea el porcentaje de baja ofertada, la puntuación asignada será la misma.*

*Este forma de valorar el precio no sólo es contrario al principio de la oferta económicamente más ventajosa porque su aplicación conduce a minusvalorar las mejores proposiciones, sino también porque su señalamiento en los pliegos o en el documento descriptivo desmotiva a los licitadores dispuestos a presentar las ofertas con los precios más competitivos, sobre todo si, como en el caso analizado, el límite es previamente conocido (ver la sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 16 de septiembre de 2013, asunto T-402/06, en especial los apartados 92 y siguientes) pues el uso de este mecanismo puede contribuir a reducir los incentivos de las empresas a ofrecer condiciones más ventajosas, puesto que es suficiente ofertar un determinado valor, conocido ex ante, para obtener la puntuación máxima en un elemento concreto (Resolución OARC 121/2013).*

*En suma, debe concluirse que el criterio de adjudicación «precio de la oferta» del apartado 30.2. de la carátula del PCAP es contrario a los principios de libre competencia y selección de la oferta económicamente más ventajosa, pues impide que los licitadores enfrenten sus ofertas en sana competencia, por*

lo que debe declararse su nulidad”.

Por otra parte, conviene recordar que **un criterio hermenéutico proclive al principio de igualdad de acceso, aconseja que la «oscuridad» o falta de precisión de los criterios no pueda perjudicar a los eventuales licitadores** (Acuerdo 5/2011, de 16 de mayo, del TACPA). Igualmente, que **toda regla de adjudicación y ponderación debe ser publicada y conocida con carácter previo por los licitadores**. Así lo advierte el Acuerdo 5/2015, del TACPA, al afirmar que:

*“Como ya advirtiera la STJUE de 24 de noviembre de 2008, Alexandroupulis (que valida el criterio ya adoptado por la STJUE de 24 de enero de 2008, Lianakis), al afirmar que una entidad adjudicadora, en su competencia de valoración de ofertas en un procedimiento de licitación, no puede fijar a posteriori coeficientes de ponderación, ni aplicar reglas de ponderación o subcriterios relativos a los criterios de adjudicación establecidos en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación, sin que se hayan puesto previamente en conocimiento de los licitadores. Es más, con los criterios acordados por este Tribunal, la recurrente podría estar en condiciones de haber superado el umbral mínimo y su oferta debería haber sido admitida”.*

**La declaración de nulidad de un criterio de adjudicación conlleva la de todo el proceso de licitación** (entre otras, la citada resolución 129/2013 del TACRC, la Resolución 92/2013 del OARC del País Vasco o el Acuerdo 86/2015, del TACPA). Según la jurisprudencia comunitaria (sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de diciembre de 2003 (asunto C-448/01), *“los principios de igualdad de trato y de transparencia de los procedimientos de adjudicación implican que las entidades adjudicadoras deben atenerse a la misma interpretación de los criterios de adjudicación a lo largo de todo el procedimiento (...)*). De ello se deduce que, en el caso de que el órgano que conoce del recurso anule una decisión relativa a algún criterio de adjudicación, la entidad adjudicadora no puede continuar válidamente el procedimiento de adjudicación haciendo abstracción de dicho criterio, puesto que ello equivaldría a modificar los criterios aplicables al procedimiento en cuestión». Y concluye que *«la normativa comunitaria aplicable a los contratos públicos obliga a la entidad adjudicadora a cancelar la licitación cuando, en el marco del procedimiento de recurso (...) se declare la ilegalidad de una decisión relativa a alguno de los criterios de adjudicación y, por tal motivo, dicha decisión sea anulada por el órgano que conoce del recurso»*. Todo ello conlleva a la estimación del motivo de recurso y la necesidad, en su caso, de poner en marcha un nuevo procedimiento de licitación, donde se tengan en consideración los fundamentos expuestos en este apartado sobre el criterio declarado nulo”.

## **17.- La falta de motivación de la adjudicación de los contratos, o en su notificación a los licitadores.**

Esta ha sido una de las causas de impugnación más reiteradas en la actuación del TACPA. Así, desde su Acuerdo 3/2011, de 7 de abril, en el que se señala:

*«En cuanto a la necesidad de motivación de la adjudicación, y en*

consecuencia la de su notificación, la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo ha venido reiterando que la motivación de la decisión de adjudicación de un contrato, constituye un elemento esencial para evitar la arbitrariedad, al tiempo que permite a los demás interesados conocer los argumentos utilizados por el órgano de contratación que permita, en su caso, impugnar la adjudicación.

No obstante, aun cuando la motivación no venga reflejada en el acto administrativo que ponga fin al procedimiento, se daría cumplimiento a la exigencia de los artículos 54.2 y 58 de la LRJPAC, siempre que la misma apareciera suficientemente justificada a lo largo del procedimiento.

La Ley 34/2010, de 5 de agosto, modificó la LCSP, transponiendo a nuestro ordenamiento jurídico la Directiva 2007/66/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre, que, a su vez, modificó las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE del Consejo, dando una nueva redacción al artículo 135, en cuanto a la notificación de la adjudicación, que debe realizarse a los licitadores, siendo la finalidad de dicha modificación que se comunique, con suficiente detalle, cuál es el resultado de la licitación, y las razones que han llevado al órgano de contratación a adoptar una decisión en tal sentido, tal y como recoge expresamente el Preámbulo de la Ley.

La Orden de la Gerencia del Sector de Alcañiz, del Departamento de Salud y Consumo del Gobierno de Aragón, por la que se adjudicó el contrato de suministro, del material necesario para la realización de técnicas analíticas automáticas de hematimetría para el servicio de Hematología del Hospital de Alcañiz, carece de motivación. Y en la documentación, del expediente remitido, tampoco aparece suficientemente justificada la misma.

La motivación que se contiene en los informes técnicos del expediente, como bien afirma el Informe 1/2011, de 12 de enero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, no se ajusta a las exigencias legales de dicha obligación, y nada tiene que ver con el margen de discrecionalidad, del que gozan los poderes adjudicadores, para la fijación de los criterios de adjudicación.

La STS de 13 de julio de 1984 discurría, sobre este particular, indicando que «lo discrecional se halla o debe hallarse cubierto por motivaciones suficientes, discutibles o no, pero considerables en todo caso, mientras que lo arbitrario, o no tiene motivación respetable sino pura y simplemente la conocida como “sit pro razione voluntas”, o la que ofrece lo es tal que escudriñando en su entraña, denota, a poco esfuerzo de contrastación su carácter realmente indefendible y su inautenticidad. Por ello el primer criterio de deslinde entre lo discrecional y lo arbitrario es la motivación, porque si no hay motivación que la sostenga el único apoyo de la decisión será la voluntad de quien la adopte».

Al más reciente Acuerdo 6/2012, de 31 de enero, en el que se declara:

*«En este sentido, la notificación de la Resolución de la Dirección Gerencia del Servicio Aragonés de Salud de 20 de diciembre de 2011, por la que se adjudicó el contrato, no hace referencia a todos los elementos determinantes de la resolución dictada. Es cierto que en la documentación del expediente remitido se encuentra el informe técnico de valoración de las ofertas emitido el 30 de noviembre de 2011, con un contenido exhaustivo que examina cada una de las propuestas técnicas, las compara y les asigna una puntuación. Sin embargo, su contenido no ha sido trasladado a los licitadores, por lo que implica falta de motivación de la notificación, lo que se traduce en indefensión al carecer de la información suficiente para poder presentar un recurso.»*

*La motivación que se contiene en la notificación de la adjudicación de 20 de diciembre de 2011 no se ajusta así a las exigencias legales de dicha obligación, y nada tiene que ver con el margen de discrecionalidad, del que gozan los poderes adjudicadores, para la fijación de los criterios de adjudicación. Como bien afirma el Informe 1/2011, de 12 de enero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón: «En la aplicación de los criterios de adjudicación de los contratos que dependen de un juicio de valor, la ponderación en términos numéricos de las propuestas, sin detallar un resumen de los motivos concretos por los que se asigna cada puntuación, es inadmisibles por carecer de motivación. Una valoración de los criterios objetivos de adjudicación sin expresión de las razones por las que se llega a ella no puede ser admitida por resultar imposible de revisar, pudiendo incurrir en causa de anulación por falta de la debida y explicitada ponderación de los criterios de adjudicación del procedimiento indicados en el pliego, exigida por el artículo 134 LCSP».*

*No desvirtúa esta conclusión el hecho de que en acto público «la valoración fue informada a los licitadores», ya que éste trámite del procedimiento —recogido en el artículo 134.2 LCSP, y concretado en la cláusula 2.2.6.3 del PCAP— tiene por finalidad última preservar la imparcialidad y objetividad a la hora de valorar los criterios sometidos a evaluación previa de la oferta, pero en ningún caso puede sustituir al contenido necesario de la notificación de la adjudicación».*

Esta misma línea es mantenida por TACP de Madrid en, entre otras, sus Resoluciones 13/2011, 16/2011, 34/2011, 35/2011, 45/2011, 52/2011, 63/2011 y 48/2012 o el Consejo Consultivo de Castilla y León –TARCCYL- (entre otras, Resolución 66/2014, de 25 de septiembre). Además, debe advertirse –como se indica en el Acuerdo 5/2011 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón y la 86/2012 del TACRC- **se llega a señalar que el plazo para la interposición del recurso frente a la adjudicación no comenzará a computarse hasta el momento en que se cumpla de forma correcta, desde un punto de vista formal y también material, con todas las exigencias contenidas** en el artículo 135.4 LCSP (ahora, artículo 151.4 TRLCSP), de modo que, en aplicación de esta consideración, de no cumplirse con las exigencias materiales y formales exigibles, el plazo de interposición de recurso permanecería abierto.

## 18.- Los plazos de formalización del contrato.

Una cuestión de interés práctico es la relativa a la interpretación del artículo 151.2 TRLCSP, que establece un plazo máximo de 10 días para presentar la documentación antes de la formalización del contrato, entendiéndose que de no cumplirse el licitador retira su oferta. En el Acuerdo 8/2011 el TACPA declara que la valoración de la documentación requerida, y **los efectos que se derivan de su no presentación o presentación inadecuada, debe realizarse atendiendo a los distintos principios jurídicos en juego y, en especial, el de proporcionalidad, con el efecto de no convertirlo en un trámite de «exclusión»**<sup>115</sup>. La redacción de este precepto ha suscitado ciertas dudas interpretativas.

Una primera relativa al carácter preclusivo del plazo y su eventual prórroga. Así, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución núm.153/2011, de 1 de junio, había manifestado que el plazo de diez días hábiles, establecido en art 135.2 LCSP, para la aportación de los documentos por parte del empresario propuesto adjudicatario no puede ser rebasado. Concretamente afirma,

*“A estos efectos interesa destacar que el plazo de diez días hábiles, que establece el artículo 135.2 antes reproducido, para aportar la justificación exigida no puede ser rebasado, señalando, además, el pliego de cláusulas expresamente en la cláusula IX, apartado 5 que dicho plazo es “máximo”, pues de no ser así ello supondría un punto de máxima inseguridad jurídica para el resto de los licitadores, y sería contrario a los principios de publicidad, libre concurrencia y transparencia en la contratación, consagrados en los artículos 1 y 123 de la Ley de Contratos del Sector Público.”*

Esta cuestión ha sido también objeto de análisis por el TACPA, que ha analizado (y matizado) la interpretación del artículo 151.2 TRLCSP aceptando que la consideración de la preclusividad de los plazos procesales establecidos en el TRLCSP debe hacerse una clara distinción entre aquellos plazos procesales que establecen el tiempo para una actuación simultánea de todos los licitadores y aquellos plazos que en el TRLCSP delimitan una actuación específica y concreta de un licitador concreto.

---

<sup>115</sup> Por ello, a la vista de la documentación presentada tras el requerimiento efectuado, el TACPA constata que dentro de los plazos concedidos el licitador cumplimentó en tiempo lo solicitado, de lo que se deduce —al menos inicialmente— que su voluntad no era la de retirar su proposición, sino todo lo contrario. La cuestión objeto de controversia radica en si la documentación acreditativa permite dar por cumplida la exigencia de capacidad funcional de los trabajadores para el concreto puesto de trabajo, emitiendo el órgano de contratación un juicio negativo que no motiva ni justifica suficientemente, realizando únicamente un juicio de valor técnico para el que carece de competencia específica. Desde la lógica del sistema previsto, atendiendo a la voluntad inequívoca del licitador de ejecutar el contrato adjudicado, y a las consecuencias jurídicas derivadas de la aplicación estricta de este trámite —con los efectos de una exclusión de la licitación, eventual incautación de una garantía provisional, tramitación de expediente de prohibición de contratar y perjuicio al interés público, desde la perspectiva de la oferta económicamente más ventajosa— esta duda sobre la adecuación de la documentación presentada exigiría cuando menos se hubiese solicitado aclaración al IASS, Organismo Autónomo de la misma Administración y que emitió los informes presentados, sin que ello implique trasladar la carga documental del licitador a la Administración contratante.

“En el primer supuesto, al exigir el cumplimiento del plazo sin posibilidad alguna de ser modificado a solicitud de uno de los obligados, se garantiza la igualdad de trato y de comportamiento de todos ellos: el supuesto más emblemático sería el plazo para la presentación de las proposiciones.

De forma distinta, en el supuesto de un plazo otorgado específicamente a un licitador para el cumplimiento de una actuación para cuya materialización quizás ha de acudir a la realización de trámites ante Organismos externos a su estructura empresarial o que debe realizar actuaciones cuyo resultado no depende en exclusiva de su voluntad, y la ampliación del plazo no perjudica derechos de igualdad de trato de los licitadores puesto que solo el licitador afectado está compelido a realizar una determinada actuación en un momento procesal en que la ampliación del plazo no lesionaría derechos de los licitadores.

Pueden darse algunos ejemplos para clarificar la posición que se defiende. Todos los licitadores deben entregar su proposición en un plazo determinado. Este plazo es preclusivo porque cualquier ampliación del plazo otorgada a un licitador supondría un trato diferente con respecto a otros que habrían tenido menos tiempo para preparar la oferta. En idéntico sentido el plazo para la interposición del recurso especial establecido en artículo 44.2 TRLCSP. El plazo de 10 días hábiles del art 151.2 TRLCSP entendemos que es ampliable si concurren causas que justifiquen dicha ampliación porque su concesión nada perjudica a los derechos del resto de licitadores, que formularon sus ofertas y ya fueron valoradas y que posteriormente tendrán derecho a recurrir si lo consideran necesario. También el plazo de cinco días para la formalización del contrato armonizado, transcurrido el plazo de quince días hábiles para la interposición del recurso especial sin que se haya interpuesto éste, entendemos que también es un plazo que, si concurre una causa que lo justifique, el órgano de contratación puede autorizar su ampliación. Asimismo, el plazo de quince días hábiles para la formalización del contrato no armonizado contados a partir de la fecha de la notificación de la adjudicación en el supuesto de una UTE puede ser insuficiente para la constitución en escritura pública de la UTE, obtención del NIF, etc. En esos supuestos, no debe descartarse la aplicación de la previsión del art 49 de la ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común que establece en su apartado 1 que respecto los plazos, siempre que éstos no hayan vencido, “La Administración, salvo precepto en contrario, podrá conceder de oficio o a petición de los interesados, una ampliación de los plazos establecidos, que no exceda de la mitad de los mismos, si las circunstancias lo aconsejan y con ello no se perjudican derechos de tercero. El acuerdo de ampliación deberá ser notificado a los

interesados<sup>116</sup>.”

Una segunda es la relativa a la cumplimentación del trámite por parte del licitador propuesto como adjudicatario. En este punto el TACPA declara que: *“El artículo 135.2 impone al licitador que ha presentado la oferta económicamente más ventajosa la carga de aportar una documentación determinada en el plazo establecido. La consecuencia de no atender el requerimiento en plazo, es que el órgano de contratación entenderá que el licitador ha retirado su oferta y por tanto quedará excluido de la licitación, además procederá la incautación de la garantía provisional si se hubiera exigido su constitución (artículo 91.4 LCSP) y la incoación de un expediente de declaración de prohibición de contratar (artículo 49.2 d LCSP). Dados los graves efectos negativos que tiene para el licitador el incumplimiento del plazo, tienen especial importancia las cuestiones procedimentales”*. Por ello, este acto, tal y como ha declarado el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón en el Acuerdo 8/2011, de 27 de junio de 2011, tiene que ser motivado y notificado debidamente y merece la calificación de acto de trámite cualificado a efectos de recurso<sup>117</sup>.

Por último, el Acuerdo del TACPA 36/2012, de 21 de agosto de 2012, entiende que el artículo 110.2 TRLCSP permite la tramitación anticipada del procedimiento de contratación *«incluso con la adjudicación y formalización del correspondiente contrato, aun cuando su ejecución, ya se realice en una o en varias anualidades, deba iniciarse en el ejercicio siguiente»*. Este precepto es el que habilita la tramitación del procedimiento de contratación sin la incorporación del certificado de existencia de crédito al expediente que, con carácter general, se exige en el segundo párrafo del artículo 109.3 del mismo TRLCSP (según este artículo *«deberá incorporarse el certificado de existencia de crédito o documento que legalmente le sustituya»*). Bien es cierto, según dispone el mismo artículo 110.2 TRLCSP, que a tales efectos pueden comprometerse créditos, con las limitaciones que se determinen en las normas presupuestarias de las distintas Administraciones públicas. Sin embargo, la normativa reguladora del régimen presupuestario de las entidades locales no establece ninguna previsión en relación con la contratación anticipada de las mismas, cuando el contrato deba iniciar su ejecución en el ejercicio siguiente al de su tramitación. De manera, que son las Bases de Ejecución del Presupuesto de cada entidad local, las que deben establecer el régimen de dicha contratación anticipada.

## **19. Sobre el procedimiento negociado y su fundamento. La excepcionalidad del dialogo competitivo**

Una primera afirmación en relación a este procedimiento negociado es que puede ser una herramienta procedimental importante siempre y cuando se utilice

---

<sup>116</sup> Resolución nº 153/2011, de 1 de junio, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales

<sup>117</sup> En el supuesto concreto se estima el recurso por entender que no se había cumplimentado adecuadamente el requerimiento en el plazo concedido a la UTE integrada por las mencionadas mercantiles, clasificada en primer lugar, en el sentido de entender cumplimentadas adecuadamente las exigencias requeridas en el artículo 135.2 LCSP, por lo que procedía la adjudicación del contrato. Esta interpretación se confirma en el Acuerdo 24/2014, de 15 de abril.

adecuadamente este procedimiento y no se pervierta para convertirlo en un concurso simplificado o una contratación directa<sup>118</sup>. Y es que, recuérdese, en la realidad, el procedimiento negociado implica que la consulta a los candidatos no está organizada por ningún texto, reviste un carácter sumario, desprovisto de todo formalismo, estando a discreción de la entidad contratante el objeto mismo de las negociaciones, las cuales podrá recaer sobre las condiciones técnicas, administrativas e incluso financieras (uno de los criterios que puede dar lugar a negociaciones cuando se trate de establecer la oferta económicamente más ventajosa, y que por lo tanto puede ser utilizado como criterio determinante en la adjudicación de un contrato son las especificaciones técnicas y calidad técnica del producto en cuestión<sup>119</sup>. Las Directivas definen las especificaciones técnicas como “exigencias técnicas contenidas principalmente en los pliegos de condiciones, que definen las características requeridas de una obra, material, producto, suministro o servicio, y que permiten caracterizar objetivamente la obra, material, producto, suministro o servicio, de manera que correspondan a la utilización a que los destine la entidad contratante”, asimismo establece la obligación de las empresas de definir las especificaciones técnicas de sus contratos con arreglo a las especificaciones europeas siempre que éstas existan, para evitar la discriminación de candidatos extranjeros).

**El procedimiento negociado –con o sin publicidad- un procedimiento complejo que obliga a negociar efectivamente.** Así lo indica el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 50/2011 (igualmente, la Resolución 11/2014 del OARC del País Vasco), en la que se declara nulo el procedimiento de contratación seguido por un órgano de contratación por haber utilizado el procedimiento negociado para la adjudicación de un contrato y no haber procedido a negociar las ofertas con los licitadores:

*"De lo anterior resulta claro que el elemento diferenciador del procedimiento negociado, respecto de los procedimientos abierto y restringido, es que mientras en éstos no es posible negociar la propuesta presentada por el licitador, en el procedimiento negociado se exige la negociación, debiendo de fijarse previamente en el pliego y, en su caso, en el anuncio cual será el objeto de la negociación, o como señala el artículo 160 de la Ley de Contratos del Sector Público los aspectos económicos y técnicos que hayan de ser objeto de negociación.*

*Por otro lado, con carácter general debe afirmarse que en el procedimiento negociado no existe una licitación en sentido estricto como existe en el procedimiento abierto, ya que las ofertas a que se refiere el artículo 162 de la Ley de Contratos del Sector Público, no son equiparables a las proposiciones del artículo 129 de la citada Ley, entre otras razones y como fundamental, porque el precio u oferta económica es uno de los*

---

<sup>118</sup> Por ello creo que resultaría conveniente prever además una nueva tramitación abreviada, caracterizado por ser un procedimiento abierto a la participación de cualquier interesado, con mínima carga burocrática y plazos breves, en el que la publicidad de la licitación a través de web ( artículo 10 Ley 3/2011 de contratos de Aragón).

<sup>119</sup> Obviamente su uso indebido viene a utilizarse para disfrazar bien “concursos simplificado” bien supuestos de adjudicación directa. De hecho, la práctica demuestra la desnaturalización de este procedimiento. Vid. LAGO NUÑEZ, G, “la negociación como procedimiento contractual”, El Consultor de los Ayuntamientos, núm. 10, mayo de 2008, p. 1772.

elementos, en el expediente de referencia el único, que debe de ser objeto de negociación sin que pueda quedar fijado con carácter inalterable en la oferta a diferencia de lo que ocurre en las proposiciones.

Por lo que aquí interesa, el cuadro anexo del pliego de cláusulas administrativas particulares en su apartado K) "Criterios de negociación del contrato", en su punto 1 justifica la elección del procedimiento negociado – afectar la contratación a los intereses esenciales de la seguridad del Estado-, y en su punto 2 incluye al precio, además de cómo único criterio de adjudicación, como criterio, también único, que ha de ser objeto de negociación, en cuanto que resulta evidente que la justificación de la elección del procedimiento contenida en el punto 1 en ningún caso podrá ser objeto de negociación.

Por otra parte, el órgano de contratación en su informe parece considerar a las ofertas presentadas por los licitadores como una fase de negociación, en cuanto que al referirse a las mismas señala que "este Órgano de contratación, en el pliego de cláusulas administrativas, no recogió la posibilidad de abrir nuevas fases de negociación, dado que una vez abiertas las ofertas se adjudicaría al licitador que ofreciera el precio más económico para este Organismo".

