



MINISTERIO
DE HACIENDA
Y FUNCIÓN PÚBLICA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE
RECURSOS CONTRACTUALES**

MEMORIA DE ACTIVIDADES.

AÑO 2016

Febrero de 2017

Índice

Presentación	3
Tribunales y convenios con CC.AA.	4
Funciones y objetivos	6
Organización y personal	7
Actividad del Tribunal en 2016	9
Número de recursos y resoluciones dictadas	9
Tipo de acto impugnado	9
Tipo de contrato	10
Procedencia de los recursos	11
Sentido de la resolución	13
Plazo de resolución	14
Recursos contencioso-administrativos	15
Criterios más significativos aplicados por el TACRC	16
Admisión de recursos	16
Presentación del recurso en papel	
Recurso de licitador no adjudicatario por falta de publicidad en DOUE	
Recursos contra los pliegos	18
La consideración de "cláusulas sociales"	
Procedimiento de licitación	21
Acto público	
Admisión de ofertas	22
Acreditación de solvencia técnica mediante clasificación	
Exclusión de licitadores	23
No hay temeridad en licitación mediante procedimiento negociado	
Adjudicación del contrato	24
Sorteo para resolver la adjudicación en caso de empate	
Petición de ofertas detalladas tras la apertura de las ofertas económicas	

Presentación

Igual que en anteriores ejercicios, esta memoria trata de reflejar la actividad del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, TACRC) a lo largo del pasado ejercicio 2016.

Desde que se constituyó el Tribunal (octubre de 2010), su misión ha sido la de asegurar la correcta aplicación de las normas y principios que regulan la contratación en el sector público estatal, mediante la resolución de los recursos planteados en los plazos más breves posibles, de modo que interfieran lo mínimo imprescindible en la licitación y permitan resolver los conflictos tras oír en el procedimiento a todos los interesados.

El 18 de abril de 2016 finalizó el plazo de transposición de las nuevas directivas de la Unión Europea en materia de contratación (Directivas 2014/23, 24 y 25/UE, de 26 de febrero de 2014, sobre adjudicación de contratos de concesión; sobre contratación pública; y sobre contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales). Desde esa fecha, por “efecto directo” de la primera de las directivas indicadas, los contratos de gestión de servicios públicos, en su modalidad de concesión, cuyo valor estimado supere los 5.225.000 €, están sujetos a regulación armonizada y, por tanto, incluidos en el ámbito de competencias del TACRC. Hasta entonces, de acuerdo con la previsión del artículo 40 de la Ley de Contratos del Sector Público, la competencia del recurso especial en este tipo de contratos venía determinada en función de los gastos de primer establecimiento y el plazo.

El número de resoluciones dictadas en 2016 (1.100 resoluciones) es prácticamente igual al del año 2015 (1.119 resoluciones, descontadas las 62 relativas a contratos del ámbito competencial de la C.A. de Extremadura, cuyo convenio con el TACRC sólo estuvo vigente hasta junio de 2015).

El coste salarial directo del TACRC en 2016, incluidas las gratificaciones a los ponentes externos, se cifra en 876.125,30 €. Sólo la tercera parte de ese coste se financia con las aportaciones de las CC.AA. con las que se ha convenido que el TACRC asuma las competencias de resolución de recursos. El coste de los convenios para las CC.AA. sigue siendo muy inferior al que les supondría la creación de un Tribunal propio.

Tribunales y convenios con CC.AA.

Las Comunidades Autónomas pueden crear sus propios órganos independientes (para su ámbito y el de las Corporaciones Locales) o bien optar por atribuir la competencia, mediante la celebración del correspondiente convenio, al propio Tribunal Central.

Han creado tribunal u órgano unipersonal las CC.AA. del País Vasco; Cataluña; Andalucía; Canarias; Aragón; Navarra; Madrid; Castilla y León y, desde mediados de 2015, Extremadura.

El día 1 de marzo de 2016 se celebró en Madrid una jornada de trabajo, organizada por el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, con asistencia de presidentes y vocales de los tribunales y órganos de recursos contractuales para analizar los efectos jurídicos de las directivas de contratación pública ante el vencimiento del plazo de transposición de las mismas. Se aprobó un documento de análisis y reflexión para facilitar la interpretación que de la normativa aplicable a partir del 18 de abril de 2016 ha debido realizar cada uno de los tribunales administrativos de recursos contractuales en el ejercicio de sus funciones.

Convenios con CC.AA.

El resto de CC.AA., han optado por atribuir al TACRC la competencia para resolver los recursos especiales en materia de contratación en el ámbito autonómico correspondiente. Con tal objeto, la Subsecretaría de Hacienda y Función Pública suscribió convenios de colaboración sobre atribución de competencia de recursos contractuales con:

Año 2012

- ✓ Melilla (BOE 9 de agosto)
- ✓ La Rioja (18 de agosto)
- ✓ Castilla-La Mancha (2 de noviembre)
- ✓ Región de Murcia (21 de noviembre)
- ✓ Cantabria (13 de diciembre)
- ✓ Illes Balears (19 de diciembre).

Año 2013

- ✓ Comunidad Valenciana (17 de abril)
- ✓ Ceuta (17 de abril)
- ✓ Principado de Asturias (28 de octubre)
- ✓ Galicia (25 de noviembre) (*)

(*) La C.A. de Galicia ha optado por crear su propio tribunal, aunque en la fecha de cierre de esta memoria, aún no se ha constituido y permanece vigente el convenio de 2013.

En virtud del convenio se someten a la resolución del TACRC, los recursos especiales en materia de contratación correspondientes a los órganos que tienen la condición de poderes adjudicadores, tanto de la Comunidad Autónoma como de las corporaciones locales de su ámbito territorial.

Los convenios regulan el sistema de comunicaciones entre el Tribunal y los órganos de contratación y el procedimiento a seguir.

En los convenios se establece también la compensación, a la que hace referencia la Ley de Contratos por los gastos derivados de la asunción de competencias por el Tribunal. Esta compensación se articula mediante una anualidad fija que cubre la resolución de un número mínimo de recursos y una cantidad adicional por recurso resuelto que supere ese mínimo. La aportación total de las CC.AA. por los recursos resueltos en 2016 asciende a 296.050 euros, según se detalla en el cuadro siguiente.

