



MINISTERIO
DE HACIENDA
Y ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE
RECURSOS CONTRACTUALES**

MEMORIA DE ACTIVIDADES.

AÑO 2012

Marzo de 2013

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES
MEMORIA DE ACTIVIDADES. AÑO 2012

ÍNDICE

Presentación	4
Antecedentes. El Tribunal Central y los Tribunales de CC.AA.	5
Convenios con CC.AA.	5
Funciones	8
Objetivos	9
Organización y personal	10
<i>Nº de recursos y resoluciones dictadas</i>	14
<i>Tipo de acto impugnado</i>	15
<i>Tipo de contrato.</i>	16
<i>Procedencia de los recursos.</i>	17
<i>Sentido de la resolución</i>	19
<i>Plazo de resolución</i>	20
Recursos contencioso-administrativos	21
Criterios más significativos aplicados por el TACRC	22
A. Admisión de recursos	22
<i>En contratos de gestión de servicios públicos</i>	22
<i>Legitimación de los representantes sindicales para recurrir.</i>	23
B. Exclusión de licitadores	23
<i>Deficiencias en la documentación administrativa</i>	23
<i>Rechazo de una proposición por no atenerse al modelo de oferta</i>	24
<i>Subsanación en oferta técnica</i>	25
<i>Límites a la integración de solvencia con medios externos</i>	25
<i>Retirada de un miembro de la UTE en el procedimiento de licitación</i>	26
<i>Solvencia vs. compromiso de adscripción de medios</i>	28
C. Recursos contra los pliegos	28
<i>Rectificación de los pliegos</i>	28
<i>División del contrato en lotes</i>	30
<i>Prescripciones técnicas que dificultan el acceso de licitadores</i>	30
<i>Exigencias no proporcionadas de solvencia</i>	31
<i>Criterios de valoración discriminatorios</i>	31

	<i>Cláusulas limitativas de la concurrencia en los servicios postales</i>	32
	<i>Disponibilidad de medios propios o puesta a disposición</i>	33
	<i>Cláusulas de arraigo territorial</i>	34
D.	Recursos contra la adjudicación del contrato	34
	<i>Oferta anormal o desproporcionada</i>	34
	<i>Baja temeraria en la Ley de Contratos de sectores especiales</i>	35
	<i>Nulidad de una cláusula abierta de baja temeraria</i>	36
	<i>Valoración de ofertas y discrecionalidad técnica</i>	37
	<i>Confidencialidad de las proposiciones y principio de transparencia</i>	38
	<i>Ofertas y solicitud de aclaraciones</i>	39
E.	Otros supuestos	40
	<i>Diálogo competitivo y notificaciones</i>	40

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

MEMORIA DE ACTIVIDADES

AÑO 2012

Presentación

La misión del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC), constituido a finales de octubre de 2010, es la de asegurar que, en la preparación y adjudicación de los contratos del sector público estatal, se aplican correctamente las normas y principios que los disciplinan. Y hacerlo en plazos breves que interfieran lo mínimo imprescindible en el proceso de contratación y permitan resolver adecuadamente las cuestiones planteadas y oír en el procedimiento a todos los interesados, tanto particulares como órganos de contratación.

A lo largo de 2012, el TACRC extendió también su ámbito de actuación a la contratación del sector público autonómico y local de diversas CC.AA.

La presente memoria, tiene por objeto dar cuenta de la actividad y el cumplimiento de los objetivos asignados al Tribunal, a lo largo de 2012.

Antecedentes. El Tribunal Central y los Tribunales de CC.AA.

La Directiva 2007/66/CE, de 11 de diciembre, cuyo objetivo es la mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos, prevé que la resolución de esos recursos se atribuya a un órgano jurisdiccional o administrativo, pero exigiendo en este último caso que el mismo tenga carácter independiente, sus miembros sean inamovibles y sus resoluciones susceptibles de recurso en sede jurisdiccional.

De acuerdo con esa previsión, la Ley 34/2010, de 5 de agosto, modificó la Ley de Contratos del Sector Público y creó el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales al que corresponde, en el ámbito del sector público estatal, el conocimiento y resolución de los recursos especiales en materia de contratación.

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

Por el momento han creado Tribunal u órgano unipersonal: País Vasco (además, las Diputaciones Forales, han creado también tribunales propios); Madrid; Aragón; Cataluña; Andalucía; Castilla y León; Navarra y Canarias.

Convenios con CC.AA.

El resto de CC.AA., en su mayoría, ha optado por convenir con el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas para atribuir al TACRC la competencia para resolver los recursos especiales en materia de contratación en el ámbito autonómico correspondiente. En el curso del año 2012, la Subsecretaría de Hacienda y Administraciones Públicas suscribió convenios de colaboración *sobre atribución de competencia de recursos contractuales* con:

- Extremadura (BOE de 9 de agosto)
- Melilla (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).

Con la Comunidad Valenciana, la C.A. del Principado de Asturias, así como con la Ciudad de Ceuta hay conversaciones avanzadas que, muy probablemente, fructificarán en la firma de los respectivos convenios antes de mediados del año en curso.

Los convenios se suscriben de acuerdo con lo previsto en el artículo 41.3 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, en el marco de colaboración mutua entre las administraciones públicas y la adopción de medidas para la racionalización y contención del gasto público.

En virtud del convenio se someten a la resolución que adopte el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, 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.

Se atribuye al Tribunal la competencia para la tramitación y resolución de los recursos, solicitudes de adopción de medidas provisionales y cuestiones de nulidad de los actos del procedimiento de adjudicación y contratos a que se refieren los artículos 40.1, 43 y 37, del texto refundido y 101, 103 y 109 de la Ley sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.

La atribución de competencia comprende tanto los actos adoptados por los órganos de la Comunidad Autónoma como los que adopten las Corporaciones Locales de su ámbito territorial y los entes, organismos y entidades que tengan la consideración de poder adjudicador, incluso aunque no tengan la condición de Administración Pública.

El convenio regula también el sistema de comunicaciones entre el Tribunal y los órganos de contratación y el procedimiento a seguir, así como la compensación por parte de la Comunidad Autónoma de los gastos derivados de la asunción de competencias por el Tribunal. Esta compensación, a la que hace referencia la Ley de Contratos, se articula mediante una anualidad fija que cubre la resolución de un número mínimo de recursos y una cantidad adicional por resolución dictada que supere ese mínimo.

Funciones

En el ámbito del sector público estatal y del autonómico y local de las CC.AA. con las que se ha convenido, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales es competente para conocer y resolver:

- a) Los recursos especiales en materia de contratación interpuestos respecto de los actos mencionados en el artículo 40 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), cuando se refieran a alguno de los contratos que se enumeran en el apartado 1 del mismo artículo.

❖ Contratos recurribles

- Contratos de obras, concesión de obras públicas, de suministro, de servicios de colaboración entre el Sector Público y el Sector Privado y acuerdos marco, sujetos a regulación armonizada.
- Contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II de esta Ley cuyo valor estimado sea igual o superior a 200.000 euros.
- 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.

❖ Actos recurribles

- Los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación.
- Los actos de trámite decisivos para la adjudicación, o que determinen la exclusión o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos.
- Los acuerdos de adjudicación adoptados por los poderes adjudicadores.