A este respecto, se debe señalar, en contra de lo manifestado por el órgano de contratación en su informe, que la presentación de las ofertas por las empresas invitadas, no puede ser considerada como una fase de negociación, pues resulta obvio que la negociación de existir lo será con posterioridad a la presentación de las ofertas, no las ofertas en sí mismas, y más en un supuesto como en el expediente de referencia, en el que el único aspecto a negociar, de acuerdo con lo previsto en el pliego será el precio. Así, dado que en el expediente remitido a este Tribunal no existe constancia de negociación por el órgano de contratación con los licitadores, cabe concluir que, para el expediente de referencia, no ha existido negociación con ningún licitador de los aspectos susceptibles de la misma, en este caso del precio, de acuerdo con el contenido del pliego."

Por ello, **en ausencia de negociación efectiva, se acuerda la nulidad del procedimiento**, como se comprueba en el Acuerdo 10/2013, de 14 de junio, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, donde esta ausencia de negociación decide la anulación del procedimiento por existir vicio de nulidad de pleno derecho<sup>120</sup>. Como recuerda el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 50/2011, este es un procedimiento complejo que obliga a negociar efectivamente, y sin ésta, existe vicio de nulidad de pleno derecho (en este mismo sentido el Acuerdo 8/2015, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón).

---

<sup>120</sup> Recuérdese que la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 5 de octubre de 2010, (C-337/1998) Comisión de las Comunidades Europeas contra la República Francesa establece que «*las negociaciones constituyen la característica esencial de un procedimiento negociado de adjudicación de contrato [...]*». Igual consecuencia se infiere de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 9 de junio de 2011, *Evropaïki Dynamiki contra Banco Central Europeo*.

Interesa igualmente la doctrina de la Resolución Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía 75/2012, de 12 de julio de 2012, en la que, tras admitir la legitimación de la empresa recurrente que no tiene la condición de licitador en el procedimiento de adjudicación porque se ha acudido a un procedimiento negociado sin publicidad en el que se ha invitado a participar a una única empresa, anula la licitación. Y acepta su pretensión recordando que el supuesto de exclusividad que contiene el artículo 170 d) del TRLCSP y su utilización exige la constatación y acreditación clara e irrefutable de que concurre aquella exclusividad, pues no sólo es que se restrinja la libre concurrencia respecto de los procedimientos ordinarios abierto y restringido, sino que se prescinde también de la publicidad que es un principio que rige, igualmente, en determinados supuestos del procedimiento negociado. A todo lo anterior se une que, de conformidad con el artículo 178.1 del TRLCSP, la regla general en el procedimiento negociado es solicitar ofertas, al menos, a tres empresas capacitadas para la realización del objeto del contrato, siempre que ello sea posible. Sin embargo, esa regla general vuelve a tener una excepción en el apartado d) del artículo 170 del TRLCSP, ya que el supuesto aquí contemplado parte de la existencia de un único empresario para la ejecución del contrato. La Resolución 326/2015 Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía relativa a la utilización del procedimiento negociado sin publicidad al amparo del artículo 170 d) TRLCSP, en la adquisición de medicamentos recuerda que para que en la descripción del objeto del contrato se pueda hacer referencia a una marca, a una patente o a un tipo, a un origen o a una producción determinados es necesario que se den acumulativamente las tres circunstancias anteriores, esto es que esté justificada por el objeto del contrato, que el órgano de contratación no tenga la posibilidad de dar otra descripción del objeto del contrato a través de especificaciones suficientemente precisas e inteligibles para todos los potenciales licitadores y que, en todo caso, la indicación de la marca esté acompañada de la mención «o equivalente».

En el presente supuesto y en todos los lotes recurridos, a juicio de este Tribunal, no se dan de forma acumulativa las tres circunstancias para que la descripción del objeto del contrato se haya de realizarse indicando la marca o denominación comercial, pues sin entrar a analizar las dos primeras circunstancias es obvio que en todos los lotes recurridos la descripción del objeto del contrato cuando se refiere a una marca o denominación comercial carece de la mención «o equivalente», con la consiguiente quiebra de los principios de igualdad de trato y no discriminación contenidos en los artículos 1 y 139 del TRLCSP»

Por lo que hace referencia al dialogo competitivo y su carácter excepcional, debe destacarse la doctrina del OARC del País Vasco en su Resolución 121/2013:

*“Este precepto establece que «el diálogo competitivo podrá utilizarse en el caso de contratos particularmente complejos, cuando el órgano de contratación considere que el uso del procedimiento abierto o el del restringido no permite una adecuada adjudicación del contrato»; en concreto, «se considerará que un contrato es particularmente complejo cuando el órgano de contratación no se encuentre objetivamente capacitado para definir, con arreglo a las letras b), c) o d) del apartado 3 del artículo 117, los medios técnicos aptos para satisfacer sus necesidades u objetivos, o para determinar la cobertura jurídica o financiera de un proyecto». Asimismo, debe recordarse que el artículo*

109.4 TRLCSP establece que «en el expediente se justificará adecuadamente la elección del procedimiento», requisito cuyo cumplimiento es útil para que este Órgano pueda verificar si se cumplen los requisitos legales que autorizan el uso del diálogo competitivo.

La memoria de 10 de septiembre de 2013, suscrita por el Director Económico-Financiero del Hospital, justifica el procedimiento elegido «en virtud de lo establecido en el Documento Descriptivo donde se recogen las necesidades, los objetivos y las finalidades del Hospital Galdakao-Usansolo en cuanto a la Gestión del Archivo de Historias Clínicas y dado que nos es imposible definir los medios técnicos aptos para satisfacerlas, en términos de rendimiento y/o exigencias funcionales por tratarse de un contrato particularmente complejo donde la interacción entre el órgano de contratación y los licitadores se hace fundamental, se propone al Órgano de Contratación la tramitación del procedimiento mediante el Diálogo Competitivo establecido en los Artículos 179 y siguientes del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público». Esta motivación es genérica y se limita a reproducir la normativa aplicable sin señalar cuáles son las razones que, en el caso concreto, aconsejan acudir al procedimiento de diálogo competitivo, por lo que será necesario acudir al documento descriptivo, al que se remite la memoria. El citado documento tampoco incluye un apartado para manifestar expresamente dichas razones y, a juicio de este Órgano, de su contenido no se deduce que el contrato tenga un objeto particularmente complejo que justifique su adjudicación mediante el diálogo competitivo, como se expondrá a continuación.

El contrato carece de complejidad en los aspectos jurídicos, pues las prestaciones son claramente clasificables dentro del contenido típico del contrato de servicios y no parece que del resultado del diálogo competitivo y la posterior formalización del contrato pueda surgir una relación entre el poder adjudicador y el contratista que requiera de su regulación mediante un clausulado especialmente complicado que no pueda preverse en la documentación contractual inicial”.

## **20.- Precio unitario con valor «0». La onerosidad del contrato.**

En el Acuerdo 61/2014, de 8 de octubre, el TACPA sienta una interesante doctrina en relación con la correcta aplicación de la valoración de la oferta económica y también sobre la existencia de onerosidad en el contrato. En un supuesto similar, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en el que se abordaba la posibilidad del desistimiento de la licitación, en su Resolución 2/2012, de 5 de enero, concluye lo siguiente:

«Es verdad que si un licitador ofrece cero para un determinado precio y/o comisión, aparte de obtener la máxima puntuación para ese concepto valorable, determinará para el resto de licitadores la atribución de cero puntos en relación con dicho concepto como consecuencia de la fórmula establecida para puntuar proporcionalmente todas las ofertas distintas de la menor; pero ello no convierte en inaplicable la fórmula, tal como pretende el órgano de contratación. Simplemente, conduce a puntuar (proporcionalmente) con cero puntos todas las

ofertas que difieran de la que incorpora el valor cero con respecto al precio y/o comisión de que se trate. Cuestión distinta es el resultado comprobado de aplicar la citada fórmula, tras haber procedido a la apertura y examen de las ofertas económicas en el procedimiento objeto de este recurso. Ello así, no considera este Tribunal que concurra el presupuesto contemplado en el artículo 139.4 de la LCSP (art. 155.4 TRLCSP), para efectuar el desistimiento cuya impugnación nos ocupa».

Sobre la onerosidad, el TACPA recuerda que:

*“Una de las cuestiones más debatidas en la teoría del Derecho patrimonial es, precisamente, la relativa a la gratuidad u onerosidad de los actos y negocios jurídicos. Debate que trae causa de la ausencia de regulación normativa acerca de qué es la onerosidad de un contrato, en el Derecho positivo. Sin necesidad de analizar con detenimiento la doctrina iusprivatista, puede afirmarse que no es precisa la existencia de una equivalencia, ni objetiva ni subjetiva, entre la obligaciones o sacrificios, sino que basta la existencia de una relación de causalidad, para la afirmación del carácter oneroso de una prestación. Es la relación de causalidad entre dos prestaciones, entre una prestación y una obligación o entre dos obligaciones, cualquiera que sea la equivalencia objetiva o no de las mismas, la que provoca el que se produzca el contrato oneroso.*

*En el derecho público, tradicionalmente, el carácter oneroso de un contrato se ha referido a la existencia de un intercambio de prestaciones entre las partes contratantes; contraponiéndose, de este modo, a la figura de los contratos gratuitos, en los que uno de los contratantes se compromete a proporcionar al otro una ventaja pero sin recibir equivalente alguno, es decir, con ausencia de contraprestación. Es decir, la existencia de retribución y el coste económico para una de las partes es la característica de la onerosidad.*

*En el ámbito comunitario, el TJUE ha admitido la configuración amplia del concepto onerosidad en las relaciones contractuales. Así, en la Sentencia de 12 de julio de 2001, asunto C-399/98, Ordine Degli Architetti y otros, se afirma que el carácter oneroso de un contrato se refiere a la prestación que se ofrece al contratista por la realización del objeto del contrato (F.J. 77) o, en términos parecidos, en la Sentencia de 25 de marzo de 2010, asunto C-451/08, Helmut Müller GmbH, el TJUE considera que, para que pueda hablarse de la existencia de un contrato público de obras, es necesario que el poder adjudicador reciba una prestación a cambio de una contraprestación (F.J. 45); si bien, en este punto, se añade una matización importante, puesto que el Tribunal de Justicia exige que la prestación debe conllevar, además, un beneficio económico directo para el poder adjudicador (F.J. 49).*

*Así pues, en el procedimiento objeto del recurso, es claro y meridiano que el licitador recurrente oferta cero (0) euros por el precio de la hora de limpieza a requerimiento (oferta por la que debe obtener 5 puntos) porque obtiene la retribución de éste eventual servicio con cargo al precio general del contrato. Y esta consideración no se desvirtúa por el órgano de contratación. Es más, ni siquiera es posible afirmar que las horas a requerimiento, cuyo*

precio puntúa cinco puntos, vayan a realizarse (es decir, requerirse) o no. Toda vez que no existe ningún mínimo, como tampoco máximo, de horas”.

## 21.- El criterio de las mejoras: delimitación y función

El Acuerdo 64/2013, de 6 noviembre de 2013, del TACPA, por el que se analizaban los pliegos de una licitación, indicó que la finalidad de los criterios de adjudicación es determinar qué oferta satisface mejor las necesidades de la entidad adjudicadora:

*“La función de los criterios de adjudicación es, por tanto, evaluar la calidad intrínseca de las ofertas, lo cual supone —dato de especial relevancia— que deben tener relación directa con el objeto del contrato (sin que deban ser en todo caso reconducibles a criterios matemáticos, como recordara la STJUE de 17 de diciembre de 2002, Asunto Concordia Bus Finland y la STJUE de 24 de noviembre de 2005, Asunto ti. EAC srl.). Obviamente, los criterios que se fijan deben ser concordantes con la finalidad que se persigue con el contrato, sin que puedan incurrir en discriminación, respetando claro, los principios comunitarios. Y deberán, además, ser adecuados a las capacidades técnicas del poder adjudicador, pues la ausencia de ésta convierte al criterio en ilegal, como advierte la STJCE de 4 de diciembre de 2003 (EVN y Wienstrom), lo que se justifica en el efectivo respeto al principio básico de igualdad de trato de todos los licitadores. Criterios que sirven para clasificar las ofertas y que, como indica el artículo 152.2 TRLCSP, en tanto no superen un mínimo de puntuación posibilitan su exclusión”.*

El Acuerdo 64/2013, del TACPA, así como la Resolución 240/15 del Tribunal de Recursos Contractuales de Andalucía insisten en la necesidad de **que los criterios deben ser suficientemente transparentes tanto en su finalidad y vinculación con el objeto del contrato, como con la fórmula de puntuación**, que debe ser previamente conocida por los licitadores. Esto supone que no es suficiente la simple determinación de la puntuación a otorgar a un criterio. Es necesario que los distintos coeficientes de ponderación y subcriterios relativos a los criterios de adjudicación se establezcan en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación de forma clara e indubitada, como bien advirtiera la STJUE 24 enero 2008 (Lianakis). De lo contrario, queda en entredicho el principio de transparencia en relación al principio de igualdad de trato, debiendo justificar su decisión sobre la base de criterios objetivos.

En relación al criterio de las mejoras, doctrina aceptada por los órganos consultivos que **toda mejora debe guardar directa vinculación con el objeto del contrato y que aquellas que van más allá no deben ser valoradas**<sup>121</sup>. Sobre las

<sup>121</sup> Puede citarse, a título de ejemplo el Informe 59/09, de 26 de febrero de 2010 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado sobre «Posibilidad de incluir en los pliegos criterios de adjudicación consistentes en la valoración de mejoras consistentes en la ejecución de obras accesorias sin coste para el órgano de contratación»: “Para poder ser valoradas con el fin de determinar cuál es la oferta económicamente más ventajosa, es necesario que los pliegos de cláusulas establezcan los criterios de valoración que hayan de

mejoras se ha pronunciado este Tribunal en numerosos Acuerdos, así, en el Acuerdo 64/2013, de 6 noviembre de 2013, se indicó que «la introducción de mejoras —ex artículo 147 TRLCSP (y 67 RLCAP)— debe permitir, sin alterar el objeto del contrato, favorecer la adjudicación a la oferta económicamente más ventajosa, garantizando en todo caso la igualdad de trato. Exige, por tanto, una adecuada motivación y previa delimitación de las mejoras a tener en cuenta y su forma de valoración en los Pliegos, que deberá garantizar que no se altere la ponderación de los otros criterios de adjudicación. Y como bien indica el Acuerdo del TACPA número 8/2012, por mejora hay que entender todo aquello que perfecciona la prestación del contrato sin que venga exigido o determinado en las prescripciones que definen el objeto del mismo. Es imprescindible, en consecuencia, su vinculación al objeto de la prestación (objetividad) y la justificación de en qué mejora, por qué lo mejora, y con arreglo a qué criterios se valoran tales circunstancias».

El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales se ha pronunciado en varias ocasiones sobre la admisibilidad y requisitos de las mejoras. Entre otras, puede destacarse la Resolución 467/2014, de 13 de junio, que con abundante cita de otras resoluciones que contienen la doctrina del Tribunal sobre el particular, relata: «Debe afirmarse, por tanto, que el TRLCSP proscribire las mejoras genéricas, no determinadas en cuanto a los aspectos de la prestación que serían mejorables por las propuestas de los licitadores y/o en cuanto al valor o la ponderación que tendrán como criterio de adjudicación. En este sentido, el Tribunal sostiene un criterio consolidado a lo largo de sus resoluciones, sirviendo como ejemplo las Resoluciones 514/2013, de 14 de noviembre; 207/2013, de 5 de junio; 302/2011, 14 de diciembre o la Resolución 189/2011, de 20 de julio. Como se expone en la Resolución de este Tribunal 180/2013, de 23 de mayo de 2013, dictada en el recurso 187/2013, y las que en ella se citan - Resolución 155/2011 (reiterada por otras muchas, como la 69/2012 o la 203/2012)- el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha analizado la obligación de que el Pliego de Cláusulas detalle las condiciones y requisitos de presentación de las mejoras, en aras del principio de igualdad de los licitadores (sentencia 16 de octubre de 2003, asunto Trunfelher GMBH). También para la valoración de las ofertas, que incluye la de las mejoras, su concreción es un requisito esencial, pues como ha recordado la sentencia TJUE de 28 de noviembre de 2008, el órgano de valoración no puede establecer a posteriori coeficientes de ponderación, subcriterios o reglas no reflejados en el Pliego».

La Resolución TACRC 592/2014, de 30 de julio, ha sintetizado de forma excelente la doctrina sobre el ámbito de las mejoras (y su diferencia de las variantes), y declara que deben concurrir los siguientes requisitos para su admisión:

- a) Que se autoricen expresamente por el órgano de contratación.
- b) Que guarden relación con el objeto del contrato.
- c) Que deberán mencionarlos en el pliego y en los anuncios.

---

aplicárseles, debiendo tales mejoras figurar detalladas en el pliego de cláusulas administrativas particulares con expresión de sus requisitos, límites, modalidades y características que permitan identificarlas suficientemente, y guardar relación directa con el objeto del contrato”.

d) Que se detallen con precisión los requisitos mínimos y modalidades de presentación.

En todo caso, **la posibilidad de mejoras, además de no distorsionar el objeto del contrato, debe preservar que se cumplan las exigencias de correcta determinación del valor estimado del mismo.** Tiene declarado este Tribunal, en anteriores Acuerdos (entre otros, Acuerdos 45/2014, 51/2014 y 6/2015), que en la preparación del contrato la estimación correcta del presupuesto de licitación es fundamental y debe quedar acreditado en el expediente que el presupuesto de licitación, y por ende el valor estimado, responden a los precios de mercado, tal y como exige el artículo 87.1 TRLCSP. Esto significa que la estimación del importe debe ser adecuado para que los posibles licitadores, en un mercado de libre competencia, puedan cumplir el contrato y diseñar una estrategia en la presentación de ofertas. Por ello, una mejora de importante impacto económico —como sucede con la entrega de un vehículo de forma gratuita, o la entrega de equipos SAI— que distorsione el cálculo del valor estimado del contrato es, por este motivo, ilegal. Y es que, aun en circunstancias de restricciones presupuestarias, la búsqueda de la mayor eficiencia no puede justificar la alteración de la naturaleza y valor de la prestación demandada.

No se puede valorar como mejora una prestación ajena al objeto, por mucho que, objetivamente —como argumenta el Informe del órgano gestor al recurso— pueda suponer una ventaja económica. El respeto al principio de igualdad de trato y de transparencia, en su concreta implicación, son un límite insoslayable a tal opción, por cuanto impide una adecuada comparación de ofertas, y, por ello, esta «mejora» no debe ser valorada. Como ya advirtiera el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la Sentencia de 22 de abril de 2010, *«mediante la clara redacción de los términos del anuncio, debe ofrecerse objetivamente a todo posible licitador, normalmente informado y experimentado y razonablemente diligente, la oportunidad de hacerse una idea concreta de las obras que deben realizarse, así como de su localización, y de formular consecuentemente su oferta. Ofertar una mejora que va más allá de la limitación del objeto quiebra las reglas de igualdad en la presentación de ofertas».*

## **22.- Nuevas estrategias: la denominada “marca blanca”.**

Esta cuestión objeto de análisis en dos Acuerdos del TACPA. En primer lugar, en el Acuerdo 38/2012, de 10 de septiembre de 2012, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón se declara que La «marca blanca», que no tiene regulación legal y está basada en un acuerdo de distribución comercial, responde a una política empresarial para suministrar productos a los consumidores, donde prima no solo el precio sino la imagen corporativa. El titular de la «marca blanca» asume la responsabilidad del producto adquirido, que consta de un registro propio, diferenciado del producto de la marca original, que no tiene por qué coincidir en sus características.

La finalidad de toda licitación pública es obtener la prestación solicitada en las mejores condiciones económicas, garantizando en todo caso la transparencia y concurrencia necesaria para conseguir la mayor eficiencia. Y para ello están los distintos procedimientos y trámites contenidos en la legislación administrativa vigente. Tras la licitación se producirá la adjudicación a la oferta económicamente más

ventajosa, no existiendo riesgo de «marketing agresivo», ni incremento de precios —tal y como sugiere el Informe del órgano gestor al recurso—, al ser esa una realidad inherente a un mercado de empresas, y no a un modelo de contratación pública.

Así, no es necesario incorporar nuevas formas de provisión ajenas a estas reglas propias, en tanto la Administración Pública no es, ni puede pretenderlo, un operador empresarial. Ni, por supuesto, su personal ni los ciudadanos son potenciales clientes. Desde esta perspectiva puede afirmarse que el concepto de «marca blanca» no puede ser aplicado en la contratación pública, en tanto supone alterar sus reglas y principios básicos, pudiendo además, falsear la competencia, limitando el mercado de referencia (como se explicaba en nuestro Acuerdo 29/2011, de 15 de diciembre).

Por otra parte, **la pretensión de omitir u ocultar la propia marca del adjudicatario, aun como prescripción técnica, puede resultar contraria a la legislación mercantil y administrativa. La marca es un valor propio de la empresa cuya renuncia no puede imponerse**, pues forma parte de su propia identidad y política empresarial. La imposición de la renuncia a la marca, al limitar la oferta de empresas, puede contravenir la regla de eficiencia inherente al derecho a una buena administración. Y no puede servir de cobertura, en ningún caso, el principio de libertad de pactos recogido en el artículo 25 TRLCSP, que tiene como límites los de concurrencia, igualdad de trato y delimitación precisa del objeto contractual. Además, si lo que se pretende en esta licitación es adquirir «marca blanca», esta exigencia es contraria a la previsión del artículo 22 TRLCSP, al modificar el objeto del contrato, en tanto se obliga al adjudicatario a suministrar un producto distinto del adjudicado, quebrando así la regla de comparación de ofertas —y de igualdad de trato— inherente a todo contrato público.

En el Acuerdo 39/2012, de 12 de septiembre, la cuestión de fondo sobre la que se plantea el recurso se refiere, en exclusiva, a si el criterio de adjudicación relativo a la denominada «marca blanca “SALUD”» es conforme a derecho y a los principios de la contratación pública. Para resolverla, resultan necesarias unas consideraciones previas. El TACPA anula el pliego afirmando lo siguiente:

*“El artículo 53 de la Directiva 2004/18, de contratos públicos, establece que los criterios de adjudicación de los contratos públicos serán el precio o la consideración de la oferta económicamente más ventajosa. Se busca un elemento de comparación de ofertas que favorezca o posibilite la economía de escala, a fin de conseguir una óptima eficiencia de los fondos públicos. Además, los criterios a introducir para la valoración, han de guardar directa relación con la prestación demandada y garantizar que no se quiebra el principio de igualdad de trato. Así lo indicó la STJCE 18 de octubre de 2001 (SIAC Construction) afirmando que si bien la Directiva «deja a las entidades adjudicadoras la elección de los criterios de adjudicación del contrato que pretendan utilizar, tal elección sólo puede recaer sobre criterios dirigidos a identificar la oferta más ventajosa económicamente (Sentencia de 20 de septiembre de 1988, Beentjes, 31/87, apartado 19)».*

*El elemento común a todos los criterios de evaluación de las ofertas es que han de referirse a la naturaleza de los trabajos que se van a*

realizar, o la forma en que se harán. Debe, además, exigirse que la elección de los criterios esté presidida por la satisfacción del interés público que persigue todo contrato, de manera que los mismos han de ser coherentes con el objeto, las características y la propia naturaleza del contrato. La finalidad de esta evaluación es determinar qué oferta satisface mejor las necesidades de la entidad adjudicadora. La función de los criterios de adjudicación es, por lo tanto, evaluar la calidad intrínseca de las ofertas, lo cual supone —dato de especial relevancia— que deben tener relación directa con el objeto del contrato. Y así lo precisa el artículo 150.1 TRLCSP.