Recursos resueltos y aportaciones de las CC.AA., en 2016.

COMUNIDAD AUTÓNOMA	RECURSOS RESUELTOS	Cuota fija (€)	Cuota variable (€)	APORTACIÓN TOTAL (€)
Principado de ASTURIAS	69	10.000	17.150	27.150
Illes BALEARS	57	10.000	12.950	22.950
CANTABRIA	46	10.000	9.100	19.100
CASTILLA-LA MANCHA	70	20.000	10.500	30.500
CEUTA	9	1.500	2.100	3.600
GALICIA	173	20.000	46.550	66.550
MELILLA	5	1.500	700	2.200
Región de MURCIA	102	10.000	28.700	38.700
La RIOJA	20	10.000	-	10.000
Comunidad VALENCIANA	198	20.000	55.300	75.300
TOTAL	749	113.000	183.050	296.050

Como se puede apreciar en las cifras anteriores, las aportaciones más elevadas correspondieron a Galicia y la Comunidad Valenciana; aun para estas CC.AA., el gasto que les supone la atribución al TACRC de las competencias para resolver los recursos en materia de contratos es mínimo y, obviamente, menor al coste que supone la creación de un Tribunal propio.

Funciones y objetivos

Funciones

En el ámbito del sector público estatal y del autonómico y local de las CC.AA. convenidas, el TACRC **es competente** para conocer y resolver:

- a) Los **recursos especiales** en materia de contratación interpuestos con referencia a los contratos y actos siguientes (artículo 40 del TRLCSP):

Contratos recurribles

- ✓ Contratos de obra y suministro sujetos a regulación armonizada y contratos de servicios también sujetos a regulación armonizada o cuyo valor estimado sea igual o superior a 209.000 euros.
- ✓ Contratos de gestión de servicios públicos sujetos a regulación armonizada (valor estimado igual o superior a 5.225.000 €).

Actos recurribles

- ✓ Los anuncios de licitación y los pliegos que deban regir la contratación.
 - ✓ Los actos de trámite decisivos para la adjudicación, o que determinen la exclusión o produzcan indefensión o perjuicio irreparable.
 - ✓ Los acuerdos de adjudicación.
- b) La cuestión de nulidad en los casos previstos en el artículo 37 del TRLCSP.
- c) Las reclamaciones por infracción de las normas contenidas en la Ley 31/2007, de 30 de octubre (LCSE), sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales (art. 101.1 a). La cuestión de nulidad de esos contratos (art. 109).
- d) Los recursos especiales en materia de contratación que se susciten contra los actos de los órganos competentes del Consejo General del Poder Judicial, del

Tribunal Constitucional y del Tribunal de Cuentas.

- e) Los recursos especiales en materia de contratación en el ámbito de la Ley 24/2011, de 1 de agosto, de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad.

Objetivos

Como indicamos en las memorias de años anteriores, la actividad del Tribunal está presidida por el principio de eficacia. Su objetivo principal y la condición de su creación es que el plazo para dictar sus resoluciones haga posible dar satisfacción a las pretensiones de los recurrentes cuando proceda estimar sus recursos. Al mismo tiempo, y dadas las características del procedimiento, especialmente en lo que hace referencia a la suspensión de los actos de adjudicación, es indudable que el Tribunal no puede dilatar los procedimientos para resolver los recursos fuera de los límites que exige la necesidad de que la contratación no quede paralizada más allá de lo estrictamente necesario. Con estas dos premisas como condicionantes de su actuación, los recursos se tramitan en la medida de lo posible a través de procedimientos electrónicos.

Organización y personal

El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales está compuesto por un Presidente y dos Vocales, todos ellos nombrados por el Consejo de Ministros a propuesta conjunta de los Ministros de Justicia y de Hacienda y Función Pública.

El TACRC, a pesar de su denominación de tribunal, no es un órgano jurisdiccional. Tiene independencia funcional en el ejercicio de sus competencias; el Presidente y los Vocales son inamovibles, salvo por las causas tasadas en la Ley, y la duración de su nombramiento es por seis años, sin posibilidad de prórroga, aunque una primera renovación (mediante sorteo) se produjo a principios de 2014.

Desde su nombramiento en octubre de 2010, permanecen como miembros del Tribunal, su Presidente (D. Juan José Pardo García-Valdecasas) y uno de los Vocales (D. José Santos Santamaría Cruz). Su cambio está actualmente en tramitación. El tercer miembro del Tribunal, D. Manuel Renedo Omaechevarría, se incorporó a principios de 2014, tras su nombramiento por el Consejo de Ministros.

El Tribunal cuenta con una Secretaría General, como órgano de asistencia tanto en la tramitación de los procedimientos, como en la jefatura de la oficina.

También prestan servicios en el Tribunal un asesor (nivel 30), un consejero técnico (nivel 28), tres jefas de servicio y siete funcionarios de apoyo administrativo.

Así pues, a 31 de diciembre de 2016, la plantilla del TACRC está compuesta por 16 funcionarios:

- Los tres miembros del Tribunal

- La Secretaría General
- Un asesor (nivel 30)
- Un consejero técnico
- Tres jefas de servicio
- Siete administrativos de apoyo

Los salarios de los funcionarios que prestaron servicios en el TACRC en 2016, ascendieron a un **total de 753.110,3 €**

Mediante el acuerdo de la Subsecretaría de Hacienda y Función Pública y la Abogacía General del Estado, los abogados integrados en el Servicio Jurídico del Estado colaboran con el TACRC para estudiar, preparar y elaborar las ponencias de las resoluciones que se dictan. La colaboración con la Abogacía General del Estado ha permitido que el aumento de actividad del Tribunal respecto al primer año de ejercicio, se haya podido resolver sin aumentar los miembros del Tribunal, y sin un aumento significativo de los plazos. Casi las tres cuartas partes de las resoluciones acordadas en 2016 (810 resoluciones sobre un total de 1.100) se han preparado en ponencia por los Abogados del Estado. El total de retribuciones abonado por esas **ponencias en 2016 fue de 123.015 euros.**

El coste salarial total del TACRC, (sin incluir ni imputar cuotas sociales), ascendió a 876.125,30 euros. El Tribunal adscrito al Ministerio de Hacienda y Función Pública a través de la Subsecretaría, no tiene presupuesto propio; los medios materiales (locales y mobiliario, recursos informáticos y de comunicaciones, material de oficina, etc.) corren a cargo del presupuesto del Ministerio.