- b) La cuestión de nulidad en los casos previstos en el artículo 37 del TRLCSP.

- c) Las reclamaciones que se planteen por infracción de las normas contenidas en la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales (art. 101.1 a).
- d) La cuestión de nulidad de los contratos en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales para los casos previstos en el artículo 109 de la Ley 31/2007, de 30 de octubre.
- e) 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.
- f) 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 se indicaba en la Memoria de 2011, 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 resolverlos 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 deben tramitarse en la medida de lo posible a través de procedimientos electrónicos que

permitan no sólo el cumplimiento de los breves plazos previstos en la Ley, sino también y sobre todo que el recurrente al que se estima su recurso pueda ver satisfecho su derecho con plena efectividad y que el órgano de contratación, especialmente en los casos en que el recurso se desestima, no se vea obligado a mantener en suspenso la ejecución del contrato con el consiguiente perjuicio para los intereses públicos.

En 2012, con la incorporación a la competencia del TACRC de recursos del ámbito de varias CC.AA., este objetivo de eficacia ha adquirido aún más importancia por cuanto la actividad del Tribunal es relevante, no sólo para la Administración General del Estado, sino también para las CC.AA. con las que se ha convenido y para las Corporaciones Locales de su ámbito.

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 Administraciones Públicas.

Presidente: Debe ser funcionario de carrera, de cuerpo o escala para cuyo acceso se requiera el título de Derecho y haber desempeñado su actividad profesional por tiempo superior a quince años, preferentemente en el ámbito del derecho administrativo relacionado con la contratación pública.

Vocales: Pueden ser designados vocales los funcionarios de carrera de titulación superior y que hayan desempeñado su actividad profesional también por tiempo superior a quince años, preferentemente en el ámbito del derecho administrativo relacionado con la contratación pública.

Mediante sendos Acuerdos de Consejo de Ministros de 15 de octubre de 2010 (BOE del 16 de octubre), se nombraron Presidente (D. Juan José Pardo García-Valdecasas) y Vocales (D^a Carmen Gomis Bernal y D. José Santos Santamaría Cruz). El Tribunal se constituyó en sesión de 22 de octubre de 2010.

El Tribunal cuenta con una **Secretaría General**, a la que corresponde la coordinación de la tramitación de los recursos presentados, así como su control y seguimiento, dictar los actos de trámite y de notificación e impulsar de oficio el procedimiento, así como aquellas otras tareas que le sean expresamente atribuidas por el Presidente.

También prestan servicios en el Tribunal un Asesor (nivel 30), un Consejero (nivel 28) y, como personal de apoyo, dos jefas de servicio y cuatro funcionarios de apoyo administrativo.

Así pues, a lo largo del año 2012, se ha ido configurando la plantilla actual del TACRC, compuesta por doce funcionarios:

- Tres miembros del Tribunal: el Presidente y dos Vocales
- La Secretaria General del TACRC
- Un asesor (nivel 30)
- Un consejero (nivel 28)
- Dos jefas de servicio
- Cuatro administrativos de apoyo

El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, 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 habrá una

primera renovación parcial de uno de los vocales en octubre de 2013, a los tres años de su nombramiento.

En julio de 2012, la Subsecretaría de Hacienda y Administraciones Públicas y la Abogado General del Estado suscribieron un protocolo de acuerdo mediante el cual los Abogados del Estado integrados en el Servicio Jurídico del Estado colaboran con el TACRC para estudiar, preparar y elaborar las ponencias de las resoluciones que se dictan. Tal colaboración, que ya se había producido en 2011 de forma esporádica y no formalizada, ha permitido que el aumento de recursos derivado de los convenios con las CC.AA., se haya podido resolver sin aumentar los miembros del Tribunal, sin demora en los plazos previstos en la Ley de Contratos y con una reducción significativa de esos plazos respecto al año anterior. Desde la entrada en vigor del acuerdo, un total de 114 resoluciones -el 67% de las aprobadas en el último semestre de 2012- se han preparado en ponencia por los Abogados del Estado.

El Tribunal está adscrito al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas a través de la Subsecretaría. No tiene presupuesto propio. Los medios materiales para el desarrollo de su actividad (locales y mobiliario, recursos informáticos y de comunicaciones, material de oficina, etc.) corren a cargo del presupuesto del Ministerio.

En 2012 el TACRC se trasladó desde su ubicación en el complejo Cuzco a su sede actual 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 por el Tribunal: presentación de recursos, alegaciones o consulta del estado de tramitación del expediente.

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

A partir de la misma 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.minhap.gob.es, en la ruta:

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

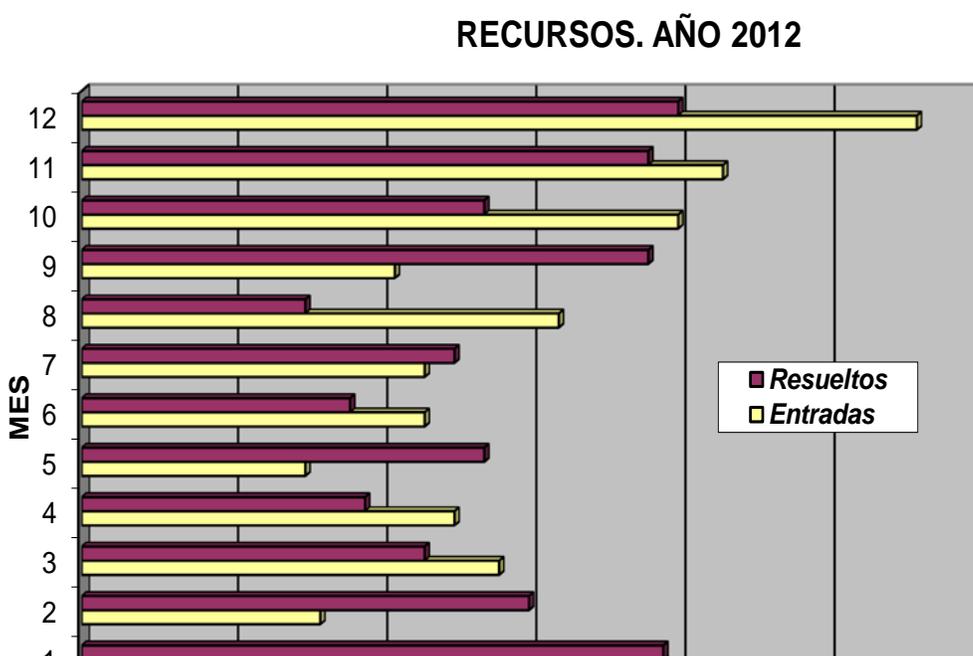
ACTIVIDAD DEL TRIBUNAL EN 2012

Nº de recursos y resoluciones dictadas

En el año 2012, se presentaron 348 recursos, prácticamente la misma cifra que en 2011. En el gráfico adjunto se observa que la media de 29 recursos/mes se supera ampliamente en los meses finales del año (40 recursos en octubre, 43 en noviembre y 56 en diciembre).