Desde esta perspectiva, el criterio de adjudicación «marca blanca SALUD» que incorpora el pliego de licitación recurrido resulta ilegal, en tanto no es una cuestión que guarde relación directa con el objeto del contrato, a la vez que altera el principio de igualdad de trato y, principalmente, como se ha afirmado en nuestro Acuerdo 38/2012, de 10 de septiembre, si lo que se pretende en esta licitación es adquirir «marca blanca», esta exigencia es contraria a la previsión del artículo 22 TRLCSP, al modificar el objeto del contrato, en tanto se obliga al adjudicatario a suministrar un producto distinto del adjudicado, quebrando así la regla de comparación de ofertas —y de igualdad de trato— inherente a todo contrato público.

Tampoco puede por ello ser considerado una mejora, ya que la introducción de mejoras —ex artículo 147 TRLCSP (y 67 RLCAP) — debe permitir, sin alterar el objeto del contrato, favorecer la adjudicación a la oferta económicamente más ventajosa, garantizando en todo caso la igualdad de trato. Exige, por tanto, una adecuada motivación y previa delimitación de las mejoras a tener en cuenta y su forma de valoración en los Pliegos, que deberá garantizar que no se altere la ponderación de los otros criterios de adjudicación. Valorar como mejora la «marca blanca “SALUD”» altera el objeto del contrato y, por ello, no es admisible.

Por último, no estamos en presencia de un mero condicionante de presentación estética del producto en la forma de su envasado o etiquetado, que justificaría —como argumenta en su informe el CGIPC — su inclusión como criterio de adjudicación relativo a las características estéticas, ex artículo 150 TRLCSP, porque como se afirma en el Acuerdo 38/2012, la denominada «marca blanca “SALUD”» supone un nuevo producto y no una mera prescripción técnica o estética en la forma de presentación del suministro.”

### **23.- La problemática de las bajas anormales o desproporcionadas.**

Como es sabido, la técnica de baja anormal o desproporcionada se fundamenta en la previsión del artículo XIII.4 del Acuerdo sobre Contratación Pública de la Organización Mundial de Comercio que establece que «...En caso de que una entidad haya recibido una oferta anormalmente más baja que las demás ofertas presentadas podrá pedir información al licitador para asegurarse de que éste puede satisfacer las condiciones de participación y cumplir lo estipulado en el contrato». El

artículo 55 de la Directiva 2004/18 contiene una previsión similar. El TRLCSP previene sobre la imposibilidad de adjudicar un contrato cuando «...el órgano de contratación presume fundadamente que la proposición no pueda ser cumplida como consecuencia de la inclusión en la misma de valores anormales o desproporcionados», y el 152 TRLCSP regula esta técnica distinguiendo en función de que exista un único criterio —precio— o varios. Igualmente, el TRLCSP ha decidido, en cumplimiento de la doctrina del TJUE (entre otras, Sentencia 27 de noviembre de 2001 *Impresa Lombardini SpA - Impresa Generale di Costruzioni*), que, al margen del importe del contrato, la calificación de una oferta como anormalmente baja es presunta y se requiere siempre, en todo caso, solicitar del o de los empresarios afectados una justificación o defensa de las razones que han llevado a presentar una proposición que es considerada desproporcionada o anormal, requiriéndose el asesoramiento del servicio técnico correspondiente. Los argumentos aportados (ahorros en el procedimiento de ejecución del contrato, soluciones adoptadas, condiciones favorables para la ejecución contractual, ayudas estatales otorgada sin contravenir las disposiciones comunitarias —152.3 TRLCSP—) pueden entenderse justificadores, o no, de la oferta y de sus condiciones.

En el Acuerdo 3/2013 y 5/2013 del TACPA se indica que, en primer lugar, cuando para la adjudicación deban tenerse en cuenta varios criterios de valoración, **los que deben servir de base para determinar si una oferta es o no anormalmente baja deben hacerse constar en el pliego de cláusulas administrativas particulares**, y, en segundo lugar, que la finalidad de esta apreciación es determinar «que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados».

Esta última conclusión es especialmente relevante, pues pone de manifiesto que la apreciación de que la oferta contiene valores anormales o desproporcionados no es un fin en sí misma, sino un indicio para establecer que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de ello y que, por tanto, no debe hacerse la adjudicación a quien la hubiera presentado. De acuerdo con ello la apreciación de si es posible el cumplimiento de la proposición o no, debe ser consecuencia de una valoración de los diferentes elementos que concurren en la oferta y de las características de la propia empresa licitadora, no siendo posible su aplicación automática.

Ello motiva que el artículo 152.3 TRLCSP establezca que «Cuando se identifique una proposición que pueda ser considerada desproporcionada o anormal, deberá darse audiencia al licitador que la haya presentado para que justifique la valoración de la oferta y precise las condiciones de la misma, en particular en lo que se refiere al ahorro que permita el procedimiento de ejecución del contrato, las soluciones técnicas adoptadas y las condiciones excepcionalmente favorables de que disponga para ejecutar la prestación, la originalidad de las prestaciones propuestas, el respeto de las disposiciones relativas a la protección del empleo y las condiciones de trabajo vigentes en el lugar en que se vaya a realizar la prestación, o la posible obtención de una ayuda de Estado. En el procedimiento deberá solicitarse el asesoramiento técnico del servicio correspondiente».

Esto no significa libertad del órgano de contratación para admitir sin más una oferta incurso en anormalidad, exigiéndose un informe técnico detallado que, sobre lo

alegado por el licitador, ponga de relieve que esta anormalidad de la oferta no afectará a la ejecución del contrato y que, en ella, tampoco hay prácticas restrictivas de la competencia, prohibidas de forma expresa —lógicamente— por el TRLCSP. En consecuencia, la decisión de aceptación no debe reproducir sin más el informe del licitador interesado, y debe responder a parámetros de razonabilidad y racionalidad.

E interesa la doctrina sobre cómo se debe realizar esta verificación, **que debe garantizar la idoneidad de la oferta para preservar el cumplimiento eficaz de la prestación:**

*“Mediante el procedimiento de verificación contradictoria, se trata de comprobar, por el órgano de contratación, la viabilidad y acierto de la proposición en los términos en que fue presentada al procedimiento licitatorio. Consiste pues, en la aclaración de los elementos en que el licitador fundamentó su oferta y en la verificación de que, conforme a dicha aclaración, la misma es viable, de forma que la ejecución de la prestación que constituye el objeto del contrato queda garantizada, en el modo y manera establecidos en los pliegos de condiciones.*

*El procedimiento de verificación contradictoria de justificación de una oferta, comprende, fundamentalmente, y una vez comprobado que se produce el supuesto de hecho merecedor de la calificación de una oferta o proposición como «anormal o desproporcionada», tres actuaciones básicas: audiencia al licitador para que justifique su oferta o proposición; asesoramiento técnico adecuado (que se traducirá en el informe pericial, o cuantos informes sean necesarios, sobre la justificación de la proposición, que acredite la razonabilidad y racionalidad de cuanto se ha justificado por el licitador); y resolución motivada (en base al informe pericial) del órgano de contratación.*

*El asesoramiento técnico, en consecuencia, es imprescindible y fundamental para resolver adecuadamente acerca de la viabilidad y acierto de la proposición en los términos en que fue presentada al procedimiento licitatorio.*

*Pues bien, al igual que ocurre en el régimen jurídico de la prueba pericial, los informes técnicos son de libre valoración por parte del órgano de contratación conforme a las normas de la sana crítica (artículo 348 LEC), regla, por otra parte, de universal aplicación —que rige no solamente en el proceso judicial sino también en el procedimiento administrativo—, que conduce directamente a la motivación y congruencia de las decisiones administrativas. Significa esto que a las conclusiones a las que llegue el órgano de contratación, tras valorar el informe técnico y demás informes periciales (como el aportado por el recurrente en este caso), es algo que debe tener cumplido reflejo, y cumplido raciocinio, en la resolución final sobre la admisión o exclusión de la proposición.*

*Es en los fundamentos de la resolución en donde procede integrar jurídicamente las consecuencias que para la adjudicación tiene el parecer del informe técnico o pericial.*

*Esto significa que ha de quedar explicado, razonadamente y tras un método transparente y adecuado, los fundamentos y la propia razón de ser, tanto de la propuesta, como del acto de adjudicación, a efectos de cumplir con la necesidad de acierto y con los requisitos de motivación (Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 2002).*

*El recurrente ha aportado una pericial para avalar su pretensión de anormalidad de la oferta de la empresa y el error en la valoración técnica para la admisión de la misma, y sobre este extremo debería haberse pronunciado el informe del órgano gestor al recurso. Como ha advertido el Tribunal Supremo en su Sentencia de 26 de abril de 2012, en relación a la motivación exigible en sentencias —y cuya doctrina puede ser extrapolada al actual supuesto—, la inexistencia de valoración de la prueba pericial y de los argumentos vertidos por las partes supone un incumplimiento del requisito de motivación y congruencia exigible a las resoluciones.*

*Y en este sentido, no es inoportuno recordar, la doctrina jurisprudencial sobre cómo han de valorarse los dictámenes periciales, que es perfectamente trasladable a los informes técnicos en vía administrativa. La Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de mayo de 1993, nos advierte que ha de atenderse a la fuerza convincente de los razonamientos del informe. Lo esencial no son sus conclusiones, sino la línea argumental que a ellas conduce. La fundamentación es la que proporciona la fuerza de convicción al informe, y un informe no razonado es una mera opinión, sin fuerza probatoria alguna.*

*Por ello, no existe libre decisión administrativa del órgano de contratación, ya que, la justificación de la oferta anormal, se debe justificar en un previo juicio de valoración técnica que explique la adecuación de esa oferta al objeto de la prestación a contratar. Por ello, si esta justificación técnica es contrariada por otra valoración técnica (informe pericial de parte), que argumenta el error en la base de la decisión, esto es, de la apreciación técnica, se requiere una mayor argumentación, congruencia y motivación por quien acuerda la decisión”.*

Además, resulta de interés igualmente el Acuerdo 8/2013, de 6 de febrero de 2013 del TACPA, pues la consideración como justificada y suficiente de una oferta anormal no corresponde a la Mesa de Contratación, sino al órgano de contratación. Y, aunque en principio, dicta actuación sería una irregularidad no invalidante —en la medida que podría entenderse subsanada por convalidación del órgano de contratación—, no puede entenderse así, en este caso, pues aunque el procedimiento material ha seguido el camino establecido en la ley y, en consecuencia, ninguna objeción cabe plantear desde ese punto, se ha hurtado al órgano de contratación la posibilidad de requerir un mayor asesoramiento técnico, a la vista de las aclaraciones efectuadas para justificar la oferta. Y, esa omisión, no puede considerarse una mera irregularidad.

Por otra parte, la Resolución 21/2014, de 27 de febrero<sup>9</sup> del Consejo Consultivo de Castilla y León –TARCCYL- (que funciona como órgano de recursos contractuales) examina el procedimiento previsto legalmente para determinar si una proposición es o

no desproporcionada o anormal y los efectos, para examinar después si la justificación de la baja realizada ha sido desacreditada de forma objetiva y suficientemente motivada.

## **24.- La indebida configuración de los modificados. Requisitos exigibles**

El Acuerdo 44/2012, de 9 de octubre del TACPA aborda esta cuestión, anulando el pliego por la deficiente regulación de esta posibilidad por afectar a la determinación del objeto en el futuro, ya que no se prevén los trámites y umbrales que permitan, ante circunstancias imprevisibles de interés público, una modificación contractual.

*“La simple cita o remisión al Título V del Libro I del TRLCSP contenida en la cláusula 30 del PCAP incumple las exigencias del marco jurídico vigente. El artículo 106 TRLCSP desarrolla cómo se deben tramitar los supuestos de modificación contractual, estableciendo que tal posibilidad se condiciona a que en el anuncio de licitación se haya advertido expresamente de esta posibilidad y se hayan detallado de forma clara, precisa e inequívoca las condiciones en que podrá hacerse uso de la misma, así como el alcance y límites de las modificaciones que pueden acordarse, con expresa indicación del porcentaje del precio del contrato al que como máximo puedan afectar, y el procedimiento que haya de seguirse para ello. A estos efectos, los supuestos en que podrá modificarse el contrato deberán definirse con total concreción por referencia a circunstancias cuya concurrencia pueda verificarse de forma objetiva y las condiciones de la eventual modificación deberán precisarse con un detalle suficiente para permitir a los licitadores su valoración a efectos de formular su oferta y ser tomadas en cuenta en lo que se refiere a la exigencia de condiciones de aptitud a los licitadores y valoración de las ofertas. Es decir, el PCAP no sólo debe prever la posibilidad, sino que debe determinar y cuantificar en qué y cómo procede esta modificación. Lo que tendrá sus efectos tanto a la hora de calcular el valor estimado del contrato, como de la presentación de ofertas por los potenciales licitadores.*

*El incumplimiento de estos requisitos en el PCAP —máxime en contratos tan complejos y de larga duración, como el analizado, donde es estratégico el correcto diseño del régimen financiero y del necesario equilibrio financiero y reparto de riesgos— incide directamente en lo que es y puede ser el objeto de la licitación, introduciendo claras distorsiones que pueden condicionar las ofertas de los licitadores y el desarrollo de la ejecución del contrato, afectando a la propia definición del objeto contractual, lo que contraviene el artículo 86.1 TRLCSP.*

No contradice esta conclusión el hecho de que en el PPT, en concreto en su cláusula 13, bajo la denominación «AMPLIACIÓN Y MODIFICACIÓN EN LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS» se recojan las siguientes previsiones:

«Resulta razonable pensar que durante la vida del contrato se producirán circunstancias que obligarán a modificar las condiciones en que se lleva a cabo la prestación de los servicios que se le encomienden.

La evolución en los materiales adecuados para la construcción de las redes de alcantarillado o de las características admisibles de las aguas depuradas son ejemplos de situaciones en que puede producirse un cambio normativo de importancia que obligue a modificar sustancialmente las condiciones de prestación de los servicios del ciclo del agua con respecto al estándar actualmente admitido.

Igualmente la evolución de las tecnologías involucradas en la prestación de estos servicios puede suponer la necesidad de introducir cambios en profundidad en las infraestructuras encargadas de prestarlos.

La SEM goza de la facultad de proponer las modificaciones en las condiciones de prestación de los servicios que tiene encomendados que considere oportunas, que deberán ser municipalmente aprobadas previo informe de los Servicios Municipales. La propuesta a presentar en estos casos contendrá toda la información relevante acerca de la modificación propuesta y un análisis de la repercusión económica de su adopción. El acuerdo municipal incluirá la definición de las nuevas condiciones de la prestación de estos servicios y la revisión de las condiciones económicas en que se desarrollarán por parte de la SEM con el criterio de garantizar el mantenimiento del equilibrio económico-financiero con el que se prestan estos servicios. En tanto en cuanto no se produzca un acuerdo de modificación se entenderá que las prescripciones contenidas en el presente pliego mantienen su vigencia».

En primer lugar porque las mismas —a las que ni siquiera remite el PCAP en su cláusula 30— no cumplen en ningún caso los requisitos previstos en el artículo 106 TRLCSP que acaban de exponerse y, en especial la definición de forma clara, precisa e inequívoca de las condiciones en que puede hacerse uso de la facultad de modificación, el alcance y límites de las modificaciones que pueden acordarse, la expresa indicación del porcentaje del precio del contrato al que como máximo puedan afectar, y el procedimiento que haya de seguirse para ello.

Y en segundo lugar, porque el intento de fijación de los parámetros de la modificación del contrato en el PPT constituye un ejemplo de «confusión» entre el contenido del PCAP y del PPT, al ser su ubicación adecuada el PCAP. Hay que recordar, a estos efectos, que el Pliego de Prescripciones Técnicas ha de establecer los requisitos y condiciones técnicas que debe cumplir la prestación, como establecen los artículos 116 y 117 TRLCSP y 68 RGLCAP; y que este último precepto determina, además, en su apartado 3 que los Pliegos de Prescripciones Técnicas en ningún caso contendrán «declaraciones o cláusulas que deban figurar en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares», entre otras razones porque los Pliegos de Prescripciones Técnicas no deben ser objeto del informe jurídico preceptivo exigido por la legislación».

Es posible **igualmente recurrir un modificado en tanto pueda ser una adjudicación ilegal**. Legitimación que no se reconoce al adjudicatario, pues, por su propia condición, no puede utilizar este recurso especial, ya que para él la decisión de «*ius variandi*» de la Administración es inherente a las propias reglas del contrato suscrito, tal y como declarado el Acuerdo 3/2013, de 16 de enero de 2013 del TACPA.

Especial interés tiene la doctrina fijada por el TACPA en su Acuerdo 76/2015, de 20 de julio de 2015 relativo a como se puede realizar una modificación contractual. Tras recordar la doctrina TJUE, recuerda que los pliegos de una licitación deben contemplar cómo se actuará ante las imprevisibilidades que afecten a la correcta ejecución del contrato, y si se permite la modificación contractual, en cuyo caso, su importe se deberá tener en cuenta a la hora de calcular el valor estimado, pues, sólo así, se garantiza una adecuada visión del verdadero «objeto del contrato. Por ello, la modificación del contrato no será posible, aun cuando concurren los requisitos habilitantes, cuando no se encuentre entre los pactos del contrato, ni se pueda inferir de forma clara su significado y funcionamiento. El TJUE insiste en que los anuncios y pliegos deben tener una clara redacción para que todo posible licitador, normalmente informado y experimentado, y razonablemente diligente, tenga la oportunidad de hacerse una idea concreta de las obras que deben realizarse, así como de su localización, y de formular, consecuentemente, su oferta.

Se insiste en **la necesidad de que el pliego deber determinar y diseñar el concreto régimen de modificación contractual (cuantía máxima, sistema de fijación de precio, partida en la que es posible el modificado, procedimiento, etc.), de forma clara, precisa e inequívoca. Y deberá respetar, obviamente, la equivalencia de las prestaciones pactadas**. De hecho, la STJUE de 13 de enero de 2005 (Comisión/España) entiende —apartado 43— que el precio es un elemento esencial y que, por ello, una condición que permite el incremento en un diez por ciento, «*no puede considerarse una modificación no sustancial de las condiciones originales del contrato*».

Pero se puede destacar los ideas. Primero, que un modificado obedece a la idea de imprevisibilidad. Así, indica que:

*“este Tribunal quiere advertir que la imprevisión debe referirse a imprevisibilidad en sentido estricto y no a la mera imprevisión aún por falta de diligencia, como recuerda la referida STJUE de 29 de abril, de 2004, Succhi di Frutta «un poder adjudicador diligente que desempeñe normalmente su actividad debería haber previsto atenerse a las condiciones para su adjudicación» (apartados 116-118).*

*El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española no nos ofrece una definición de contenido estricto para el término «imprevisibilidad», al que hace referencia el artículo 107.1 b) TRLCSP. Nos explica, sin embargo, que imprevisibilidad equivale a la cualidad de imprevisible; y de imprevisible dice el Diccionario que es aquello que no se puede prever. Y prever, es ver con anticipación, conocer, conjeturar por algunas señales o indicios lo que ha de suceder. De manera que prever equivale a predecir, vaticinar, presentir, pronosticar o adivinar. De donde se deriva que la cualidad de imprevisible, la imprevisibilidad, es la cualidad de*

no poder ver con anticipación, presentir o pronosticar lo que sucederá después.

Por el contrario, la «imprevisión» es cosa muy distinta, es la falta de previsión o reflexión. Es decir, equivale a descuido, desidia, despreocupación, falta de cuidado, imprudencia, negligencia, omisión.

Y así, en el ámbito de la contratación pública, y en aplicación del mencionado precepto legal, la imprevisibilidad que da lugar a la modificación del contrato, o el reconocimiento de circunstancias que no fueren previsibles, requiere la conjunción de los siguientes requisitos:

a) Que dichas circunstancias sobrevengan a la fecha de iniciación del contrato, de manera que con anterioridad a dicho momento no pudieran anticiparse.

b) Que sean jurídicamente inevitables para el contratista y no obedezcan, o se hayan producido, como consecuencia de imprevisión, negligencia o impericia, en el momento de la redacción del proyecto o en cálculo de los costes del mismo.

Tampoco se precisa que el hecho imprevisible sea un hecho extraordinario, sino que es suficiente el desconocimiento objetivo de su futura producción”.

Una segunda, relativa a la «singular» previsión del pliego impugnado, que exige que un licitador asuma el impacto económico de una modificación si ésta no supera el diez por ciento del presupuesto de ejecución material. Previsión que a juicio del TACPA resulta manifiestamente ilegal y que, *per se*, vicia de nulidad de pleno derecho a todo el pliego:

“Es ilegal que un licitador asuma el impacto de una modificación contractual, porque se rompe con el principio esencial de equivalencia del contrato, sin que se pueda encajar en los parámetros del riesgo empresarial (o riesgo y ventura). La incertidumbre del mayor costo de un contrato público de obra resulta contraria al propio sistema de retribución que el TRLCSP establece de forma obligatoria.

Es bien conocido que en el contrato administrativo se da una fuerte vinculación entre el objeto contractual y la satisfacción de los intereses públicos (artículo 19.1.b) TRLCSP), lo que lleva en ocasiones a preservar tal vinculación mediante la modificación del contrato, con la finalidad de evitar que una excesiva rigidez en la aplicación de lo acordado lleve a la frustración de los intereses públicos perseguidos. Por ello, la Administración Pública dispone de prerrogativas, como es el caso de la potestas variandi — el tradicionalmente denominado *ius variandi*— o prerrogativa de modificación unilateral del contrato, por motivos de interés público, mediante compensación (por ejemplo, TRLCSP artículos 209 a 211). Como contrapartida del otorgamiento de tales prerrogativas (con independencia de su efectivo ejercicio) y como consecuencia de la configuración del contratista como un colaborador de la Administración en la realización de los intereses públicos perseguidos con el contrato, el Derecho administrativo también

garantiza al contratista una remuneración suficiente. La denominada «honesto equivalencia de prestaciones» entre lo que el contratista da y lo que recibe a cambio, (formulación doctrinal perfectamente interiorizada por la jurisprudencia), se quiebra con la cláusula objeto de impugnación, ya que en todo contrato público debe garantizarse, durante su ejecución, el respeto de las reglas de retribución, como un deber del poder adjudicador concedente y un derecho del contratista. Y, por ello, debe ser declarada ilegal.

Asimismo, esta previsión del pliego impugnada —a diferencia de lo que sostiene el órgano gestor— es manifiestamente contraria al principio de eficiencia. Este principio, de fundamento constitucional —artículo 31.2 CE— obliga a que en cualquier gasto público se realice una asignación equitativa de los recursos públicos y su programación y ejecución respondan a los criterios de eficiencia y economía. Principio igualmente recogido en el artículo 7 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.