El servicio prestado por el TACRC es gratuito tanto para los recurrentes como para los

órganos de contratación, no exigiéndose ningún tipo de tasa o tributo por la interposición de los recursos.

Como se indicó antes, en los convenios de colaboración con las CC.AA., se establece la compensación que han de satisfacer por la asunción de competencias por el Tribunal. Algunas de esas CC.AA., han establecido a su vez una tasa sobre los recursos interpuestos a los órganos de contratación que no forman parte de la administración autonómica (básicamente, las corporaciones locales).

La cantidad financiada por medio de los Convenios de colaboración con las CC.AA. (296.050 €) supone un 33,8% del coste salarial indicado, si bien los recursos procedentes del ámbito de esas CC.AA. son más del 60% del total.

El TACRC tiene su sede en la Avda. del General Perón, 38 de Madrid. En la **sede electrónica** del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, está alojada la subsede del TACRC, a partir de la cual se

accede a los servicios electrónicos ofrecidos: presentación de recursos, alegaciones o consulta del estado de tramitación del expediente.

<https://sedeminhap.gob.es/es-ES/Sedes/TACRC/Paginas/Default.aspx>

En 2016 se presentaron directamente en el registro del Tribunal 783 recursos. Desde principios de ejercicio se exige su presentación por medios electrónicos. Hasta 42 de esos recursos fueron inadmitidos por presentarse en soporte papel en el registro físico del TACRC.

En la sede electrónica se puede **acceder a las resoluciones del Tribunal**. El acceso a éstas se puede efectuar también a partir del portal de internet del Ministerio: www.minhafp.gob.es, en la ruta:

→ **Servicios** → **Contratación** → **Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales**

Actividad del Tribunal en 2016

Nº de recursos y resoluciones dictadas

En el año 2016, se presentaron **1.244 recursos**, un 5,8 % menos que en 2015. La mayor afluencia de recursos se produjo en los meses centrales del año (junio-agosto), en particular en el mes de junio (131 recursos) en que se superó ampliamente la media mensual.

Al finalizar el ejercicio, se habían dictado **1.100 resoluciones** correspondientes a

1.189 recursos. Hay una **disminución del 6,9 % respecto a 2015**; en ese año se dictaron 1.181 resoluciones, correspondientes a 1.366 recursos.

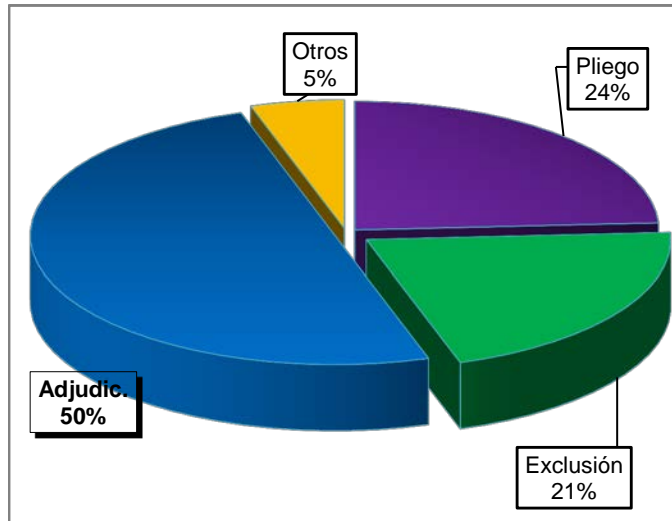
Habida cuenta de los recursos pendientes de 2015 al inicio del ejercicio (111 recursos), quedaron 166 recursos presentados a finales de 2016 que se han resuelto ya en 2017.

Tipo de acto impugnado

El tipo de acto impugnado sigue pautas similares a las del ejercicio anterior. **La mitad de los recursos (622) impugnan el acuerdo de adjudicación** y otro 21 % se presentan contra acuerdos de exclusión previos (260 recursos).

Contra los pliegos o anuncios de licitación se presentaron 300 recursos (un 24,1 % del total).

Otros 62 recursos (el 5 % del total) se presentaron contra actos como propuestas de adjudicación o informes de valoración y otros que, en su mayor parte, no reunían la condición de actos de trámite cualificados y fueron inadmitidos.

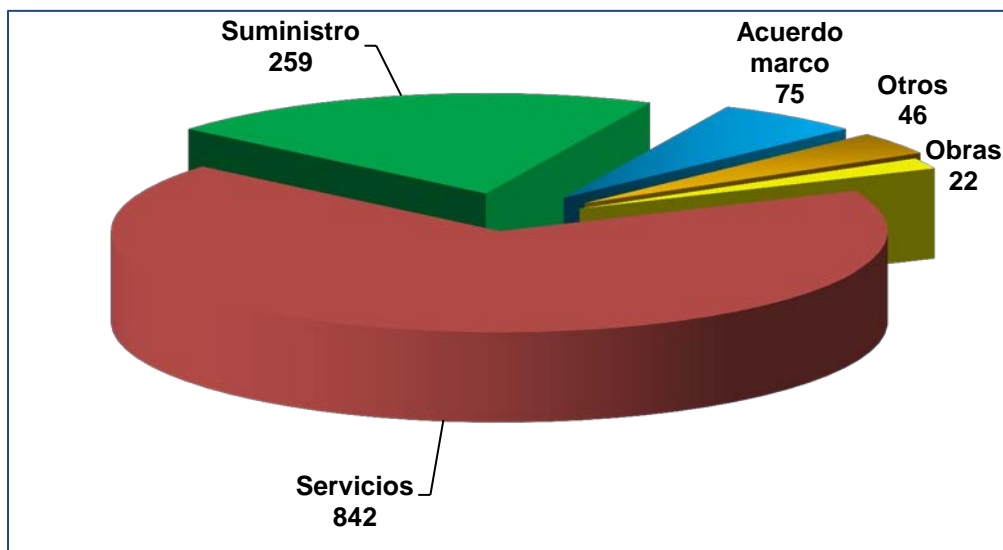


Tipo de contrato

La distribución de los recursos según el tipo de contrato ha sido también similar a la del ejercicio 2015. **Más de las dos terceras partes de los recursos presentados en 2016 se refieren a contratos de servicios** (un 67,7 %), aún más si se tiene en cuenta que muchos de los recursos referidos a acuerdos marco (otro 6 %) corresponden también a contratos de servicios. En la rúbrica de "Otros", se incluyen 42 recursos en contratos de gestión de servicios públicos.