Solo 21 del total de recursos presentados, apenas el 6% del total, corresponden a reclamaciones por infracción de las normas contenidas en la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en sectores especiales

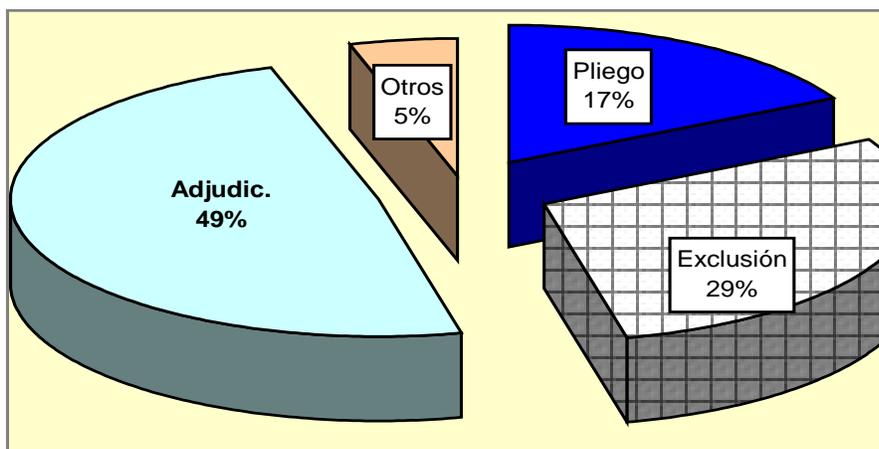
Al finalizar el ejercicio, se habían dictado 312 resoluciones y el número de recursos resueltos fue de 339, puesto que hubo 24 resoluciones que resolvieron conjuntamente dos o más recursos. Habida cuenta de los recursos pendientes de 2011 al inicio del ejercicio, quedaron sólo 45 recursos para resolver en 2013.



Tipo de acto impugnado

Casi la mitad de los recursos (un 49%) se presentan contra el acuerdo de adjudicación y, en menor medida, impugnan acuerdos de exclusión (un 29%) o los pliegos de la licitación (el 17%).

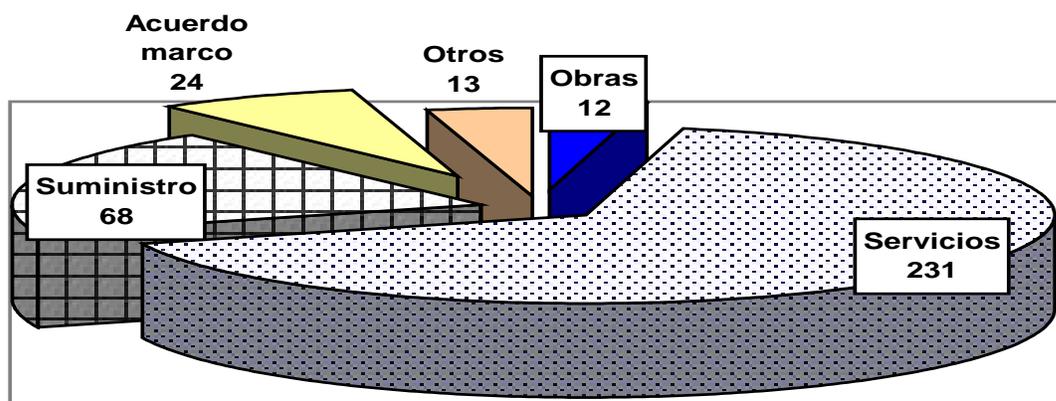
TIPO DE ACTO IMPUGNADO



Respecto a 2011, se advierte un mayor peso de los recursos contra los acuerdos de exclusión (un 21% entonces), en detrimento de los que impugnan la adjudicación (el 57% en 2011).

Tipo de contrato.

Según el tipo de contrato, la mayor parte de los recursos presentados en 2012, se refieren a contratos de servicios (un 66%) y, en menor medida, de suministros (el 20%). En la rúbrica de “Otros”, se incluyen 10 recursos en contratos de gestión de servicios públicos



Por lo demás, casi todos los recursos se refieren al recurso especial en materia de contratación regulado en el artº. 40 y siguientes del TRLCSP. Apenas un 6,7% del total corresponden a reclamaciones en los sectores especiales cuyos procedimientos de contratación se regulan en la Ley 31/2007.

Procedencia de los recursos.

Los 348 recursos presentados en 2012 correspondieron a actos de:

➤ Departamentos de la AGE y organismos adscritos.....	234 recursos
○ Defensa	36
○ Hacienda y AA. Públicas	27
○ Interior	20
○ Fomento	26
○ Educación, Cultura y Deporte	22
○ Empleo y Seguridad Social	12
○ Industria, Energía y Turismo	12
○ Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente	19
○ Economía y Competitividad	23
○ Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad	24
○ Resto de departamentos	13
➤ Empresas públicas,.....	28 recursos.
➤ Mutuas de Accidentes de Trabajo,	34 recursos
➤ Comunidades Autónomas convenidas,	52 recursos
○ Extremadura	36
○ La Rioja	2
○ Melilla	3
○ Castilla-La Mancha	5
○ Región de Murcia	4
○ Cantabria	1
○ Illes Balears	1

En el caso de los Ministerios y organismos públicos adscritos, los recursos tienen orígenes diversos (juntas de contratación, organismos autónomos o entidades

públicas adscritas;...). Como casos más significativos hay que destacar los siguientes:

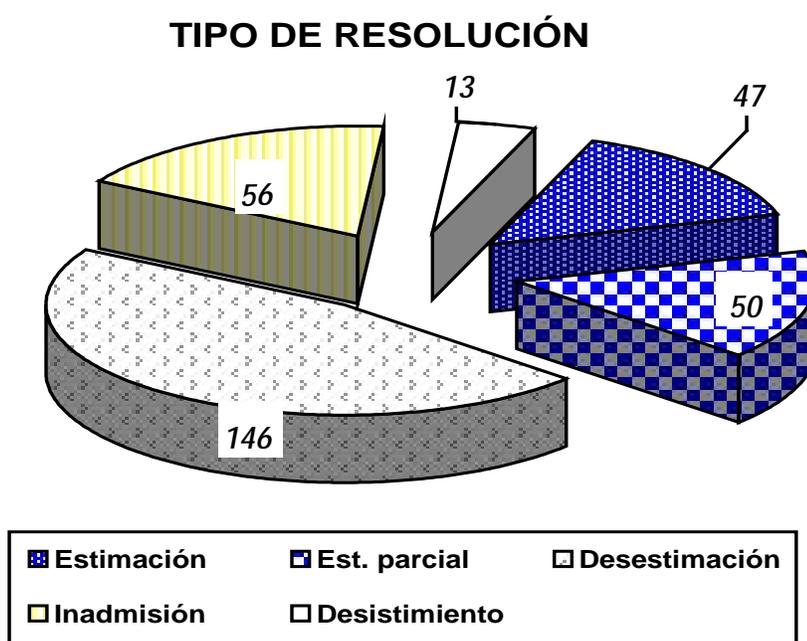
- En el *Mº de Fomento*, casi la mitad de los recursos corresponden a *Autoridades Portuarias* (10 recursos) y, en menor medida, a *AENA* (3 recursos).
- En el *Mº de Empleo y Seguridad Social*, la mayoría de los recursos se origina en la *Tesorería General de la Seguridad Social* (9 recursos).
- En el *Mº de Industria, Energía y Turismo*, las dos terceras partes de los recursos corresponden a la entidad *Red.es* (8 recursos).
- En el departamento de *Economía y Competitividad*, casi todos los recursos provienen de organismos públicos de investigación, en particular del *CSIC* (11 recursos) y del *Instituto Nacional de Oceanografía* (6 recursos).
- En el *Mº de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad*, más de la mitad de los recursos corresponden al *IMSERSO* (13 recursos).