Este principio tiene aquí por función intrínseca determinar cuando un gasto es no sólo eficaz, sino eficiente desde una perspectiva de rentabilidad. Y la previsión impugnada en modo alguno es compatible con este principio, pues a lo que conduce —o puede conducir—, es a que los licitadores, en su oferta, incluyan ya como gasto tal posibilidad, lo que incrementará el precio ofertado. Y de no haber modificaciones se estaría retribuyendo de forma manifiestamente ineficiente.

La posibilidad de que algún licitador asuma ese riesgo rompe con la regla de igualdad de trato, y es una condición que no encuentra cobertura legal y que puede, además, ocultar o amparar ofertas que pueden resultar anormales o desproporcionadas, lo que pone en riesgo la correcta ejecución del contrato (que es la auténtica causa del procedimiento de licitación).

En la gestión de la contratación pública no basta con realizar una tramitación que sea, aparentemente, conforme al principio de legalidad. Además, es necesario que se respete, junto al principio de estabilidad presupuestaria, el principio de eficiencia. Y la previsión impugnada rompe esta máxima, por lo que incurre en manifiesta ilegalidad.

Y en modo alguno puede justificarse por el dato de que haya sido utilizada en anteriores licitaciones y no se haya impugnado. El principio dispositivo de los interesados en impugnar un pliego no puede quedar condicionado por anteriores precedentes. Y, mucho menos, esos precedentes pueden servir de argumentación para validar una actuación como la ahora impugnada”.

## **25.- El efecto “útil” del recurso especial.**

La aplicación literal del régimen del recurso especial ha presentado cierta disfuncionalidad, corregida por la doctrina de los órganos de recursos contractuales, que han optado por una interpretación “útil” del recurso especial. Son dos los

problemas detectados y corregidos, El primero, por relación a los contratos de gestión de servicios públicos, que son susceptibles de recurso especial, previo a la interposición del contencioso administrativo, cuando el presupuesto de gastos de primer establecimiento, excluido el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido, sea superior a 500 000 euros y el plazo de duración superior a cinco años, no porque sean contratos sujetos a regulación armonizada, sino porque el legislador español los ha incluido en el ámbito del recurso<sup>122</sup>. En la práctica existe un problema para determinar los citados gastos de primer establecimiento. Y se fija la doctrina al respecto en el Acuerdo 44/2012, de 9 de octubre de 2012 que por su indudable interés se transcribe:

*“El TRLCSP utiliza el concepto presupuesto de gastos de primer establecimiento en tres ocasiones. En el artículo 40.1.c) para establecer un límite a partir del cual pueden ser objeto de recurso especial los contratos de gestión de servicios públicos; en el artículo 154, a efectos de señalar la obligatoria publicidad de su formalización cuando iguallen o superen los 100 000 euros; y, por último, en el artículo 172 b) como techo o límite máximo para poder utilizar el procedimiento negociado, por razón de la cuantía, para su adjudicación.*

*No existe, sin embargo, en nuestro ordenamiento jurídico de la contratación pública ninguna referencia específica a la regulación de qué debe entenderse por presupuesto de gastos de primer establecimiento. Esta ausencia o carencia normativa, motiva la necesidad de realizar una labor interpretativa para averiguar la voluntad de legislador al hacer depender, de la cuantificación de dicho presupuesto, notables consecuencias jurídicas.*

*Se alega, de la parte municipal, que debe acudir a la normativa contable para determinar cuales son los gastos de primer establecimiento, ya que el TRLCSP utiliza este concepto en sentido contable. Y para apoyar tal afirmación, se aportan y citan determinadas referencias legales a la normativa contable, consultas e informes —entre ellos el Informe de la Junta Consultiva de Contratación de Galicia de 11 de junio de 2008—. Y se parte de la equiparación de presupuesto de gastos de primer establecimiento a los gastos que resultan indispensables para crear una empresa.*

*Este Tribunal considera, sin embargo, que no puede equipararse el concepto de presupuesto de gastos de primer establecimiento, a que se refiere el TRLCSP, con el concepto contable que se contenía en la normativa contable anterior (actualmente derogada), por varias razones.*

*En primer lugar porque la normativa contable actual (vigente) no regula los gastos de primer establecimiento. De manera que no puede*

<sup>122</sup> Interesa la NOTA SOBRE LA INTERPRETACIÓN DEL CONCEPTO GASTOS DE PRIMER ESTABLECIMIENTO elaborada a tal efecto por el Tribunal de Contratos Públicos de Madrid (<http://www.madrid.org/cs/Satellite?blobcol=urldata&blobheader=application%2Fpdf&blobheadename1=Content-Disposition&blobheadervalue1=filename%3DTACPCM-Concepto+Gastos+primer+establecimiento.pdf&blobkey=id&blobtable=MungoBlobs&blobwhere=1352819167949&ssbinary=true>)

*integrarse el concepto de presupuesto de gastos de primer establecimiento de la normativa contractual, apelando a una normativa contable derogada. Para atender al criterio contable deberíamos acudir a la normativa precedente, pues el actual Plan General de Contabilidad (PGC/2007), aprobado mediante Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, al ordenar que la contabilización de los gastos de establecimiento se realice con cargo a la cuenta de pérdidas y ganancias como gastos del ejercicio en el que se incurran, elimina la especificidad prevista en los dos planes anteriores hoy derogados (1973 y 1990) para los gastos de primer establecimiento, y con ello toda referencia a su tratamiento particular.*

*En segundo lugar, porque si hubiese de acudirse a la normativa del Plan General de Contabilidad de 1990 (aprobado por Real Decreto 1643/1990, de 29 de diciembre, hoy derogado), como mantiene el Ayuntamiento, únicamente se considerarían gastos de primer establecimiento los gastos necesarios hasta que la empresa inicie su actividad productiva, al establecerse aquélla o con motivo de ampliaciones de su capacidad: honorarios, gastos de viaje y otros para estudios previos de naturaleza técnica y económica; publicidad de lanzamiento, captación, adiestramiento y distribución de personal, etc., ocasionados con motivo del establecimiento. Tales gastos de establecimiento, que debían amortizarse sistemáticamente en un plazo no superior a cinco años (todo ello de acuerdo con la definición de la cuenta 201, en relación con la norma de valoración 6ª), eran gastos intangibles, como se señala tanto en la legislación contable precedente y en la Norma Internacional de Contabilidad número 38 (NIC 38). En consecuencia, no se trataba, en ningún caso de gastos imprescindibles y absolutamente necesarios para iniciar una empresa: edificios, obras, maquinaria, etc. (que formarían parte del activo material). Por este motivo, estos gastos, tomados desde la perspectiva estrictamente contable, carecen de relevancia. De manera que, de aplicar tal concepto contable, nunca o casi nunca, se alcanzarían las cuantías a las que se refiere el TRLCSP, de donde resultaría que a los contratos de gestión de servicios públicos les estaría vedado el recurso especial (y, a contrario sensu, se podrían adjudicar prácticamente todos los contratos de gestión de servicios públicos por el procedimiento negociado, pues casi nunca alcanzarían esa cifra de 500 000 euros), y no parece que esa sea la voluntad del legislador.*

*En tercer lugar, porque no es posible afirmar que el legislador de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, atendiese al concepto de gastos de primer establecimiento del Real Decreto 1643/1990, de 29 de diciembre, de manera que tal concepto se asentase sobre el concepto contable de gastos de primer establecimiento. Entre otras razones, porque el concepto de presupuesto de gastos de primer establecimiento aparece, al menos ya, en el Decreto 923/1965, de 8 de abril, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley de Contratos del Estado, que establecía en su artículo 69, que los contratos de gestión de servicios se adjudicarían ordinariamente mediante concurso, pudiendo, no obstante, adjudicarse directamente cuando su presupuesto de gastos de primer establecimiento*

no se previera superior a 1.500.000 pesetas ni su plazo de duración fuera superior a dos años. De manera que puede afirmarse que el concepto legal, de presupuesto de gastos de primer establecimiento, nace bastante antes de que se hubiese dictado la primera disposición legal normalizadora de la contabilidad.

En cuarto lugar, y finalmente, porque si se admitiese que el TRLCSP alude al concepto contable de gastos de primer establecimiento tendríamos que concluir que el órgano de contratación no podría establecer, ni conocer su cuantía y alcance, pues dichos gastos son diferentes para cada licitador, en función de las circunstancias de cada empresa, de donde vendría a resultar que la posibilidad de recurso especial en los contratos de gestión de servicios públicos, la posibilidad de su adjudicación mediante procedimiento negociado, e incluso la publicidad de su formalización, dependería de un dato incierto, aleatorio y ambiguo. Y, no es posible entender que el legislador anude consecuencias jurídicas de tanta relevancia a un concepto tan impreciso.

El recurrente, por su parte, y con fundamento en la Resolución 30/2011, de 29 de junio, del Tribunal Administrativo de la Comunidad Autónoma de Madrid —de la que parece deducirse que determinadas inversiones son gastos de primer establecimiento—, considera que el contenido del presupuesto de gastos de primer establecimiento viene determinado en el estudio económico que debe preceder a la celebración de todo contrato de gestión de servicios públicos. En consecuencia, y a la vista del Estudio económico financiero para la modificación del modo de gestión del servicio de saneamiento y depuración de Zaragoza de 10 de julio de 2012, sostiene el recurrente que el presupuesto de gastos de primer establecimiento supera ampliamente los 500 000 euros que fija el artículo 40.1.c) TRLCSP.

A juicio de este Tribunal, el origen del concepto de presupuesto de gastos de primer establecimiento se encuentra en el artículo 126.2 y 129.2 del Decreto de 17 de junio de 1955, por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales. Ambos preceptos han sido recogidos, casi con idéntica transcripción literal, en los artículos 274.2 b) y 280.3 del Decreto 347/2002, de 19 de noviembre, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes, Actividades, Servicios y Obras de las Entidades Locales de Aragón (en adelante RBASO).

En particular el artículo 274.2 b) RBASO prevé que la retribución económica del concesionario cuyo equilibrio, de acuerdo con las bases tenidas en cuenta para su otorgamiento, deben mantenerse en todo caso, en función de la necesaria amortización, durante el plazo de aquélla, del «coste de establecimiento del servicio que hubiere satisfecho», de los gastos de explotación y del beneficio industrial normal.

Y el artículo 280.3 RBASO se refiere al «coste del establecimiento del servicio», a la hora del cálculo de la retribución prevista para el concesionario. De donde cabe deducir, que el presupuesto de gastos de

primer establecimiento, a que se refiere el TRLCSP, está formado por todos aquellos necesarios para poner en funcionamiento el servicio público, que deben diferenciarse de los gastos de explotación. Sin ánimo de una lista exhaustiva, pueden citarse como conceptos a incluir los siguientes: gastos en obra de inversión que corran a cargo del contratista, gastos en instalaciones nuevas o de reposición existentes, inversión en maquinaria de todo tipo, etc. Es decir, se incluyen las inversiones precisas para poner en funcionamiento el servicio público, excluyendo los gastos de explotación futuros y las inversiones futuras.

Además, a juicio de este Tribunal, cabe argumentar que cuando la ley establece los importes requeridos a los contratos para ser objeto de recurso especial, se advierte que no es intención del legislador generalizar el recurso especial, sino reservarlo para aquellos contratos que tienen cierta importancia económica y, para ello, con carácter general, se remite, directa o indirectamente, a su valor estimado, es decir, al importe total susceptible de ser satisfecho por la Administración al contratista —lo que la Administración va a pagar por lo que recibe, incluyendo los posibles modificados y prórrogas—. Y, en definitiva, hay una conexión entre la posibilidad de recurso y el importe de lo que se recibe a precios de mercado. Sin embargo, frente al valor estimado como referente a tomar en cuenta en los contratos sujetos a regulación armonizada para ser objeto de recurso especial, en el caso de los contratos de gestión de servicios públicos el TRLCSP establece una norma especial, la del presupuesto de gastos de primer establecimiento (igual o superior a 500 000 euros) como parámetro para abrir la vía del recurso especial, en lugar del valor estimado del contrato.

Esta especialidad del contrato de gestión de servicios públicos, responde a las peculiaridades del propio contrato. En primer lugar porque en el contrato de gestión de servicios públicos la prestación la recibe el usuario, o los usuarios —casi nunca la Administración—, a lo largo de un tiempo normalmente muy dilatado. En segundo lugar, porque la estimación del coste de la prestación del servicio público, se realiza en términos financieros relacionando un conjunto de datos reales (inversiones a realizar de manera inmediata, canon concesional, plazo...etc.) junto con diferentes hipótesis razonables, algunas realizadas a muy largo plazo, relativas a inversiones futuras, ingresos y gastos previsibles, modificación de las tarifas, inflación estimada, intereses financieros... etc. Y precisamente por ello, el legislador ha buscado una mayor concreción y ha utilizado el concepto de presupuesto de gastos de primer establecimiento, habitual en la normativa local de servicios públicos. Concepto que, como ya se ha señalado, difiere notablemente del tecnicismo contable, y cuya determinación y cuantificación debería venir dada en el anteproyecto de explotación que, con carácter preceptivo, exigen el artículo 133.2 TRLCSP y el artículo 183.1 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

*En consecuencia, y a la vista del conjunto de inversiones precisas para el establecimiento del servicio público de saneamiento y depuración de aguas residuales de la ciudad de Zaragoza, cuyo importe supera con creces el mínimo legal de 500 000 euros, y su prestación bajo la fórmula de Sociedad de Economía Mixta, hay que concluir que el contrato es susceptible de recurso especial en aplicación de lo dispuesto en el artículo 40.1 c) TRLCSP”.*

Por otra parte en este mismo Acuerdo se recuerda que el contrato de colaboración entre el Sector Público y el Sector Privado (artículo 11 TRLCSP), es siempre un contrato armonizado por lo que su consideración en el pliego como fórmula de CPPI haría que, por si mismo, se encontrara ya en el ámbito objetivo del recurso especial.

Uno segundo, por relación a los cuestiones de nulidad contractual. En estos casos, se ha recordado que la cuestión de nulidad, distinta de la acción de nulidad, es un mecanismo de recurso contractual frente a la celebración de contratos sin procedimiento de licitación, en quiebra de los principios de concurrencia e igualdad de trato. La Directiva 2007/66/CE pretende incorporar una sanción efectiva, proporcionada y disuasoria que funcione como mecanismo de cierre del sistema, que garantice el cumplimiento de todo el sistema de garantías de las normas sustantivas sobre contratación. De esta forma, el Derecho de la Unión Europea obliga ahora a los Estados miembros a sancionar con «ineficacia» lo que la norma considera violaciones más groseras del Derecho de la Unión europea, que son las adjudicaciones directas y los casos en que no se respete el periodo de suspensión previo a la formalización del contrato. Esto significa que esta cuestión de nulidad tiene una función específica, de complementariedad del recurso especial (Acuerdo 59/2013, de 28 de octubre, TACPA).

## **26.- La cuestión de la confidencialidad en al contratación pública.**

Uno de los principales principios de la contratación pública es el de la confidencialidad<sup>123</sup>. El artículo 41 de la Directiva 2004/18, en desarrollo de las normas de publicidad y transparencia aplicables a la información a dar a los candidatos y licitadores por los poderes adjudicadores, recoge en su apartado 3 que los poderes adjudicadores podrán decidir no comunicar determinados datos sobre la adjudicación de los contratos, la celebración de los acuerdos marco o la admisión a un sistema dinámico de adquisición cuando su difusión pudiera obstaculizar la aplicación de la ley, ser contraria al interés público, o perjudicar los intereses comerciales legítimos de operadores económicos públicos o privados, o perjudicar la competencia leal entre ellos (ahora artículo 21 de la Directiva 2014/24, de contratación pública). Como

---

<sup>123</sup> Sobre esta cuestión resulta de interés el Informe 15/2012, de 19 de septiembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón sobre “Confidencialidad de las proposiciones de los licitadores. Vid. A. I. BELTRAN GOMEZ, “El derecho de acceso a un expediente de contratación y la confidencialidad de las propuestas”, en núm. Extraordinario Sobre contratación pública de la Revista Estudios de la Vida Local, 2013.; y RAZQUIN LIZARRAGA, Martín María: La confidencialidad de los datos empresariales en poder de las Administraciones Públicas (Unión Europea y España), Lustel, 2013.

recuerda la STJUE de 14 de febrero de 2008(VAREC), el órgano que conozca este recurso debe garantizar adecuadamente la confidencialidad de las propuestas de los licitadores y el secreto de dicha información. La justificación es la siguiente:

*“El objetivo principal de las normas comunitarias en materia de contratos públicos comprende la apertura a la competencia no falseada en todos los Estados miembros (véase, en este sentido, la sentencia de 11 de enero de 2005, Stadt Halle y RPL Lochau, C-26/03, Rec. p. I-1, apartado 44).*

*Para alcanzar dicho objetivo, es necesario que las entidades adjudicadoras no divulguen información relativa a procedimientos de adjudicación de contratos públicos cuyo contenido pueda ser utilizado para falsear la competencia, ya sea en un procedimiento de adjudicación en curso o en procedimientos de adjudicación ulteriores.*

*Además, tanto por su naturaleza como conforme al sistema de la normativa comunitaria en la materia, los procedimientos de adjudicación de contratos públicos se basan en una relación de confianza entre las entidades adjudicadoras y los operadores económicos que participan en ellos. Éstos han de poder comunicar a tales entidades adjudicadoras cualquier información útil en el marco del procedimiento de adjudicación, sin miedo a que éstas comuniquen a terceros datos cuya divulgación pueda perjudicar a dichos operadores.<sup>37</sup>*

*Por dichas razones, el artículo 15, apartado 2, de la Directiva 93/36 establece que las entidades adjudicadoras tienen la obligación de respetar el carácter confidencial de todas las informaciones proporcionadas por los proveedores.”*

El Acuerdo 10/2015, de 20 de enero, del TACPA, complementa esta doctrina y recuerda que **la confidencialidad, exige adoptar medidas e interpretaciones que preserven, de modo útil, su contenido, lo que limita el derecho al libre acceso a toda la documentación de las ofertas de los licitadores competidores**, pues como advierte la Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea (Sala Segunda), de 29 de enero de 2013, Cosepuri Soc. Coop. p.A. contra Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria (EFSA), la materia de contratos públicos se fundamenta en una competencia no falseada. «Y para alcanzar dicho objetivo, es necesario que las entidades adjudicadoras no divulguen información relativa a procedimientos de adjudicación de contratos públicos cuyo contenido pueda ser utilizado para falsear la competencia, ya sea en un procedimiento de adjudicación en curso o en procedimientos de adjudicación ulteriores. Además, tanto por su naturaleza como conforme al sistema de la normativa de la Unión en la materia, los procedimientos de adjudicación de contratos públicos se basan en una relación de confianza entre las entidades adjudicadoras y los operadores económicos que participan en ellos. Éstos han de poder comunicar a tales entidades adjudicadoras cualquier información útil en el marco del procedimiento de adjudicación, sin miedo a que éstas comuniquen a terceros datos cuya divulgación pueda perjudicar a dichos operadores».

**Este principio de confidencialidad no tiene alcance ilimitado sino que debe compatibilizarse con el de transparencia e igualdad de trato y posibilidad**

**de control.** El propio artículo 140.1 TRLCSP garantiza que este deber de confidencialidad no debe perjudicar el cumplimiento de las obligaciones en materia de publicidad e información que debe darse a candidatos y licitadores, obligaciones entre las que se encuentran incluidas las enumeradas en el artículo 151.4 TRLCSP (entre otras, Resolución núm 62/2012). Señala, además, el TACRC que la extensión de la confidencialidad a toda la proposición, podría estar incurso en fraude de ley, en los términos previstos en el artículo 6.4 del Código Civil, y ello porque el art. 140 TRLCSP, se refiere a la posibilidad de designar como confidenciales «*alguno o algunos*» de los documentos aportados, sin que resulte admisible extender la confidencialidad a toda la proposición

En toda proposición se exige una declaración complementaria de confidencialidad de los documentos que poseen tal carácter y entendiendo que, de no aportarla, ningún documento tiene carácter confidencial. Así lo ha manifestado también el TACPA en su Acuerdo 26/2013, de 21 de mayo, al considerar que el hecho de que una licitadora «*no identificara en su propuesta los documentos que poseían carácter confidencial, como exige en concreto la cláusula 2.2.4.1.15º del PCAP, no implica que deba ser el órgano de contratación quien deba determinar este carácter ante el ejercicio del derecho de vista del expediente por otro licitador. El Informe 15/2012, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón —cuyas consideraciones y conclusiones comparte este Tribunal, y a las que se acoge la alegante en defensa de su criterio— recoge esta obligación únicamente en el supuesto de que el licitador haya declarado toda su propuesta como confidencial, y no en un caso como el presente en el que la omisión de la mención al carácter se debe única y exclusivamente a una omisión achacable a la licitadora, pese a la claridad del PCAP en este punto*».

Y concluye el TACPA:

*«Admitir que una vez presentadas las ofertas y durante el proceso de adjudicación una licitadora pueda señalar como confidencial datos de una propuesta, o exigir que sea el órgano de contratación quien lo haga, a su criterio o a petición de parte, resultaría incompatible con los principios de igualdad de trato y de transparencia. Pues las reglas del juego sobre confidencialidad que figuran en el PCAP fueron conocidas por todos los licitadores, sin que se formularan reservas sobre las mismas»<sup>124</sup>.*

Relacionado con este principio esta el derecho de acceso al expediente de cara a formular el recurso especial. La posición de los Tribunales Administrativos es clara. Así, el TACRC en Resoluciones como la nº 272/2011, sostiene que «*si bien es cierto que una correcta notificación puede hacer innecesario el acceso al expediente por parte de quienes*

---

<sup>124</sup> Matiza también el TACRC, en su Resolución nº 45/2013, que no cabe que un licitador, que no ha realizado ninguna indicación de confidencialidad al presentar su propuesta alegue, con posterioridad, una «genérica confidencialidad» para impedir el conocimiento de su oferta técnica por un licitador legitimado para impugnar la adjudicación a su favor, siendo esta actuación constitutiva de fraude de ley en los términos previstos en el artículo 6.4 del Código Civil, infringiéndose tanto el art. 140.1 TRLCSP, como los principios de publicidad y transparencia consagrados en el TRLCSP. Interesa también la Resolución 60/2014 del OARC del País Vasco.