Casi todos los recursos se refieren al recurso especial en materia de contratación regulado en el TRLCSP. Las reclamaciones en los sectores especiales cuyos procedimientos de contratación se regulan en la LCSE, supusieron apenas un 6 % del total (76 reclamaciones), con una apreciable disminución respecto al ejercicio anterior (en 2015 fueron 125, casi un 10 % del total).

Recursos por tipo de contrato



Actividad del Tribunal en 2016

Procedencia de los recursos.

Los 1.244 recursos presentados en 2015 correspondieron a actos de:

Organismo	Recursos
Departamentos de la AGE y organismos adscritos	363
Defensa	68
Hacienda y Administraciones Públicas	35
Interior	48
Fomento	81
Empleo y Seguridad Social	20
Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente	34
Resto de Departamentos	77
Otras entidades del sector público estatal	17
Empresas públicas estatales	24
Mutuas de Accidentes de Trabajo	45
Comunidades Autónomas	795
Principado de Asturias	77
Illes Balears	62
Cantabria	48
Castilla La Mancha	71
Galicia	170
Región de Murcia	107
La Rioja	19
Comunidad Valenciana	223
Ceuta	10
Melilla	8

Actividad del Tribunal en 2016

En el caso de los Ministerios y organismos públicos adscritos, los recursos presentados suponen casi un 13 % menos que en 2015. La mayor parte de la disminución se debe a que en 2015 se presentaron un importante número de recursos correspondientes a una licitación específica en el ámbito de los servicios aeroportuarios (AENA - Mº de Fomento), circunstancia que no se ha vuelto a repetir en el 2016.

El número de recursos en el ámbito de las CC.AA. es ligeramente inferior al del 2015 (812 recursos). Pero en términos homogéneos hay un incremento del 5 %, si no se tienen en cuenta los 54 recursos

correspondientes a la C.A. de Extremadura en 2015, con la que el convenio sólo estuvo vigente hasta mediados de ese año.

La incidencia de los recursos presentados contra actos de las Corporaciones locales, es aún más importante que en 2015: más del 43 % (el 36% en 2015) del total del ámbito autonómico corresponden a Ayuntamientos (310 recursos) y Diputaciones (38 recursos).

En cambio, se ha reducido el número de recursos en la esfera de los servicios de salud autonómicos: 148 recursos en 2016, frente a 190 en 2015.

Actividad del Tribunal en 2016

Sentido de la resolución

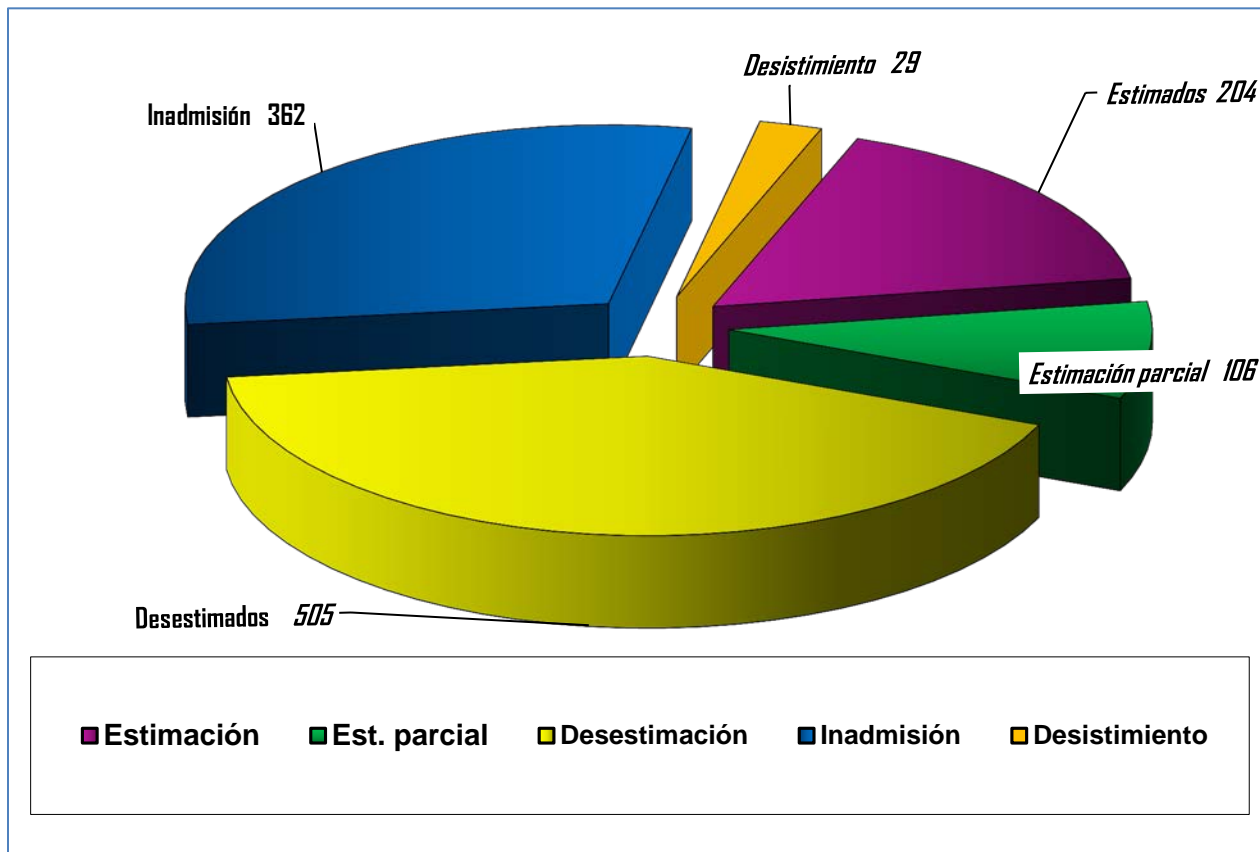
Del total de recursos presentados en 2016 ya resueltos (1.206 recursos hasta 1 de febrero de 2017), **más del 25 % se han estimado total (204 recursos) o parcialmente (otros 106 recursos)**. Se desestimaron 505 recursos y no se admitieron otros 362.