En cuanto a las empresas públicas, las que han tenido un mayor número de recursos han sido ADIF (7 recursos), Renfe-operadora (4) y Correos, ENRESA y TRAGSA (3 recursos cada una).

En las CC.AA., lo más destacable ha sido el significativo número de recursos presentados contra actos de los ayuntamientos (13 recursos, el 25% del total). En el caso de Extremadura casi el 40% de los recursos de esta C.A., tienen su origen en la Consejería de Agricultura (14 recursos).

Sentido de la resolución

Un 31% de los recursos resueltos en 2012 fueron estimados total o parcialmente. El 47% fueron desestimados. El número de resoluciones de inadmisión fue de 56, un 18% del total, porcentaje muy inferior al de 2011, en que alcanzó el 35%, debido a que se recurría la entonces existente adjudicación provisional, contra la que, de acuerdo con el criterio del TACRC, no cabía recurso.



Como en 2011, en tres casos de resolución desestimatoria se ha impuesto multa económica al recurrente por temeridad o mala fe. No ha habido ninguna resolución en la que se imponga indemnización a la entidad contratante.

Plazo de resolución

El plazo medio de resolución de los recursos fue de 17 días desde su entrada en el registro del Tribunal, muy inferior al de 2011 en que fue de casi 27 días.

Aunque hay que tener en cuenta que en los primeros meses de 2011, el TACRC todavía no estaba conformado totalmente, para la reducción del plazo de resolución de los recursos ha sido muy importante el apoyo de ponentes externos y la puesta en marcha de una aplicación informática de gestión de recursos (GRECO) desarrollada por los servicios de tecnologías de la información de la Subsecretaría.

En la reducción del plazo tiene también importancia la intensiva utilización de medios electrónicos en las comunicaciones tanto con los licitadores como con los órganos de contratación.

Con todo, aún es pequeña la utilización de medios electrónicos en la presentación de los recursos. Sólo en cuatro recursos se hizo así, mediante la utilización del formulario general para la presentación de escritos (FOGE) del Ministerio, al que se accede a través del portal del departamento o de la subsede electrónica del TACRC.

Recursos contencioso-administrativos

Hasta el 1 de marzo de este año 2013, sólo 22 de las resoluciones dictadas por el TACRC en 2012 se han recurrido ante la jurisdicción contencioso-administrativa, es decir, apenas un 7% del total. Ha habido una notable disminución del recurso a la vía jurisdiccional puesto que, en el ejercicio anterior, hasta la misma fecha, se habían recurrido el 12% de las resoluciones dictadas en 2011.

En total, desde la creación del tribunal en octubre de 2010, se han recurrido 72 resoluciones, apenas un 10% del total. Es decir, que el 90% han sido aceptadas por las partes, sin acudir a la vía jurisdiccional.

De las 50 resoluciones del TACRC de los años 2010-11 impugnadas ante la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, hay 26 aún pendientes de que se dicte sentencia. En otras 12 se ha desistido del recurso, o la Sala ha declarado su caducidad.

De las doce resoluciones sobre las que se ha dictado sentencia hasta el momento, diez han confirmado la resolución del TACRC y solamente dos han estimado el recurso.

Criterios más significativos aplicados por el TACRC

A. Admisión de recursos

En contratos de gestión de servicios públicos.

La gran mayoría de resoluciones de inadmisión lo son porque el recurso se refiere a contratos de distinto tipo de los enumerados en el artículo 40.1 del TRLCSP.

A este respecto tiene interés el pronunciamiento del TACRC respecto a la admisión de recursos relativos a contratos de gestión de servicios públicos. Al extender su competencia el Tribunal a administraciones autonómicas y, sobre todo, locales, donde este tipo de contratos tienen mayor incidencia, los criterios seguidos por el Tribunal son particularmente relevantes.

La controversia se origina por el doble requisito que establece la ley -artº 40.1.c) del TRLCSP- a este tipo de contratos para que pueda plantearse recurso especial: que el presupuesto de gastos de primer establecimiento sea superior a 500.000 euros y que el plazo de duración del contrato sea superior a cinco años. En una reciente Resolución (la nº 43/2013, de 23 de enero, relativa a los recursos 340 y 346/2012), se considera que *“la exigencia de ambos requisitos es, como evidencia el uso de la conjunción copulativa <y>, necesariamente cumulativa”*. Respecto al plazo, aunque los tribunales de contratos autonómicos han tenido pronunciamientos divergentes, se concluye que se debe tener en cuenta no únicamente el plazo de duración inicialmente previsto, sino también sus eventuales prórrogas.

Respecto al presupuesto de gastos de primer establecimiento, concluye la Resolución citada que la referencia del artº 40.1.c) del TRLCSP, *“ha de entenderse únicamente alusiva al importe previsto de los gastos o inversiones que el eventual adjudicatario del contrato deba asumir, a resultas de tal adjudicación, para la puesta en marcha del servicio público cuya gestión se le ha encomendado, ya porque así se haya previsto expresamente en los pliegos de aplicación o en*

otros documentos del expediente, ya porque así se infiera implícitamente de su contenido”.

Legitimación de los representantes sindicales para recurrir.

El TACRC se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre las reglas de legitimación activa para recurrir en el caso de terceros no licitadores. Ha considerado que para que concurra el interés legítimo es necesario que la resolución administrativa impugnada pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica del que recurre. Con ello se descarta la acción pública puesto que el interés legítimo no puede ser asimilado al de interés en la legalidad.

En uno de los diversos casos presentados (Resolución nº 257/2012, de 14 de noviembre), el comité de empresa impugnó los pliegos por estimar que no se garantizaba el cumplimiento del convenio colectivo para subrogar a los trabajadores del anterior contrato. Aunque se desestimó la petición, se admitió la legitimación del comité al entender que *“la eventual estimación de su pretensión podría generar un efecto positivo en la esfera jurídica de los trabajadores afectados por la decisión de este Tribunal y consecuentemente procede reconocer la legitimación activa del reclamante”.*

B. Exclusión de licitadores

Deficiencias en la documentación administrativa.

Sobre la exclusión de un licitador por entender que no había presentado copia compulsada de la escritura y los poderes, el Tribunal entendió que, en el trámite de subsanación no se había comunicado individualmente a la empresa los

defectos concretos a subsanar en la documentación presentada. Además consideró (Resolución 204/2012, de 20 de septiembre) que *“entre la documentación administrativa presentada, se incluye un <Acta de manifestaciones> ante notario de no estar incurso en prohibiciones para contratar, que da testimonio también del objeto social de la empresa recogido en la escritura de constitución y la condición de administrador solidario del recurrente, recogida en la escritura de poderes”*. Se entendió por ello que el órgano de contratación hacía una interpretación en exceso formalista respecto a la documentación administrativa a presentar. Como se ha puesto de manifiesto en múltiples resoluciones, *“el excesivo formalismo es contrario a los principios de libertad de concurrencia y eficiente utilización de los recursos públicos los cuales exigen que, en los procedimientos de licitación, se logre la mayor asistencia posible de candidatos que cumplan los requisitos establecidos”*.