*tengan la condición de interesados en el procedimiento de licitación al objeto de interponer recurso especial suficientemente motivado, ello no exime de la obligación que incumbe al órgano de contratación de conceder a los interesados en el procedimiento el derecho de información del expediente el cual se encuentra amparado por el artículo 35 de la LRJPAC, que en su apartado a) reconoce expresamente el derecho de los ciudadanos "a conocer, en cualquier momento, el estado de tramitación de los procedimientos en los que tengan la condición de interesados, y obtener copias de documentos contenidos en ellos"». Y concluye, «A la vista de lo anterior el órgano de contratación deberá conceder el correspondiente acceso al expediente a la empresa recurrente, si bien deberá tener en cuenta la obligación que incumbe al citado órgano de contratación de respetar la debida confidencialidad»<sup>125</sup>.*

La vista del expediente solo puede concederse por el órgano de contratación. La Resolución 5/2013, de 30 de abril, del TACPA, dictada en respuesta a la solicitud de un órgano de contratación, que considera que una vez interpuesto el recurso corresponde al Tribunal la adopción de todo tipo de medidas de acceso y vista del expediente, incluidas las cautelares y de resolución acerca de cómo garantizar la confidencialidad y el secreto de la información que obre en el expediente de contratación, con base en los artículos 40 y siguientes TRLCSP y en su Guía de Procedimiento (apartado 4, c) es clara al respecto:

*«A la vista de la solicitud, este Tribunal reitera el criterio ya remitido a ese órgano de contratación el 8 de julio de 2011, ante la petición de vista del expediente en el recurso RE 015/2011, en el sentido siguiente: «Respecto de la solicitud de "vista del expediente" planteada por la recurrente, considera este Tribunal que la misma solo puede acordarse por el órgano de contratación, con el cumplimiento de todas las garantías, incluida la de no tener acceso a documentación calificada como confidencial por el resto de licitadores. En todo caso, este trámite de vista del expediente, de acordarse por el órgano de contratación, resultaría en todo caso ajeno al procedimiento de resolución del recurso, en el que se está a la espera de la formulación, en su caso, de alegaciones por el resto de interesados.*

*(...)*

*Las referencias a la garantía de la confidencialidad y el derecho a la protección de los secretos comerciales, en relación a la información contenida en el expediente de contratación, recogidas en el artículo 46.5 TRLCSP y en el apartado 4.c) de la Guía de Procedimiento de este Tribunal, lo son respecto del expediente del procedimiento del recurso que se tramita ante él. Y no en relación al expediente de contratación en el que se materializa el procedimiento de licitación que lleva a cabo el órgano de contratación.*

---

<sup>125</sup> Este criterio favorable a reconocer la obligación de dar vista del expediente a los licitadores, si así lo solicitan, se mantiene también por el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid (entre otras, Resolución 52/2011) y por el TACPA (Resolución 5/2011 y Acuerdo 20/2012).

*En su consecuencia, la interpretación del artículo 46.5 TRLCSP y de la Guía de Procedimiento no puede llevar a concluir la negación del acceso al expediente que contiene los documentos en que se materializa el procedimiento de contratación del órgano de contratación»<sup>126</sup>.*

## **27.- Aspectos procesales: incidentes de ejecución y prejudicialidad a favor de la jurisdicción contencioso-administrativa.**

El TACPA ha **defendido de forma activa el carácter ejecutivo y ejecutorio** de sus Acuerdos (que hace constar de forma expresa en sus Acuerdos). Este carácter ejecutivo y ejecutorio, ex artículo 56 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, supone que despliegan eficacia en todo caso, salvo que el Tribunal jurisdiccional competente, de conformidad con las previsiones sobre tutela cautelar contenidas en los artículos 126 y ss. LJ, acuerde una medida de suspensión de efectos ( y ha sido expresamente reconocido por el Tribunal Supremo, en Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 2014, en el recurso de casación núm. 3014/2013 (asunto de la Privatización Aguas Ter-Llobregat en Cataluña<sup>127</sup>). Interesa mucho esta afirmación pues el efecto útil del mecanismo del recurso especial exige respetar y hacer cumplir lo resuelto, salvo que se suspenda por órgano jurisdiccional competente, que atenderá, tras petición de tutela cautelar por quien recurre (la Administración), como juegan los distintos interés públicos. Por lo que respecta al caso consultado, el Tribunal Supremo en la Sentencia citada de 5 de noviembre, confirma la decisión del TSJ de no conceder tutela cautelar al advertir que:

*“Es correcta la ponderación de intereses efectuada por la Sala de Barcelona. Ante todo, debemos confirmar el punto de partida desde el que los autos se pronuncian sobre la cuestión, que no es otro que el adoptado por la Directiva 2007/66/CE de la que trae causa el recurso especial en cuya virtud se adoptó la resolución que ACL quiere ver suspendida. Punto de*

<sup>126</sup> Igualmente el TACRC en su Resolución 45/2013. También la Resolución 24/2013, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid.

<sup>127</sup> Se recurre el Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, en auto de fecha 26 de marzo de 2013 razona que: “Sin embargo, no puede dejar de señalarse ya a priori la profunda influencia que tiene en esta materia el Derecho europeo, que ha establecido unos estándares que deben seguir los Estados miembros en cuanto se refiere a los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos, contenidos en las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE, modificadas por la Directiva 2007 /66/CE.

La normativa europea pretende asegurar la existencia de mecanismos eficaces de garantía para los licitadores, de modo que se eviten las situaciones relativamente frecuentes en que el tiempo necesario para sustanciar los procedimientos ordinarios hace inviable revertir una situación ilegal, que se convierte por ello en un hecho consolidado. A tal fin, se establece la paralización inicial de los acuerdos de adjudicación de los contratos públicos, a fin de que un órgano independiente del poder adjudicador pueda resolver el recurso antes de que aquéllos desplieguen sus efectos. Además, se otorga una especial eficacia ejecutiva a las resoluciones de dicho órgano independiente,(...)” Criterio confirmado por la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 2014 en relación al recurso de casación contra resolución TSJ de Cataluña en relación a la tutela cautelar sobre la resolución del OARC en el caso de la privatización de las aguas Ter-Llobregat, que viene a recordar las especiales características de los tribunales administrativos contractuales

*partida que consiste en dar preferencia al interés público cuya satisfacción se ha buscado instituyendo ese remedio. O sea el de hacer posible una revisión eficaz de la legalidad de la adjudicación de contratos como la disputada por una instancia especializada, dotada de independencia, mediante un procedimiento ágil que lleve a una decisión rápida que, además, se lleve a efecto. Por eso, insisten tanto los considerandos de la Directiva en que este recurso debe ser eficaz y su artículo 2.8 lo enfatiza cuando ordena a los Estados velar para que las resoluciones que lo resuelvan sean ejecutadas de modo eficaz.”*

Para finalizar afirmando, dato muy relevante, que las resoluciones de los tribunales y órganos de recursos contractuales, tienen una “singular relevancia” por haberlo querido así el legislador europeo y, en consonancia, el español, resaltando que “Y es que, frente a la indicada especial significación de las decisiones del órgano llamado a impedir las adjudicaciones precipitadas y los hechos consumados en materia de contratos del sector público, no nos ha ofrecido razones bastantes para desvirtuar las que llevaron a la Sala de Barcelona a denegar la medida cautelar”.

Así, **una resolución de estos Tribunales, en tanto órganos jurisdiccionales (lo que explica que no tengan la condición de demandado, tal y como previene la LJ), deben ser cumplidas en sus propios términos**<sup>128</sup>. Máxime cuando se ha incumplido con la regla de la suspensión *ex lege* en los supuestos de adjudicación y se ha procedido a formalizar, de forma indebida, un contrato<sup>129</sup>.

El Acuerdo 72/2013, de 11 de diciembre, del TACPA, vuelve a pronunciarse sobre la ejecución de sus Acuerdos por los órganos de contratación, y reitera que sus actos son inmediatamente ejecutivos y ejecutorios. Frente a ellos, solo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo (44.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, en adelante LJ), en el plazo de dos meses, a contar desde la notificación del mismo, ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Aragón (artículo 10 k) LJ), todo ello de conformidad con el artículo 49 TRLCSP.

Una cuestión procesal importante es la relativa **a la prejudicialidad a favor del orden contencioso-administrativo**. En el Acuerdo del TACPA 1/2014, de 13 de enero, se advierte tal situación al existir un recurso contencioso, se afirma que «*Existe, pues, una cuestión incidental, a modo de prejudicialidad, que —desde el respeto a la lógica de la arquitectura institucional de la jurisdicción contencioso-administrativa— obliga a que este Tribunal administrativo no deba resolver el recurso, ya que la*

<sup>128</sup> Ya se ha destacado (nota 32) que las disposiciones de la Directiva 89/665, destinadas a proteger a los licitadores frente a la arbitrariedad de la entidad adjudicadora, tienen como finalidad reforzar los mecanismos existentes para garantizar la aplicación efectiva de las normas de la Unión en materia de adjudicación de contratos públicos, en particular en una fase en la que las irregularidades aún puedan ser subsanadas.

<sup>129</sup> Cuestión analizada y resulta por el Tribunal Administrativo de Contratos públicos de Aragón en su Acuerdo 55/2013, en relación a la formalización de un contrato sin respetar el plazo de *stand hill* que exigen las Directivas, de tal manera que tramitando el recurso especial, al aceptar las pretensiones del mismo y declarar ilegal el acto de adjudicación, acuerda declarar la nulidad del contrato indebidamente celebrado, acordando, *ex artículo 35 TRLCSP*, que el contrato indebidamente perfeccionado debe entrar en fase de liquidación, debiendo restituirse a las partes de forma recíproca las cosas que hubieran recibido en virtud del mismo.

resolución y decisiones del referido proceso contencioso pueden, además de influir en la cuestiones de fondo del recurso especial, producir una interferencia indebida en la competencia revisora del orden contencioso, y en los efectos de su fallo».

## **28.- La imposición de sanciones por temeridad o mala fe en el recurso.**

A los Tribunales se le reconoce la potestad de imponer sanciones si se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso o en la solicitud de medidas cautelares: entre 1.000 y 15.000 euros, que se fijará en función de la mala fe apreciada y el perjuicio ocasionado al órgano de contratación y a los restantes licitadores (art. 47.5 TRLCSP). Y se **entiende que actúa con temeridad quien interpone un recurso sin ningún tipo de apoyo argumentativo, y actúa de mala fe quien tiene la clara voluntad de engañar al órgano competente en la resolución del recurso** (por todos, Acuerdo 48/2012, del TACPA).

En especial, interesa lo acordado por el TACPA en su Acuerdo 38/2013, de 11 de julio, donde se impone la multa máxima de 15 000 euros en base a lo siguiente:

*“Este Tribunal entiende que los motivos de la UTE recurrente no han tenido por finalidad la depuración jurídica de una actuación que pudiera resultar controvertida. La estrategia procesal utilizada ha pretendido, en definitiva, paralizar unas obras de gran impacto económico, «extendiendo» de forma indebida las controversias que tienen su origen en la ejecución de la Fase I. Tal proceder va más allá de los límites de buena fe, e incurre en manifiesta temeridad, que se agrava por la ocultación de hechos jurídicos relevantes que pretenden la confusión de este Tribunal administrativo, con el fin de satisfacer de forma indebida sus intereses empresariales.*

*Es evidente que la ejecución subsidiaria por SARGA de las obras de reparación de la Fase I no ha condicionado la estrategia empresarial de los recurrentes, ya que no implica una alteración indebida del objeto y condiciones de la licitación inicial, que puedan falsear las reglas de competencia en la adjudicación.*

*Por ello, ya que existe una finalidad ajena a la lógica del respeto al principio de legalidad en la presentación del recurso, que ha causado indudable perjuicios por la suspensión de la obra, este Tribunal, de conformidad con la previsión del artículo 47.5 TRLCSP impone la sanción máxima de 15 000 euros a la UTE recurrente, atendiendo no solo al perjuicio sobre la ejecución del contrato, sino también a la evidente mala fe en la estrategia procesal, ajena a lo que debe ser un uso correcto de los instrumentos de control”.*

## **29.- Contratación pública y políticas públicas.**

Cuestiones de políticas públicas no resultan ajenas a las resoluciones de los órganos de recursos contractuales<sup>130</sup>. Muy significativa es la cuestión relativa a **cuando es un nacional el que licita compitiendo con otros nacionales, el recurso a la deslocalización podría suponer un fraude de ley que distorsiona el principio de libre competencia**, en cuyo caso la oferta debería ser rechazada (Tribunal de Contratación Pública de Madrid, Resoluciones 68 y 69 de 2015).

El **diseño de la licitación desde la perspectiva de las PYME** se ha abordado en el Acuerdo 60/2015, del TACPA, al recordar la necesidad de efectuar lotes con la ya vigente Directiva 2014/24, de contratación pública, al recordar que resulta obligada *“una licitación con varios lotes, ajustados a la realidad de la prestación, lo que favorece una mejor y más adecuada competencia. Exigencia que deriva de la correcta aplicación del marco normativo vigente, pues la Directiva 2014/24, ya en vigor (aunque no transpuesta), establece la regla general de licitar en lotes (considerandos 78 y 79 y artículo 46)”*. Sobre esta cuestión de lotes son de especial las Resoluciones del Tribunal de Recursos Contractuales de Andalucía 21 a 34 de 2015, que analizan el Acuerdo marco de suministro de medicamentos y donde se concluye sobre la validez de los mismos dado que se ha tenido en cuenta la unidad funcional por indicación terapéutica y no los equivalentes terapéuticos, infracción de normativa farmacéutica.

### **30.- El caso especial de contrato de servicios “no prioritario” ( Categoría 25) y en su modalidad de concierto.**

La doctrina de los órganos de recursos contractuales sobre las consecuencias de nulidad de una licitación por la incorrecta tipificación de un contrato de servicios públicos que contiene una prestación de servicios, se encuentra matizado en los denominados servicios “no prioritarios” (transporte ambulancias), pues no siendo un contrato de gestión de servicios públicos, nada obsta en el ordenamiento comunitario para que cada Estado opte para la prestación de los servicios no prioritarios, por otros contratos distintos del contrato típico de servicios como tal por lo que se refiere al régimen jurídico (Resolución 267/2013 de 10 de junio del TCRC Y la Resolución 2/2015 de 16 de

---

<sup>130</sup> Tampoco en el ámbito europeo. La reciente STJUE de 17 de noviembre de 2015, (C 115/14) con motivo de una cuestión prejudicial planteada en relación con la obligación, impuesta a los licitadores y a sus subcontratistas en el contexto de la adjudicación de un contrato público de servicios postales del municipio, de comprometerse a pagar un salario mínimo al personal que ejecute las prestaciones objeto de ese contrato público. Así, el TJUE afirma que una disposición nacional que establece que todos los licitadores y sus subcontratistas deberán comprometerse frente al poder adjudicador a pagar al personal que vaya a ejecutar el contrato público de que se trate un salario mínimo determinado por la Ley, debe calificarse de «condición especial en relación con la ejecución del contrato» referida a «consideraciones de tipo social» en el sentido del artículo 26 de la Directiva 2004/18. En consecuencia, declara que dicho artículo debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa de una entidad regional de un Estado miembro, obliga a los licitadores y a sus subcontratistas a comprometerse, mediante una declaración escrita que deberá presentarse junto con la oferta, a pagar al personal que llevará a cabo las prestaciones objeto del contrato público considerado un salario mínimo fijado por dicha normativa y que no se opone a una normativa de una entidad regional de un Estado miembro, como la controvertida en el asunto principal, que prevé la exclusión de la participación en un procedimiento de adjudicación de un contrato público a los licitadores y a sus subcontratistas que se nieguen a comprometerse, mediante una declaración escrita que deberá presentarse junto con la oferta, a pagar al personal que llevará a cabo las prestaciones objeto del contrato público considerado un salario mínimo fijado por dicha normativa.

enero, del OARC en ambos caso sobre contratos relativos al transporte sanitario.)

Así lo confirma la Resolución del TACPM 185/2015, de 18 de noviembre, que justifica esta argumentación:

*“El TRLCSP incorpora los contratos del anexo II A de la Directiva 2004/18/CE mediante la regulación de los contratos sujetos a regulación armonizada, cumpliendo los requisitos de la citada directiva y admitiendo la posibilidad de su impugnación a través del recurso especial en el artículo 40.1.a). En cuanto a los contratos de los sectores no prioritarios o categorías 17 a 27 del Anexo II del TRLCSP, el derecho nacional regula los contratos no sujetos a regulación armonizada y mantiene la figura de gestión de servicios públicos en la modalidad de concierto. El hecho de que la legislación interna califique como conciertos contratos que en la normativa europea se consideran servicios es irrelevante, pues lo fundamental es que se cumplan los contenidos exigidos por la Directiva 2004/18 y cada estado es libre para configurar la preparación, adjudicación y ejecución de los servicios no prioritarios como le parezca más oportuno, siempre que se respeten los principios generales de los Tratados de la UE.*

*El objeto del contrato corresponde al código 85143000-3 “servicio de ambulancias”, del Vocabulario Común de Contratos Públicos (CPV), aprobado por el Reglamento 2195/2002/CE de 5 de noviembre. Dicho código se integra en la categoría 25 “servicios sociales y de salud” del anexo II del TRLCSP y se corresponde con el apartado de “servicios no prioritarios”, por lo cual solo está muy parcialmente sujeto a la Directiva 2004/18, de contratos públicos, y en la misma medida a la directiva 89/665/CEE de recursos. La ampliación de la posibilidad de recurso especial en materia de contratación ha sido voluntariamente asumida por el legislador español al incluir, en el artículo 40.1.b) del TRLCSP, entre los supuestos de contratos susceptibles del recurso, los servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del anexo II. Por tanto el concepto o definición del contrato de servicios ha de ser idéntica tanto si se trata de “servicios prioritarios” como si no y de si su denominación es esa o concierto. Cualquier contrato oneroso que tenga por objeto la realización de alguna de las prestaciones enumeradas en el Anexo II de la Directiva 2004/18/CE debe calificarse como contrato de servicios a los efectos de procedencia de la interposición del recurso especial.*

*Es preciso analizar el régimen jurídico previsto para este tipo de servicios en el derecho interno. Inicialmente hay dos figuras que le podrán dar cobijo como son el contrato de gestión de servicios públicos, regulado en el artículo 8 y el tipo “servicios”, regulado en el artículo 10. La inserción de la figura del concierto recogida en el artículo 277 c) del TRLCSP dentro del concepto comunitario de contrato de servicios está resuelta, cuando concurra el requisito de la inexistencia de transmisión de riesgos en los términos de la legislación y jurisprudencia. No obstante, el TRLCSP prevé un régimen jurídico propio, que no se opone a las Directivas comunitarias y que está vigente, por lo que procede su aplicación.*

*La singularidad que supone que la misma prestación pueda incardinarse en dos figuras contractuales diferentes obedece a que la regulación del contrato de gestión de servicio público en el TRLCSP está basada en la idea, tradicional en el Derecho Administrativo español, de que el rasgo fundamental de este contrato es su vinculación con un servicio público definido en sentido estricto y previamente dotado*

de un régimen jurídico que lo configure, sin que sea imprescindible la transferencia del riesgo que pide el derecho europeo para la concesión, la cual puede darse en algunas modalidades y no en otras. Los requisitos que establecen las directivas comunitarias para este tipo de contratos “no prioritarios”, se cumplen en la normativa nacional tanto en la figura del concierto como en la de servicios.

La regulación como contrato de servicios de la categoría 25 o como gestión de servicios no tiene consecuencias en cuanto a publicidad o plazo de presentación de proposiciones, pues al no tratarse de una de las categorías (1 a 16) sujetas a regulación armonizada, no se aplica la Directiva 2004/18/CE, pero sí tiene consecuencias bien diferentes en cuanto a los actos preparatorios del expediente de contratación, la exigencia de solvencia o clasificación, la duración del contrato, la regulación de las prórrogas, régimen jurídico de su preparación, efectos y extinción. Consecuentemente la tipificación del contrato que figura en el PCAP como gestión de servicios públicos en la modalidad de concierto se ajusta al TRLCSP y debe aplicarse el marco normativo del mismo”.

## V.- LA VALORACIÓN DEL MODELO Y SU VALIDACIÓN: COMPLEMENTARIEDAD Y NO SOLAPAMIENTO

### 1.- La valoración del funcionamiento del modelo

La novedad del nuevo régimen del recurso especial en materia de contratación pública es ciertamente relevante tanto desde un plano dogmático como de gestión práctica<sup>131</sup>. No en vano, como se ha venido recordando, un ordenamiento jurídico que se pretenda efectivo y eficiente en la aplicación de sus previsiones necesita de mecanismos procedimentales y procesales que permitan “reparar y corregir” de forma eficaz las contravenciones a lo dispuesto<sup>132</sup>. De lo contrario se asume un riesgo de corrupción y desconfianza en un sistema que, si bien formalmente puede ser correcto, en la práctica deviene como “generador o facilitador” de incumplimientos que se consolidan y favorecen la idea de que la justicia no es igual para todos los ciudadanos<sup>133</sup>. Es éste un tema crucial, pues del mismo depende la esencia del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Se trata, a la postre, de hacer operativo el sistema de recursos dado que, como ha manifestado la STC 288/1994, de 27 de octubre, la efectividad de las garantías favorecen el control de la legalidad: «Además, no es ocioso recordar que, a través de los recursos como medios jurídicos de impugnación, los ciudadanos contribuyen eficazmente a promover la legalidad de la actuación administrativa (art. 103 CE)». De ahí, por tanto, la necesidad de configurar un sistema de recursos que realmente funcione en tanto, además de facilitar el control de la Administración, contribuye a generar un clima de confianza en los ciudadanos sobre el correcto funcionamiento del sistema de garantías como eficaz instrumento de prevención y corrección (así se explica que la exigencia de comunicación previa, se ha entendido un trámite formal y “relajado” su aplicación<sup>134</sup>).

---

<sup>131</sup> La opción ha sido, no obstante, cuestionada por S. DE LA SIERRA (“Un legislador impertinente: Derecho de la Unión y procedimiento en la contratación pública”, REDA núm. 149, 2011, pp. 107-1089) o A. SERRANO PASCUAL (“La Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de contratación del sector público de Aragón, o cómo no se debe legislar”, El Consultor de los Ayuntamientos, Rev. 12/2011, 1539), al considerar que no se cumple con las reglas de la Directiva 2007/66, al exigir que en nombramiento del presidente sea equivalente al de juez. Opinión que no comparto, por formalista, y entiendo que no hay infracción en tanto la persona reúna las cualidades y estatus propio de la función jurisdiccional. Por el contrario, entiende ajustada a la Directiva 2007/66 esta regulación M.A. BERNAL BLAY, quien recuerda que el TJUE ya ha aplicado estos parámetros –STJUE de 4 de febrero de 1999, *Köllensperger*, apartado 29- que admite como válidos órganos administrativos en donde actúa en calidad de Presidente “una persona versada en cuestiones relacionadas con la adjudicación de los contratos públicos”.

<sup>132</sup> Me remito a mi trabajo “La reforma comunitaria en materia de contratos públicos...”, ob. cit., pp. 77-98.

<sup>133</sup> Sobre la necesidad de un sistema de control como elemento para evitar prácticas corruptas me remito a mi trabajo “La Ley de Contratos del Sector Público: ¿una herramienta eficaz para garantizar la integridad?. Mecanismos de control de la corrupción en la contratación pública”, REDA núm. 147, 2010, pp. 517-535.