Por tanto, casi el 37 % de los recursos admitidos se estimaron total o parcialmente, porcentaje ligeramente inferior al del año anterior (un 39 % en 2015).

Se han impuesto multas económicas a los recurrentes, por temeridad o mala fe, en 19 casos, menos de la mitad que en 2015, si bien **el total de las multas impuestas en 2016 asciende a 55.411 euros**, cuantía sólo ligeramente inferior a la de 2015 (57.103 €).

Dos de las multas lo fueron por cuantía superior a 10.000 €, aunque en la mayor parte de los casos (14 resoluciones) la multa fue por el importe mínimo de 1.000 euros previsto en el artículo 47.5 del TRLCSP.

Recursos por sentido de la resolución



Actividad del Tribunal en 2016

Plazo de resolución

En 2016, el plazo medio de resolución de los recursos desde su presentación en el TACRC o en el órgano de contratación hasta que se aprobó la resolución correspondiente fue de 43 días naturales. En 2015 ese plazo fue de 39 días.

El **plazo de resolución** desde que se dispone del expediente en el TACRC, fue de **33 días naturales**. En 2015 fue de 28 días.

Para alcanzar ese objetivo ha sido muy importante, como en años anteriores, el apoyo de ponentes externos –casi las tres cuartas partes de las resoluciones

se preparan con su ayuda- y la intensiva utilización de medios electrónicos.

El plazo de resolución desde que se dispuso del expediente en el TACRC se mantuvo casi todos los meses en torno a los 25 días naturales.

Ese plazo se superó con creces y llegó hasta los 47-49 días en los recursos resueltos en septiembre y octubre, por efecto del periodo de vacaciones y por el elevado número de recursos que entraron en los meses de julio-agosto.

Recursos contencioso-administrativos

Como se aprecia en el cuadro, hasta el 1 de febrero de 2017, **se han recurrido ante la jurisdicción contencioso-administrativa 79 de las resoluciones** dictadas por el TACRC en 2016, es decir, apenas el 8% de las que han agotado el plazo de recurso. La incidencia es inferior a la del periodo 2010 -15.

Desde la creación del Tribunal en octubre de 2010, se han recurrido 394 resoluciones, menos del 9% del total. Es decir, que más del 90% han sido

asumidas por las partes, sin acudir a la vía jurisdiccional.

De los 276 recursos contenciosos finalizados hasta el momento, 101 han caducado o se ha desistido del recurso, en 125 se ha confirmado la resolución del TACRC y sólo en 50 se han estimado total o parcialmente las pretensiones del recurrente.

Recursos contencioso-administrativos

AÑO	RESOLUCIONES TACRC		Recursos Cont.-Ad.	Recursos PDES.	SENTENCIAS		Recursos desistidos o caducados
	TOTAL	Recurridas			Estimar	Desestimar	
2010-11	385	48	45	-	8	24	13
2012	312	24	26	0	4	12	10
2013	650	61	67	10	16	21	20
2014	950	92	107	13	12	48	34
2015	1.181	90	100	54	10	20	16
2016	985^(*)	79	105	97	0	0	8
TOTAL	4.463	394	450	174	50	125	101

(*) Resoluciones dictadas hasta el 1 de diciembre de 2016

Admisión de recursos

Presentación del recurso en papel

El Reglamento del TACRC especifica en su artículo 38 *-Tramitación electrónica del recurso, reclamación o cuestión de nulidad-* que la tramitación de los escritos de interposición de recurso se realizará por vía electrónica, salvo “*que los interesados justifiquen ante el Tribunal su imposibilidad de acceso a la tramitación electrónica del mismo*”. En la página web del TACRC se anunció que a partir del 26 de enero de 2016 los recursos debían presentarse por vía electrónica a través del registro electrónico del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y que la presentación en soporte papel en los registros del Tribunal daría lugar a la inadmisión a trámite de los recursos.

En la Resolución 411/2016, de 27 de mayo (correspondiente al Recurso 342/2016), se hace una cita detallada de las normas de aplicación y la jurisprudencia sobre la conformidad a la Ley del establecimiento reglamentario de la obligación de relacionarse por medios electrónicos y la consiguiente inadmisión de aquellas solicitudes que no se acomoden a tales exigencias. La Resolución concluye que “*la recurrente, ha incumplido la obligación contenida en el artículo 38 del RPERMC de presentar su escritos de interposición de recurso por vía electrónica, sin que haya presentado justificación alguna de imposibilidad de acceso a dicho modo de tramitación, ítem más cuanto se trata de una persona jurídica, a las que el artículo 27.6 de la LAESP presume iure et de iure habilitación suficiente para usar los medios electrónicos, a diferencia de los colectivos de personas físicas a los que se refiere. Por todo ello procede declarar la inadmisión del recurso sin entrar a examinar los demás requisitos de acceso al mismo ni los argumentos de fondo aducidos en el recurso*”. En 2016, hasta 42 recursos han sido inadmitidos por haberse presentado en el Tribunal en soporte papel.

Recurso de licitador no adjudicatario por falta de publicidad en el DOUE

Tras la adjudicación de un contrato calificado como de gestión de servicios públicos, uno de los licitadores recurrió por considerar que se trataba de un contrato de servicios y que por su valor estimado, debió procederse a la publicación de la convocatoria en el DOUE. Al no hacerse así, consideraba la entidad recurrente que se habría incurrido en nulidad de pleno Derecho, tanto de los pliegos como de su anuncio. El Tribunal hasta ahora, ha aplicado en casos análogos la doctrina según la cual el error en la calificación del contrato permitiría basar el recurso contra la adjudicación en alegaciones referidas a los propios pliegos y llevar hasta la anulación de la licitación por omisión de algún requisito, como el de publicidad.

En la Resolución 49/2017, de 26 de enero (Recurso 1139/2016), se indica que tal criterio debe ser matizado, en atención a la doctrina judicial que cita y al hecho de que la doctrina del Tribunal sólo ha atendido hasta ahora a circunstancias objetivas, *“sin consideración alguna a las circunstancias subjetivas que fueran de observar”*. Considera que ambos tipos de circunstancias han de ser tenidas en cuenta y que, en este caso, *“si lo denunciado es la presuntamente defectuosa calificación del contrato -que en opinión de la recurrente debería haber dado lugar a mayor publicidad conforme al TRLCSP-, lo cierto es que tal pretendido defecto no ha perjudicado en ningún momento a la propia recurrente -pues obviamente conoció la existencia de la licitación, ya que concurrió a ella-; y, en todo caso, no necesitaba esperar a la adjudicación para constatar su existencia o conocer su alcance. Al no haber recurrido el pliego en tiempo y forma, y haber esperado a la finalización del proceso de selección contractual, es obvio que se reservaba la posibilidad de beneficiarse de los pliegos que ahora ataca, como eventual adjudicataria, y solo al no haber resultado así, pide su anulación; lo cual es flagrantemente contrario al “venire contra factum proprium” y al principio de buena fe, y no incurre en el supuesto excepcional al que se refiere la STJUE ya citada.*

Por ello, en nuestro caso, no es admisible hacer alegaciones que impliquen un recurso indirecto contra el pliego; de modo que la calificación contractual hecha en los pliegos del contrato -como de gestión de servicio público- deviene inatacable; con la consecuencia de que no estamos ante un contrato de aquellos que justifican la competencia de este Tribunal ex art. 40.1 del TRLCSP, y el recurso debe ser inadmitido”.

Recursos contra los pliegos

La consideración de “cláusulas sociales”

En la Resolución 160/2016, de 19 de febrero (Recurso 77/2016) se estimó el recurso contra determinadas **disposiciones de los pliegos relativas a las relaciones de carácter laboral entre el adjudicatario y los trabajadores a su servicio**. En la resolución se interpreta el alcance del art. 118 del TRLCSP y el art. 26 de la Directiva 2014/24/UE, que permite establecer condiciones especiales de ejecución con consideraciones de índole social. Tras exponer la jurisprudencia sobre el asunto, concluye que las cláusulas impugnadas tienen por objeto *“dificultar la modificación en las condiciones contractuales, y de fomentar la readmisión del trabajador, sometiendo una y otra facultad (que en principio están dentro del poder de dirección del empresario en el margen que le otorga la legislación y convenios aplicables) al control de la Administración contratante... el clausulado que nos ocupa va más allá de lo previsto por la normativa e incluso de los convenios aplicables. Por otra parte, ni el art. 118 TRLCSP, ni la “Comunicación” de la Comisión, ni las nuevas Directivas, mencionan un objetivo relacionado con dicho clausulado (pues se refieren a fomentar la igualdad entre mujeres y hombres en el trabajo, la mayor participación de la mujer en el mercado laboral y la conciliación del trabajo y la vida familiar, contratación de personas con discapacidad...)*. Y, por último, *no respeta la libre autonomía de las partes,.. En definitiva, en nuestro caso, las condiciones especiales de ejecución que nos ocupan, afectantes a las obligaciones de la empresa respecto de sus trabajadores, pueden resultar contrarias al Derecho de la UE, en lo referido a la libre prestación de servicios”*.

En la Resolución 210/2016, de 18 de marzo (Recurso 130/2016), se desestima el recurso que impugnaba **la consideración entre los criterios de valoración el de la contratación de personas en riesgo de exclusión del mercado laboral y de personas discapacitadas**. Tras analizar la jurisprudencia del TJUE, los dictámenes de la Junta Consultiva de Contratación y las normas imperativas contenidas en la Directiva 2014/24/UE, al considerar que las mejoras sociales impugnadas *“guardan relación con el*

objeto del contrato y la debida proporcionalidad en su puntuación (de 0 a 5 puntos), hemos de deducir que no resultan contrarias a Derecho porque no introducen elementos distorsionadores de la igualdad y concurrencia ni desvirtúan el principio general de adjudicación a la oferta económicamente más ventajosa...”.

En el fundamento sexto de la Resolución 1059/2016, de 16 de diciembre (Recurso 1046/2016), se estima el recurso contra la inclusión en el PCAP como **criterio de adjudicación evaluable de forma automática -con una puntuación de 15 puntos- del compromiso de la empresa de mantener durante la duración del contrato unas retribuciones que, como mínimo, sean las que figuren en el Convenio Estatal de Empresas de Seguridad vigente.** Tras hacer referencia a la Resolución 210/2016 citada, considera que *“la mejora social que los Pliegos contemplan como criterio de adjudicación no tiene cabida entre las que menciona el Considerando 99 de la Directiva 2014/24/UE, ni es análoga a ninguna de ellas, pues no tiene por objeto proteger la salud del personal que participa en la ejecución del contrato, ni favorecer la integración social de las personas desfavorecidas o de los miembros de grupos vulnerables, ni ofrecer formación para adquirir las competencias necesarias para el contrato de que se trate. Si a ello se añade que su exigencia no deriva en una mejor prestación del servicio (ni siquiera afecta directamente a la forma o calidad del servicio objeto de la prestación) y que su valoración como criterio de adjudicación efectivamente puede ocasionar distorsiones entre los licitadores, debe convenirse con (la asociación recurrente) que su inclusión como criterio de valoración de las ofertas no es conforme a Derecho.*

En efecto, son varios los motivos que llevan a este Tribunal a considerar discriminatorio y susceptible de crear desigualdades y distorsiones entre los licitadores la admisión de este criterio de adjudicación: a) En primer lugar, por cuanto en los contratos de seguridad y vigilancia los costes salariales constituyen la parte esencial del precio, hasta el punto de que la competencia entre los licitadores se limita prácticamente a este aspecto,...; b) Además, aunque el porcentaje del 15% parezca a priori proporcionado en relación con la puntuación total, no debe perderse de vista que no admite graduaciones internas, de forma que en su aplicación se otorgarán automáticamente quince puntos a los licitadores que mantengan el Convenio Estatal y cero puntos a quienes no lo hagan,...; c) Precisamente esta finalidad es además la perseguida por el órgano de contratación al incluir esta cláusula, es decir, primar a las empresas que mejoren las condiciones

retributivas del personal que presta el servicio aunque no repercutan en la mejora del servicio, lo que necesariamente se traducirá en una oferta económica mayor (al ser mayores los costes a soportar por el licitador) sin que el servicio se vea beneficiado, traduciéndose esta exigencia en la presentación de ofertas más caras y menos beneficiosas económicamente para la Administración, de modo que con la aplicación de este criterio se valorará positivamente a la empresa cuya oferta no sea económicamente más ventajosa para la Administración,...; d) Y, finalmente, ha de añadirse, que no debe perderse de vista que el sector de la seguridad es uno de los que más han utilizado la facultad de descuelgue del Convenio Estatal, especialmente en el caso de las pequeñas y medianas empresas, con lo que podría producirse un efecto discriminatorio respecto de aquellas empresas descolgadas por el mero hecho de haber utilizado una facultad reconocida en la legislación vigente...”.

Contrato sujeto a regulación armonizada por aplicación de las directivas europeas

En la Resolución 926/2016, de 11 de noviembre (Recurso 918/2016) se estima el recurso contra el anuncio y los pliegos de un contrato de servicios clasificado en la categoría 27 “*otros servicios*” del Anexo II del TRLCSP. La Resolución analiza el “*efecto directo*” de la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública, cuyo plazo de trasposición finalizó el 18 de abril de 2016. Concluye por ello que el contrato tiene la consideración de armonizado y estima el recurso por cuanto la convocatoria de la licitación del contrato no ha ido precedida de la publicación en el DOUE, ni se ha respetado el plazo para presentación de proposiciones que prevé el artículo 159.1 del TRLCSP.

Procedimiento de licitación

Acto público

En la Resolución 884/2016, de 28 de octubre (Recursos 867 y 930/2016), se analiza la alegación de uno de los recurrentes sobre el hecho de que no se convocase acto público de apertura de los sobres B (documentación correspondiente a los criterios evaluables mediante juicio de valor). Se refiere la Resolución (fundamento octavo) a los preceptos del TRLCSP y del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, de los que resulta la necesidad de que se proceda en acto público a la apertura de los sobres que contienen la documentación de las ofertas, tanto en lo relativo a la oferta económica, como en lo que se refiere a los criterios evaluables mediante juicio de valor. Señala que el Tribunal en diversas resoluciones ha reiterado que ello *“no implica la necesidad de que en dichos actos públicos se ofrezca lectura del contenido de las ofertas. Con ello, queda desvirtuada la alegación del recurrente relativa a que la falta de convocatoria del acto público en cuanto a los sobres B le impidió conocer el contenido de las ofertas, puesto que tal conocimiento tan solo puede venir de la mano del acceso al expediente...”*. En el caso concreto analizado se encuentra justificada además la falta de convocatoria del acto público por apreciar *“la concurrencia de la excepción prevista en el artículo 160.1 del TRLCSP, al tratarse de un procedimiento de licitación tramitado mediante medios electrónicos en lo que respecta a la presentación y formato de las proposiciones, lo que justifica la falta de convocatoria de acto público para la apertura de las mismas, incluyendo la documentación relativa a los criterios ponderables mediante juicio de valor, a la que, en buena lógica, debe extenderse la excepción del citado artículo 160.1, aun referida allí la misma exclusivamente, al igual que en cuanto a la exigencia legal de acto público, a las ofertas económicas”*.

Admisión de ofertas

Acreditación de solvencia técnica mediante clasificación

En la Resolución 185/2016, de 4 de marzo (Recurso 103/2016) se estima el recurso de una empresa excluida de la licitación por no admitir los pliegos la acreditación de la solvencia técnica mediante la correspondiente clasificación. El Tribunal considera (fundamento séptimo) que la previsión del PCAP que prohíbe expresa y radicalmente que pueda acreditarse la solvencia técnica con la oportuna clasificación, relacionada con las previsiones del pliego sobre los muy precisos medios de acreditación de la solvencia técnica, *“determina la introducción de una intensa e indebida restricción al principio de libertad de concurrencia en condiciones de igualdad, con patente infracción de la previsión resultante del artículo 74 TRLCSP, así como de los concordantes preceptos antes referidos, que merece ser calificada como generadora de nulidad de pleno derecho.*

Desde esta perspectiva, siendo apreciable en dicha previsión la concurrencia de un vicio determinante de nulidad de pleno derecho, debería obviarse, por mucho que los tales pliegos no fueran en su momento oportuna y puntualmente recurridos, la exclusión, cuando no sea exigible, de la eventual acreditación de la solvencia mediante la correspondiente clasificación que en ella se establece”.

La Resolución estima el recurso, con anulación del acuerdo de exclusión impugnado, *“y ello con retroacción de las actuaciones, a fin de que por la Mesa de Contratación se evalúe, con abstracción de lo previsto en la citada cláusula A.10) del Pliego de aplicación, si la actora acreditó disponer, con ocasión de la aportación de su documentación administrativa, de clasificación suficiente.”.*

Exclusión de licitadores

No hay temeridad en una licitación mediante procedimiento negociado

En la Resolución nº 171/2016, de 26 de febrero (Recurso 91/2016) se consideran las alegaciones presentadas por una empresa excluida de la licitación por apreciar como desproporcionada y no justificada su oferta económica final presentada en una licitación bajo procedimiento negociado. Para la apreciación de una oferta como desproporcionada, el pliego se remitía a los límites establecidos en el artículo 85 del RGLCAP. El contrato no estaba dividido en lotes y en el pliego no se establecía cómo se determina el precio conjunto a tener en cuenta para determinar la posible anormalidad de una oferta. Si se determina de acuerdo con los criterios de ponderación establecidos para puntuar las ofertas, la oferta inicial de la empresa recurrente ya resultaba desproporcionada; con las ofertas mejoradas en el proceso de negociación, la desproporción resultaba aún mayor. La Resolución indicada, señala que *“además de que en el PCAP no se establece una formulación explícita y clara para determinar los umbrales de temeridad en las ofertas, en el procedimiento negociado, por sus propias características, resulta improcedente la aplicación de las reglas sobre bajas desproporcionadas, por cuanto en estos procedimientos las ofertas serán fruto de la fase de negociación”*. Se hace referencia al Informe 18/1996, de 5 de junio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa que concluía que *“carece de sentido plantear la posibilidad de aplicación al procedimiento negociado de las reglas sobre bajas temerarias o desproporcionadas establecidas en la normativa aplicable a la subasta, (...)”*.

Esta falta de adecuación de la reglas sobre bajas temerarias al procedimiento negociado es bien patente en la licitación impugnada, *“por cuanto la oferta inicial... ya habría estado incurso en presunción de temeridad y, sin embargo, se negocia con ella para que la mejore”*.

Adjudicación del contrato

Sorteo para resolver la adjudicación entre ofertas con idéntica puntuación

En la Resolución nº 781/2016, de 30 de septiembre (Recurso 674/2016) se desestima el recurso interpuesto contra la adjudicación, resuelta mediante sorteo ya que hubo dos empresas que obtuvieron la misma puntuación y ninguna de ellas acreditó un mínimo de trabajadores con discapacidad. La empresa recurrente consideraba que el sorteo no era un criterio que figurase expresamente en los pliegos y, en defensa de su argumento cita la sentencia de la Audiencia Nacional de 7 de marzo de 2013 en la que se establece: *“Que el sorteo no es forma idónea para resolver la adjudicación entre dos licitadores con ofertas con idéntica puntuación”*. Esa sentencia anulaba precisamente una resolución del TACRC del año 2011.

En la resolución de 2016 se indica que, no obstante debe tenerse en cuenta que a diferencia del supuesto de hecho de la sentencia, en este procedimiento el pliego sí previó dos criterios de desempate: un número de trabajadores con discapacidad superior al 2 por 100; y, en segundo lugar, para el caso de persistir el empate, se atendería a la mejor propuesta económica. Pero con la aplicación de estos criterios persistía el empate. Entiende el Tribunal *“que esta igualdad absoluta de puntuaciones tras aplicar los criterios de desempate permite aplicar analógicamente el artículo 87 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, que se refiere a las subastas, dado que se presentan dos proposiciones económicas iguales que resultan ser las de precio más bajo... En otras palabras en el presente procedimiento se ha tenido en cuenta y se han ponderado otros criterios a la hora de intentar resolver el empate producido, criterios que además figuraban expresamente en el pliego, no habiendo sido posible con base al mismo desempatar. Estando así las cosas y resultando que además se produce un empate en el precio es posible entender que la única alternativa para resolver el empate es acudir al sorteo, aunque no figurara expresamente en el pliego, sistema que fue aceptado por todos los licitadores”*.

De no haberse procedido así las alternativas de declarar desierta la licitación o desistir del procedimiento serían inviables legalmente. La opción de anular el procedimiento *“para enmendar la omisión del PCAP de que figurase también el sorteo como criterio de desempate parece improcedente por entender que en el presente supuesto es totalmente desproporcionada y contraria al interés público y al deber de eficiencia, máxime si*

tenemos en cuenta que en el presente caso se ha aceptado acudir al sorteo (que se realiza en presencia de los dos licitadores, recurrente y adjudicataria), sin que conste en el expediente ningún tipo de reparo u observación a su celebración, por lo que la impugnación en vía de recurso del sorteo celebrado y consentido supone una actuación por parte del recurrente contraria además a sus propios actos”.

Petición de ofertas detalladas tras la apertura de las ofertas económicas

En la Resolución nº 696/2016, de 9 de septiembre (Recurso 633/2016) se anula el procedimiento de licitación. El recurso se interpuso contra la adjudicación por considerar el recurrente que su oferta era más ventajosa y alegar que, tras la presentación de ofertas, se solicitó a los licitadores cumplimentar los precios en un listado de repuestos en el que no se ofrecían referencias sobre dimensiones, material de fabricación y calidades de acabado. En la Resolución del Tribunal se indica que en los pliegos no se incluyó ninguna lista con los repuestos que se consideraban más usuales, *“sino que dicha lista fue elaborada a posteriori, tras la apertura de las ofertas de las empresas, requiriendo a los licitadores para que rellenaran el listado con una nueva oferta de precios. Tampoco se señalaba ni en el PCAP ni en el PPT una estimación de las unidades que iban a ser necesarias para la ejecución del contrato respecto de cada repuesto, sino que esa estimación se efectuó también a posteriori,...”*. Tal actuación, a juicio del Tribunal, determina la nulidad del procedimiento por los siguientes motivos (fundamento jurídico sexto):

“a) En primer lugar, se ha vulnerado el principio de inalterabilidad de las ofertas. Efectivamente, el requerimiento efectuado va mucho más allá de una mera aclaración y se convierte en una nueva oportunidad para que los licitadores efectúen una nueva oferta en relación con los precios de los repuestos... De este modo el listado de precios, cuyo impacto final en el cálculo de la oferta económica ha sido definitivo, tal y como se deduce del informe de valoración, fue aportado ex novo por los licitadores, una vez finalizado el plazo de presentación de ofertas e incluso abiertas y conocidas ya las presentadas por cada licitador, lo que constituye una infracción de los principios de invariabilidad de las ofertas, de transparencia e igualdad de trato, que ha de suponer por sí mismo la nulidad del procedimiento.

b) Los criterios evaluables mediante fórmula, como se ha dicho, deben ser suficientemente explícitos como para que no sea necesario efectuar ninguna estimación posterior, de suerte que la aplicación de la fórmula se base en datos que consten claramente en la oferta de los licitadores y se trate además de datos homogéneos. En este caso, al no contenerse el listado de repuestos en los pliegos, ni tampoco una estimación de las unidades de cada repuesto, no era posible aplicar la fórmula directamente, sino que ha sido necesario que por parte de la entidad contratante se efectúen diversos ajustes,...

c) Hay que decir que en el pliego ni siquiera se explicaba con claridad que ese listado de repuestos que debía aportarse como anexo de la oferta económica sería también objeto de valoración con arreglo a las mismas fórmulas...

d) Además, esa indeterminación puede constituir una ventaja competitiva para el licitador que en este momento esté llevando a cabo la ejecución del contrato...

Siendo esto así, ha de concluirse que la valoración efectuada de la oferta económica no resulta admisible por existir una excesiva indeterminación en los pliegos en cuanto a este criterio, que debe ser por ello declarado nulo de pleno derecho..."

Febrero 2017