Rechazo de una proposición por no atenerse al modelo de oferta.

Sobre el rechazo de una proposición por no ajustarse al modelo de oferta, el TACRC consideró (Resolución 96/2012, de 18 de abril) que no había motivo puesto que *“la oferta rechazada no excede del presupuesto..., ni es inconsistente o errónea. Y... tampoco varía sustancialmente el modelo establecido,... con lo que el sentido de la proposición no se veía alterado en absoluto. Debe entenderse, por tanto, que el cambio de la oferta económica de la recurrente respecto al modelo del pliego no altera su sentido, por lo que no debió ser excluida de la licitación”*

Análogamente, en un caso en que la oferta formulada en cifra divergía respecto a la expresada en letra, el Tribunal consideró que no había fundamento para rechazarla (Resolución 137/2012, de 20 de junio). Consideró 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. En la proposición... sería absurdo considerar que el precio ofertado para el gasóleo “C” pueda ser de más de mil euros por litro (la cantidad expresada en letra). La única cantidad con sentido es la expresada en cifra”

Subsanación en oferta técnica

Sobre la posibilidad de subsanar documentación relativa a la oferta técnica, en la Resolución 177/2012, de 30 de agosto, el Tribunal consideró correcta la actuación de la mesa de contratación de considerar la omisión de determinado documento como un defecto subsanable y conceder a la empresa un plazo para su aportación. Y ello porque *“si atendemos a la verdadera naturaleza del requisito a acreditar con el documento omitido, a pesar de la ubicación exigida para el mismo, la exigencia de una póliza de seguro multirriesgos, que garantiza la cobertura de la empresa contratista ante distintos tipos de riesgos (incendio, terremoto, inundación...) constituye un requisito directamente vinculado a la solvencia de las empresas..., sin que, en rigor, se erija en un elemento realmente evaluable por parte de la Mesa de contratación, como criterio de valoración de las ofertas...”*

Por tal razón entendemos que, con independencia de la ubicación en la que se hubiera exigido la acreditación de este requisito en la documentación que rige la licitación, su naturaleza es la propia de un requisito de solvencia, y como tal ha de ser tratado..., lo que implica, a los efectos que nos ocupan, que la omisión del documento deba considerarse como un defecto subsanable”.

Límites a la integración de solvencia con medios externos

El Tribunal (Resolución 117/2012, de 23 de mayo) examina un supuesto en el que el PCAP especifica como medios de acreditar la solvencia técnica, la *“Relación... de los principales suministros realizados en los últimos cinco años...”* y el *“... ”*

haber ejecutado un contrato que comprenda al menos uno de los suministros que constituyen el objeto de la presente licitación por una cuantía equivalente al 25% del presupuesto total de licitación, en los últimos cinco años.”. Ambos extremos los acredita la empresa adjudicataria a través de los fabricantes de los productos a suministrar.

El Tribunal considera que de la interpretación conjunta de los artículos 63 y 54 del TRLCSP, *“será requisito indispensable para contratar con el sector público que acredite un mínimo de solvencia mediante medios propios, con independencia de que el resto lo pueda acreditar con medios ajenos,... pues, de lo contrario, no se le podría considerar apto para contratar con el sector público”,* al incumplir lo dispuesto en el artículo 54.1 del TRLCSP. Además, de la lectura del PCAP se desprende que la propia entidad contratante –que bien pudo haber exigido otra– refiere la acreditación de la solvencia a la experiencia del propio licitador, por lo que, *“... no puede pretender el órgano de contratación, cuando es él quien ha establecido el nivel mínimo de aptitud requerida, admitir su acreditación por medio de la experiencia de terceros cuando se trata de un requisito intrínseco y propio de cada licitador que únicamente puede ser cumplido por aquellos que hayan -en este caso- realizado los suministros requeridos”.* De acuerdo con el criterio expuesto, el Tribunal acuerda anular la adjudicación realizada; el órgano de contratación debe excluir al licitador que no acreditó la solvencia técnica en los términos exigidos en el pliego.

Retirada de un miembro de la UTE en el procedimiento de licitación

En su Resolución 107/2012, de 11 de mayo (también en la nº 131/2012, de 13 de junio) el Tribunal analiza un supuesto en el que una de las empresas integrantes de la UTE propuesta como adjudicataria no presenta certificados de encontrarse al corriente de las obligaciones tributarias y de la Seguridad Social. El resto de integrantes de la UTE presenta un escrito en el que manifiestan que aquella

empresa no podía cumplir el citado requerimiento y no tenía ya interés en ser adjudicataria. Solicitaban que la adjudicación se realizase a favor del resto de las integrantes de la UTE y citan en su favor la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de abril de 2001.

El Tribunal considera que “de acuerdo con la doctrina recogida en la aludida sentencia, el desistimiento de uno de los integrantes de una Unión Temporal de Empresas que haya concurrido a una licitación no es, en principio y con abstracción de otras consideraciones, óbice insalvable para que pueda realizarse la adjudicación en favor de los restantes componentes si... cumplen con el resto de los requisitos previstos para los adjudicatarios. Sin embargo, este general planteamiento no permite obviar el hecho de que, en el concreto supuesto examinado,... resulta evidente que el desistimiento de la mercantil aludida determina, inherentemente, una modificación de la oferta presentada por la Unión Temporal de Empresas en que, junto con las recurrentes, se integraba, toda vez que no podrían seguir considerándose ofertados los concretos empleados y unidades organizativas a ellas adscritas que así se hubiesen reflejado en la aludida declaración responsable...

Sobre esta base, atendido que los principios de igualdad y no discriminación, consagrados en los artículos 1 y 139 del TRLCSP, tienen como inexorable consecuencia la proscripción de toda eventual modificación sobrevenida de la oferta presentada por cualquiera de los licitadores, debe concluirse en la imposibilidad legal de realizar la adjudicación en favor de las recurrentes, desestimando el recurso interpuesto y confirmando la resolución recurrida (...)”

En consecuencia, el Tribunal entiende que no cabe adjudicar el contrato a una UTE cuando alguno de sus integrantes se separa de la misma, aun cuando la UTE con el resto de integrantes reúna, por sí sola, todos los requisitos de capacidad y solvencia exigidos para la ejecución del contrato, si ello supone modificar su oferta.

Solvencia vs. compromiso de adscripción de medios

Entiende el Tribunal que solamente el cumplimiento de los requisitos de solvencia previstos en el artículo 62 del TRLCSP o, en su caso, la clasificación pueden ser considerados como requisitos de admisión, pero no la concreción del compromiso de adscripción de los medios personales o materiales del artículo 64.2 TRLCSP. Así señala en su Resolución 174/2012, de 8 de agosto, que *“Esta concreción de las condiciones de solvencia que se prevé en el artículo 64 del TRLCSP no puede confundirse con la solvencia profesional o técnica contemplada en el artículo 62 del Texto Refundido. En este último artículo se contempla la solvencia como un requisito de admisión, es decir, como un requisito de carácter eliminatorio, no valorativo, en el sentido de que quienes no cumplan los requisitos exigidos en el pliego serán excluidos de la licitación. En cambio, el artículo 64 del TRLCSP sólo exige que los licitadores presenten un compromiso de adscripción a la ejecución del contrato de determinados medios materiales o personales, cuya materialización sólo debe exigirse al licitador que resulte adjudicatario del contrato. Es en este momento de la adjudicación cuando el órgano de contratación puede exigir al adjudicatario que acredite que realmente cuenta con los medios materiales o personales que se comprometió a adscribir a la ejecución del contrato.... el órgano de contratación debe admitir a todos los licitadores que simplemente se comprometan a adscribir a la obra los medios personales previstos en el apartado 7 de la cláusula 5ª, exigiéndose la acreditación de contar con el equipo humano únicamente al licitador que resulte adjudicatario.”*

C. Recursos contra los pliegos

Rectificación de los pliegos

En la Resolución 249/2012 de 7 de noviembre, el Tribunal se pronunció sobre una corrección de errores en los pliegos que tenía como efecto el de excluir

la licitación del acceso al recurso especial al no tener el carácter de contrato de servicios sujeto a regulación armonizada. El Tribunal analiza si *“la corrección de errores realizada por el órgano de contratación responde a su verdadera naturaleza o si, por el contrario, es una modificación o rectificación del pliego una vez aprobado, publicado su anuncio e iniciado el periodo de presentación de ofertas”*. En el primer caso, sería correcta la conclusión de que no se trata de un contrato sujeto a regulación armonizada. En el segundo caso, la corrección no podría tener la eficacia señalada, al ser posterior al pliego y alterar las condiciones de la contratación ya aprobadas.

El Tribunal concluye que *“El órgano de contratación no expone o motiva en el acuerdo de rectificación los datos o hechos que evidencian por sí mismos el error producido... Las cláusulas objeto de rectificación- posibilidad de prórroga y consecuente repercusión en el valor estimado del contrato- tienen sentido jurídico por sí solas, no están en contradicción o incompatibilidad patente con el resto del clausulado... y, por tanto, su rectificación tiene el alcance de alterar el mismo pliego y las condiciones de la contratación previamente aprobadas y publicadas, excediendo, en consecuencia, el mero error material, de hecho o aritmético: donde antes había posibilidad de prórroga, ahora no la hay, y donde el valor estimado del contrato era 311.440,67 euros, ha pasado a ser 177. 966,10 euros. Llegado a este punto hay que concluir que el acuerdo de rectificación de errores es un acto nulo de pleno derecho... La rectificación realizada fuera del ámbito del artículo 105.2 de la Ley 30/1992 implica, en realidad, la modificación de los pliegos... realizada prescindiendo de forma total y absoluta del procedimiento legalmente establecido para su elaboración y aprobación, incurriendo en vicio de nulidad radical del artículo 62 de la citada norma”*.

División del contrato en lotes

En algunos recursos contra los pliegos se ha planteado la necesidad de dividir el contrato en lotes que favorezcan la competencia y el acceso a la licitación de pequeñas y medianas empresas. En la Resolución 149/2012, de 16 de julio, se solventa uno de estos supuestos en que dada la naturaleza de, en ese caso, el suministro a contratar, pueden colisionar los principios de libertad de acceso y de favorecer la competencia con los de eficacia y de eficiente utilización de los recursos públicos. La Resolución considera que *“corresponde al juicio del órgano de contratación la decisión motivada de la contratación en varios lotes, habiendo quedado justificado en el presente caso la conveniencia de licitación en un solo lote y los inconvenientes para el cumplimiento de las necesidades administrativas que se pretenden satisfacer con el contrato. Esas razones, entiende el Tribunal, han de prevalecer sobre el principio que pretende favorecer la máxima concurrencia, por lo que procede desestimar las alegaciones de las recurrentes en este punto”*.

Prescripciones técnicas que dificultan el acceso de licitadores

En algunos recursos se ha planteado la nulidad de prescripciones técnicas que favorecen a un licitador o crean obstáculos injustificados a la competencia. La Resolución 229/2012, de 24 de octubre contempla uno de estos supuestos, en el que, aun reconociendo al poder adjudicador la discrecionalidad técnica que le corresponde y que le permite la exigencia de determinadas características por motivos técnicos y funcionales justificados, procede la estimación parcial del recurso, por considerar contrarias al principio de no discriminación algunas prescripciones técnicas.

Exigencias no proporcionadas de solvencia

En la Resolución 217/2012, de 3 de octubre, se solventa un recurso contra los pliegos que requieren a las empresas licitadoras que al presentar la oferta dispongan de un mínimo de 1.000 vigilantes en plantilla, cuando los puestos que hacen falta para cumplir el objeto del contrato son, según el PPT, de 58 vigilantes. Considera el Tribunal que *“Aunque ocasionalmente se pueda necesitar un reforzamiento de los servicios, la desproporción entre la plantilla actual y la exigida a los licitadores es evidente. ...No requiere mucha argumentación la existencia de una amplia desproporción entre ambas cifras y la consecuente falta de relación de esta exigencia del pliego con el objeto del contrato”*.

Criterios de valoración discriminatorios

En la misma Resolución, el TACRC se pronuncia sobre criterios de valoración que prácticamente determinan la adjudicación y considera que *“la valoración que se atribuye a este criterio, concretamente quince puntos sobre un total de cien como máximo, no está suficientemente justificada, ni es por supuesto tampoco ponderada, porque si bien... puede ser un elemento técnico muy relevante..., la puntuación que se le atribuye hace que resulte difícil que uno que no tenga este sistema... pueda resultar adjudicatario del contrato, de modo que dejaría de ser un criterio de adjudicación para convertirse en una verdadera prescripción técnica”*.

También en esa Resolución se anula un criterio de adjudicación –antigüedad de un determinado certificado- por entender que no tiene relación con el objeto del contrato, dado que por la propia naturaleza del certificado lo que se acredita es la aptitud y no la mayor o menor incorporación de avances tecnológicos, de modo que, si lo que se quiere primar y valorar es estos mayores avances tecnológicos *deberían ser especificados como tales, indicando en el pliego de cláusulas*

administrativas particulares o en su correspondiente anexo la puntuación que a cada uno de éstos se les atribuye”.

Cláusulas limitativas de la concurrencia en los servicios postales

Han sido numerosos los recursos de empresas prestadoras de servicios postales contra las cláusulas de los pliegos que establecen algún tipo de reserva en favor de Correos como prestador del servicio postal universal. La Resolución 143/2012, de 4 de julio responde a este tipo de impugnación contra unos pliegos que reconocían la exclusividad de la sociedad estatal a realizar las notificaciones administrativas. La Resolución concluye que la normativa postal *“no impide que actúen otros operadores distintos a Correos ni tampoco reserva a éste en exclusiva la realización de las notificaciones administrativas”*. Recuerda que la regulación de los contratos públicos ha dejado de poner el acento en la contemplación del interés público para pasar a ponerlo en el cumplimiento de determinados principios entre los que destaca la garantía de la libre de concurrencia, por lo que la exigencia de títulos habilitantes *“en la medida en que constituye una limitación al principio de libre concurrencia, así como al principio de igualdad de trato, debe ser interpretado de forma restrictiva”*.

La Resolución cita extensamente el acuerdo del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón sobre un supuesto similar donde se concluye también que las normas postales reconocen al prestador del servicio universal la facultad de presunción de veracidad y de dar fe en la distribución, entrega y recepción de notificaciones de órganos administrativos y judiciales, pero las practicadas por los demás operadores postales, aunque carezcan de esa presunción

podrán surtir efecto de acuerdo con los elementos probatorios del derecho privado. Concluye por ello que es nulo el requisito de que *“con base en la*

exigencia de fehaciencia, las notificaciones administrativas deban realizarse necesariamente por CORREOS, cuando como se ha señalado, las citadas notificaciones pueden ser realizadas por otros operadores postales con autorización singular, pudiendo hacer uso de cualquiera de los elementos probatorios admitidos en derecho”.

Disponibilidad de medios propios o puesta a disposición

Sobre el establecimiento en los pliegos, como criterio de valoración, el de disponer de medios propios para la ejecución del contrato, también ha tenido ocasión el TACRC de manifestarse en diversas resoluciones. Así en la Resolución 187/2012, de 6 de septiembre se argumenta que *“es perfectamente admisible la exigencia de disponibilidad de una red de oficinas,... en cambio la exigencia de propiedad de esas oficinas no puede admitirse en cuanto que afecta claramente a la concurrencia y no tiene por qué redundar en una mejor prestación”*. Tras analizar las disposiciones de la Ley de Contratos y lo manifestado por el TJUE al respecto, resume los requisitos que tienen que reunir los criterios de adjudicación: *“ser objetivos, estar referidos o directamente relacionados con la prestación objeto del contrato, permitir determinar cuál de las ofertas o proposiciones presentadas es la más ventajosa económicamente, y no hacer referencia a las características de las empresas”*.

En el caso que se analiza en esa Resolución, se concluye que los criterios de adjudicación deben modificarse para dejar claro que *“no es exigible el título de dueño para las instalaciones y redes del contrato que aquí se impugna, pues es suficiente valorar la relación de instalaciones que los licitadores se comprometan a poner a disposición de la ejecución del contrato, sin perjuicio de que el órgano de contratación, con carácter previo a la adjudicación respecto del licitador que haya presentado la oferta económicamente más ventajosa compruebe la efectiva disponibilidad de las instalaciones que se incluyen en su oferta”*.

Cláusulas de arraigo territorial

El principio de igualdad de trato entre los candidatos que rige toda la contratación administrativa (artículo 1 TRLCSP), prohíbe cualquier forma encubierta de discriminación. En la Resolución 21/2013, de 17 de enero, sobre el criterio de arraigo territorial plasmado en el clausulado del contrato, se citan varios fallos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en particular, la Sentencia del TJUE de 27 de octubre de 2005 que afirma que, *“El artículo 49 CE se opone a que una entidad adjudicadora incluya en el pliego de condiciones... un requisito de admisión que obliga a la empresa licitadora a disponer, en el momento de la presentación de la oferta, de una oficina abierta al público en la capital de la provincia en la que debe prestarse el servicio...”*. También toma como referencia el Informe 9/2009, de 21 de marzo de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa que pone de manifiesto *“hasta qué punto no está permitido discriminar las ofertas por razón de las características que pueda tener cada una de las empresas licitadoras, en este caso su domicilio social o su especial arraigo en una determinada localidad o territorio”*. Debe tenerse en cuenta además que los criterios de valoración deben estar directamente vinculados al objeto del contrato, lo que exige *“que el criterio de valoración afecte a aspectos intrínsecos de la propia prestación, a cuestiones relativas al procedimiento de adjudicación o a las consecuencias directas derivadas de la misma. No puede afectar a cuestiones contingentes cuya alteración en nada altere ni la forma de ejecutar la prestación ni los resultados de la misma”*.

D. Recursos contra la adjudicación del contrato

Oferta anormal o desproporcionada

En numerosos recursos el TACRC se ha debido pronunciar sobre el rechazo de una proposición por no haber justificado suficientemente una oferta anormal o

desproporcionada. Las resoluciones de uno u otro tipo consideran que el órgano de contratación debe justificar suficientemente el rechazo de la proposición. Así, en la Resolución 121/2012, de 23 de mayo, se estima el recurso de una empresa cuya oferta fue excluida por no justificar la baja temeraria. El Tribunal considera que *“la decisión sobre si la oferta puede cumplirse o no corresponde al órgano de contratación sopesando las alegaciones formuladas por la empresa licitadora y los informes emitidos por los servicios técnicos... Dado que la finalidad de la regulación de la legislación de contratos es que se siga un procedimiento contradictorio con objeto de evitar que las ofertas con valores anormales o desproporcionadas puedan ser rechazadas sin comprobar previamente la posibilidad de su cumplimiento, debe afirmarse que, examinadas las explicaciones de la ahora recurrente, este Tribunal entiende que los argumentos de la comisión calificadora en nada contradicen dichas explicaciones por lo que hay que concluir que no está justificada la exclusión”*.

Por el contrario, en la Resolución 236/2012, de 31 de octubre, se desestima el recurso porque el Tribunal considera que los argumentos esgrimidos para la exclusión rebaten de forma suficiente y motivada los aducidos por la recurrente para la reducción de costes.

Baja temeraria en la Ley de Contratos de sectores especiales

En el ámbito de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, , el Tribunal considera, en su Resolución 119/2012 de 23 de mayo, que ante la presunción de una oferta anormal o desproporcionada, de acuerdo con el artículo 82.1 de la citada ley, la entidad contratante no se encuentra obligada a requerir al licitador cuya oferta está incurso en presunción de anormalidad o desproporción, una justificación de la misma, siempre y cuando dicha entidad justifique a su vez, adecuadamente, la no necesidad de tal solicitud. En concreto el Tribunal expone que: *“... la facultad de excluir una oferta que resulte ser la más ventajosa o la de mejor precio, cuando se*

pueda considerar que es anormalmente baja o desproporcionada, exige un previo razonamiento por parte de la entidad contratante que le permita dudar de la viabilidad de la misma, entendida ésta en el sentido de que el contrato pueda ser ejecutado en tales términos. De no ser así, es decir de no aparecer motivos que a juicio de la entidad contratante justifiquen la exclusión de la oferta no es preciso iniciar el procedimiento previsto en el artículo 82 ya mencionado.

Esta afirmación no debe ser interpretada, sin embargo, como una declaración de discrecionalidad en cuanto a la apreciación de si la oferta es o no anormalmente baja o desproporcionada, sino como una exclusión del automatismo de la aplicación del procedimiento previsto en el artículo 82. Está claro que en ningún caso se trata de dejar al arbitrio de la entidad contratante la posibilidad de no considerar la aplicación de lo previsto en el citado artículo, sino más bien de la exigencia de un razonamiento previo que justifique la iniciación del mismo.

Así las cosas, debemos entender que si bien no acierta la reclamante al exigir la tramitación del procedimiento en cuestión, en todo caso tampoco la hace AENA al exponer como razón suficiente para ello la situación económica y de reducción de gastos. El argumento válido para hacerlo habría sido que el contrato sí podía ser cumplido en los términos derivados de la oferta.”

El Tribunal concluye estimando parcialmente la reclamación, anulando la notificación de la adjudicación “...a fin de realizar una nueva en la que se contengan los argumentos que motivaron la no iniciación de los trámites para la declaración de que la oferta de la adjudicataria se encontraba en situación de anormalmente baja o desproporcionada y se permita conocer los pormenores de ésta que sirven de fundamento a esta decisión”.

Nulidad de una cláusula abierta de baja temeraria

En la Resolución 284/2012, de 14 de diciembre, el Tribunal considera nula una cláusula del pliego que deja a la consideración del órgano de contratación el

umbral para calificar las ofertas como desproporcionadas o anormales. Entiende que *“El artículo 152 del TRLCSP... permite que, si –como es el caso- el precio ofertado es uno de los criterios objetivos que han de servir de base para la adjudicación, puedan indicarse en el pliego los límites que permitan apreciar que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de ofertas desproporcionadas o anormales. Ahora bien, ejercitada esta opción, el citado artículo no permite que...el órgano de contratación pueda establecer en el pliego un doble parámetro que descansa en su propio criterio o en el de la mesa de contratación;...Es evidente que la situación descrita en el párrafo anterior, y empleada en el expediente de referencia, afecta a los principios de igualdad y no discriminación, que deben presidir la contratación pública,... en la medida que su cuantificación (10% o 5%), se determina de forma arbitraria por el órgano de contratación una vez conocidas las ofertas de los licitadores.*

En consecuencia, este Tribunal entiende que la “Nota” del pliego que permite al órgano de contratación modificar el parámetro objetivo inicialmente previsto en el pliego para determinar las ofertas presuntamente anormales o desproporcionadas no es ajustada a Derecho... una cláusula contraria a los principios de igualdad y de trato no discriminatorio ha de calificarse como nula de pleno derecho”.

Valoración de ofertas y discrecionalidad técnica

En cuanto a la aplicación de los criterios de valoración no ponderables mediante fórmula, el TACRC, en línea con jurisprudencia ya consolidada reconoce la discrecionalidad técnica de la Administración. En numerosas resoluciones ha debido precisar el alcance de ese concepto. Por ejemplo, en la Resolución 203/2012, de 20 de septiembre precisa que *“la disconformidad con el modo de valorar o de hacer más énfasis en unos u otros aspectos no proporciona argumentos suficientes para concretar un comportamiento arbitrario que, por lo demás, debe ser comprobable por el Tribunal mediante análisis de carácter*

jurídico, no mediante la valoración de los aspectos técnicos que, como hemos señalado, no pueden caer dentro del ámbito jurídico controlable por él”.

Confidencialidad de las proposiciones y principio de transparencia

El TACRC se ha manifestado sobre la confidencialidad de las proposiciones y su posible concurrencia o contradicción con el principio de transparencia y publicidad, como principio general de la contratación recogido en el artículo 1 del TRLCSP.

Entiende el Tribunal, en su Resolución 62/2012, de 29 de febrero, que ni la confidencialidad puede comprender la totalidad de la oferta realizada por el adjudicatario, ni la transparencia puede implicar el acceso incondicionado al expediente de contratación y a los documentos que contiene, habida cuenta de que el artículo 140.1 del 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 del propio TRLCSP. En el conflicto entre el derecho de defensa de un licitador descartado, y el derecho de protección de los intereses comerciales del licitador adjudicatario, señala el Tribunal, se ha de buscar el equilibrio adecuado, de forma que ninguno de ellos se vea perjudicado más allá de lo estrictamente necesario. Señala, además, el Tribunal 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.

De acuerdo con lo anterior, y puesto que la adjudicataria del contrato de forma indiscriminada ha calificado como confidencial toda la documentación incluida en su proposición, cuestión ésta del todo improcedente, corresponderá al órgano de contratación, al objeto de dar cumplimiento al principio de publicidad y transparencia consagrado en el TRLCSP, *“determinar aquella documentación de la proposición de la empresa adjudicataria que, en particular, no afecta a secretos*

técnicos o comerciales o no se corresponde con aspectos confidenciales, siendo necesario que se justifique debidamente en el expediente,... las causas que determinan el carácter confidencial de la citada documentación”.

Ofertas y solicitud de aclaraciones

El Tribunal en su Resolución 64/2012 de 7 de marzo, se refiere a la necesidad de solicitar aclaraciones a los licitadores respecto de sus ofertas siempre que ello no suponga su modificación. Se trataba de un supuesto de *“exclusión de la oferta económica de la UTE recurrente por incluirse en la misma -a juicio de la mesa de contratación- datos contradictorios de imposible subsanación y que por tanto determinan el rechazo de su proposición”*. El Tribunal en su resolución estimó el recurso, aludiendo al criterio sentado por el TJCE (Sentencia T-195/08) que ha calificado como contrario al principio de buena administración la desestimación de las ofertas sin ejercer esa facultad de solicitar aclaraciones, cuando la ambigüedad detectada en la formulación de una oferta pueda explicarse de modo simple y disiparse fácilmente.

Concluye el Tribunal señalando que *“..., no se vulnera el principio de igualdad de los licitadores por el mero hecho de que el órgano de contratación -la mesa de contratación en este caso- solicite aclaraciones a los licitadores sobre el contenido de las ofertas que han presentado, ya que dicha actuación es una exigencia derivada de los principios de buena administración y proporcionalidad, igualmente aplicables a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos. (...) En todo caso, la mesa de contratación debió al menos solicitar a la UTE recurrente aclaración del valor aquí discutido, pues como ha quedado acreditado en ningún caso ello hubiera supuesto un trato privilegiado, ni tampoco una modificación de la oferta, ni vulneración de los principios generales de la contratación pública,... Por tanto, procedería retrotraer el procedimiento al objeto de que solicitase a la UTE recurrente la aportación de aclaraciones respecto del valor por ella consignado...”*

E. Otros supuestos

Diálogo competitivo y notificaciones

El Tribunal, en su Resolución 184/2012 de 6 de septiembre, se refiere a la necesidad de que el acto de selección de participantes en la fase de diálogo competitivo, que conlleva el descarte de los demás licitadores, sea motivado. En concreto, afirma que su regulación no es la que con carácter especial se contiene en el artículo 151.4 del TRLCSP -pues tal precepto se refiere exclusivamente a la relación concreta de los aspectos que debe comprender la notificación de la adjudicación- sino la general prevista para los actos administrativos en el artículo 54 la LRJPAC que establece que *“deben ser motivados los actos que limiten derechos subjetivos o intereses legítimos, lo que concurre en este caso toda vez que se trata de un acto de trámite cualificado que impide al licitador continuar en el procedimiento, y por ello recurrible.”* En el supuesto analizado tanto la notificación (cuyo defecto no supondría por si sola la nulidad del acto), como el propio acto –la selección de los licitadores- se encuentran insuficientemente motivados por lo que se ordena retrotraer las actuaciones al momento inmediatamente anterior a la propuesta de la Mesa Especial de Diálogo Competitivo por la que se aprueba el informe de valoración de la selección de los candidatos que habían de pasar a la siguiente fase.

marzo 2013