<sup>134</sup> «...La falta de anuncio previo al órgano de contratación, se entiende subsanada por la presentación del recurso en el Registro del propio órgano de contratación que, a juicio de este Tribunal, y de acuerdo con el principio de eficacia procedimental, implicará la comunicación previa exigida...» (Acuerdos Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón nº 1/2011, 5/2011,6/2011, 9/2011,10/2011, 11/2011, 15/2011, 16/2011, 18/2011, 30/2011; Resoluciones Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad de Madrid nº 40/2011, 63/2011, 69/2011, 80/2011 81/2011; Resolución Tribunal Administrativo Central de

En este contexto, la novedad del nuevo recurso especial y de los “tribunales administrativos”, tras la puesta en funcionamiento y más de cinco años de “recorrido”, puede ser calificada como de relevante tanto desde un plano dogmático como de gestión práctica<sup>135</sup>. El cumplimiento de plazos con carácter general y contenido de las resoluciones –como se ha puesto de relieve en el Informe sobre la Justicia Administrativa 2015. Especial contratos públicos<sup>136</sup>- han permitido validar el sistema, como se acredita en el volumen de recursos. La creación y puesta en funcionamiento de estos órganos de recursos contractuales ha supuesto un notable avance en la necesidad de un efectivo control que, además de garantizar el derecho a la tutela, permita una gestión más eficiente de los fondos públicos y posibilite la eficacia del derecho a una buena administración<sup>137</sup>. Asimismo, se ha “generado” una importante doctrina administrativa que, por su inmediatez, ayuda a la correcta interpretación jurídica (lo que favorece una mayor seguridad del modelo) ya que puede servir para «modificar y corregir» aquellas actuaciones que revelen malas praxis o ineficiencias<sup>138</sup>.

---

Recursos Contractuales nº 232/2011).

<sup>135</sup> La opción ha sido, no obstante, cuestionada por S. DE LA SIERRA (“Un legislador impertinente: Derecho de la Unión y procedimiento en la contratación pública”, REDA núm. 149, 2011, pp. 107-1089) o A. SERRANO PASCUAL (“La Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de contratación del sector público de Aragón, o cómo no se debe legislar”, El Consultor de los Ayuntamientos, Rev. 12/2011, 1539), al considerar que no se cumple con las reglas de la Directiva 2007/66, que exigen que en nombramiento del presidente recaiga en jurista con estatus equivalente al de juez, lo que no concurre, en su opinión, en el sistema español. Opinión que no comparto, por formalista, y entiendo que no hay infracción en tanto la persona reúna las cualidades y estatus propio de la función jurisdiccional. Por el contrario, entiende ajustada a la Directiva 2007/66 esta regulación M.A. BERNAL BLAY (“Aspectos orgánicos del recurso especial en materia de contratación pública en las comunidades autónomas”, *Cuadernos de Derecho Local (QDL)*, núm. 26, junio de 2011, p. 12.), quien recuerda que el TJUE ya ha aplicado estos parámetros –STJUE de 4 de febrero de 1999, *Köllensperger*, apartado 29 -admitiendo como válidos órganos administrativos en donde actuara en calidad de Presidente “una persona versada en cuestiones relacionadas con la adjudicación de los contratos públicos”. Es de especial interés también su trabajo “El sistema de tutela de la buena administración contractual: balance de su implantación y propuestas para un mejor aprovechamiento”, REDA núm. 160, 2013, pp. 190-213.

<sup>136</sup> *Informe sobre la Justicia Administrativa 2015. Especial contratos públicos* (Coordinado por S. DIEZ), elaborado por el Centro de Investigación sobre Justicia Administrativa de la Universidad Autónoma de Madrid que centra su atención, en particular, en Tributos, Contratos Públicos y Responsabilidad Patrimonial, que debe servir de base tanto para la toma de decisiones de política legislativa y de justicia. (se puede consultar en: <http://cija-uam.org/wp-content/uploads/2015/03/Informe-sobre-la-Justicia-Administrativa-2015.pdf>).

<sup>137</sup> Así lo advierte J. PONCE en su trabajo “El órgano administrativo de Recursos Contractuales de Cataluña: un nuevo avance en la garantía del derecho a una buena administración”, *Revista Documentación Administrativa* nº 288, 2010, p. 206.

<sup>138</sup> Y muy ligada a esta idea de transparencia -vinculada con la de seguridad jurídica y predictibilidad- debería, como bien han sugerido P. VALCARCEL y R. FERNANDEZ ACEVEDO, consolidar una adecuada transparencia de los informes o resoluciones dictados por los órganos consultivos en materia de contratación o los especializados en la resolución de los recursos contractuales. La publicación en las distintas páginas web de los informes de la Junta Consultiva de Contratación Pública estatal -y de los emanados de los equivalentes órganos autonómicos-, así como de las resoluciones de los Tribunales u órganos especializados en recursos contractuales, ya estatal ya autonómicos, garantizando un acceso fácil y rápido a su doctrina constituye una pieza seminal para el mejor engranaje de un funcionamiento transparente del sistema. “Órganos consultivos y de recursos para el control de la contratación pública en España”, en libro col dirigido por D. Sorace, *Amministrazioni Pubbliche dei contratti*, Ed. Scientifica, Nápoles, 2013. Y ello porque, como bien indican, estos órganos están sirviendo

Aunque este sistema pueda resultar cuestionable desde la perspectiva del derecho comparado, donde mayoritariamente se ha optado por un modelo judicial<sup>139</sup>. Esta opción, desde la lógica del sistema, quizá parece la más coherente -como bien destaca el profesor BAÑO LEON<sup>140</sup>- aunque desde la realidad práctica quizá no resulta tan desacertada la opción del tribunal administrativo, a la vista de los tiempos que actualmente marcan los Tribunal contencioso-administrativos en la resolución de los recursos<sup>141</sup>.

El cumplimiento estricto de los plazos (aunque con unos inicios un tanto “asimétricos” en este aspecto), la publicidad de los acuerdos y resoluciones -y su fundamentación-, así como la importe “tasa de éxito”<sup>142</sup> en la resolución de los

---

para limpiar y depurar la contratación del sector público. Además, se está comenzando a apreciar como los entes del sector público contratantes están adaptando su comportamiento a la vista de las resoluciones de los tribunales, por ejemplo: redactan mejor los pliegos, concretan más y mejor los criterios de valoración de las ofertas y de adjudicación del contrato” (p. 371-373). M. A. BERNAL BLAY ha destacado también la labor didáctica de estos tribunales administrativos y la *auctoritas* de su doctrina. “Observatorio de la actividad de los órganos de recursos contractuales en 2011”, en libro col. *Observatorio de contratos públicos 2011*, Civitas, Cizur Menor, 2012, pp. 328-331.

<sup>139</sup> En el Derecho comparado europeo tenemos los ejemplos del “*référé précontractuel*” francés (Ley de 4 de enero de 1992, modificada por la Ley de 30 de junio de 2004), inspirador de las directivas comunitarias sobre recursos 42 o del contencioso precontractual portugués regulado en el Código del Proceso de los Tribunales Administrativos (Ley 15/2002, artículos 100 a 103, que conforman la sección II del capítulo I, “De las impugnaciones urgentes”, del Título IV, “De los procesos urgentes”). Véase sobre este recurso, que se destaca junto a los de Francia y Alemania y en contraste con la ausencia de una regulación similar en España, NOGUERA DE LA MUELA, B., “El recurso especial en materia de contratación y las medidas cautelares en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del Sector Público, a la vista de la Directiva 2007/66/CE, por la que se modifica la Directiva 89/665/CEE”, en J.M. GIMENO FELIÚ (Ed): *El Derecho de los contratos públicos*, Monografía núm. X de la Revista Aragonesa de Administración Pública, pág. 329.

<sup>140</sup> J. M. BAÑO LEON, “Jurisdicción y recursos”, *Diccionario Contratación Pública* (Dir. J. BERMEJO), Iustel, Madrid, 2008, p. 390. El propio Consejo de Estado en el Dictamen 499/2010, de 29 de abril, prefiere esta opción: “El Consejo de Estado no puede dejar de señalar que el modelo que mejor responde al objetivo de asegurar la efectividad de las garantías previstas es el que configura un recurso especial de carácter jurisdiccional, cuyo conocimiento se atribuye a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo. Por otra parte, desde el punto de vista de su operatividad, este hipotético modelo no habría de exigir necesariamente una mayor proyección temporal que el modelo proyectado (pues, con arreglo a este último, la celeridad que podría pretender ganarse en la primera fase de recurso administrativo, a pesar de la experiencia práctica habida en relación con este tipo de órganos, podría perderse en la segunda fase, de recurso ante la jurisdicción contencioso-administrativa). Junto a ello, se trata de la opción que mejor garantiza la independencia del “órgano de recurso”, en el marco de las exigencias establecidas en la Directiva 2007/66/CE. Y, además, contribuiría a simplificar la compleja estructura organizativa que, para las tres instancias territoriales (Estado, Comunidades Autónomas y Entes Locales), se perfila en el anteproyecto”.

<sup>141</sup> Basta con analizar los datos elaborados por el CGPJ. *La Justicia dato a dato. Año 2008*, Madrid, 2009. Sobre la dimensión sociológica de la jurisdicción contencioso administrativa, con un pormenorizado análisis de la congestión de los Tribunales y su lentitud en la resolución de asuntos, resulta de gran interés consultar las ediciones anuales elaboradas por L. MARTÍN REBOLLO, de las Leyes administrativas, Aranzadi, Pamplona (16 ed., 2010), “Estudio preliminar. Introducción a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa”.

<sup>142</sup> Este concepto de tasa de éxito (que es el número o porcentaje de recursos estimados, descontando casos de inadmisión) es explicado por M.A. BERNAL BLAY en las “I Jornadas jurídicas sobre el sistema de tutela de la buena administración contractual (Sevilla 7 y 8 de noviembre de 2013).”

recursos administrativos, han dotado de credibilidad el sistema al cumplirse con las notas de rapidez, eficacia e independencia que se pretendía con este nuevo recurso<sup>143</sup>. Sistema de recursos que lejos de la idea de gasto, debe contemplarse como una eficaz y rentable inversión, pues está permitiendo una mejor gestión en la administración, corrigiendo prácticas viciadas, lo que se traduce en importantes ahorros económicos<sup>144</sup>. Por otra parte, la labor de coordinación entre Tribunales administrativos, tendente a lograr la máxima seguridad jurídica e igualdad de todos los operadores, con independencia del ámbito de actuación subjetiva o territorial en que actúen, han dotado de mayor credibilidad al sistema<sup>145</sup>.

Lo importante, en definitiva, es preservar un control útil, basado en la pronta respuesta y en la especialización e independencia de estos tribunales administrativos, estatal o autonómicos, regulando una planta de carácter cerrada, que impida su extensión en el ámbito local o institucional, y que incluya mecanismos de coordinación que favorezcan la unidad de doctrina y, por ello, la predictibilidad y seguridad jurídica<sup>146</sup>. Ese debe ser, en definitiva, el eje de reforma que avance en la senda del control efectivo y sirva de herramienta efectiva frente a la corrupción y dote de credibilidad al sistema<sup>147</sup>.

Este sistema de “justicia administrativa especial”, (cuyas ventajas ha destacado el profesor J. SANTAMARIA PASTOR<sup>148</sup>), ha sido reforzado por el hecho de que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, tras admitir a trámite la cuestión prejudicial presentada por el Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público en fecha 23 de julio de 2014 (asunto C-203/14), ha declarado, por la sentencia TJUE de 6 de octubre de 2015, *Consorti Sanitari del Maresme*, C-203/14, que en estos tribunales se dan las notas de carácter contradictorio del procedimiento, independencia, y carácter obligatorio de su jurisdicción que justifican su consideración como órgano jurisdiccional

---

<sup>143</sup> Resulta de interés sobre esta cuestión el ya citado *Informe sobre la Justicia Administrativa 2015. Especial contratos públicos* (Coordinado por S. DIEZ), elaborado por el Centro de Investigación sobre Justicia Administrativa de la Universidad Autónoma de Madrid.

<sup>144</sup> Vid. M.A. BERNAL BLAY, “El sistema de tutela...”, ob. cit., pp. 210-211.

<sup>145</sup> El anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público, contiene una referencia expresa a la necesidad de coordinación de los Tribunales en su Disposición adicional vigésima cuarta. “Coordinación entre los órganos de resolución de recursos especiales en materia de contratación.” “Los diferentes órganos de recurso que sean creados acordarán las fórmulas de coordinación y colaboración más adecuadas para favorecer la coherencia de sus pronunciamientos y para la unificación de su doctrina en relación con las cuestiones que sean sometidas a su conocimiento. Dichos órganos podrán además proponer los ajustes normativos y recomendaciones que resulten pertinentes para un mejor funcionamiento de los mecanismos de recurso previstos en la normativa sobre contratos públicos.”

<sup>146</sup> Sobre la cuestión de la seguridad jurídica, entre otros, es cita imprescindible en trabajo de J. BERMEJO VERA, *El declive de la seguridad jurídica en el ordenamiento plural*, Civitas, Madrid, 2005.

<sup>147</sup> Esta es la conclusión defendida en mi trabajo “Los Tribunales administrativos especiales de contratación pública ante las previsiones del INFORME CORA. Balance y prospectiva, Revista Derecho Público de Cataluña núm. 47, 2013”, donde se viene a argumentar sobre la complementariedad del modelo (y no duplicidad) y el efecto útil en el control y su función profiláctica. Por ello, encaja mal con esta filosofía la exigencia de una tasa para la interposición del recurso (opción adoptada en Cataluña mediante Ley 2/2014, de 27 de enero)

<sup>148</sup> Lo explica de forma muy clara en su monografía *Los recursos especiales en materia de contratos del Sector Público*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, en especial, pp. 48-64.

en el sentido del artículo 267 TFUE<sup>149</sup>.

Este reconocimiento de órgano jurisdiccional a efectos del derecho comunitario, tiene especial consecuencia en lo relativo al obligado cumplimiento de sus Acuerdos o resoluciones, que tiene el carácter de ejecutivos y ejecutorios. Aspecto sobre el que interesa dar cuenta de la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 2014, en el recurso de casación núm. 3014/2013 (asunto de la Privatización Aguas Ter-Llobregat en Cataluña)<sup>150</sup>, donde se concluye, en relación a los efectos de las resoluciones dictadas en estos recursos especiales que en su fundamento octavo afirma:

*“Se trata éste de un recurso de tramitación ágil pensado para, según la Directiva, poner remedio a la práctica observada en los poderes adjudicadores y las entidades contratantes de proceder a la firma acelerada de los contratos para "hacer irreversibles las consecuencias de la decisión de adjudicación controvertida" (considerando 4°). **Por eso, el artículo 2.8 requiere a los Estados velar "por que las decisiones adoptadas por los órganos responsables de los procedimientos de recurso puedan ser ejecutadas de modo eficaz".***

*Así, pues, la perspectiva, desde la que debemos enjuiciar este litigio es la querida por los legisladores europeo y, en consonancia con él, español. Esto es, la de preservar la funcionalidad de este mecanismo de garantía prejudicial en el que, por los rasgos que definen legalmente al órgano que lo aplica y al procedimiento del que se sirve, concurre una cualificada presunción de legalidad y acierto, superior, si se quiere, a la que con carácter general se predica de la actuación administrativa (artículo 57.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común).”(negrita nuestra)*

Criterio confirmado por la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 2014 en relación al recurso de casación contra resolución TSJ de Cataluña en

---

<sup>149</sup> E. HERNAEZ SALGUERO, ya había defendido este carácter “cuasijurisdiccional”. “El recurso administrativo especial en materia de contratación a la luz de las resoluciones dictadas por el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid”. Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid. Núm. 28, 28 de junio de 2013, p. 88. Igualmente, M.J SANTIAGO, “Los tribunales administrativos de recursos contractuales como mecanismos de control en la contratación pública. Perspectiva actual y de futuro”, Revista Auditoría Pública, núm. 66, 2015, pp. 105-118.

<sup>150</sup> Se recurre el Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, en auto de fecha 26 de marzo de 2013 razona que: “Sin embargo, no puede dejar de señalarse ya a priori la profunda influencia que tiene en esta materia el Derecho europeo, que ha establecido unos estándares que deben seguir los Estados miembros en cuanto se refiere a los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos, contenidos en las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE, modificadas por la Directiva 2007 /66/CE.

La normativa europea pretende asegurar la existencia de mecanismos eficaces de garantía para los licitadores, de modo que se eviten las situaciones relativamente frecuentes en que el tiempo necesario para sustanciar los procedimientos ordinarios hace inviable revertir una situación ilegal, que se convierte por ello en un hecho consolidado. A tal fin, se establece la paralización inicial de los acuerdos de adjudicación de los contratos públicos, a fin de que un órgano independiente del poder adjudicador pueda resolver el recurso antes de que aquéllos desplieguen sus efectos. Además, se otorga una especial eficacia ejecutiva a las resoluciones de dicho órgano independiente,(...)”

relación a la tutela cautelar sobre la resolución del OARC en el caso de la privatización de las aguas Ter-Llobregat, que viene a recordar las especiales características de los tribunales administrativos contractuales. En concreto, puede resaltarse que no es necesario que la resolución del OARCC declare la nulidad del contrato, pues la resolución que declaró que el adjudicatario debió ser excluido del procedimiento de licitación “lleva consigo la anulación del contrato”, y el carácter ejecutivo y ejecutorio de las resoluciones de los tribunales administrativos si no se ha acordado tutela cautelar por la jurisdicción.

Interesa mucho esta afirmación pues el efecto útil del mecanismo del recurso especial exige respetar y hacer cumplir lo resuelto, salvo que se suspenda por órgano jurisdiccional competente, que atenderá, tras petición de tutela cautelar por quien recurre (la Administración), como juegan los distintos interés públicos. Por lo que respecta al caso consultado, el Tribunal Supremo confirma la decisión del TSJ de no conceder tutela cautelar al advertir que:

*“Es correcta la ponderación de intereses efectuada por la Sala de Barcelona. Ante todo, debemos confirmar el punto de partida desde el que los autos se pronuncian sobre la cuestión, que no es otro que el adoptado por la Directiva 2007/66/CE de la que trae causa el recurso especial en cuya virtud se adoptó la resolución que ACL quiere ver suspendida. Punto de partida que consiste en dar preferencia al interés público cuya satisfacción se ha buscado instituyendo ese remedio. O sea el de hacer posible una revisión eficaz de la legalidad de la adjudicación de contratos como la disputada por una instancia especializada, dotada de independencia, mediante un procedimiento ágil que lleve a una decisión rápida que, además, se lleve a efecto. Por eso, insisten tanto los considerandos de la Directiva en que este recurso debe ser eficaz y su artículo 2.8 lo enfatiza cuando ordena a los Estados velar para que las resoluciones que lo resuelvan sean ejecutadas de modo eficaz.”*

Para finalizar afirmado, dato muy relevante, que las resoluciones de los tribunales y órganos de recursos contractuales, tienen una “singular relevancia” por haberlo querido así el legislador europeo y, en consonancia, el español, resaltando que *“Y es que, frente a la indicada especial significación de las decisiones del órgano llamado a impedir las adjudicaciones precipitadas y los hechos consumados en materia de contratos del sector público, no nos ha ofrecido razones bastantes para desvirtuar las que llevaron a la Sala de Barcelona a denegar la medida cautelar”*.

Así, una resolución de estos Tribunales, en tanto órganos “jurisdiccionales” (lo que explica que no tengan la condición de demandado, tal y como previene la LJ), deben ser cumplidas en sus propios términos. Máxime cuando se ha incumplido con la regla de la suspensión *ex lege* en los supuestos de adjudicación y se ha procedido a formalizar, de forma indebida, un contrato<sup>151</sup>.

---

<sup>151</sup> Cuestión analizada y resulta por el Tribunal Administrativo de Contratos públicos de Aragón en su Acuerdo 55/2013, en relación a la formalización de un contrato sin respetar el plazo de *stand hill* que exigen las Directivas, de tal manera que tramitando el recurso especial, al aceptar las pretensiones del mismo y declarar ilegal el acto de adjudicación, acuerda declarar la nulidad del contrato indebidamente celebrado, acordando, *ex artículo 35 TRLCSP*, que el contrato

Esto significa que, salvo que el Tribunal competente de la jurisdicción contencioso, haya dictado auto concediendo tutela cautelar donde se suspenda la eficacia de lo resuelto por estos Tribunales administrativos, sus resoluciones deben ser cumplidas de forma directa y sin demora, sin que pueda condicionarse en modo alguno al fallo definitivo del Tribunal contencioso. Solo así se da cumplimiento a la arquitectura jurídica del recurso especial y su fundamento, no se olvide, en las Directivas recursos<sup>152</sup>. En consecuencia, la Administración afectada por una resolución de estos tribunales, en tanto son decisiones ejecutivas y ejecutorias en sus propios términos (y que no responden a criterios jerárquicos, pues debe insistirse en la nota de independencia), no puede justificar la inaplicación de la misma bajo ningún concepto. Así lo ha destacado el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón en su Acuerdo 28/2013, de 14 de junio de 2013, en relación a la decisión de no cumplir lo acordado con carácter previo por el Ayuntamiento al alegar este que era un tema todavía *subiudice* porque lo había impugnado un particular (aunque no existía auto

---

indebidamente perfeccionado debe entrar en fase de liquidación, debiendo restituirse a las partes de forma recíproca las cosas que hubieran recibido en virtud del mismo.

<sup>152</sup> Téngase en cuenta que las disposiciones de la Directiva 89/665, destinadas a proteger a los licitadores frente a la arbitrariedad de la entidad adjudicadora, tienen como finalidad reforzar los mecanismos existentes para garantizar la aplicación efectiva de las normas de la Unión en materia de adjudicación de contratos públicos, en particular en una fase en la que las irregularidades aún puedan ser subsanadas (sentencia Comisión/Austria, C-212/02, apartado 20 y jurisprudencia citada). El TJUE ha manifestado en abundantísima y uniforme jurisprudencia que el principio de efectividad de la aplicación del derecho de la Unión y las eventuales dificultades en esa aplicación que pueden derivar de disposiciones procesales de un Estado miembro, deben considerarse atendiendo al lugar que ocupan dichas disposiciones nacionales en el conjunto del ordenamiento jurídico y sus peculiaridades (por ejemplo, apartado 35 de STJUE de 8 de julio de 2010, asunto C-246/09, *Susanne Bulicke*. Igualmente apdo. 38, STJUE de 18 de enero de 2011, asunto C-272/10, *Souzana Berkizi-Nikolakaki*). El fundamento del recurso especial exige, pues, una interpretación que facilite el control de las posibles ilegalidades, de tal manera que el plazo para interponer un recurso comenzará a correr en la fecha en que el demandante haya tenido o debiera haber tenido conocimiento de tal infracción (STJCE de 28 de enero de 2010, Uniplex, C-406/08, apartados 30 a 32). En ese sentido, en mi opinión, la interpretación que se está haciendo del concepto de Pliegos «puestos a disposición» de los licitadores a que se refiere el art. 44.2.a) TRLCSP –posiblemente por la deficiente redacción normativa– para determinar *el dies a quo* del plazo para interponer el recurso, se opone al efecto útil de la directiva 89/665 y a la protección de los derechos que dicha directiva propugna. En primer lugar, porque veta la posibilidad de interponer recurso contra el pliego más allá de los quince días tras su publicación en el perfil de contratante, aun cuando el plazo de presentación de ofertas se encuentre todavía abierto, dejando desprovisto al interesado de un mecanismo rápido y eficaz para corregir posibles infracciones, o para impedir que se causen otros perjuicios a los intereses afectados. Y en segundo lugar, porque una interpretación *secundum directivam* de las normas nacionales que incorporan a los Ordenamientos nacionales el artículo 2 *quater* de la Directiva 89/665 exige que el recurrente haya tenido conocimiento del acto a recurrir para iniciar el cómputo del plazo para la interposición del recurso. Los conceptos de «comunicación», «envío» o «recepción» de las actuaciones recurribles que utiliza el mencionado precepto evocan esa idea de acceso efectivo al acto recurrible, y exigen algo más que una mera «puestos a disposición» al licitador materializada en la publicación del acto recurrible en una página web. De ahí que el cómputo del *dies a quo* del plazo para interposición del recurso no pueda comenzar, salvo que haya certeza del acceso previo al pliego, hasta el último día de presentación de ofertas, momento último en que un interesado en la licitación ha podido tener conocimiento del pliego, si éste fue dado a conocer mediante su publicación en el perfil de contratante.

cautelar de suspensión)<sup>153</sup>. El argumento del Tribunal administrativo, instando a cumplir en sus propios términos lo acordado, es el siguiente:

*“El principio de lealtad institucional, así como el de buena fe en la actuación de las Administraciones Públicas quedan en entredicho por las actuaciones adoptadas por el Ayuntamiento de Huesca, y pueden comprometer los fines de una justicia administrativa que debe ser eficaz. Esta actuación implica el mantenimiento del estatus jurídico de la empresa recurrente, en su condición de mediador con el Ayuntamiento de Huesca, que deriva de un Convenio originario con la FEMP, celebrado al margen de la legislación de contratos públicos.*

*El Ayuntamiento de Huesca pudo, de considerarlo adecuado a sus intereses, recurrir ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Aragón el referido Acuerdo. No ha sido así, y por ello el Acuerdo ha adquirido firmeza administrativa y existe cosa juzgada. Y esa debió ser la respuesta jurídica ante la pretensión de recurso de AON.*

*El Ayuntamiento de Huesca, al no recurrir ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Aragón el Acuerdo 51/2012 consintió la decisión adoptada por este Tribunal administrativo. Y debió poner en conocimiento de este Tribunal administrativo el recurso interpuesto por AON, pues no es admisible que este Tribunal administrativo conozca, seis meses después, la interposición del recurso contencioso-administrativo, y lo sea por el requerimiento de información derivado del incumplimiento de lo establecido en el acordando Tercero del Acuerdo”.*

Y, quizá lo más significativo, el TACPA acuerda requerir al Ayuntamiento de Huesca la ejecución del Acuerdo 51/2012 en sus justos y precisos términos, teniendo por anulados con todas sus consecuencias los pliegos de la licitación. La respuesta del Ayuntamiento fue inmediata y declaró la nulidad de sus actuaciones contrarias al Acuerdo del TACPA.

Pudiera ser que una Administración, a pesar de todo lo expuesto, decida no cumplir las resoluciones de estos tribunales administrativos. Tal decisión, que, por arbitraria, puede encajar en alguno de los supuestos de nuestro Código penal, no debe ser consentida, pues dejaría sin efecto todo el modelo de recursos en materia de contratos públicos. En esa situación, claramente patológica desde la lógica procedimental, puede ser corregida si la parte interesada insta, en primer lugar, a que el Tribunal administrativo requiera a la Administración el cumplimiento de su acuerdo de forma inmediata en sus propios términos (advirtiendo, incluso, si fuera el caso, de que un contrato indebidamente perfeccionado como consecuencia de la anulación del acto de adjudicación, debe entrar en liquidación por nulidad ex artículo 35 TRLCSP).

Y de no dar adecuada respuesta, al ser un claro supuesto de inactividad material de una Administración, se podrá utilizar por los interesados el artículo 29.1 de

---

<sup>153</sup> Este Tribunal administrativo, desde sus inicios, viene exigiendo a la Administración a la que se le anula un pliego o acto de exclusión o adjudicación que informe de las decisiones adoptadas para el efectivo cumplimiento

la Ley de Jurisdicción Contencioso-administrativa<sup>154</sup>, al ser la decisión del órgano de recursos contractuales título ejecutivo firme<sup>155</sup>. Así, los afectados podrán solicitar el cumplimiento y ejecución de esta Resolución por parte de la Administración “condenada”, y si ésta no se produce en el plazo de tres meses desde tal petición, podrán los solicitantes formular recurso contencioso-administrativo, para que el juez contencioso inste, con su *auctoritas*, al cumplimiento inmediato<sup>156</sup>. De no admitirse esta interpretación, la aplicación formal de la LJ de 1998 para un supuesto no previsto, conduciría a una inaplicación de facto de los principios de control útil, rápido y eficaz en contratos públicos y consolidaría una práctica de incumplimiento, solo atenuada por la tutela resarcitoria de los Tribunales contencioso, alejada de los fines del control de la contratación pública y, en especial, de protección de la integridad.

## 2.- Las posibles “disfunciones” del modelo de recurso especial.

No es menos cierto que junto a las luces se observan ciertas sombras. Una, es el escaso conocimiento por los licitadores de esta posibilidad de recurso, que deriva, quizá, de la no visualización pública de este nuevo mecanismos de recurso y sus especiales características. Además, como principales “lagunas” o “disfunciones” se pueden señalar las siguientes<sup>157</sup>.

La primera, y principal, la no extensión integral del sistema ya que este recurso no debe depender del importe del contrato<sup>158</sup>. Eso significa que para los contratos no

---

<sup>154</sup> Recordamos que este precepto indica que “Cuando la Administración, en virtud de una disposición general que no precise de actos de aplicación o en virtud de un acto, contrato o convenio administrativo, esté obligada a realizar una prestación concreta en favor de una o varias personas determinadas, quienes tuvieran derecho a ella pueden reclamar de la Administración el cumplimiento de dicha obligación. Si en el plazo de tres meses desde la fecha de la reclamación, la Administración no hubiera dado cumplimiento a lo solicitado o no hubiera llegado a un acuerdo con los interesados, éstos pueden deducir recurso contencioso-administrativo contra la inactividad de la Administración”.

<sup>155</sup> Recuérdesse que la Exposición de Motivos de la Ley de 1998, en relación a este recurso por inactividad afirma que “Se trata nada menos que de superar la tradicional y restringida concepción del recurso contencioso-administrativo como una revisión judicial de actos administrativos previos, es decir, como un recurso al acto, y de abrir definitivamente las puertas para obtener justicia frente a cualquier comportamiento ilícito de la Administración” (Apartado V. párrafo 1). Sobre esta cuestión, por todos, me remito al excelente trabajo de M. GOMEZ PUENTE, *La inactividad de la Administración*, 2ª ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2000, pp. 739-763.

<sup>156</sup> Por lo demás, si el 136 LJ ya privilegia esta acción limitando los casos de tutela cautelar, debe advertirse que ni siquiera podrá ser alegado por la Administración si la tutela cautelar le ha sido denegada con carácter previo (por ejemplo, en el citado asunto Aguas Ter-Llobregat).

<sup>157</sup> También crítico por cierta insuficiencia, se manifiesta J.A RAZQUIN LIZARRAGA, “El sistema especial de recursos en la contratación pública tras la reforma de la Ley de Contratos del Sector público”, *Revista General Derecho Administrativo*, núm. 25, 2010”, pp. 50 a 52.

<sup>158</sup> Basta recordar lo afirmado por el profesor J.M. BAÑO LEÓN a propósito del sistema de recursos previsto en las Directivas de la Unión Europea de las que se infiere que en la medida que se considere el mismo como un reflejo de los principios de libre prestación de servicios y de no discriminación, los países como España, que establecen un sistema de menor protección jurídica en los contratos no sujetos a la Directiva incumplen el Derecho europeo de contratos públicos, “Tutela judicial precontractual”, en J. Bermejo Vera/M.A. Bernal Blay, *Diccionario de contratación pública*, Iustel, 2008, pág. 689. Igual análisis en la doctrina en mi monografía *Las reformas legales de la Ley 30/2007, de contratos del sector público*, Civitas, 2011, p. 93-101; y los trabajos de J.A. MORENO MOLINA, *La reforma de la ley de contratos del sector público en materia de recursos. Análisis de la Ley 34/2010, de 5 de agosto*, La Ley, Madrid, 2010, p.173-

armonizados no existe este recurso y el TRLCSP remite a la legislación general<sup>159</sup>, lo que genera una dualidad de recursos con reconocimiento de la doble jurisdicción –civil o administrativa- en función de su naturaleza o no de Administración pública, con la quiebra del principio de los actos separables<sup>160</sup>. Esta opción, es claramente criticable y debemos insistir en la necesaria “apertura” del sistema de recursos especiales en

---

182; y M.M. RAZQUIN LIZARRAGA, “La Ley de contratos del Sector público: Balance crítico, aplicación y novedades, en especial, para las Entidades locales”, Revista de Administración Pública núm. 186, 2011, p. 59.

<sup>159</sup> La Junta Consultiva de contratación Administrativa del Estado mediante Informe 48/08, de 29 de enero de 2009, analiza qué recursos proceden en la adjudicación provisional en contratos no sometidos a regulación armonizada afirmando que sólo pueden interponerse los recursos previstos en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; artículo 107 de la misma: “Contra las resoluciones y actos de trámite, si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos, podrán interponerse por los interesados los recursos de alzada y potestativo de reposición”. Se recuerda que el recurso a interponer será normalmente el potestativo de reposición como previo al contencioso administrativo, pues por regla general las resoluciones dictadas por los órganos de contratación ponen fin a la vía administrativa. Sin embargo, existe un supuesto en el que esto no es así. En efecto las Juntas de Contratación, tienen el carácter de órganos de contratación pero no ponen fin a la vía administrativa por lo que sus resoluciones, antes de ser impugnadas ante la jurisdicción contencioso administrativa, deberán ser objeto de recurso de alzada ante el superior jerárquico de la misma, debiendo entenderse por tal el órgano del que han recibido las competencias que tengan atribuidas. Interesa destacar la naturaleza del acto de a provisional (cuestión analizada ya con detalle por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón en su Informe 18/2008, de 21 de julio) afirmando: En primer lugar debe ponerse de manifiesto, en contra de lo que parece decir la consulta, que los actos de adjudicación provisional del contrato no son propiamente actos de trámite ni se acuerdan por la Mesa de contratación.

Por el contrario, son actos resolutorios del procedimiento de adjudicación tal como se desprende del artículo 135 de la Ley de Contratos del Sector Público en sus apartados 4 y 5 en los que al hablar de la elevación a definitiva de la adjudicación provisional en ningún caso contempla la posibilidad de que ésta sea modificada por aquélla, limitándose a admitir la posibilidad de que no se convierta en definitiva sólo en el caso de que el adjudicatario no cumpla las obligaciones complementarias que la Ley le impone a este efecto.

Con independencia de ello, o tal vez precisamente por ello, las adjudicaciones provisionales se acuerdan por el órgano de contratación, de conformidad con lo establecido en el artículo 135.3 LCSP.

De igual modo conviene indicar que entre la adjudicación provisional y la definitiva no existe ningún acto administrativo propiamente dicho, sino el mero transcurso de un plazo que en los casos contemplados en este informe no tiene más finalidad que permitir la presentación de la documentación complementaria contemplada en el precepto mencionado. Sentado lo anterior, y en cuanto al régimen jurídico de los recursos que pueden interponerse contra los actos de trámite previos a la adjudicación provisional del contrato, fuera de aquellos casos en que se admite la interposición del recurso especial del artículo 37 de la Ley, procede señalar que serán los indicados en el artículo 107 de la Ley 30/1992 antes mencionado. Ello supone que el plazo de interposición de los recursos que tal artículo contempla será el de un mes (artículo 115.1 y 117.1) sin que por el mero hecho de interponerlos se suspenda la ejecución del acto administrativo impugnado.

Como consecuencia es posible, desde el punto de vista legal, que la resolución del recurso se dicte después de haber concluido el procedimiento de adjudicación del contrato e incluso, podría ocurrir que el contrato se encontrase al menos parcialmente ejecutado. Ésta es una situación que sólo se puede evitar si el recurrente solicita la suspensión y el órgano de contratación encargado de resolver el recurso acordase concederla antes de resolver sobre el fondo”.

<sup>160</sup> S. DEL SAZ, “ La nueva Ley de Contratos del Sector Público ¿un nuevo traje con las mismas rayas?”, RAP, 174, 2007, p. 349. Vid. también GIMENO FELIU, José María, “El ámbito subjetivo de aplicación TRLCSP: luces y sombras”, RAP núm. 176, 2008, pp. 9-54.

materia de contratación pública a todos los contratos (y a todas sus materias) sean o no SARA,- esto es sometidos a regulación armonizada,- considerando que todos ellos debieran ser resueltos por un Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales<sup>161</sup>. De hecho, esta dualidad según importe, podría ser inconstitucional, tal y como, para un caso análogo, como ha recordado S. DIEZ<sup>162</sup>, declaro el Tribunal Constitucional Austriaco en la sentencia de 30 de noviembre de 2000.

**Convendría, por ello, diseñar un concreto régimen de recursos único al margen del importe del contrato**<sup>163</sup>. La lógica de un Derecho Administrativo garantista moderno, vinculado al derecho a una buena administración<sup>164</sup>, aconseja extender el ámbito del recurso especial, sin que pueda servir de objeción una mayor “carga burocrática”<sup>165</sup>. Por lo demás, no puede olvidarse que esta dualidad puede

---

<sup>161</sup> Me remito a mi trabajo “Los Tribunales Administrativos Especiales de Contratación Pública y su principal doctrina (en especial la de Aragón). ¿Hacia un control efectivo de los contratos públicos?”, en libro colectivo coord. Por Rafael Fernandez Acevedo y Patricia Valcarcel, *La contratación pública a debate: presente y futuro*, Civitas, Cizur Menor, 2014; pp. 25-138. M. RAZQUIN LIZÁRRAGA (“Contratos públicos y recursos”, Observatorio de contratación pública. 16 de enero de 2012) “En definitiva, al igual que ocurre en materia tributaria, también en el ámbito de los contratos públicos, es obligado defender que los ciudadanos puedan interponer recursos especiales ante este órgano administrativo e independiente, ya creado y existente. Estoy seguro que esta vía significará un cumplimiento real y eficaz del derecho fundamental de acceso a la justicia para el ciudadano. Además probablemente, tras la obtención de la resolución de este primer recurso administrativo, es muy probable que el ciudadano ya no acuda a los recursos jurisdiccionales. Por tanto, la solución aquí propuesta también supondrá que los Jueces y Tribunales se vean descargados de recursos y puedan resolver, mientras tanto, los numerosísimos asuntos que tienen pendientes en este momento. Pero, además, en esta época de crisis, la ampliación de los recursos especiales en materia de contratación pública constituirá un medio que no generará un mayor gasto público (o cuando menos un elevado gasto público) y supondrá un gran ahorro para las maltrechas economías de los empresarios y ciudadanos privados, que también necesitan no malgastar su ya exiguo dinero.”

<sup>162</sup> S. DIEZ SASTRE, *La tutela...*, ob. cit., pp. 310-312.

<sup>163</sup> Postulaban ya hace tiempo un recurso especial de alcance general, con independencia de la cuantía del contrato, entre otros, J.M. BAÑO LEÓN, “El contencioso precontractual: las insuficiencias de la tutela jurisdiccional”, en el libro col. DIRIGIDO POR R. GOMÉZ- FERRER, *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, CIVITAS, MADRID, 2004, p. 337; NOGUERA DE LA MUELA, “El recurso especial...” cit., 105-106.

<sup>164</sup> Sobre esta cuestión es ineludible la cita al trabajo de J.PONCE SOLE, *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido. Las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad*, ob. cit., p. 480. Este derecho fundamental a una buena administración se recoge también en la Ley Orgánica 1/2008, de 31 de julio, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en la capital portuguesa el 13 de diciembre de 2007 (artículo 41). Sobre las consecuencias y sentido del derecho a una buena administración, sin ánimo exhaustivo, se pueden consultar los trabajos de J. TORNOS MAS, “El principio de buena administración o el intento de dotar de alma a la Administración pública”, libro Homenaje al profesor L. Martín-Retortillo, Zaragoza, 2008, pp. 629 a 641; B. TOMÁS MALLÉN, *El derecho fundamental a una buena administración*. Madrid: INAP, 2005; J. RODRÍGUEZ ARANA, *El Buen gobierno y la buena administración de las Instituciones Públicas*, Madrid: Aranzadi, Cizur Menor, 2006; J.B. LORENZO DE MEMBIELA, «La buena administración como estrategia promotora de la excelencia gestora», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 2007, núm. 30, pp. 445 y ss; y J. CARRILLO DONAIRE, «Buena administración ¿un principio, un mandato, un derecho subjetivo?», *Los principios jurídicos del derecho administrativo*. Madrid: La Ley, 2010, pp. 1137-1165.

<sup>165</sup> Como bien explica el profesor J. BERMEJO VERA, resulta necesaria una nueva configuración de los sistemas de justicia administrativa, que ponga la atención en al efectividad

resultar contraria a los principios europeos de la contratación pública<sup>166</sup>. La Comunicación interpretativa de la Comisión de 1 de agosto de 2006, C 179/02, se indicaba: “En el caso los contratos cuya cuantía sea inferior a los umbrales de aplicación de las Directivas sobre contratación pública, se deberá tener en cuenta que, con arreglo a la jurisprudencia del TJCE, las personas tienen derecho a una protección judicial efectiva de los derechos que les confiere el ordenamiento jurídico comunitario.(...) De conformidad con la jurisprudencia relativa a la protección judicial, los recursos disponibles no podrán ser menos eficaces que los aplicables a reclamaciones similares fundadas en el Derecho nacional (principio de equivalencia), y, en la práctica, no deberán imposibilitar o dificultar excesivamente la obtención de la protección judicial (principio de eficacia)”<sup>167</sup>. Y no puede desconocerse el hecho de que el Tribunal Constitucional, en sentencia de 30 de abril de 2015, en el recurso de inconstitucionalidad núm. 1884-2013 al analizar contratos no cubiertos por la Directiva de contratación pública, afirma de forma clara que ello no elimina la sujeción a los principios de la contratación pública y utiliza en su razonamiento la citada Comunicación interpretativa de 2006, concluyendo que: “aun cuando el contrato de gestión de servicios públicos no es un contrato armonizado (art. 13 TRLCSP), esto es, no está sujeto ni a la Directiva 2004/18/CE ni a la Directiva 2014/24/UE, que deroga la anterior y está aún pendiente de transposición, la encomienda por una autoridad pública a un tercero de la prestación de actividades de servicios, debe respetar el principio de igualdad de trato y sus expresiones específicas, que son la prohibición de discriminar en razón de la nacionalidad, y los arts. 43 y 49 del Tratado CE sobre la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, respectivamente.

Esto significa que **en contratos de importe no armonizado deberán tener un régimen equivalente en el nivel de eficacia**<sup>168</sup>, como ha advertido la citada STJUE de 6 de octubre, *Orizzonte Salute*, C- 61/14. Lo que es evidente que no se cumple con

---

del control administrativo, sin que pueda mermarse su efectividad por mor de intereses de la propia Administración. “La resolución extrajudicial de conflictos”, en libro colectivo *Las prestaciones patrimoniales públicas no tributarias y la resolución extrajudicial de conflictos*, INAP, Madrid, 2015, pp. 149-212.

<sup>166</sup> Así lo han entendido, entre otros, J.M. BAÑO LEÓN, “Tutela judicial precontractual”, cit., p. 689 y M. A. BERNAL BLAY, “ El sistema de tutela...”, ob, cit., p. 203. Por el contrario, para S. Díez Sastre, la fragmentación del régimen de tutela de los licitadores se adecua al Derecho de la Unión Europea y al Derecho Constitucional, aunque resulta criticable porque establece una regulación atomizada de difícil aplicación que pone en duda su capacidad para generar seguridad jurídica y supone una renuncia a la coherencia del sistema de tutela articulado a nivel europeo y nacional (*La tutela...*, ob. cit. cit., pág. 509).

<sup>167</sup> Comunicación cuya legalidad y conformidad con el Derecho europeo fue confirmada por la STJUE de 20 de mayo de 2010, en el asunto T-258/06, que resolvió el recurso de anulación contra la Comunicación por Alemania, al que se adhirieron como partes coadyuvantes Francia, Austria, Polonia, Países Bajos, Grecia, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y el Parlamento Europeo.

<sup>168</sup> J. BERASATEGUI, (“El control administrativo independiente de la contratación pública”, Diario LA LEY, núm. 6650, 13 de febrero de 2007), mantiene que «no parece existir ninguna razón que justifique privar de esta protección jurídica a los perjudicados por actuaciones administrativas relacionadas con contratos públicos no sujetos a regulación armonizada, discriminación que parece contraria al principio constitucional de igualdad. Asimismo, podría incluso argumentarse que los contratos no sujetos a regulación armonizada pero cubiertos por los preceptos del Tratado CE y los principios generales del Derecho comunitario deberían gozar de la misma protección (principio de equivalencia) de la que gozan en derecho nacional los contratos sujetos a regulación armonizada.

los recursos administrativos ordinarios, que funcionan en la práctica como una consecuencia más del principio de autotutela de la administración<sup>169</sup>. Por ello, la distinción del régimen de recursos en contratos públicos en función del umbral es una clara patología, como viene siendo denunciado por la doctrina de forma unánime<sup>170</sup>. Y también por órganos cualificados como el Consejo de Estado<sup>171</sup>, Comité Económico y Social<sup>172</sup>, Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia<sup>173</sup> o Transparencia Internacional España<sup>174</sup>.

---

<sup>169</sup> Debe recordarse que la Resolución del Parlamento Europeo, de 25 de octubre de 2011, sobre la modernización de la contratación pública (2011/2048(INI)), subraya que se debe evitar la introducción de nuevas normas para los mercados de contratación pública que no alcancen los umbrales de la UE, ya que se puede poner en peligro la seguridad jurídica establecida a escala nacional.

<sup>170</sup> Conviene recordar el trabajo de J. A. MORENO MOLINA "Un mundo para SARA, una nueva categoría en el Derecho español de la contratación pública, los contratos sujetos a regulación armonizada", RAP núm. 178, 2009, pp. 175-213. Con la positivización de esta categoría se pretende, en suma, modelar la aplicación de las normas de la Directiva en los diferentes contratos del sector público, restringiéndola solo a los casos exigidos por dicha norma y diseñando para los demás, como declara la Exposición de Motivos un régimen par el que el legislador nacional tiene plena libertad. Y es que, como bien afirma J.M. BAÑO LEON, no cabe que un concepto de la legislación de contratos públicos se interprete de una forma cuando el contrato está condicionado por las Directivas comunitarias que cuando no lo está. "La influencia del Derecho comunitario en la interpretación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas", RAP 151, 2000. p. 13. Opinión que comparte E. CARBONELL PORRAS en su trabajo "El título jurídico que habilita el ejercicio de la actividad de las sociedades mercantiles estatales de infraestructuras viarias. ¿Convenio o contrato administrativo?", en libro col. *Estudios de Derecho Público Económico*, Civitas, Madrid, 2003, p. 392.

<sup>171</sup> Dictamen 514/2006, de 25 de mayo. Afirma lo siguiente: "La primera duda que plantea la regulación proyectada para el nuevo recurso especial y el nuevo sistema especial de medidas provisionales radica en su ámbito de aplicación. Con arreglo a los artículos 37.1 y 38.1 del anteproyecto, tales mecanismos son únicamente aplicables en los procedimientos de adjudicación de contratos sujetos a regulación armonizada, por lo que no se extenderán a los restantes contratos del sector público. A juicio del Consejo de Estado, esta distinción entre los mecanismos de control de uno y otro tipo de contratos no está suficientemente justificada y podría generar un cierto nivel de inseguridad jurídica, por lo que debería considerarse su extensión a todos los contratos.

La finalidad que se persigue con el nuevo recurso y el sistema especial de medidas cautelares es, en último término, garantizar que el control del procedimiento de adjudicación sea rápido y eficaz, de modo que las incidencias que pueda plantearse se tramiten y resuelvan antes de adoptarse la decisión de adjudicación. Esa conveniencia de rapidez y eficacia en la resolución de las incidencias del procedimiento de adjudicación resulta extensible a cualquier tipo de contrato, esté o no sujeto a regulación armonizada.

Por estas razones, y aun cuando las exigencias de la Directiva de recursos queden cumplidas con aplicar estos mecanismos de garantía a los contratos sujetos a regulación armonizada, sería conveniente valorar su extensión a todos los contratos comprendidos en el ámbito de aplicación del anteproyecto de Ley.

Así se ha hecho en el Derecho francés, cuyo *référé précontractuel*, aunque creado en cumplimiento de la normativa comunitaria, se extiende al control de la observancia de las reglas de publicidad y concurrencia de todos los contratos, estén o no en el ámbito de aplicación de las directivas. Frente al ejemplo francés, otros países, como Alemania, han optado por restringir la aplicación de esta vía especial de recurso a los contratos sujetos a la regulación comunitaria, una solución a la que nada hay que oponer desde el punto de vista del cumplimiento de las normas comunitarias, pero que sin duda resulta menos garantista para los administrados."

<sup>172</sup> DICTAMEN núm. 8 2015, sesión ordinaria del pleno 25 de junio de 2015.

<sup>173</sup> IPN/CNMC/010/15 (Informes de Propuestas Normativas).

<sup>174</sup> En el documento sobre Medidas de transparencia y prevención de la corrupción en Subvenciones, Licitaciones y Contratos públicos, de octubre de 2015 (medida III.- 2), se insiste

En segundo lugar, (y como ya se contempla en el Anteproyecto de nueva Ley de Contratos del Sector Público) **recuperar la unidad de jurisdicción a favor del contencioso administrativo para las fases de preparación y adjudicación, con indiferencia del carácter o no de Administración pública del poder adjudicador**<sup>175</sup>. Toda fases de preparación y adjudicación, al margen de importe y naturaleza poder adjudicador, se residencia en orden contencioso<sup>176</sup>. Existe ahora coherencia con la solución adoptada por el actual artículo 2 b) LJ de 1998, que establece la regla (que no debería ser alterada por la legislación de contratos, en tanto legislación sectorial), de que todas las cuestiones de preparación y adjudicación de cualquier poder adjudicador se deben residenciar en sede contenciosa<sup>177</sup>.

La opción de diferenciar por la consideración de contrato armonizado o no armonizado que estableció el artículo 21. 2 de la Ley de Contratos del Sector Público de 2007 se separaba, pues, de una interpretación uniforme que residenciaba en el orden contencioso los contratos públicos de entes no Administración Pública. Así, de

---

en al necesidad de extender el recurso al mar gen del importe (<http://transparencia.org.es/ti-espana-propone-a-los-partidos-politicos-60-medidas-contra-la-corrupcion-en-subvenciones-licitaciones-y-contratos-publicos-2/>)

<sup>175</sup> Vid., por todos, sobre esta interesante cuestión, el clásico trabajo del profesor L. MARTIN-RETORTILLO, "Unidad de Jurisdicción para la Administración Pública", RAP núm. 49, 1966, pp. 196 y ss.

<sup>176</sup> Vid. J.M. GIMENO FELIU, "El valor interpretativo de las directivas comunitarias sobre contratación pública y del derecho "pretoriano". Las opciones de transposición en España en la propuesta de reforma", en libro Observatorio de los Contratos Públicos 2014, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 19-60. No resulta posible una solución formal anclada en la idea rígida del contrato administrativo, pues, como bien ha explicado O. MIR PUIGPELAT el Derecho Administrativo se define en la actualidad no solo sobre la base del elemento subjetivo - Administración pública- sino también a partir de su consideración como Derecho exorbitante que se dirige a conciliar el interés general y el particular. Y resulta evidente tal condición en cualquier contrato público (donde las reglas y principios son públicos), tal y como ya advirtiera, por cierto, el Tribunal Supremo en la conocida sentencia Hotel Andalucía Palace (núm. 2113/1965 de 4 de febrero) donde el dato de que existen reglas administrativas es lo que decidió la competencia a favor del orden contencioso (en un contrato de una empresa pública).

<sup>177</sup> De hecho, con la LCAP de 1995, ya la sala de lo civil se declaró incompetente en contratos de empresas públicas al afirmar: "que «no cabe duda de que el contrato cuyas consecuencias jurídicas se presentan ante el Tribunal Civil es de naturaleza administrativa: así lo revela el procedimiento administrativo de licitación y de adjudicación de la obra contratada, la previa determinación de los correspondientes pliegos de condiciones administrativas y técnicas, y, en fin, la propia tipología del contrato, que no es sino de las obras públicas, y celebrado por una empresa pública municipal, como lo es «Aguas del Puerto, Empresa Municipal, S.A». A tal respecto es bueno recordar que el artículo 1º de la [Ley 13/95 \( RCL 1995, 1485, 1948\)](#) de Contratos de las Administraciones públicas, establece que los contratos que celebren las Administraciones Públicas se ajustarán a las prescripciones de la citada Ley, a cuyos efectos se entenderá por Administraciones Públicas también a las entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas, siempre que hayan sido creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil y cuya actividad esté mayoritariamente financiada por las Administraciones Públicas u otras entidades de derecho público, o bien, cuya gestión se halle sometida a un control por parte de estas últimas, o cuyos órganos de administración, de dirección o de vigilancia estén compuestos por miembros más de la mitad de los cuales sean nombrados por las Administraciones Públicas y otras entidades de derecho público, notas éstas que se dan de forma expresa en la empresa pública expresada, dedicada al suministro de aguas potables de El Puerto de Santa María, y cuyos cargos directivos son nombrados y sus presupuestos aprobados por el Ayuntamiento de dicha ciudad, debemos ratificar la resolución de la Audiencia" (Sentencia núm. 776/2005 de 11 octubre. RJ 2005\857).

forma “sorprendente” habilitaba la competencia del orden civil en los contratos no armonizados de los poderes adjudicadores que no son Administración pública, lo que venía a “resucitar” la dualidad de jurisdicción con sus sabidos inconvenientes procesales y de seguridad jurídica. La cuantía del contrato sirve para fijar el órgano competente, siendo ajeno a la lógica de la naturaleza del sujeto o del interés público como criterios delimitadores.

Es –y debe ser- el criterio funcional de poder adjudicador y no formal de Administración Pública, el que determina ante qué orden jurisdiccional se residencia la competencia<sup>178</sup>. Máxime cuando el artículo 2 LJ viene admitiendo la categoría de los actos “materialmente” administrativos. En definitiva, en una actividad como la de los contratos públicos tan sensible desde una perspectiva económica, es necesario dotar a la arquitectura jurídica del control de la necesaria coherencia, que garantice el máximo de seguridad jurídica y favorezca la predictibilidad. Y, por cuanto resulta evidente que en la fase de preparación y adjudicación de cualquier contrato público (incluyendo las modificaciones ilegales), sea o no realizado por una Administración pública, hay un interés público relevante, debe corresponder a la jurisdicción contencioso-administrativa su fiscalización<sup>179</sup>.

En tercer lugar, la articulación práctica en España pone de manifiesto ciertas disfunciones, en tanto la planta autonómica de estos Tribunales a fecha de hoy no está cerrada, generando asimetrías poco compatibles con el principio de seguridad jurídica<sup>180</sup>. Y la extensión –a mi juicio sin justificación legal- al ámbito local genera indebida distorsión que cuestiona la esencia del modelo<sup>181</sup>. **En necesario determinar de forma clara el número de órganos de recursos contractuales, que deberán garantizar en todo caso la nota de independencia y especialización y la debida**

---

<sup>178</sup> Se explica de forma excelente en el trabajo de P. VALCARCEL FERNANDEZ y R. FERNANDEZ ACEVEDO, “Reivindicación de la competencia del orden contencioso-administrativo para el control jurisdiccional de la contratación del sector público”, en libro *Observatorio de los Contratos Públicos 2014*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 237-277.

<sup>179</sup> Por otra parte, desde la lógica de la arquitectura de los principios procesales sobre los que se fija la competencia, básicamente sujetos y objeto, con causa de interés público, resulta incomprensible que el criterio cuantía pueda determinar un cambio de orden jurisdiccional, posibilidad contraria al buen funcionamiento del Estado de Derecho y de la necesaria seguridad jurídica pues la dualidad jurisdiccional en asuntos de misma materia y sujetos quiebra los mismos. Critican por ello, entre otros, la opción del artículo 21 TRLCSP los prof. GARCIA DE ENTERRIA y TR. FERNANDEZ (Curso Derecho Administrativo, Vol .II, 2013, p. 622).

<sup>180</sup> J. COLAS TENA (“La justicia administrativa en materia contractual: el sistema de recursos y las nuevas directivas de contratación pública, en Blog. Centro Investigación Justicia Administrativa, de 5 de diciembre de 2014) ha advertido al respecto que “No estaría de más, y en primer lugar, reconsiderar el proceloso piélagos de la planta y estructura de los órganos administrativos que conocen de los recursos en materia contractual, que recuerda el baúl de la Piquer —hay de todo—, hay órganos de todo tipo y alcance: unos son monocráticos, otros colegiados; hay uno que se dice Central, y verdad es que está en centro del territorio español, que conoce ex lege y por convenio; otros son autonómicos, también abundan los de carácter local, hay algún territorio en blanco (ni tiene órgano ni convenio); y anidan también órganos de similar naturaleza y función en alguna sedes parlamentarias, bajo el paraguas de la autonomía parlamentaria. En fin, sin entrar ahora en tema tan delicado, digo que esta variopinta amalgama orgánica no termina de encajar bien con el sistema de recursos de las prescripciones de la Directiva 2007/66/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007 —por la que se modifican las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE del Consejo—.”

<sup>181</sup> Igualmente, P. VALCARCEL FERNANDEZ y R. FERNANDEZ ACEVEDO, “Órganos consultivos y de recursos para el control de la contratación pública en España”, ob. Cit., p 373.

**colegialidad**<sup>182</sup>. Y si se integran en otros órganos –como es el caso de Consejo Consultivos en Castilla y León y en Extremadura-, deberá preverse o dotarse de una sección propia, a fin de evitar cierta “confusión” de funciones entre los consultivo y lo resolutivo.

Por otra parte, **el actual carácter potestativo genera evidentes disfunciones procesales que deben ser corregidas mediante su consideración de recurso obligatorio**<sup>183</sup>. Asimismo, debe darse una **adecuada solución a los plazos de impugnación con el fin de dotar al sistema de adecuada certeza sin mermar el necesario efecto útil**. Especialmente, debe corregirse el sistema de impugnación de pliegos que, como se ha propuesto por los distintos Tribunales administrativos de recursos contractuales, en su reunión de coordinación anual celebrada en junio de 2015 en Madrid, debe coincidir con el plazo de presentación de ofertas. Y, por supuesto, debe “blindarse” como esencia del sistema, el carácter gratuito del recurso especial<sup>184</sup>.

En cuarto lugar, que **las restricciones presupuestarias actuales condicionan la función de control, lo que puede afectar a la consecución de la rapidez de este recurso, con los perjuicios desde la perspectiva de la eficacia que se ocasiona para el órgano demandante de la prestación suspendida hasta la resolución expresa. El diseño del sistema del recurso especial en contratos públicos debe estar alejado de la idea de que su consolidación es un gasto**. Como se ha venido defendiendo en este Informe, el control de la contratación pública debe ser contextualizado como una inversión, tanto económica (pues permite la eficiencia real del modelo, al permitir una efectiva concurrencia) como social, en tanto permite la regeneración democrática y da credibilidad al sistema institucional del control público.

En todo caso, conviene insistir en que el correcto funcionamiento de la contratación pública con objetivos de política pública como vectores de su concreto diseño exige la existencia de mecanismos de control efectivos y rápidos por autoridades independientes ya sean judiciales -mediante la oportuna reforma procesal-, o mediante “arbitrajes administrativos” independientes y con estatus de juez (así lo exige la Directiva “recursos”). De esta manera **se puede avanzar en un modelo que preserve el principio de integridad**<sup>185</sup>. Y la experiencia del modelo

---

<sup>182</sup> Es también necesaria una reflexión sobre el modelo de compatibilidad de los miembros del Tribunal. Esta opción permite captar a especialistas, pero debe contemplarse tal opción desde un sistema de Tribunal administrativo estable y con medios materiales y personales propios, que tenga esa única competencia. Y debe vigilarse de forma activa los posibles conflictos de interés (visibles y difusos) en aras a preservar la nota de objetividad.

<sup>183</sup> Las explica bien G. MARTINEZ TRISTAN, “¿Es el recurso especial la solución o el problema?”, en libro col. La contratación pública: problemas actuales, Consejo Consultivo de Madrid, 2013, pp. 45-54.

<sup>184</sup> Lo ha explicado bien M.A. BERNAL BLAY al cuestionar las tasas de este recurso en Cataluña (“No a las tasas en el ámbito del recurso especial en materia de contratación pública”, [obcp.es](http://obcp.es), de 5 de marzo de 2014) al afirmar que “El elevado porcentaje de recursos que son estimados, total o parcialmente, revela que los recursos están más que justificados en la mayoría de casos. Y para corregir abusos ya existen otros mecanismos (las multas por mala fe o temeridad) que permiten no penalizar a todos sino reprochar únicamente a aquellos que los cometen”.

<sup>185</sup> Me remito a mi trabajo “La Ley de Contratos del Sector Público: ¿una herramienta eficaz para garantizar la integridad?. Mecanismos de control de la corrupción en la contratación

español a través del recurso especial ante los tribunales administrativos, con las insuficiencias descritas, ha supuesto un notable avance, que en modo alguno puede ser considerado como gasto innecesario o prescindible<sup>186</sup>.

---

Pública”, REDA núm. 147, 2010, pp. 517-535. Igualmente crítico con la escasa regulación del arbitraje en el artículo 320 LCSP (ahora 50 TRLCSP) y su no extensión en la fase de ejecución a las Administraciones Públicas, se muestra J.A. MORENO MOLINA, La reforma de la Ley..., ob.cit., p. 138.

<sup>186</sup> Esta opinión favorable es también defendida por P. VALCARCEL FERNANDEZ y R. FERNANDEZ ACEVEDO, “Órganos consultivos y de recursos para el control de la contratación pública en España”, ob. Cit., p. 371-373: “...estos órganos están sirviendo para limpiar y depurar la contratación del sector público. Además, se está comenzando a apreciar como los entes del sector público contratantes están adaptando su comportamiento a la vista de las resoluciones de los tribunales, por ejemplo: redactan mejor los pliegos, concretan más y mejor los criterios de valoración de las ofertas y de adjudicación del contrato”. También por M. A. BERNAL BLAY, que destaca la labor didáctica de estos tribunales administrativos y la auctoritas de su doctrina. “Observatorio de la actividad de los órganos de recursos contractuales en 2011”, en libro col. Observatorio de contratos públicos 2011, Civitas, Cizur Menor, 2012, pp. 328-331.

## VI.- CONCLUSIONES Y PROPUESTAS DE REFORMA.

1.- El Derecho europeo de la contratación pública prevé un sistema de control rápido y eficaz, que se ha convertido en la principal seña de identidad de la regulación de los contratos públicos. Ya no interesa tanto la tutela de los licitadores, sino **el derecho a una buena administración que respete los principios de integridad y de eficiencia (y pueda servir para combatir la corrupción)**. En el *Informe Anticorrupción de la UE 2014*, se insiste en la necesidad de una actitud proactiva contra las prácticas corruptas en tanto puede ponerse en riesgo la competitividad en la Unión. Un modelo de control eficaz, en tanto favorece la transparencia y la concurrencia y permite corregir las patologías e “inercias” administrativas permite, además, preservar la eficiencia económica de toda licitación pública lo que se traduce en “ahorro de costes” muy tangibles. Para cumplir esta “nueva función” del control de la contratación pública la legitimación activa para poder recurrir debe ser amplia y preverse plazos de recurso claros que permitan un efecto útil del recurso.

2.- La **opción española de diseñar un recurso especial ante un órgano administrativo, independiente y especializado, cumple con las exigencias de las Directivas** y éste tiene la consideración de consideración de órgano jurisdiccional (STJUE de 6 de octubre, *Consorti sanitari*). El cumplimiento estricto de los plazos la publicidad de los acuerdos y resoluciones -y su fundamentación-, así como la importe “tasa de éxito”, han dotado de credibilidad el sistema al cumplirse con las notas de rapidez, eficacia e independencia que se pretendía con este nuevo recurso. El sistema de recurso especial, ha permitido modular la presunción de acierto administrativo en los contratos públicos y analizar –antes de la formalización del contrato- si esa decisión es conforme o no con la normativa vigente. El cambio sobre cómo controlar a la Administración es evidente. Y, por ello, **resulta necesario reforzar su arquitectura institucional, con la finalidad de implementar una nueva filosofía en la gestión del contrato**, que se aleje de la premisa de que todo recurso es una carga burocrática que genera ineficiencia.

3.- El **recurso especial, por su propia esencia y naturaleza tendrá siempre carácter gratuito y debe rediseñarse su objeto para debe dejar de ser un recurso precontractual**, e incluir en su ámbito objetivo cuestiones relativas a la ejecución, como modificación, subcontratación o resolución.

4.- La **limitación del recurso especial a contratos de importe armonizado no es adecuada. Este recurso debe extenderse a cualquier importe**, tal y como se ha señalado por el Consejo de Estado, Comité Económico y Social, Comisión Nacional de Mercados y la Competencia o Transparencia Internacional. La dualidad de “control” supone una visión burocratizada de la función del recurso, vinculada a la idea de prerrogativa de la Administración. Como se ha dicho, el recurso administrativo tiene su fundamento en la tutela efectiva del derecho a una buena administración, y, en consecuencia, la propia justificación y motivos del recurso especial obligan a su extensión a cualquier franja o importe de contrato. No puede olvidarse que la Comunicación interpretativa de la Comisión de 1 de agosto de 2006, C 179/02, se indicaba: *“En el caso los contratos cuya cuantía sea inferior a los umbrales de aplicación de las Directivas sobre contratación pública, se deberá tener en cuenta que, con arreglo a la jurisprudencia del TJCE, las personas tienen derecho a una protección judicial*

efectiva de los derechos que les confiere el ordenamiento jurídico comunitario.(...) De conformidad con la jurisprudencia relativa a la protección judicial, los recursos disponibles no podrán ser menos eficaces que los aplicables a reclamaciones similares fundadas en el Derecho nacional (principio de equivalencia), y, en la práctica, no deberán imposibilitar o dificultar excesivamente la obtención de la protección judicial (principio de eficacia)". **Esto significa que en contratos de importe no armonizado deberán tener un régimen equivalente en el nivel de eficacia**, tal y como ha dictaminado la STJUE de 6 de octubre de 2015 (*Orizzonte Salute*, C- 61/14). Lo que es evidente que no se cumple con los principios europeos de la contratación pública con los recursos administrativos ordinarios, que funcionan en la práctica, de forma indebida, como una consecuencia más del principio de autotutela de la administración.

**5.- El actual carácter potestativo del recurso especial genera evidentes disfunciones procesales, que deben ser corregidas mediante su consideración de recurso obligatorio.** La experiencia de independencia del sistema permite vencer la "resistencia" inicial a esta consideración, pues su actual funcionamiento ha acreditado que no es una "carga" para el recurrente, sino un remedio procedimental claramente eficaz.

**6.- Debe diseñarse una planta de órganos de recursos contractuales cerrada, para evitar las actuales asimetrías** (poco compatibles con el principio de seguridad jurídica). Y la extensión -a mi juicio sin justificación legal- al ámbito local, que genera una indebida distorsión que cuestiona la esencia del modelo, debe ser eliminada. En todo caso, debe recogerse la obligación de colegialidad, como elemento esencial de independencia. Es necesario determinar de forma clara el número de órganos de recursos contractuales, y las especialidades organizativas. Y si se integran en otros órganos –como Consejo Consultivos - deberá preverse o dotarse de una sección propia, a fin de evitar la "confusión" de funciones entre los consultivo y lo resolutivo.

**7.- Se debe recuperar la unidad de jurisdicción a favor del contencioso administrativo para las fases de preparación y adjudicación, con indiferencia del carácter o no de Administración pública del poder adjudicador.** Es –y debe ser- el criterio funcional de poder adjudicador, y no formal de Administración Pública, el que determina ante qué orden jurisdiccional se residencia la competencia.

**8.- Deben publicarse todas las resoluciones y acuerdos de los órganos de recursos contractuales**, a fin de que su doctrina pueda ser conocida y extendida su aplicación. El carácter jurisdiccional de estos órganos impone esta obligación, sin la que no exista verdadera independencia del órgano.

**9.- Debe existir una política de efectiva coordinación entre Tribunales administrativos**, tendente a lograr la máxima seguridad jurídica e igualdad de todos los operadores, con independencia del ámbito de actuación subjetiva o territorial en que actúen, pues solo así se dotara de credibilidad al sistema.

**10.- El diseño del sistema del recurso especial en contratos públicos debe estar alejado de la idea de gasto.** Como se ha venido defendiendo en este Informe, **el control de la contratación pública debe ser contextualizado como una inversión, tanto**

económica (pues permite la eficiencia real del modelo, al permitir una efectiva concurrencia) como social, en tanto permite la regeneración democrática y da credibilidad al sistema institucional del control público. Así, las restricciones presupuestarias actuales condicionan la función de control, lo que puede afectar a la consecución de la rapidez de este recurso, con los perjuicios desde la perspectiva de la eficacia que se ocasiona para el órgano demandante de la prestación suspendida hasta la resolución expresa.

Zaragoza, diciembre de 2015

#### ENTIDADES FUNDADORAS Y FINANCIADORAS DEL OBSERVATORIO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA



#### APOYOS INSTITUCIONALES:

