

# Memoria del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía

**Año 2017**





# Índice

I. PRESENTACIÓN.....	7
II. REFERENCIA A LAS NOVEDADES INTRODUCIDAS POR LA LEY 9/2017, DE 8 DE NOVIEMBRE, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO EN EL RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN.....	9
III. RECURSOS HUMANOS Y ORGANIZACIÓN.....	13
1. Sede.....	13
2. Composición.....	14
3. Medios.....	14
IV. TRANSPARENCIA Y TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN.....	15
V. INFORME DE ACTIVIDAD.....	17
1. Competencias.....	17
1.1. <i>Ámbito objetivo</i> .....	17
1.2. <i>Ámbito subjetivo</i> .....	17
1.3. <i>Objeto del recurso</i> .....	18
1.3.1. <i>Contratos contra los que cabe el recurso especial</i> .....	19
1.3.2. <i>Actos recurribles</i> .....	20
2. Estadística de recursos y resoluciones.....	20
2.1. <i>Recursos y cuestiones de nulidad</i> .....	20
2.1.1. <i>Poder adjudicador del que procede el acto recurrido</i> .....	22
2.1.2. <i>Tipo de contrato y acto objeto del recurso</i> .....	23
2.2. <i>Resoluciones</i> .....	25
VI. RECURSOS CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVOS.....	28
VII. ACTUACIONES INSTRUMENTALES EN EL EJERCICIO DE SUS COMPETENCIAS.....	29
1. <i>Transparencia de su actividad</i> .....	29
2. <i>III JORNADAS de estudio del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía</i> .....	30
3. <i>Otras actuaciones</i> .....	31
VIII. ALGUNOS CRITERIOS ADOPTADOS POR EL TRIBUNAL EN SUS RESOLUCIONES.....	32
1. <i>Supuestos de inadmisión</i> .....	32
1.1. <i>Presentación electrónica del recurso especial en el ámbito de la Junta de Andalucía</i> .....	32

1.2. Lugar de presentación del recurso especial.....	33
1.3. La interrupción del plazo de interposición del recurso especial en los casos de solicitud de acceso al expediente administrativo.....	34
1.4. Actos posteriores a la adjudicación.....	35
1.5. Ausencia de motivación del acto impugnado cuando la misma es exigible en un momento posterior.....	35
1.6. Legitimación de las Corporaciones de Derecho Público.....	36
1.7. Recalificación de contratos.....	37
<b>2. Supuestos de impugnación de pliegos y anuncios de licitación.....</b>	<b>37</b>
2.1. Objeto de los contratos.....	38
2.1.1. División en lotes del objeto del contrato.....	38
2.1.2. Naturaleza jurídica del contrato atendiendo a su objeto y prestaciones.....	39
2.2. Ámbito subjetivo del contrato: condición de poder adjudicador de una empresa municipal.....	42
2.3. Precio del contrato.....	42
2.3.1. Precio adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato.....	42
2.3.2. Umbrales de saturación en el precio.....	44
2.4. Solvencia.....	44
2.4.1. Sobre su carácter proporcional.....	44
2.4.2. Sobre la clasificación.....	46
2.5. Criterios de adjudicación.....	47
2.5.1. Criterios de arraigo territorial.....	47
2.5.2. Vinculación al objeto del contrato y carácter proporcionado.....	47
2.6. Utilización del procedimiento negociado. Límites.....	48
2.7. Prescripciones técnicas: prohibición de restricciones injustificadas de la concurrencia.....	50
2.8. Subrogación.....	52
<b>3. Supuestos de impugnación de la exclusión.....</b>	<b>52</b>
3.1. Exclusiones relacionadas con la presentación de la documentación.....	52
3.2. Exclusiones relacionadas con la capacidad del empresario.....	54
3.3. Exclusiones relacionadas con la solvencia de las empresas licitadoras.....	55
3.4. Exclusiones por deficiencias en la subsanación de la documentación acreditativa de los requisitos previos.....	55
3.5. Exclusiones por violación del secreto de las ofertas.....	57
3.6. Exclusiones por incumplimiento de determinadas prescripciones contenidas en los pliegos.....	58
3.7. Exclusiones por no superar un umbral mínimo para continuar en el procedimiento de licitación.....	59
3.8. Exclusiones por no justificar la viabilidad de la oferta, inicialmente, incurra en baja anormal o desproporcionada.....	60
3.9. Exclusiones relacionadas con el requerimiento de documentación al amparo del artículo 151.2 del TRLCSP.....	62
<b>4. Supuestos de impugnación de la adjudicación.....</b>	<b>63</b>
4.1. Comisión técnica vs. Comité de expertos.....	63
4.2. Posibilidad de que dispone la mesa de contratación de solicitar a las entidades licitadoras aclaraciones sobre la documentación contenida en sus propuestas. Diferencia entre el supuesto en que se solicitan aclaraciones sobre los certificados y documentos presentados para acreditar la aptitud para contratar con respecto al requerimiento de aclaraciones sobre las ofertas presentadas.....	66

<i>4.3. Análisis de la evolución doctrinal en aquellos supuestos en los que al impugnar el acto de adjudicación se combaten de forma indirecta los pliegos rectores del procedimiento de adjudicación</i> .....	70
<i>4.4. Vinculación de la Administración autora de los pliegos al contenido establecido en ellos</i> .....	72
<i>4.5. Equilibrio entre el derecho de los interesados al trámite de vista de expediente y el derecho que asiste a las licitadoras respecto a la declaración de confidencialidad realizada en sus ofertas</i> .....	74
<i>4.5.1. Declaración genérica del órgano de contratación del carácter confidencial de las ofertas más allá de lo solicitado por las entidades en las proposiciones presentadas en el procedimiento de licitación</i> .....	75
<i>4.5.2. Inecesidad del mecanismo de vista de expediente arbitrado en el artículo 29.3 del RPER</i> .....	76
<i>4.5.3. Declaración de las licitadoras sobre la confidencialidad de sus ofertas y su ampliación posterior con motivo de la interposición del recurso</i> .....	77
<i>4.5.4. Impugnación del acto por el que el órgano de contratación resuelve declarar confidencial parte de la documentación presentada por las licitadoras</i> .....	78
<i>4.6. Falta de motivación. Supuestos en los que la falta de motivación provoca indefensión en contraste con aquellos otros en los que no ha impedido interponer un recurso suficientemente fundado</i> .....	78
<i>4.7. Integración de la solvencia con medios externos, supuestos analizados en el ámbito de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los deportes y los servicios postales</i> .....	81
<b>IX. REFLEXIÓN FINAL</b> .....	<b>83</b>

## ÍNDICE DE ABREVIATURAS

**BOJA:** Boletín Oficial de la Junta de Andalucía.

**DOUE:** Diario Oficial de la Unión Europea.

**IVA:** Impuesto del Valor Añadido.

**LCSP:** Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

**LPACAP:** Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

**PCAP:** Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares.

**PPT:** Pliego de Prescripciones Técnicas.

**RGLCAP:** Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

**RPER:** Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

**STJUE:** Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

**TACRC:** Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

**TARCJA:** Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

**TJUE:** Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

**TRLCSP:** Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.



# MEMORIA DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA AÑO 2017

## I. PRESENTACIÓN

Como en años anteriores el objetivo perseguido con esta memoria es poner de manifiesto la actividad desarrollada por el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía en el año 2017, resaltando las actuaciones desplegadas por el mismo en el ejercicio de las competencias que le son propias, así como otras de carácter instrumental encaminadas al conocimiento, difusión y formación en las materias encomendadas.



Además de ello, la presente memoria realiza una síntesis de los aspectos más significativos que supondrá la entrada en vigor de la recientemente aprobada Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, en la tramitación del recurso especial en materia de contratación.

En este sentido, en el aspecto institucional hemos de resaltar el cambio que va a suponer, para el ámbito competencial del Tribunal la entrada en vigor el día 9 de marzo de 2018 de la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, puesto que amplía el ámbito de aplicación del recurso especial en materia de contratación hacia actos y contratos hasta ahora no susceptibles de ser impugnados en dicha vía.

Junto a ello, el fin que se pretende es resaltar la actividad desplegada en el año 2017 efectuando un examen comparativo con la del ejercicio anterior, así como realizar un balance de la actuación del Tribunal.

Por otro lado, se hace una recopilación de la doctrina sentada por el Tribunal a través de sus resoluciones, en relación a cada uno de los actos susceptibles de recurso como son los pliegos que han de regir las licitaciones, los actos de exclusión y demás actos de trámite cualificados y las resoluciones de adjudicación. De esta forma se pondrá de relieve cuáles son los aspectos más controvertidos que han dado lugar a un mayor índice de litigiosidad, así como cuál es la posición adoptada por el Tribunal al respecto. Con ello, se facilita a los distintos órganos de contratación el conocimiento de las patologías que se producen en el curso de los procedimientos de contratación, así como el modo de evitarlas o paliarlas en la medida de lo posible.

En otro orden de cosas, también se quiere realizar un análisis sobre las multas impuestas por el órgano, así como el importe de las mismas de forma comparativa con las tramitadas en el ejercicio anterior.

Respecto a la actividad institucional del Tribunal, se quieren resaltar algunos de los cambios producidos en el órgano durante el año 2017; así la nueva sede física del Tribunal, como su ubicación en Internet, realizándose avances en la tramitación electrónica del recurso al posibilitarse su presentación en el portal de Atención a la ciudadanía de la Junta de Andalucía, ya que se ha dado de alta en el Registro de Procedimientos de Andalucía un procedimiento creado al efecto para la tramitación de los recursos o reclamaciones presentados ante el mismo.

A ello hay que añadir la organización, un año más, de las Jornadas de Contratación Pública que, con la colaboración del Instituto Andaluz de Administración Pública (IAAP), se llevaron a cabo y que constituyeron un referente no solo por la amplia presencia de los órganos de contratación de la Junta de Andalucía, sino por la cualificación profesional de los ponentes y temas que se abordaron.

Por último destacar que tanto la persona de su Presidenta como de los Vocales de este Tribunal han tenido presencia en distintos foros y jornadas sobre contratación pública, ofreciendo formación en esta materia a los operadores jurídicos que bien desde el sector público o el privado, intervienen en los procedimientos de contratación pública.

La presente Memoria ha sido aprobada por el Pleno del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía en su sesión de 28 de marzo de 2018.



## II. REFERENCIA A LAS NOVEDADES INTRODUCIDAS POR LA LEY 9/2017, DE 8 DE NOVIEMBRE, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO EN EL RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN

Resulta necesario comenzar haciendo mención al Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo de 24 de enero de 2017 sobre la eficacia de las Directivas de recursos por la relación entre su contenido y la actividad de este órgano. El citado Informe pone en valor la eficiencia, eficacia y ahorro que ha supuesto la puesta en funcionamiento por parte de los Estados miembros del mecanismo de recurso. En este sentido, en el informe se destaca que *«los servicios de la Comisión consideraron que las Directivas sobre procedimientos de recurso han tenido un efecto positivo en el procedimiento de contratación pública. Se considera que es más transparente (80,59 %), más justo (79,42 %) y más abierto y accesible (77,65 %), y que proporciona mayores incentivos para cumplir con las normas sustantivas de la contratación pública (81,77 %)»*.

Asimismo, la Comisión señala en su Informe que en unos Estados miembros la resolución del recurso corresponde a órganos jurisdiccionales y en otros se atribuye, en primera instancia, a órganos administrativos (caso de España), concluyendo que, como tendencia general, estos últimos tienden a ser más eficaces y un 74,7% de los encuestados así lo confirman, al considerar que los procedimientos ante los órganos jurisdiccionales ordinarios son más lentos y dan lugar a criterios menos estrictos.

Resulta reseñable que el mecanismo de control introducido por la Ley 34/2010, de 5 de agosto—el recurso especial en materia de contratación— que lleva 6 años en funcionamiento, es un mecanismo que ha funcionado y que los órganos que conocen de los mismos, los Tribunales Administrativos, tienen una naturaleza cuasijurisdiccional reforzada por la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 6 de octubre de 2015 (asunto C-203/14) que indica que: *«en estos tribunales se dan las notas de carácter contradictorio del procedimiento, independencia y carácter obligatorio de su jurisdicción que justifican su consideración como órgano jurisdiccional en el sentido del artículo 267 TFUE»*.

En este sentido, este Órgano considera que, ante la nueva etapa que comienza con la aprobación de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, se cuenta con la experiencia del recurso especial que representa, hasta el momento, un sistema de autocontrol efectivo. Los datos estadísticos de que se disponen acreditan las importantes ventajas económicas que ha aportado un modelo de control eficaz, en tanto ha favorecido la transparencia y la concurrencia y ha permitido corregir las patologías e *«inercias»* administrativas.

El pasado 8 de noviembre de 2017 se aprobó la citada Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014. La norma legal fue publicada el 9 de noviembre de 2017 en el Boletín Oficial del Estado número 272, estableciendo en su disposición final decimosexta una «vacatio legis» de 4 meses desde su publicación, por lo que la misma entró en vigor el 9 de marzo de 2018.

La norma introduce importantes novedades en lo relativo al recurso especial en materia de contratación que se encuentra regulado en el Capítulo V del Título I del Libro primero de la LCSP y en concreto en los artículos 44 a 60 del texto legal.

El artículo 44 de la LCSP introduce modificaciones en su apartado primero en relación con los tipos de contratos cuyos actos y decisiones podrán ser objeto de impugnación en comparación con la regulación contenida en el artículo 40 del TRLCSP<sup>1</sup>:

- Con respecto al contrato de obras se baja el umbral del valor estimado de los contratos de 5.548.000 euros a 3.000.000 de euros; lo mismo ocurre respecto a los contratos de concesión de obra y con la nueva tipología del contrato de concesión de servicios.
- Con relación a los contratos de servicios y suministro se baja el umbral de 221.000 euros a 100.000 euros.
- Se introduce la posibilidad de impugnar los contratos administrativos especiales en los que no se pueda fijar su precio de licitación o cuando su valor estimado sea el establecido para los contratos de servicios y suministros, así como los encargos cuando, por sus características no sea posible fijar su importe o, en otro caso, cuando este, atendida su duración total más las prórrogas, sea igual o superior a lo establecido para los contratos de servicios.
- Además, se mantiene la posibilidad de impugnación respecto al resto de contratos de obras, suministros y servicios sujetos a regulación armonizada que ya eran objeto de recurso.

Sí es nueva la sujeción de los sistemas dinámicos de contratación y de los contratos basados en estos y en acuerdos marco. No obstante, ya se venía sujetando al recurso especial por parte de los Tribunales los contratos basados en acuerdos marco que superasen el umbral comunitario, dándoles en este punto el mismo tratamiento que a un contrato de obras, servicios o suministro sujeto a regulación armonizada.

---

1. Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.



En el segundo apartado del artículo 44 de la LCSP, se establecen las actuaciones que pueden ser objeto de recurso, donde también se aprecian novedades, ya que además de los actos objeto de recurso que se recogen en el artículo 40.2 del TRLCSP se incluyen los siguientes:

- La admisión de candidatos y de ofertas.
- Las modificaciones contractuales.
- La formalización de encargos a medios propios.
- Los acuerdos de rescate de concesiones.

Por otra parte, la sujeción de los poderes adjudicadores que no sean Administración Pública a los procedimientos que establece la Ley tanto para los contratos armonizados como no armonizados y la supresión del régimen jurídico por Instrucciones internas, determina que sean susceptibles de recurso especial los contratos y actos de los mencionados entes, por encima de los importes indicados a efecto de recurso especial.

Resulta reseñable también el artículo 44.7 de la LCSP que establece que el recurso especial en materia de contratación tendrá carácter potestativo y será gratuito para las recurrentes, aunque no especialmente para este órgano, en el que el recurso ha sido gratuito desde el inicio de su funcionamiento.

El artículo 48 de la LCSP también amplía la legitimación activa para la interposición del recurso incorporando la doctrina que se ha generado desde la aprobación del TRLCSP hasta ahora, reconociendo de forma expresa la legitimación de las organizaciones sindicales contra actos de los que pudiera deducirse de forma fundada que en la ejecución del contrato vayan a implicar incumplimientos del empresario de obligaciones sociales o laborales respecto de los trabajadores que participen en la realización de la prestación. Asimismo, se reconoce la legitimación de la organización empresarial sectorial representativa de los intereses afectados.

También se aprecian novedades significativas con relación al lugar de presentación de los recursos especiales; en este sentido, se amplían los lugares de presentación: además del Registro del órgano de contratación y del Tribunal como regula el TRLCSP, establece el artículo 51.3 de la LCSP la extensión a: «cualquiera de los lugares establecidos en el artículo 16.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas», indicando que en este supuesto se deberá comunicar al Tribunal la presentación del recurso de manera inmediata y de la forma más rápida posible.

Con respecto al plazo de presentación del recurso, se mantiene el plazo de 15 días hábiles, si bien, en el supuesto de que el recurso se funde en alguna de las causas de nulidad pre-

vistas en el artículo 39 de la LCSP, el plazo será de 30 días en algunos supuestos y 6 meses en otros y desaparece así la cuestión de nulidad que se recoge en el artículo 39 del TRLCSP.

Con relación a la tramitación del procedimiento de recurso, la LCSP incorpora fundamentalmente las novedades introducidas por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante RPER); en síntesis, además de las ya mencionadas encontramos las siguientes novedades:

- Se elimina el anuncio previo establecido en el artículo 44 del TRLCSP.
- Se establece en el artículo 51.1.e) la obligación de que la recurrente indique una dirección de correo electrónico «habilitada» a la que enviar las comunicaciones y notificaciones.
- El artículo 50 prevé que con carácter general no se admitirá el recurso contra los pliegos y documentos contractuales que hayan de regir una contratación si la recurrente, con carácter previo a la interposición, hubiera presentado oferta o solicitud de participación en la licitación correspondiente, sin perjuicio de lo previsto para los supuestos de nulidad de pleno derecho.
- El artículo 51.2 especifica que en el caso de que el órgano solicite subsanaciones por defectos en el escrito de recurso, la presentación se realizará, necesariamente, en el Registro del Tribunal; la misma previsión se establece con relación al trámite de alegaciones con el resto de los interesados que deberán presentarse también en el Registro del Tribunal.
- Se regulan expresamente las causas de inadmisión en el artículo 55.
- Se prevé en el artículo 57.2 que en el supuesto de que la estimación de un recurso conlleve la anulación de los pliegos rectores del procedimiento, ello determinará la anulación de los actos del expediente de contratación relacionados con su aprobación.
- El mismo artículo 57.4 establece como novedad que en caso de que el Tribunal estime total o parcialmente un recurso, el órgano de contratación deberá darle conocimiento de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la misma.
- Se incrementa el importe de las multas que puede imponer el Tribunal en los supuestos en los que aprecie temeridad o mala fe en la interposición del recurso; en este sentido, si el artículo 47.5 del TRLCSP establece que el importe máximo de la multa puede ascender a 15.000 euros, el artículo 58 de la LCSP lo eleva hasta los 30.000 euros, añadiendo para la determinación de su cuantía el cálculo de los beneficios obtenidos.
- También se aprecian novedades en la posibilidad del Tribunal de imponer a la entidad contratante la obligación de indemnizar por daños y perjuicios, que no está limitado a que lo solicite la recurrente –como prevé el artículo 55 del RPER– sino que ahora el artículo 58 de LCSP dispone que lo puede solicitar cualquier interesado.

Estas son las principales novedades que supondrá la nueva LCSP con relación al recurso especial. Es de recibo mencionar que se espera un importante aumento en la carga de trabajo asumida por el Tribunal y provocada por varios factores; en primer lugar, por los nuevos umbrales a partir de los cuales se permitirá la interposición del recurso –que en algunos casos son incluso inferiores a la mitad–; en segundo lugar, por la previsión de que nuevos actos puedan ser recurridos que sin duda supondrá el análisis de supuestos de gran complejidad; en tercer lugar; por la novedades que se establecen en la tramitación del procedimiento con el seguimiento de las resoluciones estimatorias o la imposición de mayores sanciones a las recurrentes e indemnizaciones a las entidades contratantes.

### III. RECURSOS HUMANOS Y ORGANIZACIÓN

#### 1. Sede

Con respecto a los medios materiales adscritos al Tribunal, procede mencionar que el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía (en adelante TARCJA), aunque es un órgano independiente, está adscrito orgánicamente a la Consejería de Hacienda y Administración Pública, de modo que no gestiona un presupuesto propio, sino que los gastos necesarios para su funcionamiento se gestionan por la Secretaría General Técnica de la citada Consejería.

Durante el año 2017, se ha producido el cambio de sede del Tribunal a unas instalaciones necesarias para poder ubicar al personal del mismo y sobre todo hacer posible la presentación de los recursos directamente en la sede del Tribunal agilizando, con ello, los plazos de resolución.



Por otro lado, las nuevas instalaciones tienen una superficie mayor que posibilitará la incorporación de nuevos efectivos.

El Tribunal tiene su sede en la calle Barcelona, 4-6. 41001. Sevilla.

## 2. Composición

El TARCJA fue creado mediante el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre (BOJA núm. 222, de 11 de noviembre). Se puso en funcionamiento por Orden de 14 de diciembre de 2011 (BOJA núm. 24, de 21 de diciembre) desarrollando su actividad como órgano unipersonal durante los años 2012, 2013 y 2014.

En virtud del Decreto 120/2014, de 1 de agosto, se acordó la puesta en funcionamiento del órgano como colegiado, si bien no fue hasta el Acuerdo del Consejo de Gobierno, de 13 de enero de 2015, cuando se nombraron los dos vocales y por tanto, no es hasta el año 2015 cuando empieza a funcionar como tal órgano colegiado, compuesto por la Presidenta y dos Vocales, estando asistido, además, por la persona titular de la Secretaría que actuará con voz y sin voto.

## 3. Medios

A lo largo de estos años se ha ido incorporando progresivamente personal de apoyo, tanto técnico como administrativo, prestando servicios en este Órgano actualmente once personas además de las ya referidas. Entre ellas se encuentra una persona al frente del Gabinete de Recursos, un Asesor Técnico, dos personas encargadas de la Sección de Tramitación y dos Técnicos de apoyo. Finalmente, como personal administrativo este Tribunal cuenta con cinco personas, incluyendo la Secretaria de la Presidenta.

Hay que resaltar que con la aprobación de la LCSP, y ante las novedades introducidas en el recurso especial en materia de contratación se han analizado las repercusiones que el cambio legislativo puede producir en las cargas de trabajo asumidas por el órgano.

Resultan reveladores los datos extraídos de la memoria anual de la contratación pública del año 2015 –última publicada– de la Dirección General de Patrimonio de la Consejería de Hacienda y Administración Pública. En el mencionado documento se hace una síntesis de la actividad contractual de la Junta de Andalucía incluida su Administración Instrumental. De los datos contenidos en la misma, se puede apreciar que si en el ejercicio 2015 se hubieran aplicado los umbrales que ahora establece la LCSP para la impugnación de los contratos, podrían haberse recurrido, tan solo en el ámbito de la Junta de Andalucía,

aproximadamente 2.255 contratos y ello como indicamos, sin tener en cuenta los expedientes de contratación de otros órganos a los que también se presta servicio, como son las Universidades Públicas de Andalucía, así como las Entidades Locales andaluzas y sus entes instrumentales.

En este sentido, hay que tener en cuenta que en el año 2015 tuvieron entrada en el Tribunal 296 recursos en total, de los que el 70% correspondieron a expedientes de la Junta de Andalucía, por lo que si comparamos ambos datos –los expedientes susceptibles de recursos según la LCSP y los recursos que entraron en el Tribunal en aplicación del TRLCSP– se concluye que con la entrada en vigor de la LCSP es seguro que se producirá un aumento muy significativo de expedientes de contratación que podrán ser objeto de recurso, por lo que con toda probabilidad las impugnaciones van a aumentar de forma notable.

Es por ello, que desde octubre se está tramitando por la Consejería de Hacienda y Administración Pública –órgano al que se encuentra adscrito el TARCJA– una modificación de la Relación de Puestos de Trabajo adscritos a este órgano, con el claro objetivo de anticiparse a la nueva realidad que se avecina y de que el TARCJA disponga de unos medios humanos y materiales suficientes para poder ejercer las competencias que tiene atribuidas de forma adecuada.

#### IV. TRANSPARENCIA Y TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN

También durante el año 2017 se han realizado cambios en lo relativo a la presencia del TARCJA en Internet. En este sentido, se ha integrado al órgano dentro del Portal de la Junta de Andalucía, donde se le dota de un espacio en el que es posible acceder a la información sobre el mismo, que se puede consultar en el siguiente enlace (código QR):



Además de lo anterior, se ha habilitado un procedimiento electrónico dentro del Registro de Procedimientos Administrativos de la Junta de Andalucía en el que se permite la presentación electrónica del recurso especial en materia de contratación, así como la de otros escritos relacionados con el procedimiento como son: subsanaciones, alegaciones, o la remisión por parte del órgano de contratación del expediente administrativo así como

el resto de documentación que preceptúa la legislación aplicable, todo ello por medio del siguiente enlace (código QR):



En este sentido, ha sido prioridad de la Presidenta del TARCJA garantizar la máxima transparencia en las actuaciones del órgano y facilitar el conocimiento de las resoluciones dictadas por el mismo. Es por ello, que en esta nueva ubicación se ha integrado también un enlace a las resoluciones que este Tribunal va dictando una vez que han sido notificadas a las recurrentes y demás interesadas; de esta manera se puede hacer un seguimiento diario de la actividad del Tribunal así como de la doctrina fijada por el mismo en sus resoluciones.

En esa misma ubicación se tiene acceso al Buscador de las resoluciones publicadas que permite una fácil y rápida localización de las mismas, tanto por contenido como por número de recurso y fecha, con el fin de facilitar su conocimiento por todas las interesadas. Código QR del buscador de Resoluciones:



También se ha considerado útil incluir en la nueva ubicación un acceso al Manual Práctico sobre el recurso especial en materia de contratación donde se recoge la Doctrina de este Tribunal durante los años 2012 al 2016, permitiendo así la consulta del mismo de forma electrónica; se puede acceder a su contenido por medio del siguiente enlace (Código QR):





Finalmente, indicar que la dirección de correo electrónico del TARCJA es: [tribunaladministrativo.contratos@juntadeandalucia.es](mailto:tribunaladministrativo.contratos@juntadeandalucia.es)

## V. INFORME DE ACTIVIDAD

El TARCJA ejerce las competencias previstas en su norma de creación, si bien durante el año 2017 ha desarrollado además actuaciones instrumentales en el ámbito formativo.

### 1. Competencias

#### 1.1. *Ámbito objetivo*

De conformidad con el artículo 1 de su norma de creación, al Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía le corresponden las siguientes competencias:

1. Resolver los recursos especiales en materia de contratación, actualmente, al amparo de la LCSP.
2. Resolver las reclamaciones en los procedimientos de adjudicación, así como las cuestiones de nulidad a que se refiere 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.
3. Resolver, respecto a los contratos celebrados en el ámbito de la seguridad pública, los recursos especiales en materia de contratación y las cuestiones de nulidad a que se refiere la Ley 24/2011, de 1 de agosto, de Contratos del Sector Público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad.
4. Adoptar las decisiones que procedan sobre las medidas provisionales o cautelares solicitadas por las personas legitimadas con anterioridad a la interposición de los recursos, reclamaciones y cuestiones de nulidad mencionados en los tres apartados anteriores.
5. Cualquier otra competencia que le atribuya la normativa de la Unión Europea o la normativa estatal básica.

#### 1.2. *Ámbito subjetivo*

El artículo 1 del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, residencia la competencia del TARCJA, desde el punto de vista subjetivo, en el ámbito de la Administración de la Junta de Andalucía y de sus entidades instrumentales con la condición de poderes adjudicadores. No obstante, los artículos 10 y 11 del mencionado Decreto permitían que las entidades locales de Andalucía y sus poderes adjudicadores, el Parlamento de Andalucía, las institu-

ciones de autogobierno del Capítulo VI del Título IV del Estatuto de Autonomía y las Universidades Públicas de Andalucía atribuyesen competencia al TARCJA para la resolución de los recursos especiales en materia de contratación y cuestiones de nulidad planteados en su ámbito, previa suscripción de un convenio con la Consejería de Hacienda y Administración Pública.

Tras la modificación efectuada por el Decreto 120/2014, de 1 de agosto, del citado artículo 10 del Decreto 332/2011, el TARCJA será directamente competente para resolver los recursos, reclamaciones y cuestiones de nulidad respecto a los actos de las entidades locales y los poderes adjudicadores vinculados a las mismas, sin necesidad de suscribir un convenio, en caso de que estas no hayan creado un órgano propio para el conocimiento y resolución del recurso especial en materia de contratación, de la cuestión de nulidad y las demás reclamaciones a que se refiere el artículo 1 del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, ni haya encomendado su resolución a un órgano especializado en la materia que pudiera haberse creado a nivel provincial.

A este respecto, la nueva LCSP ha venido a limitar la posibilidad de crear un órgano especializado y funcionalmente independiente que ostente la competencia para resolver los recursos a los Ayuntamientos de los municipios de gran población y a las Diputaciones Provinciales. Previendo, para el resto de Ayuntamientos, que puedan, en su caso, atribuir la competencia para resolver el conocimiento del recurso al órgano creado por la Diputación de la provincia a la que pertenezcan.

En el caso de recursos interpuestos contra actos de los poderes adjudicadores que no tengan la consideración de Administraciones Públicas, se sigue manteniendo la previsión de que la competencia esté atribuida al órgano independiente que la ostente respecto de la Administración a que esté vinculada la entidad autora del acto recurrido.

### **1.3. Objeto del recurso**

El recurso especial en materia de contratación es previo al recurso contencioso-administrativo pero potestativo, de tal forma que contra los actos susceptibles de dicho recurso puede acudir directamente a la vía contencioso-administrativa.

Durante el año 2016 y 2017 ha sido significativa la incidencia que ha tenido el efecto directo de las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 y que ha implicado la elaboración de un cuerpo de doctrina que será objeto de tratamiento en otro apartado de la memoria.



### *1.3.1. Contratos contra los que cabe el recurso especial*

De acuerdo con el artículo 44.1 de la nueva LCSP serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación, los actos enumerados en el apartado 1.3.2., referidos a los siguientes contratos con las siguientes cuantías:

- a) Contratos de obras cuyo valor estimado sea superior a tres millones de euros, y de suministro y servicios, que tenga un valor estimado superior a cien mil euros.
- b) Acuerdos marco y sistemas dinámicos de adquisición que tengan por objeto la celebración de alguno de los contratos tipificados en la letra anterior, así como los contratos basados en cualquiera de ellos.
- c) Concesiones de obras o de servicios cuyo valor estimado supere los tres millones de euros.

Serán igualmente recurribles los contratos administrativos especiales, cuando, por sus características no sea posible fijar su precio de licitación o, en otro caso, cuando su valor estimado sea superior a lo establecido para los contratos de servicios.

Asimismo serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación los contratos subvencionados a que se refiere el artículo 23, y los encargos cuando, por sus características no sea posible fijar su importe o, en otro caso, cuando este, atendida su duración total más las prórrogas, sea igual o superior a lo establecido para los contratos de servicios.

**Contratos de los sectores especiales de 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.**

A lo anterior hay que añadir los contratos celebrados en el ámbito de la Ley 31/2007 que atribuye en su artículo 101 la competencia para resolver las reclamaciones, las cuestiones de nulidad, medidas cautelares de carácter provisional así como la de fijar las indemnizaciones que procedan, dentro de su ámbito de competencia, al TARCA.

Establece el artículo 1 de la citada Ley 31/2007 que estarán dentro del ámbito de esta ley, los contratos de obras, suministro y servicios cuando contraten las entidades públicas y privadas –que se recogen en el artículo 3.1 de la misma– que operen en los sectores de actividad relacionados con el agua, la energía, los transportes y los servicios postales, tal como se concreta en los artículos 7 a 12, cuando su importe sea igual o superior a 443.000

euros<sup>2</sup> en los contratos de suministro y servicios y 5.548.000 euros en los contratos de obras –artículo 16 Ley 31/2007–.

### 1.3.2. *Actos recurribles*

En relación a los contratos antes enumerados, la nueva Ley establece que serán recurribles los siguientes actos:

- a) Los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación.
- b) Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que estos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. En todo caso se considerará que concurren las circunstancias anteriores en los actos de la mesa o del órgano de contratación por los que se acuerde la admisión o inadmisión de candidatas o licitadoras, o la admisión o exclusión de ofertas, incluidas las ofertas que sean excluidas por resultar anormalmente bajas como consecuencia de la aplicación del artículo 149.
- c) Los acuerdos de adjudicación.
- d) Las modificaciones basadas en el incumplimiento de lo establecido en los artículos 204 y 205 de la presente Ley, por entender que la modificación debió ser objeto de una nueva adjudicación.
- e) La formalización de encargos a medios propios en los casos en que estos no cumplan los requisitos legales.
- f) Los acuerdos de rescate de concesiones.

## 2. Estadística de recursos y resoluciones

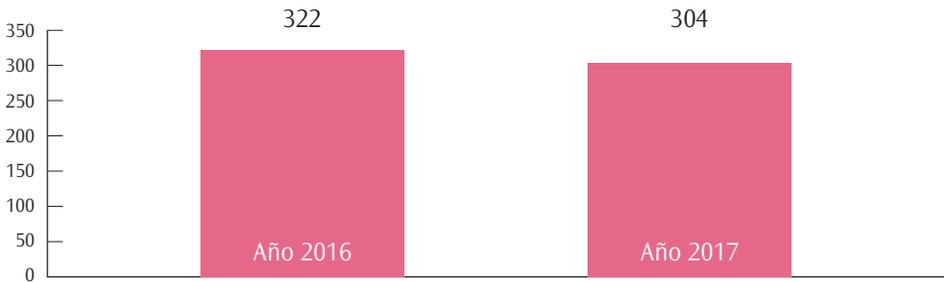
### 2.1. *Recursos y cuestiones de nulidad*

Durante el año 2017 ha habido un ligero decremento del número de recursos, habiendo tenido entrada en el Tribunal un total de 304 recursos, es decir, 18 recursos menos que en el año anterior.

El siguiente gráfico refleja el número de recursos que han tenido entrada en el TARCJA de forma comparativa con el año 2016.

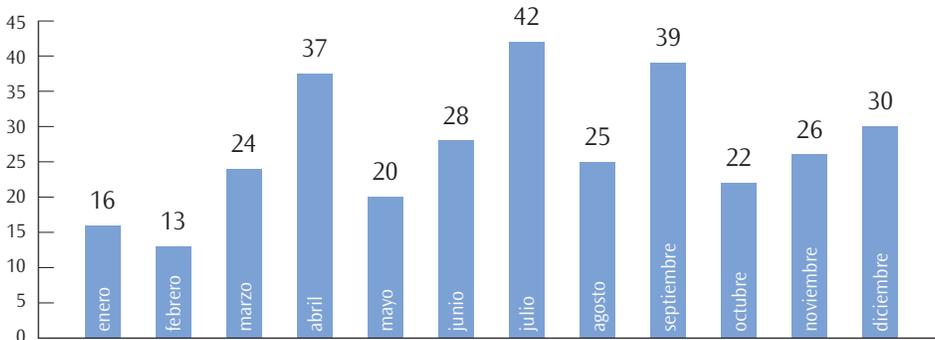
2. Orden HFP/1298/2017, de 26 de diciembre, por la que se publican los límites de los distintos tipos de contratos a efectos de la contratación del sector público a partir del 1 de enero de 2018.

### Recursos presentados ante el Tribunal

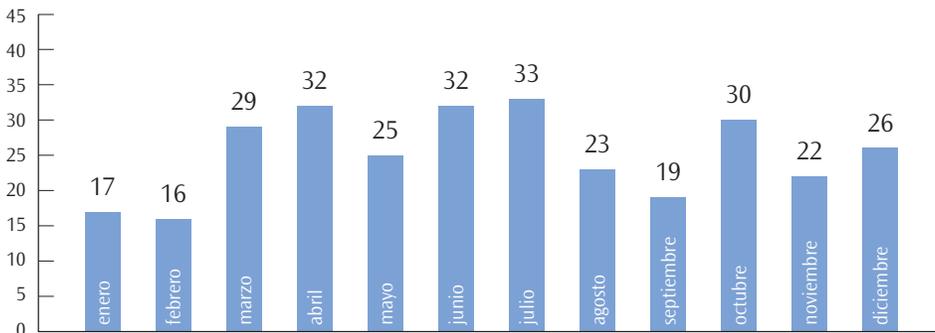


En los siguientes gráficos pueden apreciarse las entradas de recursos en el Tribunal por meses, durante los años 2016 y 2017. Así, el promedio mensual en 2016 fue de 27 recursos frente a 25 recursos en 2017.

### Recursos interpuestos en el año 2016



### Recursos interpuestos en el año 2017



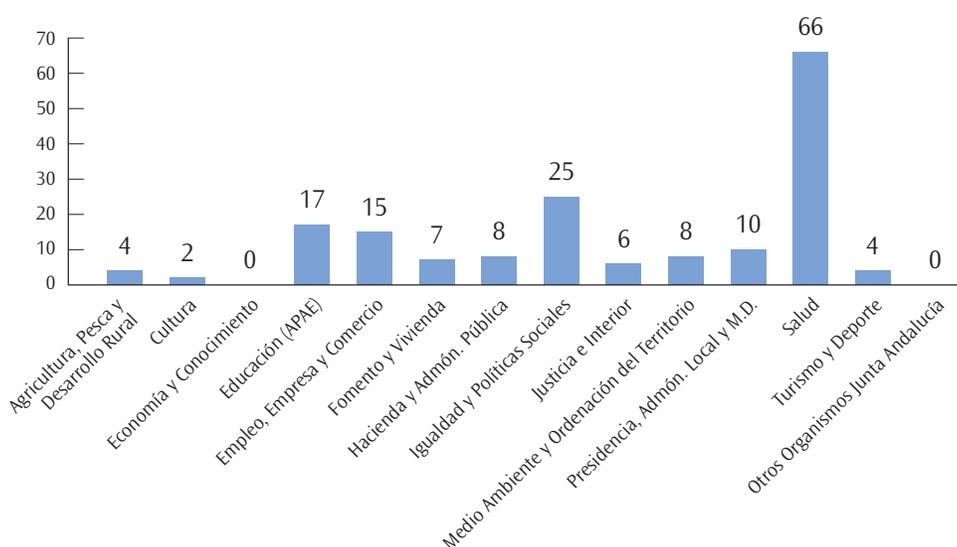
### 2.1.1. Poder adjudicador del que procede el acto recurrido

En el siguiente cuadro se muestra el número de recursos por ámbito subjetivo de procedencia durante los años 2016 y 2017. Así, en 2016 se computaron 247 recursos contra actos de la Administración de la Junta de Andalucía y sus entidades instrumentales, en 2017 el número de recursos de estas entidades se sitúa en 172 aunque se incrementan notablemente los recursos procedentes de las Entidades Locales. Se observa que en el ámbito de la Junta de Andalucía el mayor número de recursos en el año 2017 al igual que en el año 2016 procede de entes del sector público adscritos a la Consejería de Salud; en concreto, del Servicio Andaluz de Salud. Por otro lado, resulta significativa la disminución de recursos procedentes de expedientes de contratación tramitados por la Agencia Pública Andaluza de Educación perteneciente a la Consejería de Educación, que pasa de 89 a 17 recursos.

Hay que poner de relieve que el valor estimado global de las licitaciones en el ámbito de la Administración de la Junta de Andalucía, que han sido impugnadas en el año 2017, asciende a más de setecientos millones de euros, en concreto; 725.430.549,94 euros.

Agricultura, Pesca y Desarrollo Rural	Cultura	Economía y Conocimiento	Educación (APAE)	Empleo, Empresa y Comercio	Fomento y Vivienda	Hacienda y Admón. Pública	Igualdad y Políticas Sociales	Justicia e Interior	Medio Ambiente y Ordenación del Territorio	Presidencia, A. L. y M.D.	Salud	Turismo y Deporte	Otros Organismos Junta Andalucía
4	2	0	17	15	7	8	25	6	8	10	66	4	0

Recursos por Consejerías año 2017

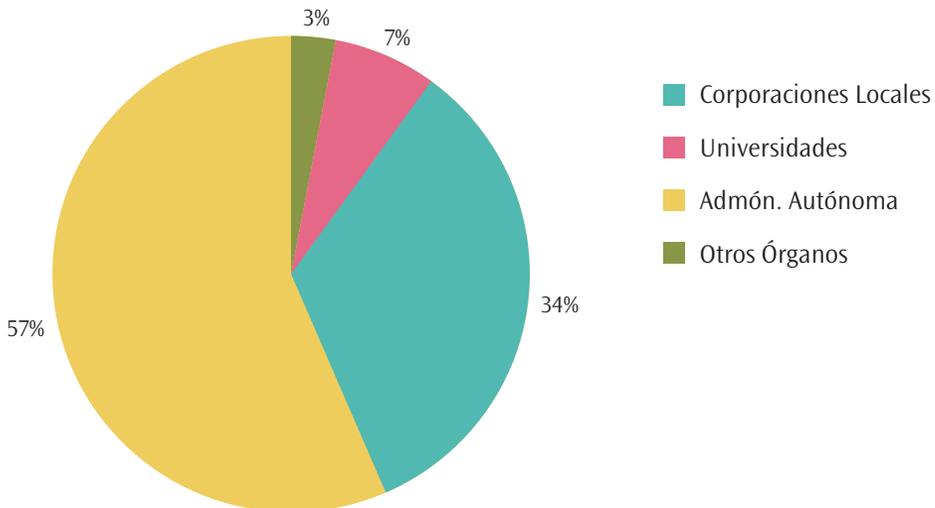


En lo que respecta a las entidades locales, en 2017 se computaron 104 recursos contra actos emanados de las mismas, 41 más que en el año anterior. En el ámbito de las Universidades andaluzas, el número de recursos contractuales ha aumentado de 11 a 20.

En este sentido, el valor estimado total de las licitaciones impugnadas asciende a un total de 1.133.339.118,98 euros.

		2016	2017
PROCEDENCIA Recursos	Corporaciones Locales	63	104
	Universidades	11	20
	Admón. Autónoma	247	172
	Otros Órganos	1	8

**Procedencia Recursos 2017**



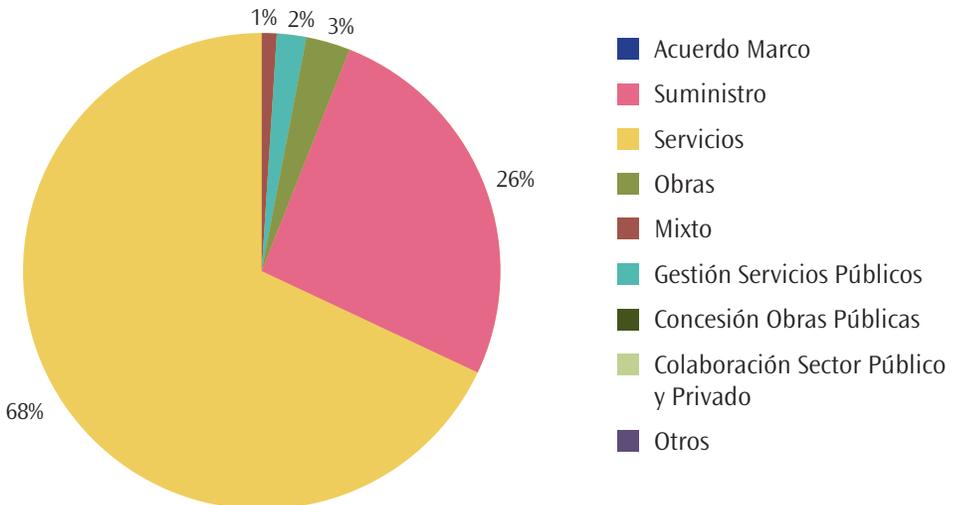
### 2.1.2. Tipo de contrato y acto objeto del recurso

Por otro lado, el mayor número de recursos del año 2017 se ha producido, al igual que en años anteriores, en el ámbito del contrato de servicios (208 recursos) y el acto contra el que se han formalizado más impugnaciones ha sido la adjudicación (144 recursos).

En los siguientes gráficos puede observarse el porcentaje de recursos de 2017 atendiendo, respectivamente, al tipo de contrato y al acto impugnado. Según el **tipo de contrato** al que afecta el acto recurrido, como se ha señalado, el número de recursos ha sido mayor respecto del contrato de servicios (68%), al igual que sucedía en el año 2016.

TIPO CONTRATO	Nº
Acuerdo Marco	0
Suministro	79
Servicios	208
Obras	10
Mixto	2
Gestión Servicios Públicos	5
Concesión Obras Públicas	0
Colaboración Sector Público y Privado	0
Otros	0

**Tipo de contrato recursos 2017**

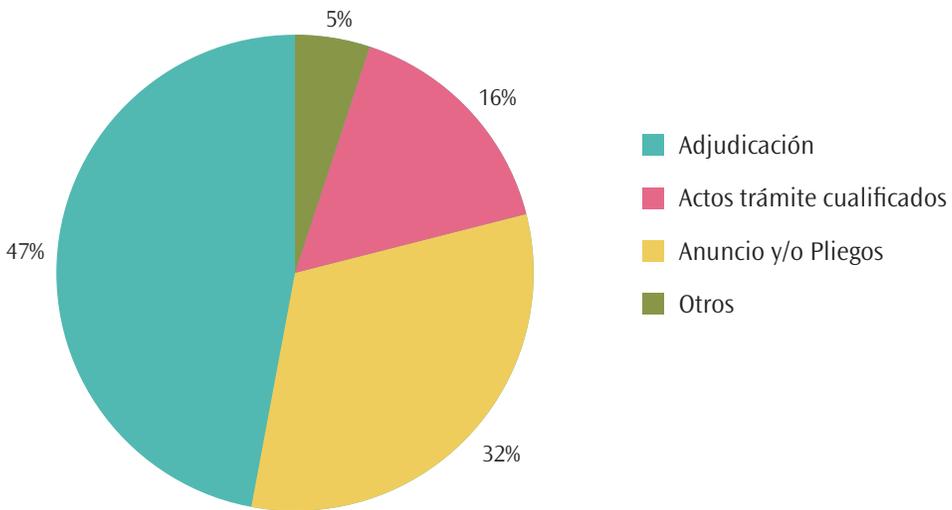


Según el **tipo de acto impugnado**, el acto más recurrido ha sido la resolución de adjudicación del contrato, con un 47% de los recursos, lo que supone un porcentaje similar al del año 2016 en que los recursos contra actos de adjudicación representaba un 55%, lo mismo

ocurre con respecto al número de recursos contra los pliegos y demás documentos contractuales –26% en 2016 y 32% en 2017–, así como contra los actos de trámite cualificados –16% en ambos años–.

ACTO IMPUGNADO	Nº
Adjudicación	144
Actos trámite cualificados	50
Anuncio y/o Pliegos	96
Otros	14

### Acto impugnado recursos 2017



## 2.2. Resoluciones

En 2017, el Tribunal ha dictado un total de 284 resoluciones con relación a los recursos interpuestos. El año pasado el número de resoluciones fue de 342, la leve disminución respecto a 2016 se ha producido como consecuencia del decremento en el número de recursos que han tenido entrada en el TARCJA durante ese año.

De las 284 resoluciones adoptadas, 21 corresponden a estimaciones parciales del recurso, 63 a estimaciones totales, 126 a desestimaciones, 67 a inadmisiones y 7 a desistimientos y otros supuestos. Asimismo, si se efectúa el cómputo atendiendo solamente a las resolucio-

nes que resuelven sobre el fondo del recurso, se aprecia un 60% de resoluciones desestimatorias frente a un 40% de resoluciones estimatorias, lo que confirma la tendencia mostrada en los últimos años en la que va aumentando el porcentaje del número de recursos que se estiman por este Tribunal.

En relación a las medidas provisionales, se han dictado a lo largo del año 2017, 121. La mayoría de estas resoluciones han acordado el mantenimiento de la suspensión automática del procedimiento al haber sido recurrido el acto de adjudicación.

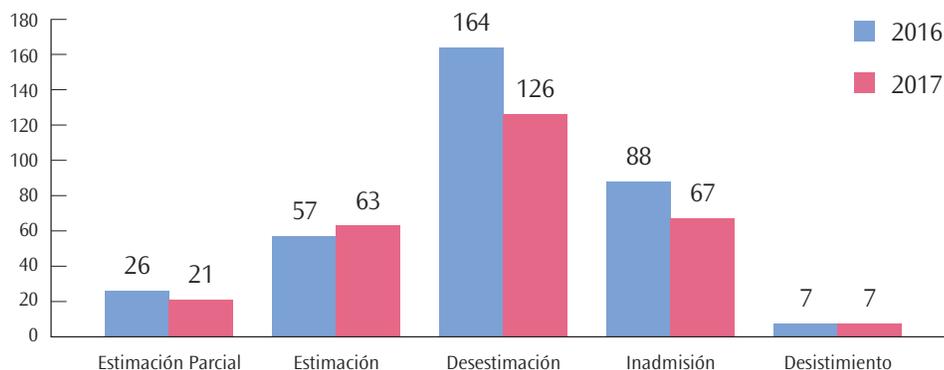
En el resto de resoluciones sobre medidas provisionales, el porcentaje de adopción o estimación de la medida solicitada es mayor que el de su denegación. Sobre este particular, se quiere hacer hincapié en que la garantía del efecto útil del recurso, así como los breves plazos para su resolución imponen, en un alto índice de supuestos, la necesidad de acordar la suspensión; así, un 95% de las resoluciones de medidas provisionales dictadas han sido estimatorias.

En los gráficos siguientes, se pueden observar los datos antes expuestos de la actividad del Tribunal en el año 2017 así como su comparativa con respecto al ejercicio anterior.

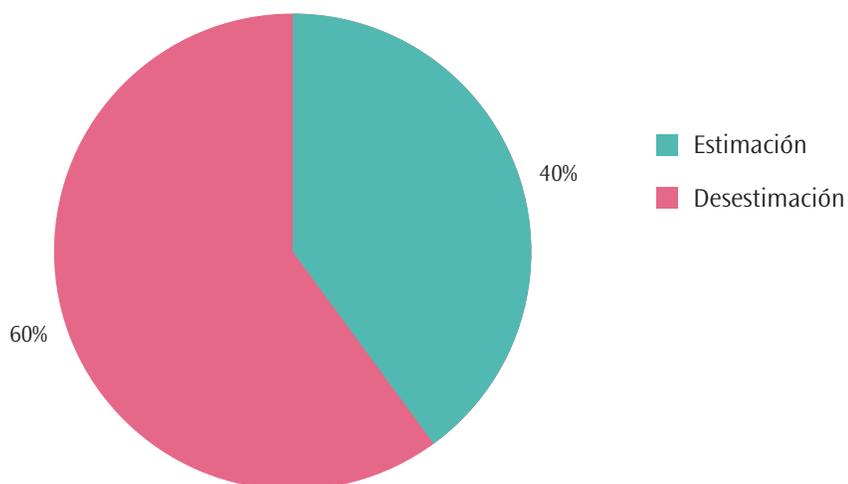
#### Por el sentido de la resolución:

		2016	2017
SENTIDO RESOLUCIÓN	Estimación Parcial	26	21
	Estimación	57	63
	Desestimación	164	126
	Inadmisión	88	67
	Desistimiento	7	7

#### Sentido de la resolución



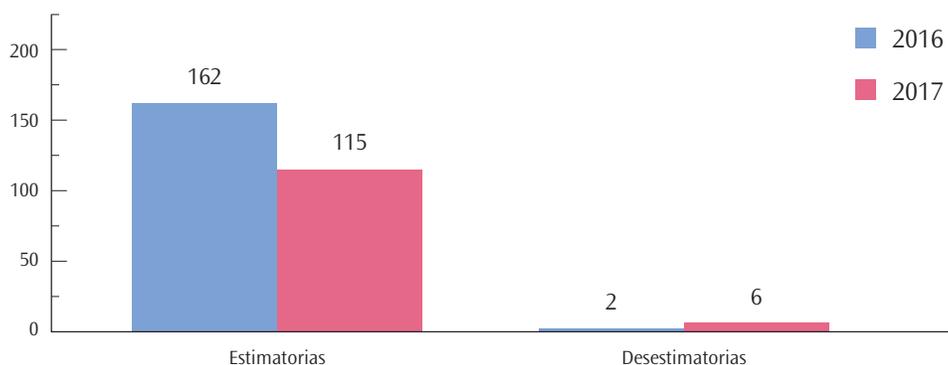
## Resoluciones 2017 que entran en el Fondo del Asunto



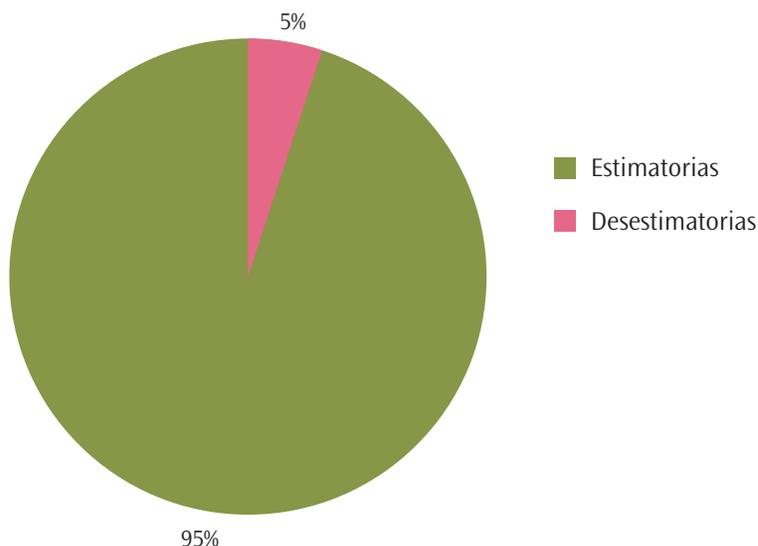
## Resoluciones de medidas cautelares:

		2016	2017
Resoluciones Medidas Cautelares	Estimatorias	162	115
	Desestimatorias	2	6

## Resoluciones de Medidas Cautelares



## Resoluciones 2017 de Medidas Cautelares



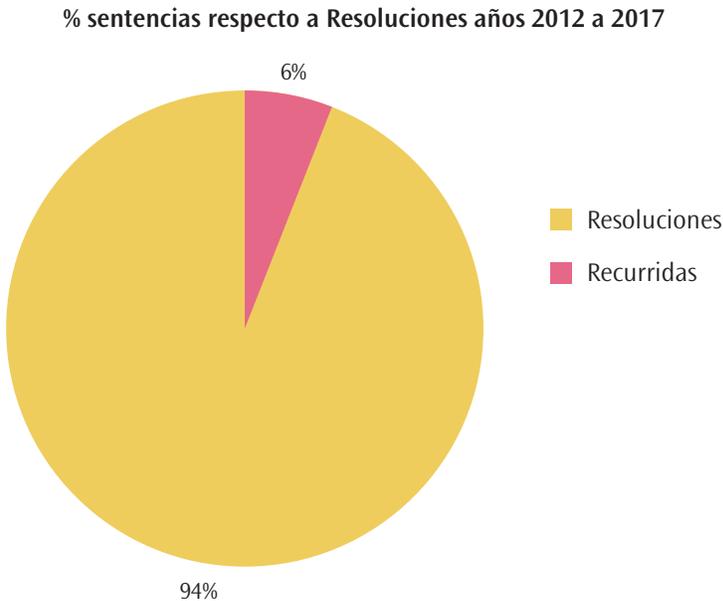
## VI. RECURSOS CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVOS

Hay que destacar que también durante el año 2017 ha seguido siendo escaso el número de resoluciones dictadas por el Tribunal impugnadas ante la Jurisdicción contencioso-administrativa, lo que supone la aceptación del criterio asentado por el Tribunal por parte de quienes acuden al mismo interponiendo un recurso. Así, de las 1612 resoluciones que se han dictado en los seis años de funcionamiento, sólo han sido recurridas ante el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía 97, lo que supone un porcentaje de impugnación judicial de un 6%.

Asimismo, merece destacar que de los 97 recursos contencioso-administrativos interpuestos, la Sala solo se ha pronunciado por el momento en 41 de ellos:

AÑO	RESOLUCIONES TARCJA		SENTENCIAS		
	TOTAL	Recurridas	Estimatorias	Desestimatorias	Autos Archivo actuaciones
2012	124	4		2	1
2013	159	8		5	3
2014	268	22	2	10	5
2015	435	24	1	8	1
2016	342	20		1	1
2017	284	19			1
<b>TOTAL</b>	<b>1.612</b>	<b>97</b>	<b>3</b>	<b>26</b>	<b>12</b>

## Porcentaje de sentencias recurridas respecto al total de resoluciones en los años 2012 a 2017:



## VII. ACTUACIONES INSTRUMENTALES EN EL EJERCICIO DE SUS COMPETENCIAS

### 1. Transparencia de su actividad

El Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, desde que inició su funcionamiento en virtud de la Orden de 14 de diciembre de 2011 (BOJA nº 24, de 21 de diciembre), ha venido cumpliendo con las exigencias de publicidad activa previstas en el artículo 7 de la Ley 1/2014, de 24 de junio, de Transparencia Pública de Andalucía, mediante la publicación, en la página web de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, dentro del enlace «Contratación Pública», Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, de:

- Las resoluciones dictadas por el mismo, una vez notificadas las mismas a las recurrentes.
- Toda la información referente al mismo, tal como composición, competencias, normativa de aplicación, datos básicos, guía informativa sobre regulación del Tribunal y los procedimientos seguidos ante el mismo.
- Las Memorias anuales de la actividad del Tribunal, estando publicadas actualmente las de los años 2012, 2013, 2014, 2015 y 2016 y en breve se publicará la presente.

- Asimismo, se han publicado los Convenios de Colaboración suscritos con las Universidades Públicas Andaluzas para la resolución de sus recursos especiales en materia de contratación por este Tribunal.
- El Buscador de resoluciones diseñado con campos de búsqueda por palabras, fecha y número de resolución que facilita la localización de las mismas sirviendo de instrumento muy útil para los distintos operadores jurídicos.

La publicación de las resoluciones dictadas por el Tribunal va generando un cuerpo de doctrina que sirve de guía a los distintos operadores que participan en la contratación pública y de esa forma ir reduciendo el número de irregularidades que se puedan producir en los procedimientos de contratación pública y en consecuencia, el número de recursos que se interpongan ante este órgano.

## *2. III JORNADAS de estudio del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía*

Continuando con la acción formativa que viene desarrollando el TARCJA en años anteriores, con fecha 11 y 12 de diciembre tuvieron lugar las III Jornadas de estudio del TARCJA en las que en colaboración con el Instituto Andaluz de Administración Pública se analizó el nuevo marco normativo de contratación pública, siendo una de las primeras jornadas tras la aprobación de la LCSP, en las que se estudiaron las novedades introducidas por la nueva Ley de Contratos del Sector Público.

Como se ha señalado, se analizaron las principales novedades introducidas por la LCSP, ponencia a cargo de D. Martín María Razquin Lizárraga (Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Pública de Navarra) y hubo una intervención realizada por la Presidenta del TARCJA en la que se expusieron las principales novedades del recurso especial en materia de contratación. Dentro de las novedades introducidas por el texto legal también se estudió el nuevo régimen de los convenios administrativos y de los encargos a medios propios ponencia a cargo de Juan Antonio Carrillo Donaire. (Profesor Titular, en excedencia, de la Universidad de Sevilla. Catedrático acreditado de Derecho Administrativo. Socio de SdeP & Carrillo Abogados).

También se estimó necesario tratar los principales puntos de conflicto en el ámbito de la contratación pública. En este sentido, se analizaron las repercusiones de las cláusulas sociales en la contratación pública a la luz del nuevo texto legal que ya desde su artículo 1 incorpora los criterios sociales como eje transversal de la contratación pública, ponencia que estuvo a cargo de la profesora Isabel Gallego Córcoles (Profesora titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla la Mancha).

Además, también se abordaron otras cuestiones de actualidad en la contratación pública como la cuestión relativa a la competencia de jurisdicción en este ámbito y la litigiosidad producida en la ejecución de los contratos por D. Francisco Pleite Guadamillas. (Magistrado de lo Contencioso-Administrativo).

Por otro lado, también fue objeto de análisis la transparencia al tratar la cuestión relativa a en que medida, la regulación legal de la transparencia en las actuaciones de las Administraciones Públicas afecta a la contratación pública, ponencia impartida por D. Manuel Andrés Navarro Atienza. (Letrado de la Junta de Andalucía).

Finalmente, y como en otras ediciones de las jornadas se sintetizó por parte de los dos vocales del Tribunal la principal doctrina asentada por el TARCJA destacando aquellos supuestos que durante el año 2017 han tenido especial relevancia por su novedad en la Doctrina que viene asentando este órgano.

Las citadas jornadas han tenido una enorme acogida entre el colectivo de personas a las que iban dirigidas, por lo que se tuvo que modificar la fecha inicial de celebración de las mismas para buscar una ubicación adecuada para poder satisfacer la demanda de más de 600 participantes, de los que finalmente pudieron asistir alrededor de 500.

### 3. Otras actuaciones

También hay que destacar la presencia del TARCJA en foros y jornadas sobre contratación pública que, a través de su Presidenta, ha podido dar a conocer la labor desempeñada por el mismo, así como los principales criterios asentados en sus resoluciones, tales como:

- Congreso Internacional sobre Contratación Pública: hacia una nueva Ley de Contratos Públicos, organizado por la Universidad de Castilla-La Mancha y que tuvo lugar los días 24 y 25 de enero de 2017 en Cuenca, en la Facultad de Ciencias Sociales, con la ponencia «*Retos del control de la contratación pública*».
- Seminario conjunto Instituto Jurídico de Coimbra y del Instituto Universitario de Investigación «*García Oviedo*» sobre contratación pública y medio ambiente celebrado los días 1 y 2 de junio de 2017, con la ponencia sobre «*La cláusula ambiental en la doctrina del Tribunal administrativo de recursos contractuales de la Junta de Andalucía*».
- «*VIII Seminario sobre contratos públicos: Nuevos escenarios para la contratación pública: una nueva gobernanza*», organizado como actividad del Proyecto de investigación antes citado, y del Grupo de investigación ADESTER celebrado en Formigal (Huesca)

los días 20, 21 y 22 de Septiembre de 2017 y en el que la Presidenta del TARCJA impartió la ponencia: «*El nuevo rol de los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales y de su doctrina*».

## VIII. ALGUNOS CRITERIOS ADOPTADOS POR EL TRIBUNAL EN SUS RESOLUCIONES

En este apartado se exponen los pronunciamientos más novedosos del Tribunal tanto en los supuestos de inadmisión de recursos como en los de impugnación de los pliegos y/o del anuncio de licitación, de la exclusión de las entidades licitadoras o de sus ofertas, así como de la adjudicación y otros actos finalizadores de la licitación.

También se destacan aquellos aspectos que suponen una clara consolidación de la doctrina que este Tribunal ha ido conformando y consolidando a lo largo de los años de funcionamiento.

### 1. Supuestos de inadmisión

#### *1.1. Presentación electrónica del recurso especial en el ámbito de la Junta de Andalucía*

Es indudable la enorme incidencia que ha tenido para el procedimiento de recurso especial la aprobación de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPACAP), tras su entrada en vigor el pasado 2 de octubre de 2016, en relación con la regulación del derecho y de la obligación de relacionarse electrónicamente con las Administraciones Públicas, la utilización de medios electrónicos por las Administraciones en la tramitación de los procedimientos y el régimen de notificaciones electrónicas.

Al respecto, este Tribunal está realizando una intensa labor encaminada a facilitar el uso de los medios que ya se han puesto en marcha hasta la completa implantación de la tramitación electrónica en este procedimiento, sin embargo, aun sigue existiendo confusión por parte de algunos administrados a la hora de la presentación del recurso a través de medios electrónicos. En este sentido, hay que recordar que, como ya señalaba este Tribunal en su **Resolución 153/2017, de 28 de julio**, la presentación del recurso especial realizada a través de correo electrónico no es una forma válida, por cuanto no está prevista en la normativa que rige el procedimiento de recurso.

En aquel supuesto la recurrente consideraba que la dirección de correo funcionaba como registro del órgano de contratación, no obstante se recordaba que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 9 del Decreto 183/2003, de 24 de junio, por el que

se regula la información y atención al ciudadano y la tramitación de procedimientos administrativos por medios electrónicos, la presentación electrónica de documentos en el ámbito de la Administración de la Junta de Andalucía debía realizarse a través del Registro Telemático Unificado de la Junta de Andalucía, pues es el único medio que garantiza que los documentos electrónicos transmitidos sean válidos a todos los efectos legales, quedando acreditada su autenticidad, integridad, conservación, así como la identidad del autor.

### *1.2. Lugar de presentación del recurso especial*

Durante el año 2017, como en años anteriores, se ha registrado un elevado número de inadmisiones de recursos por incumplimiento de los requisitos formales para recurrir, principalmente sobre todo por interposición fuera de plazo, tanto cuando el recurso se presenta en el Registro del propio órgano de contratación o en el Registro del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, como cuando se hace en las oficinas de Correos o en cualquier registro administrativo, conforme a lo dispuesto en el artículo 16.4 de la LPACAP.

En este sentido, además de los supuestos más frecuentes de extemporaneidad, supuestos en los que se han sobrepasado el plazo de 15 días hábiles que señala el TRLCSP, vuelven a repetirse los casos en que el recurso se presentó en ese plazo en la oficina de Correos o en un registro administrativo distinto al del órgano de contratación o al de este Tribunal, como establece el artículo 44.3 del TRLCSP, cuando se omite la remisión de la copia del escrito de recurso en formato electrónico a que hace referencia el artículo 18 del RPER.

En la Resolución 144/2017, de 5 de julio, se analizaba el supuesto en el que la presentación de dos escritos de recurso se realizaba, dentro del plazo, en el Registro de la Delegación del Gobierno de la Junta de Andalucía, al considerarse que el Registro de la mencionada Delegación del Gobierno equivalía, a estos efectos, al Registro del órgano de contratación. Teniendo entrada en el Registro de este Tribunal una vez había transcurrido el plazo legal antes señalado.

En este caso, no se cumplió con la exigencia de remitir, una copia del escrito presentado en formato electrónico al órgano competente para resolverlo o al órgano de contratación con la misma fecha, a la vista de la documentación que obraba en el expediente administrativo y de las alegaciones formuladas. Por lo que hubo de considerarse como fecha de presentación de los recursos la fecha de entrada de los mismos en el Registro de este Tribunal y, consecuentemente, concluir que los mismos eran extemporáneos.

### **1.3. La interrupción del plazo de interposición del recurso especial en los casos de solicitud de acceso al expediente administrativo**

Respecto a la incidencia que pueda tener el ejercicio del derecho de acceso al expediente sobre el plazo de interposición del recurso, establece el artículo 16 del RPER que *«La solicitud de acceso al expediente podrán hacerla los interesados dentro del plazo de interposición del recurso especial, debiendo el órgano de contratación facilitar el acceso en los cinco días hábiles siguientes a la recepción de la solicitud»*.

Y se añade a ello, en el apartado 2 del precepto, que: *«El incumplimiento de las previsiones contenidas en el apartado anterior por el órgano de contratación no eximirá a los interesados de la obligación de interponer el recurso especial dentro del plazo establecido en el artículo 44.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. Ello no obstante, el citado incumplimiento podrá ser alegado por el recurrente en su recurso con los efectos establecidos en el artículo 29.3 del presente reglamento»*.

Al respecto, en la Resolución 94/2017, de 12 de mayo, se analizaba el supuesto en el que la recurrente aducía que no se le había ofrecido en la resolución de adjudicación impugnada información suficiente a efectos de garantizar su derecho a presentar recurso debidamente fundado, siendo en fecha posterior a la interposición del recurso cuando el órgano de contratación le ha dado traslado de dicha información, previa solicitud realizada por la recurrente.

Lo anterior entronca con lo señalado en el artículo 19.5 del RPER, que dispone que *«Los actos notificados cumpliendo los requisitos establecidos en el artículo 58.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, deberán ser recurridos dentro de los plazos previstos en el apartado 2 del artículo 44 del texto refundido de la ley de contratos del sector público y en el presente artículo. Este precepto será de aplicación aunque el acto o resolución impugnados carecieran de la motivación requerida de conformidad con lo previsto en el artículo 54 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, o en el artículo 151.4 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. Como consecuencia de ello, aunque el texto de la resolución no sea completo no se considerará defectuosa y se tendrá por producida, sin perjuicio de que el recurso pueda ser fundado en esta circunstancia»*.

*Por el contrario, si las notificaciones referidas a la exclusión de un licitador o a la adjudicación de un contrato, contravienen los requisitos del artículo 58.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, el plazo se iniciará a contar desde el momento en que el interesado realice actuaciones que supongan el conocimiento del contenido y alcance de la notificación o interponga cualquier recurso»*.

En aquel supuesto, este Tribunal comprobó que, de la documentación obrante en el expediente, quedaba acreditado que la notificación de la resolución de adjudicación impugnada cumplía con los requisitos legales establecidos en el artículo 40.2 de la LPACAP, por lo que la ausencia de motivación de la resolución impugnada no justificaba la presentación del recurso fuera de plazo.

#### *1.4. Actos posteriores a la adjudicación*

Son numerosas las Resoluciones de este Tribunal que durante el año 2017 han declarado la inadmisión del recurso contra actos de muy diversa índole.

Así, en la **Resolución 147/2017, 13 de julio**, se examinaba el caso en que el acto objeto del recurso eran los supuestos incumplimientos de la adjudicataria en fase de ejecución del contrato.

En relación a ello, este Tribunal ha señalado en múltiples ocasiones que el último acto procedimental frente al que cabe este medio impugnatorio es la adjudicación del contrato, por lo que se concluyó que el acto impugnado, a tenor de lo dispuesto en el artículo 40.2 del TRLCSP, no era susceptible de recurso especial, quedando la fase de ejecución del contrato indudablemente fuera del ámbito competencial de este Tribunal. No obstante, esta afirmación se ha matizado para el caso de determinados actos de trámite posteriores a la adjudicación.

En este sentido, en la **Resolución 144/2017, de 5 de julio**, donde finalmente se inadmitió el recurso al haberse interpuesto el mismo fuera del plazo legal establecido para ello, se examinaba la impugnación del acuerdo de incautación de la garantía provisional sobre la garantía definitiva, declarándose que, a pesar de tratarse de un acto posterior, podía encuadrarse dentro de la letra b) del apartado 2 del artículo 40 del TRLCSP ya que el acto objeto de recurso podía ocasionar un perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos, supuesto que quedaba contemplado en el invocado precepto a la hora de recoger los actos que pueden ser objeto de recurso.

#### *1.5. Ausencia de motivación del acto impugnado cuando la misma es exigible en un momento posterior*

En cuanto a la falta de motivación de la exclusión de una licitadora o de su oferta, es doctrina reiterada de este Tribunal que la adjudicación y por ende, la exclusión se entenderán motivadas adecuadamente si al menos contienen la suficiente información que permita a la licitadora interponer el recurso en forma suficientemente fundada. Pues, de no ser así, se estaría privando a la misma de los elementos necesarios para configurar un recurso eficaz, produciéndole por tanto indefensión.

Quiere decirse, pues, que cuando el acto de exclusión de la oferta sea susceptible de recurso especial independiente, por haberse notificado individualmente a la recurrente, se impone su motivación como mínimo en los términos que recoge el artículo 151.4 del TRLCSP para la exclusión notificada a las licitadoras con motivo de la comunicación de la adjudicación del contrato.

En la Resolución 49/2017, de 15 de marzo, la recurrente pone de manifiesto que el acta de la mesa de contratación en la que se acordaba su exclusión del procedimiento de adjudicación, había sido publicada en el perfil de contratante, alegando que no existía notificación con exposición resumida de las razones de su exclusión, sino simplemente una remisión genérica a un informe del cual no se le ha dado traslado, no disponiendo de los elementos de juicio necesarios para fundamentar su recurso, por lo que solicita la nulidad del acto impugnado.

En este caso, este Tribunal acordó la inadmisión del recurso por no existir en ese momento acto de notificación de la exclusión a la recurrente, de manera que se prejuzgaba, en base a una mera publicación, una ausencia de motivación que legalmente era exigible en un momento posterior.

### ***1.6. Legitimación de las Corporaciones de Derecho Público***

Dado el sentido amplio que el artículo 42 del TRLCSP da al concepto de legitimación, la interposición del recurso especial no queda circunscrita a las licitadoras. Así, en el caso de las Corporaciones de Derecho Público, en base a la abundante jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, la cual se ha de entender igualmente aplicable en el ámbito del procedimiento del recurso especial en materia de contratación, la clave está en el concepto de interés legítimo.

En la Resolución 143/2017, de 5 de julio, se analizaba el supuesto en el que un Colegio Profesional impugnaba el contenido del requerimiento de subsanación de la documentación acreditativa de la solvencia técnica, –como requisito de admisión para licitar en el presente procedimiento– realizado a una empresa que participaba en el mismo, habiendo subsanado ésta en los términos requeridos y continuando en el procedimiento.

En este caso, si bien era indudable que el Colegio Profesional tenía atribuida la representación de los intereses generales de la profesión así como la defensa de los derechos e intereses profesionales de sus colegiados, no invocaba un derecho o interés legítimo que supusiese una relación material con el objeto de la pretensión. De manera que, aunque sus pretensiones hubiesen sido estimadas, ninguna incidencia habría tenido en la esfera jurídica de los intereses profesionales de sus colegiados con relación al procedimiento de

licitación. Lo que evidenciaba que el recurso únicamente perseguiría un pronunciamiento de este Tribunal para su toma en consideración por el órgano de contratación para posibles licitaciones futuras, no pudiendo, en base a la legitimación invocada, ejercer una mera defensa de la legalidad.

### **1.7. Recalificación de contratos**

Este Tribunal ha procedido en numerosas ocasiones a la recalificación de contratos de gestión de servicios públicos sin sujeción al recurso especial conforme a los pliegos que regían la licitación, y ha considerado que los mismos constituían contratos de servicios susceptibles de esta vía impugnatoria. Para ello se ha adoptado el criterio sostenido con anterioridad por otros Tribunales de recursos contractuales como el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales o el Tribunal de Contratos Públicos de Aragón, los cuales, a su vez, habían incorporado a sus resoluciones la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la transferencia del riesgo al contratista como elemento consustancial a la concesión de servicios, de modo que si el contratista no asume riesgo en la prestación del servicio público, el contrato habrá de calificarse como servicio y no como gestión de servicio público.

En la **Resolución 141/2017, de 5 de julio**, se examinaba un supuesto en el que los pliegos calificaban el contrato como contrato de servicios sujeto a regulación armonizada y por tanto susceptible de recurso especial. Sin embargo, a la vista del conjunto de elementos y factores existentes este Tribunal determinó que el mismo debía calificarse como contrato de concesión de servicios, ya que existía riesgo operacional o de explotación de suficiente entidad que permitía calificar de tal manera el contrato. Por lo que, en aplicación del artículo 8.1 de la Directiva 2014/23/UE, y al situarse por debajo del umbral que daba acceso al recurso especial en materia de contratación, se declaró la inadmisión del mismo.

## **2. Supuestos de impugnación de pliegos y anuncios de licitación**

Como viene siendo habitual, el TARCA, durante el año 2017, ha abordado tanto cuestiones ya planteadas y resueltas en años anteriores para las que existe un cuerpo de doctrina bastante consolidado, como aspectos nuevos. Asimismo, es de destacar la gran casuística que se sigue suscitando en los recursos pese a los más de seis años transcurridos desde la puesta en funcionamiento del Tribunal; ello exige contemplar las circunstancias del caso concreto y lo que en ocasiones pudieran parecer soluciones jurídicas distintas en casos sustancialmente iguales, son en realidad soluciones jurídicas que contemplan las singularidades de cada controversia.

En el año 2017, se ha apreciado un descenso en asuntos que han sido más controvertidos en años anteriores (v.g. aplicación del efecto directo de las nuevas Directivas de contratación, cuestiones relativas al precio de los contratos o a la solvencia de las empresas y criterios de adjudicación de los contratos, entre otros); posiblemente, ello venga motivado por la experiencia que han ido adquiriendo los órganos de contratación ante estimaciones previas de recursos contra sus pliegos, lo que denota que esta vía especial proporciona adicionalmente un conocimiento adecuado a los operadores jurídicos de cuestiones relevantes en materia de contratación pública.

Los asuntos principales examinados por el Tribunal durante este año, con motivo de la impugnación de los pliegos, pueden estructurarse del modo siguiente:

## **2.1. Objeto de los contratos**

### **2.1.1. División en lotes del objeto del contrato**

La regla general en nuestra normativa contractual ha sido la unidad del objeto, debiendo justificarse en el expediente el fraccionamiento en lotes (artículo 86 del TRLCSP). No obstante, la nueva Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública señala en su considerando 78 que la contratación pública debe adaptarse a las necesidades de las PYMES y a tal efecto, para favorecer la concurrencia, procede animar a los poderes adjudicadores a dividir grandes contratos en lotes.

De este modo, el artículo 46.1 de la Directiva establece que los poderes adjudicadores, en caso de que no dividan el objeto del contrato en lotes, deberán justificar su decisión y al tratarse de un precepto con un mandato claro, preciso e incondicionado, goza de efecto directo desde el 18 de abril de 2016, fecha en que venció el plazo de transposición de la Directiva, recogándose ya esta previsión en el artículo 99 de la nueva LCSP.

Así, en la **Resolución 145/2017, de 14 de julio**, el Tribunal examinó un supuesto en que el objeto del contrato era el servicio de impresión de títulos y de aplicaciones informáticas para la gestión de títulos universitarios. La empresa recurrente alegaba que dicho objeto contractual era susceptible de división en dos lotes diferenciados, oponiéndose el órgano de contratación en el informe al recurso esgrimiendo dos circunstancias para justificar la no división: la onerosidad técnica y el riesgo de socavar la ejecución adecuada del contrato.

En este supuesto el Tribunal consideró que, en efecto, el objeto podía fraccionarse en dos lotes atendiendo a criterios funcionales – servicio de impresión de títulos (categoría 15 del Anexo II del TRLCSP) y servicio de informática para la gestión de los títulos (categoría 7 del Anexo II del TRLCSP)– y que al no haberse previsto la división del objeto contractual en lotes, el órgano de contratación debería haber justificado esta decisión en el expediente de

contratación. Al no haberlo hecho, infringió lo dispuesto en el artículo 46.1 de la Directiva 2014/24/UE, sin que, a tales efectos, la falta de motivación en los pliegos o en el expediente de contratación pudiera ser suplida por las razones esgrimidas en el informe al recurso, porque la motivación debía ser previa.

En cambio, en la Resolución 203/2017, de 13 de octubre, se analizó un supuesto en que sí constaba justificación de la no división del objeto del contrato en el expediente de contratación. El contrato consistía en el arrendamiento con opción de compra de 15 camas para la UCI y 182 camas de hospitalización, todas ellas con destino al mismo centro hospitalario y la entidad recurrente alegaba que la no división en lotes restringía la concurrencia y no se había justificado.

No obstante, el Tribunal estimó que la motivación existía, se había incorporado al expediente y cabía estimarla suficiente y adecuada al considerando 78 de la Directiva 2014/24/UE que prevé como razones válidas de la no división del objeto *«el hecho de que el poder adjudicador considere que dicha división podría conllevar el riesgo de restringir la competencia, o hacer la ejecución del contrato excesivamente difícil u onerosa desde el punto de vista técnico, o que la necesidad de coordinar a los diferentes contratistas para los diversos lotes podría conllevar gravemente el riesgo de socavar la ejecución adecuada del contrato»* –razones que, por otro lado, se han incorporado al texto del artículo 99 del nuevo texto legal–. Al respecto, el órgano de contratación señalaba, para justificar la unidad del suministro frente a la división, la operatividad en la gestión del contrato, toda vez que la existencia de un único interlocutor permitía la unificación de repuestos, de garantía y de mantenimiento, facilitando también la utilización de los bienes por parte del personal sanitario y auxiliar del hospital.

### **2.1.2. Naturaleza jurídica del contrato atendiendo a su objeto y prestaciones**

En la Resolución 146/2017, de 14 de julio, el Tribunal consideró que, a la vista de las prestaciones incluidas en el contrato, la calificación jurídica correcta del mismo no era la prevista en el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP), a saber, «servicio de mantenimiento, conservación de aparatos elevadores, puertas automáticas, motorizadas y otros elementos de acceso», sino que la naturaleza del contrato era mixta.

La entidad recurrente aducía que determinados apartados del pliego de prescripciones técnicas (PPT) incluían prestaciones propias de un contrato de obra o de suministro, excediéndose, por tanto, de las propias de un servicio de mantenimiento. A su juicio, el apartado 4.1.3 del PPT extendía el objeto contractual a la sustitución de todas las piezas que deriven de una reparación, cualquiera que fuera la causa de esta (actos vandálicos, manipulaciones de terceros o la propia obsolescencia de la instalación), con inclusión del grupo tractor

(motor) –que, a juicio de la recurrente, se trataba, en realidad, de un suministro e incluso de una obra si resultare necesario la realización de un previo proyecto técnico– y de la limpieza, pintado e impermeabilización de las salas de máquinas y fosos de ascensores, que claramente suponía, según la recurrente, un contrato de obra.

Frente a tal alegato el órgano de contratación sostenía que se trataba de un servicio de mantenimiento integral –correctivo, preventivo y de actualización– en el que se incluía la reposición de todos los elementos necesarios para la conservación de las instalaciones en estado óptimo de utilización y seguridad.

El Tribunal argumentó que la ejecución de la prestación de un servicio de mantenimiento en los términos en que el pliego la define puede llevar consigo la sustitución de piezas o elementos en mal estado sin que ello suponga necesariamente, partiendo siempre de la accesoriedad del bien repuesto o sustituido, una desnaturalización del contrato en su calificación jurídica como contrato de servicios. No obstante, se indicaba que puede haber elementos de las instalaciones cuya reposición sea de más entidad económica que el trabajo llevado a cabo para sustituir la pieza de que se trate. Por tanto, habrá que estar en cada caso al contenido de los pliegos para discernir si el mismo desborda el ámbito natural de un contrato de servicio de mantenimiento y comprende prestaciones propias de otros contratos como un suministro o incluso una obra.

En el supuesto analizado, el Tribunal consideró que los apartados impugnados del PPT se pronunciaban en términos de inclusión absoluta –como si se tratara de un servicio a todo riesgo sin límites objetivos ni cuantitativos– de cualquier modificación en las instalaciones impuestas por requerimiento legal, así como de todo tipo de piezas o elementos que haya que reponer cualquiera que sea la causa de la avería o rotura. Se observa, pues, una absoluta indeterminación en el alcance y entidad de estas obligaciones, que impide conocer a las licitadoras los límites reales de las prestaciones que comprende el contrato, lo que lleva seriamente a considerar que las mismas no se limitan a la ejecución de un servicio de mantenimiento, pues la adjudicataria habrá de asumir durante la vida del contrato prestaciones propias de un contrato de suministro e incluso de un contrato de obra en los términos que apunta la recurrente.

En tal sentido, el Tribunal no dio la razón al órgano de contratación en su afirmación de que no se trataba de un suministro añadido a un servicio, *«sino de la natural inclusión de los elementos cuya reposición es necesaria para la conservación de las instalaciones en estado óptimo de utilización y seguridad»*, y estimó que esa natural inclusión a la que aludía aquel órgano justificaba precisamente que se fusionasen prestaciones de distintos contratos en uno mixto, dada la complementariedad de las mismas.

Por tanto, concluyó que se estaba en presencia de un contrato mixto de los previstos en el artículo 12 del TRLCSP cuyas prestaciones exceden de las propias de un contrato de servicios de mantenimiento, hallándose las mismas vinculadas en los términos previstos en el artículo 25.2 del citado texto legal

Con base en el criterio anterior, el Tribunal anuló los pliegos rectores de la licitación determinando que, aun cuando la prestación correspondiente al servicio fuese la de mayor valor económico, debían definirse en los nuevos pliegos que, en su caso, se aprobasen las distintas prestaciones contractuales, así como la parte del precio del contrato que correspondería a cada una, sin que obstare a este propósito el hecho de que existiera indeterminación inicial en la cantidad, tipo e importe de los bienes o elementos a suministrar, pues siempre podría hacerse una estimación adecuada por parte del órgano de contratación que es el que mejor conoce sus instalaciones y el estado de las mismas, pudiendo basarse en la experiencia que arrojasen contratos anteriores con el mismo objeto.

En cambio, en la **Resolución 273/2017, de 22 de diciembre**, el Tribunal estimó que la calificación del contrato efectuada en los pliegos como suministro de productos farmacéuticos era correcta, no prosperando la pretensión de la asociación recurrente acerca de la naturaleza mixta del contrato.

El motivo fundamental esgrimido por la recurrente era que, además del suministro, concurrían prestaciones propias de un contrato de servicios –instalación, formación del personal y servicio logístico de reparto de medicamentos en varios hospitales–, por lo que la calificación correcta debía ser la de contrato mixto. En tal sentido, argumentaba que el PPT preveía obligaciones relativas a un contrato de servicios tales como:

- Satisfacción de gastos de instalación y en caso de ser necesario, formación necesaria del personal propio de los centros para la utilización del objeto del contrato.
- Entrega de los sueros en los almacenes de consumo de los lugares indicados en el Anexo II del PPT «Puntos de distribución de sueros», lo que constituye, dado el número de puntos de distribución, un auténtico servicio logístico.
- Reposición de productos en los almacenes y obligación de llevarse los residuos y embalajes de los mismos.

No obstante, el Tribunal estimó que la clave para determinar si estamos ante un contrato mixto en el que se fusionan prestaciones de diferentes contratos (artículo 25.1 del TRLCSP) o ante un único contrato del que derivan obligaciones que ha de asumir el contratista, exige atender a la autonomía y entidad de las obligaciones impuestas al contratista. De este modo, la resolución señalaba lo siguiente «( ) *la entrega de los bienes en los lugares de destino no solo*

*es que sea una obligación legal derivada del contrato de suministro (artículo 292.1 del TRLCSP), sino que la misma carecería de autonomía como prestación de servicios al estar implícita en el suministro y no poder desligarse del mismo, pues no se entiende en el marco normativo contractual la compra de un bien sin su entrega y puesta a disposición de la entidad contratante. Asimismo, por lo que se refiere a la formación del personal en caso de ser necesaria, su propia configuración en los pliegos impugnados impide apreciar su autonomía y entidad como prestación independiente, pues la misma no subsistiría sin la existencia del suministro objeto del contrato, ni la ejecución del suministro supone necesariamente que la formación vaya a llevarse a cabo».*

## **2.2. *Ámbito subjetivo del contrato:***

### ***condición de poder adjudicador de una empresa municipal***

La Resolución 72/2017, de 10 de abril, consideró que la empresa municipal que convocó la licitación tenía la condición de poder adjudicador. De este modo, tras un análisis pormenorizado de los requisitos que deben concurrir para atribuir a un ente del sector público la condición de poder adjudicador y de su aplicación al caso examinado, el Tribunal concluyó que la empresa municipal había sido creada para satisfacer necesidades de interés general que no tienen carácter industrial o mercantil, al no concurrir en su actividad todos los requisitos que jurisprudencialmente se predicán de aquel carácter, en particular, el ánimo de lucro y la asunción material de riesgo.

## **2.3. *Precio del contrato***

### ***2.3.1. Precio adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato***

En la Resolución 43/2017, de 2 de marzo, el Tribunal desestimó un recurso en el que se alegaba que el precio del contrato era insuficiente para cubrir los costes de personal, en la mencionada resolución se argumenta que el valor-hora previsto como presupuesto de licitación no era inferior al precio actualmente contratado para el servicio y que la empresa adjudicataria gozaba de libertad para adscribir al personal en función de sus necesidades o conforme a criterios de oportunidad de acuerdo con las horas que se demanden, toda vez que el PPT no había exigido una plantilla mínima para la prestación del servicio.

En cambio, la Resolución 104/2017, de 19 de mayo, estimó otro recurso en el que también se esgrimía la insuficiencia del presupuesto de licitación para cubrir los costes derivados del contrato. En este caso, el Tribunal argumentó que del objeto del presente contrato se infiere que en el mismo los costes de personal suponen un componente fundamental en el conjunto de las prestaciones a ejecutar y que por tal razón es necesario que el presupuesto de licitación cubra los costes laborales correspondientes de acuerdo con el convenio laboral que sea de aplicación. En tal sentido, la resolución se remite al criterio ya adoptado en otras anteriores como las Resoluciones 303/2016, de 23 de noviembre, y 333/2016, de 22 de diciembre.

Finalmente, en las Resoluciones 123/2017, de 9 de junio y 174/17 de 15 de septiembre, el Tribunal desestimó dos recursos en los que se denunciaba la insuficiencia del presupuesto de licitación para cubrir los costes de ejecución del contrato. La importancia de ambas resoluciones –sobre todo de la primera– radica en su estudio detallado de la doctrina de los distintos Tribunales administrativos de recursos contractuales sobre la materia. En tal sentido, señalaba la Resolución 123/2017 que «(...) se ha afirmado, ante supuestos similares al que nos ocupa (v.g. Resoluciones 228/2015, de 17 de junio, de este Tribunal, 135/2016, de 14 de diciembre, del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi, así como las recientes Resoluciones 134/2017, de 3 de febrero, y 237/2017, de 3 de marzo, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales –TACRC– que reiteran doctrina anterior de dicho tribunal contenida en las Resoluciones 797/2015, de 11 de septiembre y 764/2016, de 30 de septiembre), que a la hora de fijar el presupuesto de un contrato, el órgano de contratación debe partir siempre del principio de eficiencia y de los objetivos de estabilidad presupuestaria y control del gasto que se consignan en el artículo 1 del TRLCSP, de modo que fuerce a las empresas interesadas a mejorar sus ofertas optimizando sus costes, y que la Administración es la primera interesada en estimar adecuadamente el precio del contrato en cumplimiento del mandato contenido en el artículo 87.1 del TRLCSP, pues está necesitada de contratar un servicio y resultaría perjudicada si el contratista no pudiera cumplir sus obligaciones teniendo que tramitar una resolución del contrato y un ulterior procedimiento de adjudicación».

Asimismo, la Resolución mencionaba doctrina de otros Tribunales (Resoluciones 228/2015, de 17 de junio, de este Tribunal, así como 134/2017, de 3 de febrero y 46/2014, de 28 de enero, del TACRC) relativa a que, en los casos en que procede la subrogación laboral impuesta en un convenio colectivo, la entidad contratante no tiene que fijar el presupuesto de licitación en función de esta cláusula y de los costes que a tal efecto indique la empresa saliente, pues en tal caso quedaría al arbitrio de la actual adjudicataria la fijación del valor estimado y del presupuesto del contrato, al margen del criterio legalmente establecido en el artículo 88 del TRLCSP, que ordena al órgano de contratación estar al coste real del servicio en los doce meses inmediatamente anteriores a la licitación. Y todo ello, sin perjuicio de reconocer que los Convenios Colectivos constituyen una indudable fuente de conocimiento a efectos de determinar el valor de mercado, debiendo considerarse las retribuciones fijadas en los mismos como uno más de los factores a tener en cuenta para determinar el ajuste del presupuesto de los contratos al mandato del artículo 87.1 TRLCSP, máxime en aquellos contratos de servicios de carácter intelectual donde el factor humano es un elemento esencial de la prestación hasta el punto de que los costes laborales del contrato representan la práctica totalidad de los costes de ejecución, resultando estos ineludibles para la empresa adjudicataria –supuesto abordado en la Resolución del Tribunal 195/2016, de 16 de septiembre, entre otras–.

### 2.3.2. *Umbrales de saturación en el precio*

Esta cuestión sigue suscitando litigiosidad, siendo muy ilustrativa al respecto la **Resolución 282/2017, de 28 de diciembre**, que, tras un estudio pormenorizado de la cuestión e invocando doctrina previa del Tribunal, anula la fórmula de valoración de la oferta económica establecida en el PCAP.

La resolución señala que la citada fórmula no asigna relevancia alguna a las bajas económicas que superen la cifras de baja consideradas razonables por el órgano de contratación (10% en el presente supuesto). Ello produce un efecto homogeneizador de la puntuación que se atribuirá por la oferta económica, dado que se otorga una misma valoración al tramo por encima del 10%, lo que disuadirá bajas adicionales a ese porcentaje –recuérdese que con una baja inmediatamente superior al 10%, por ejemplo un 10,01%, se obtiene el total de la puntuación del criterio económico–, lo que tiene como efecto global que los criterios de adjudicación evaluables mediante juicio de valor adquieren una relevancia relativamente mayor, pudiendo pasar a ser los decisivos con independencia de la ponderación formal que se les atribuya nominalmente en el PCAP, en contra de la finalidad que inspira el párrafo segundo del artículo 150.2 del TRLCSP, que de este modo resulta vulnerado.

Asimismo, la resolución concluye que la previsión de un límite máximo de bajada (el 10%) a partir del cual, cualquiera que sea el porcentaje de baja ofertada, la puntuación será la misma, produce también el efecto contrario al principio de oferta económicamente más ventajosa porque su aplicación conduce a minusvalorar las mejores proposiciones económicas y desmotiva a las entidades licitadoras a presentar ofertas con precios más competitivos.

## 2.4. *Solvencia*

### 2.4.1. *Sobre su carácter proporcional*

En la **Resolución 4/2017, de 20 de enero**, se estimó el recurso interpuesto por un Colegio Oficial de Arquitectos contra los pliegos reguladores de un contrato de servicios de redacción de anteproyecto y de proyecto básico y de ejecución, coordinación en materia de seguridad y salud durante la elaboración del proyecto, dirección de obra, dirección de ejecución de obra y coordinación en materia de seguridad y salud durante la ejecución de las obras.

En la citada resolución, el Tribunal estimó que el requisito mínimo de solvencia económica y financiera que se desprendía de los apartados impugnados del anuncio de licitación y del PCAP, consistente en un volumen anual de negocios en el curso de los tres últimos ejercicios superior a 100.000 euros en cada uno de ellos, resultaba desproporcionado a la luz

del valor estimado del contrato en cuestión (222.174,45 euros) y de las propias previsiones legales y reglamentarias –en concreto, el artículo 11 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante, RGLCAP), tras la modificación operada por el Real Decreto 773/2015, de 28 de agosto, que establece los criterios mínimos y medios de acreditación de la solvencia cuando los pliegos no los concreten–, restringiendo el acceso a la licitación a profesionales que podrían estar plenamente capacitados para la ejecución del contrato.

La citada resolución señalaba que, si bien el artículo 58 de la Directiva 2014/24/UE –al igual que hacía la Directiva 2004/18 que incorpora el artículo 62 del TRLCSP– determina que los requisitos mínimos de solvencia deberán estar vinculados al objeto del contrato y ser proporcionados al mismo, añade algo que no se mencionaba en la Directiva anterior, a saber, que *«Los poderes adjudicadores (...) limitarán los requisitos a los que sean adecuados para garantizar que un candidato o un licitador tiene la capacidad jurídica y financiera y las competencias técnicas y profesionales necesarias para ejecutar el contrato que se vaya a adjudicar»*, lo cual no resulta baladí pues exige al poder adjudicador limitar los requisitos a los que sean necesarios para la ejecución del contrato, evitando que, mediante la exigencia de unos requisitos de solvencia excesivos, se excluya de la licitación a empresarios plenamente capacitados para ejecutar el contrato.

En cambio, la **Resolución 201/2017, de 13 de octubre**, desestimó un recurso contra el pliego regulador de un contrato de servicios de redacción de proyecto y estudio de seguridad y salud, dirección de obra, dirección de ejecución de obra, coordinación de seguridad y salud y estudio geotécnico. El pliego señalaba que la solvencia se entendería acreditada cuando se cumpliera con el siguiente requisito: *«La realización en los últimos cinco años de uno o varios trabajos correspondientes al mismo tipo o naturaleza al que corresponde al objeto del contrato, cuya suma alcance un importe anual acumulado en el año de mayor ejecución igual o superior al 25% del presupuesto de licitación (IVA no incluido) del lote al que concurre»*.

El TARCJA concluyó en esta resolución que tal exigencia de solvencia técnica no resultaba desproporcionada, pues incluso el artículo 11 del RGLCAP prevé, para el supuesto de que no se establezcan en los pliegos los criterios y requisitos de acreditación de la solvencia, un medio más restrictivo que el previsto en el pliego examinado. En concreto, el precepto señala, en lo que aquí interesa, que *«el importe anual acumulado en el año de mayor ejecución sea igual o superior al 70% del valor estimado del contrato, o de su anualidad media si esta es inferior al valor estimado del contrato»*.

### 2.4.2. Sobre la clasificación

La Resolución 66/2017, de 31 de marzo, estimó un recurso contra los pliegos reguladores de un contrato de servicios de vigilancia y seguridad en los edificios y espacios de una Universidad andaluza donde se exigía una determinada clasificación empresarial. La resolución declaró que, conforme al vigente artículo 65.1.b) del TRLCSP, la clasificación no es exigible en los contratos de servicios, sin perjuicio de que el empresario pueda acreditar su solvencia aportando la clasificación correspondiente siempre que el objeto del contrato esté incluido en el ámbito de clasificación de alguno de los grupos o subgrupos de clasificación vigentes, atendiendo para ello al código CPV del contrato. Por tanto, al prever el PCAP la clasificación como medio obligatorio de acreditación de la solvencia, incurrió en infracción del citado precepto legal.

La Resolución 244/2017, de 13 de noviembre, estimó el recurso interpuesto por una asociación empresarial contra el anuncio y el PCAP regulador de un acuerdo marco de obras de conservación de varios edificios e instalaciones. La controversia se centró en la clasificación establecida en los pliegos, toda vez que para el Grupo C se exigían todos los subgrupos y en el Grupo I se establecían cinco subgrupos.

El anuncio de licitación y el apartado 16) del cuadro resumen del PCAP exigían clasificación empresarial en los Grupos C, I, J y K, si bien la clasificación objeto de impugnación se ceñía a la siguiente:

- Grupo C, Subgrupos todos.
- Grupo I, Subgrupos 1, 6, 7, 8 y 9.

La recurrente alegaba que en los dos grupos de clasificación se exigían más de cuatro subgrupos, contraviniendo lo estipulado en el artículo 36 del RGLCAP que establece que el número de subgrupos exigibles, salvo casos excepcionales, no podrá ser superior a cuatro.

La resolución del Tribunal declaró que, conforme a la doctrina jurisprudencial analizada en la misma, se extraían dos conclusiones muy claras:

1ª. Que, con independencia de si forman parte o no del mismo Grupo, el número de subgrupos exigidos no podrá ser superior a cuatro, salvo casos excepcionales.

2ª. Que cuando concurra la excepcionalidad a que se refiere la norma reglamentaria, la misma se deberá justificar en el expediente de contratación, toda vez que la motivación ha de ser previa a la tramitación del procedimiento de licitación, sin que pueda efectuarse *ex post*, una vez que se denuncia el vicio o irregularidad.

## 2.5. Criterios de adjudicación

### 2.5.1. Criterios de arraigo territorial

Esta cuestión ya ha sido abordada en resoluciones de años anteriores pero sigue suscitando litigiosidad, de ahí que se haya estimado oportuno mencionar algunas resoluciones de 2017 donde se reitera doctrina previa de este Tribunal y ello con la idea de recalcar que el principio de igualdad de trato es incompatible con criterios de adjudicación que primen elementos o aspectos de arraigo en una población o ámbito territorial concreto.

La Resolución 83/2017, de 2 de mayo, estimó el recurso interpuesto contra los pliegos reguladores de un servicio público de ayuda a domicilio promovido por el Ayuntamiento de un municipio de la provincia de Sevilla.

La recurrente solicitaba la declaración de nulidad de un criterio de adjudicación en que se exigía disponer de un centro de coordinación del servicio en la localidad y haber acometido actividades en el municipio enfocadas a la promoción de la autonomía personal y un envejecimiento activo y saludable.

El TARCJA consideró, reiterando doctrina ya acuñada durante años anteriores, que los criterios de arraigo territorial no pueden ser tenidos en cuenta, ni como requisitos de solvencia ni como criterios de adjudicación, pues ello resulta contrario a Derecho y, en tanto que son discriminatorios y contrarios al principio de igualdad consagrado en los artículos 1 y 139 del TRLCSP, vician de nulidad las cláusulas que los permitan, salvo que los mismos estén justificados por razones de interés general que no concurren en el supuesto examinado.

En la Resolución 80/2017, de 27 de abril, también se estimó el recurso contra el criterio de adjudicación del PCAP regulador de otro contrato de servicios de ayuda a domicilio, al considerar el Tribunal que no quedaba suficientemente garantizado la igualdad de trato de las licitadoras, quienes partían de una situación de desventaja con respecto a la anterior adjudicataria respecto a la información previa disponible para confeccionar sus ofertas y ser estas valoradas en el apartado *«conocimiento de la realidad del servicio de ayuda a domicilio del municipio»*.

### 2.5.2. Vinculación al objeto del contrato y carácter proporcionado

La Resolución 113/2017, de 25 de mayo, desestimó el recurso contra el PCAP de un contrato de suministro de diversos artículos para perfusión por bomba, donde se establecía como subcriterio de adjudicación de evaluación no automática la «valoración del software necesario para la elaboración, administración, seguimiento y control de la prescripción».

A juicio de la recurrente, este subcriterio no cumplía las previsiones del artículo 150.1 del TRLCSP al no hallarse directamente vinculado al objeto del contrato, puesto que las bombas de infusión y los sistemas asociados para la administración de fármacos son absolutamente autónomos en su funcionamiento y cumplen su finalidad sin necesidad de ningún otro software adicional. La recurrente manifestaba que el subcriterio expuesto suponía la asunción de un perjuicio innecesario para las licitadoras y vulneraba el principio de proporcionalidad puesto que toda licitadora que desee optar a la adjudicación tendría que desarrollar e implementar el software con carácter previo a la adjudicación, incurriendo en los gastos que ello conlleve pero sin seguridad de recuperar la inversión, pues no tiene garantía de que finalmente vaya a resultar adjudicataria.

El TARCJA declaró que el software establecido como subcriterio de adjudicación no era un elemento imprescindible para que el suministro cumpliera su finalidad, pues de ser así tendría que haberse previsto como característica o requisito técnico necesario de la prestación; si bien su incorporación a la oferta suponía un plus añadido a la misma que va a reportar ventajas y a mejorar los tratamientos aplicados a pacientes oncológicos. Así pues, el Tribunal estimó que no podía apreciarse la desproporción denunciada, puesto que el beneficio que podía obtenerse a través de ese valor añadido en las ofertas se presumía mayor que el hipotético perjuicio para las licitadoras. Además, señaló que es la Administración la que elige justificadamente el mejor modo de dar cumplimiento a los intereses públicos por medio de los contratos, sin que tenga que ajustarse en la consecución de tal fin público a las condiciones de producción de las empresas, debiendo ser estas las que, si quieren participar en la licitación, tengan que adecuarse a lo previsto en los pliegos.

### ***2.6. Utilización del procedimiento negociado. Límites***

La Resolución 81/2017, de 27 de abril, estimó el recurso contra el PCAP regulador de un contrato de suministro de medicamentos mediante procedimiento negociado sin publicidad al amparo del artículo 170 d) del TRLCSP.

En la misma, se argumentaba que este procedimiento tiene carácter excepcional en la medida que supone una clara limitación y quiebra de los principios básicos de la contratación pública consagrados en el artículo 1 del TRLCSP, circunstancia que aun concurre con más intensidad en el supuesto previsto en el artículo 170 d) del TRLCSP, porque solo hay un empresario al que pueda encomendarse el cumplimiento del contrato. Es por ello que el órgano de contratación no solo deberá acreditar de manera clara e indubitada que concurre objetivamente la citada exclusividad en el medicamento, sino que también habrá de justificar las razones que le llevan a determinar que sea ese medicamento y no otro el que deba adquirirse, a fin de evitar situaciones de exclusividad creadas por el propio poder adjudicador con vistas al futuro procedimiento de contratación.

En el supuesto examinado, el órgano de contratación basaba su razonamiento técnico en el carácter no sustituible o no intercambiable de los medicamentos biológicos, si bien el Tribunal, aludiendo a la regulación contenida en el artículo 32.2 b) de la Directiva 2014/24/UE y a la doctrina de otros Tribunales de recursos contractuales, declaró que tal razonamiento debía decaer para justificar la elección del procedimiento negociado por exclusividad, toda vez que en estos casos se exige una justificación rigurosa para cada caso particular, sin que en el caso examinado se hubiera cumplido tal premisa ni acreditado que fuese imposible promover la concurrencia.

En la Resolución 195/2017, de 2 de octubre, se estimó un recurso contra los pliegos reguladores del servicio de manutención del personal de guardia médica de un hospital en los que se preveía el procedimiento negociado sin publicidad al amparo del artículo 170 d) del TRLCSP con base en la situación de exclusividad que concurría en la empresa que iba a resultar adjudicataria.

En la resolución se argumentaba que para acudir al supuesto legal de procedimiento negociado previsto en el artículo 170 d) del TRLCSP, es necesario que el órgano de contratación justifique y acredite que es imposible promover la concurrencia porque objetivamente solo existe una empresa que pueda encargarse de la ejecución del contrato, no concurriendo una razón técnica determinante de la exclusividad, cuando, además de existir alternativas razonables en el mercado, la exclusividad fuera consecuencia de una restricción artificial de los parámetros de la contratación, al exigirse en los pliegos unos requisitos técnicos que solo puede cumplir una empresa determinada.

En el supuesto analizado, la resolución argumentaba que las razones esgrimidas por el órgano de contratación para justificar el procedimiento negociado podían determinar la conveniencia u oportunidad para la Administración de que el servicio de manutención del personal de guardia se ejecutase por la misma empresa que explotaba las cafeterías, ya que así se dispone del espacio físico de estas para la realización del servicio de manutención y además se cubren –como se señala en el informe al recurso– importes de amortización de las inversiones realizadas en obras y equipamiento como consecuencia del primitivo contrato de instalación y explotación de las cafeterías.

Ahora bien, tales motivos no constituyen, en modo alguno, causa objetiva determinante de que solo la actual empresa que explota las cafeterías del hospital pueda encargarse de la prestación del servicio de manutención y ello por dos razones:

- Porque, en terminología de la propia Directiva 2014/24, existe alternativa en el mercado para la ejecución de esta prestación, como lo demuestra el interés de la propia recurrente en que se promueva la concurrencia, y

- Porque la exclusividad se fundamenta en razones que no son objetivas, sino que obedecen a una situación singular generada por la propia Administración contratante, a raíz de un contrato mixto anterior que vinculaba el servicio de manutención con el de instalación y explotación de cafeterías en el recinto hospitalario.

No obstante, la Resolución 274/2017, de 22 de diciembre, desestimó un recurso contra los pliegos reguladores del suministro de hemoderivados de uso terapéutico a partir del fraccionamiento de plasma procedente de los Centros de la Red Andaluza de Medicina Transfusional, Tejidos y Células del Servicio Andaluz de Salud.

La recurrente solicitaba la nulidad del procedimiento negociado sin publicidad por exclusividad al amparo del artículo 170 d) del TRLCSP que se preveía en los pliegos, al considerar que en uno de los productos plasmáticos no concurría el supuesto habilitante del procedimiento negociado sin publicidad, al existir alternativas en el mercado que permiten la adquisición mediante procedimiento abierto.

No obstante, el Tribunal concluyó que el objeto del contrato estaba claramente definido en los pliegos –suministro, al amparo de los apartados a y c del artículo 9.3 del TRLCSP, de hemoderivados de uso terapéutico a partir del fraccionamiento del plasma procedente de los centros de la Red Andaluza de Medicina Transfusional, Tejidos y Células del Servicio Andaluz de Salud– y que era un hecho no controvertido la existencia de un único laboratorio autorizado para la fabricación de medicamentos hemoderivados a partir de plasma nacional, según constaba en la declaración emitida por la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios.

### ***2.7. Prescripciones técnicas: prohibición de restricciones injustificadas de la concurrencia***

La exigencia de la previa definición en el expediente de las necesidades que ha de satisfacer el contrato es una previsión contenida en el artículo 1 del TRLCSP –también en el artículo 1 de la nueva ley–. El artículo 22.1 del TRLCSP –y en términos sustancialmente iguales el artículo 28.1 de la nueva ley– concretan que tales necesidades deben ser determinadas con precisión. Por tanto, no es suficiente una expresión genérica y abstracta de aquellas, sino que las mismas deben justificarse atendiendo a las circunstancias concretas que, en cada supuesto, demandan la adquisición de un determinado tipo de bienes o la prestación de un concreto servicio.

En este punto, una adecuada motivación de las necesidades puede evitar litigiosidad o al menos, reducir el índice de recursos estimados, sobre todo en aquellos supuestos en que la descripción del objeto del contrato o sus especificaciones técnicas pueden conllevar una restricción de la concurrencia.

Al respecto, la regla general es que las prescripciones técnicas deben permitir el acceso de las licitadoras en condiciones de igualdad, sin que puedan crear obstáculos injustificados a la apertura de los contratos públicos a la concurrencia (artículo 117.2 del TRLCSP). Por tanto, salvo que lo justifique el objeto del contrato, el artículo 117.8 del TRLCSP prevé que las especificaciones técnicas no pueden mencionar una fabricación o una procedencia determinada o un procedimiento concreto, ni hacer referencia a una marca, a una patente o a un tipo, a un origen o a una producción determinados con la finalidad de favorecer o descartar ciertas empresas o ciertos productos. Tal mención o referencia se autorizará, con carácter excepcional, en el caso en que no sea posible hacer una descripción lo bastante precisa e inteligible del objeto del contrato y deberá ir acompañada de la mención «o *equivalente*».

Esta regulación se mantiene en términos semejantes en el artículo 126 del nuevo texto legal y evidencia la necesidad de conjugar el respeto a los principios de igualdad y concurrencia con la satisfacción adecuada de las necesidades públicas, siendo la motivación de las mismas un elemento crucial para la salvaguarda de aquellos y de estas.

En tal sentido, la Resolución 203/2017, de 13 de octubre, recogiendo doctrina ya sentada por este Tribunal (v.g. Resolución 295/2016, de 18 de noviembre) viene a señalar que es el órgano de contratación el que, conector de las necesidades administrativas que demanda la Administración y conector también del mejor modo de satisfacerlas, debe configurar el objeto del contrato atendiendo a esos parámetros, sin que esta discrecionalidad en la conformación de la prestación a contratar pueda ser sustituida por la voluntad de las licitadoras y sin que la mayor o menor apertura a la competencia de un determinado procedimiento de adjudicación tenga que suponer en sí misma una infracción de los principios de competencia, libre acceso a las licitaciones e igualdad y no discriminación, cuando encuentra su fundamento en las necesidades o fines a satisfacer mediante la contratación de que se trate.

Asimismo, recientemente se ha pronunciado, en términos parecidos, la sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 10 noviembre de 2017 (asunto T-688/15) al señalar que el poder adjudicador dispone de una amplia libertad de apreciación respecto de los elementos a tener en cuenta para decidir la adjudicación del contrato siempre que respete los principios de proporcionalidad e igualdad de trato. La Sentencia analiza concretamente si unos criterios de solvencia son excesivos y pudieran restringir artificialmente la concurrencia –pero su doctrina es igualmente aplicable a las prescripciones técnicas de los pliegos– y concluye que, si bien los criterios de selección comportan exigencias muy elevadas, constituyen medio adecuado y necesario para la realización del objetivo perseguido por la entidad contratante, están objetivamente justificados y no tuvieron por objeto favorecer a determinadas licitadoras.

## **2.8. Subrogación**

Resulta de interés la **Resolución 119/2017, de 9 de junio**, dada la controversia suscitada en cuanto a si procedía o no la subrogación. En este supuesto, el recurso fue parcialmente estimado contra los pliegos rectores de un contrato de servicios para 297 plazas de acogimiento residencial de menores bajo la protección de la Administración de la Junta de Andalucía en Sevilla y provincia.

La recurrente denunciaba que el PCAP hurtaba la información necesaria a las licitadoras sobre las condiciones de la subrogación que permitían a estas acceder a un conocimiento completo de los elementos que pudiesen afectar a la estructura económica del contrato. En definitiva, solicitaba que se rectificase el PCAP, en el apartado relativo a la subrogación obligatoria del personal, sustituyendo el «NO» por el «SI», incluyendo además el listado de trabajadores actuales afectados por dicha subrogación. No obstante, en el informe al recurso se esgrimía que la subrogación no procedía a la vista de la naturaleza del contrato que tiene por objeto la concertación de plazas en centros de titularidad privada, por lo que no se produce cambio de un concesionario saliente por otro entrante en un mismo centro de trabajo.

El Tribunal, invocando en este caso doctrina del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, sostiene que siempre que exista, al menos, la apariencia de que puede existir obligación de subrogación, el órgano de contratación debe requerir, con arreglo al artículo 120 del TRLCSP, de la empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato que se licita y que tuviera la condición de empleadora de los trabajadores afectados, la información sobre las condiciones de los contratos de tales trabajadores, así como hacer constar dicha información en el pliego o en la documentación complementaria.

En consecuencia, se estimó el recurso al no ser objeto de controversia la aplicación del II Convenio colectivo estatal de reforma juvenil y protección de menores, cuyo artículo 35 preveía una cláusula de subrogación.

## **3. Supuestos de impugnación de la exclusión**

### **3.1. Exclusiones relacionadas con la presentación de la documentación**

En el año 2017 ha habido diversas resoluciones que han abordado las cuestiones relacionadas con las exclusiones relativas a la presentación de la documentación. En este sentido, cabe destacar las relativas a la presentación de la documentación de la proposición en un registro no previsto en el anuncio de la licitación, que siguen representando un alto porcentaje de las exclusiones y ello a pesar de que se trata de cuestiones que están bien reguladas en los pliegos y han sido tratadas con profusión por los distintos tribunales de recursos.

En todos estos supuestos, el Tribunal ha afirmado que el principio de igualdad de trato imposibilita modificar a favor de una entidad licitadora las previsiones establecidas para la realización de una actividad simultánea para todas ellas (v.g. Resolución 193/2017, de 2 de octubre, entre otras).

Asimismo, la implantación del Documento Europeo Único de Contratación (DEUC) ha generado que por las empresas licitadoras se hayan cometido errores en su confección que han originado en ciertos supuestos su exclusión.

En este sentido, es de destacar la Resolución 22/2017, de 27 de enero, en ella la exclusión de la recurrente se produjo porque el órgano de contratación detectó dos deficiencias en el DEUC, por un lado, por no haber determinado el país del órgano de contratación en la parte I del mismo y, por otro, por no acreditar el cumplimiento de los requisitos en la parte IV de dicho documento.

Con respecto al hecho de que una entidad licitadora no especifique el país del órgano de contratación, a juicio del Tribunal, no deja de ser un mero defecto formal que, además se refiere a un dato que conoce el órgano de contratación y que no afecta al cumplimiento de los requisitos de capacidad y solvencia, por lo que la exclusión por ese motivo resulta claramente contraria al principio de concurrencia y de proporcionalidad.

Asimismo, en relación con la no acreditación del cumplimiento de los requisitos en la parte IV del DEUC, en concreto, en la sección A: donde se debe realizar una indicación global relativa a todos los criterios de selección, cumplimentando el campo «Si/No» –se cumple con los requisitos– y donde la ahora recurrente no determinó la información.

Al respecto, según se desprende del contenido del DEUC que la entidad recurrente presentó, esta procedió –en lugar de hacer la indicación global relativa a todos los criterios de selección– a rellenar determinados campos de la parte IV del DEUC, y además a presentar certificado expedido por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa relativa a la clasificación.

En este sentido, hay que tener en cuenta que la entidad licitadora en realidad cumplimenta el formulario dando una información más exhaustiva que la mera declaración, y aunque efectivamente yerra en la confección del modelo, en plazo de subsanación presenta documento donde declara que adjunta clasificación administrativa acreditando que cumple con la solvencia requerida.

Además de lo anterior, el DEUC es un documento de muy reciente aplicación por lo que el Tribunal consideró que el órgano de contratación debió optar por admitir dicha declaración,

pues de la misma se infiere el cumplimiento de la subsanación requerida ya que realmente lo que se solicita es una declaración relativa al cumplimiento de los criterios de selección, por lo que a estos meros efectos –declarativos– de entender que la entidad licitadora realiza la referida indicación, la subsanación por ella presentada se debió considerar suficiente.

### **3.2. Exclusiones relacionadas con la capacidad del empresario**

En las exclusiones por cuestiones relacionadas con la capacidad del empresario, destaca, al igual que en el año anterior (Resolución 297/2016), la relativa a la exigencia del artículo 9 de la Ley 3/2005, de 8 de abril, de Incompatibilidades de Altos Cargos de la Administración de la Junta de Andalucía y de Declaración de Actividades, Bienes, Intereses y Retribuciones de Altos Cargos y otros Cargos Públicos, que requiere que las empresas licitadoras y contratistas con la Administración de la Junta de Andalucía y sus entes instrumentales deberán acreditar que no forman parte de los órganos de gobierno o administración persona alguna a los que se refiere dicha norma.

Dicha acreditación ha de ser mediante la oportuna certificación expedida por su órgano de dirección o representación competente, y es en este punto donde surgen la mayoría de las exclusiones a las que nos estamos refiriendo (v.g. **Resoluciones 33/2017 y 34/2017 de 15 de febrero**). La cuestión estriba, por tanto, en determinar qué se entiende por órgano de dirección o representación competente a efectos de expedir la certificación que señala el precepto.

A criterio del Tribunal, el órgano de dirección o representación competente a que se refiere el precepto de la citada norma andaluza, no puede ser otro que el órgano que ostenta el poder de representación de la empresa conforme a sus estatutos sociales, pero nunca un apoderado que no tiene por qué formar parte de la estructura orgánica de la empresa y cuya representación es de carácter voluntario, hallándose limitada a aquellos actos para los que se encuentra expresamente habilitado de acuerdo con el poder conferido.

Asimismo, en las **Resoluciones 77/2017 y 78/2017 de 24 de abril**, relativas al citado certificado de no estar incurso en incompatibilidad para contratar, la ahora recurrente fue excluida de la licitación por estar firmado por apoderado.

Sin embargo, existía contradicción entre el DEUC –donde el firmante aparecía como apoderado– y el Anexo IV-I –donde esa misma persona figuraba como Administrador solidario–.

Por ello, teniendo en cuenta que el Anexo IV-D debía estar suscrito por el órgano de dirección o representación de la empresa y que el administrador solidario tiene la condición de tal, la mesa, antes de excluir a la recurrente, debió darle la posibilidad de aclarar aquella contradicción haciendo uso para ello de la facultad que le confiere el artículo 82 del TRLCSP.



### **3.3. Exclusiones relacionadas con la solvencia de las empresas licitadoras**

Los supuestos en los que las empresas son excluidas del procedimiento de licitación por no acreditar la solvencia económica, financiera y técnica o profesional son significativos. Sirva como ejemplo de los supuestos acontecidos en este año, los analizados en las resoluciones números 7 y 151 que a continuación se detallan.

En la **Resolución 7/2017, de 20 de enero**, en relación con la solvencia económica y financiera, la recurrente denunciaba el haber sido excluida porque no quedaba acreditado, a juicio de la mesa de contratación, que las cuentas anuales aportadas por ella fueran las depositadas en el Registro Mercantil.

El Tribunal desestimó los recursos al entender que el depósito de las cuentas anuales no es una simple actuación formal que se cumple con el acto de presentación y entrega al Registro Mercantil, sino una actuación de carácter sustantivo que exige el cumplimiento de unos trámites internos por parte del Registro Mercantil; de tal forma que cuando el órgano de contratación en los pliegos requiere que las cuentas además de presentadas estén depositadas exige una condición añadida de fehaciencia, esto es, la seguridad jurídica que supone que las cuentas estén, no solo presentadas, sino depositadas en el Registro con lo que ello conlleva.

Supuestos similares al examinado se dieron, asimismo, en el año anterior en las resoluciones 262 y 305 de 2016.

Por otra parte, en la **Resolución 151/2017, de 28 de julio**, respecto de la acreditación del cumplimiento de las normas de garantía de calidad y de gestión medioambiental, no existen restricciones *ab initio* para integrar la solvencia con medios externos con tal que se acredite su efectiva disposición para la ejecución del contrato. En este sentido, también se analizaron algunos supuestos en el año anterior, destacando las resoluciones 242 y 273 de 2016.

En el caso de empresas pertenecientes al mismo grupo empresarial, la disposición de los medios externos no se presume, no siendo suficiente la pertenencia a un mismo grupo de empresas, a pesar de que ambas mercantiles tengan en común la pertenencia a unos mismos socios o dueños, ya que lo determinante es que se acredite la efectiva disposición de los medios externos para la ejecución del presente contrato (Resolución 273/2016 y 151/2017).

### **3.4. Exclusiones por deficiencias en la subsanación de la documentación acreditativa de los requisitos previos**

En el año 2017 ha habido diversas resoluciones que han abordado las cuestiones relacionadas con las exclusiones por deficiencias en la subsanación de la documentación administrativa de los requisitos previos. Cabe destacar las relativas a las exclusiones por no

subsana en el plazo concedido para ello, en algunos casos, por presentarse en el registro del órgano de contratación a través de una empresa de mensajería un día después de la finalización del plazo (Resolución 13/2017, de 27 de enero) y, en otros, por presentarse en el registro establecido en el requerimiento, a través de una empresa de mensajería y en otro registro, después de la finalización del plazo (Resolución 111/2017, de 25 de mayo). Asimismo, se dieron supuestos similares en el año 2016 (Resoluciones 306 y 309 de 2016).

En todos los casos el Tribunal afirmó que el principio de igualdad de trato imposibilita modificar a favor de un licitador aquellos plazos establecidos para la realización de una actividad simultánea para todas las empresas licitadoras.

También cabe destacar los supuestos en los que el Tribunal ha entendido que se ha excluido a las empresas licitadoras indebidamente al no haberse concretado la documentación que se debía de subsanar conforme al artículo 81.2 del RGLCAP o el requerimiento ser incompleto (Resolución 65/2017, de 31 de marzo y 99 y 226 de 2016), exigiendo que por la mesa de contratación se conceda plazo de subsanación, previo requerimiento de los concretos defectos u omisiones subsanables, antes de proceder a la exclusión.

Asimismo, es de reseñar el supuesto en el que una empresa es excluida de la licitación por no acreditar la solvencia económica y financiera sin haberle concedido plazo de subsanación de defectos u omisiones (Resolución 230/2017, de 3 de noviembre). En este caso el recurso fue estimado, al entender el Tribunal que los defectos u omisiones que afectan a la documentación general acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos del artículo 146.1 del TRLCSP son esencialmente subsanables en aplicación de los principios antiformalista y de proporcionalidad.

En la Resolución 232/2017, de 3 de noviembre, el objeto de la controversia versaba sobre la subsanación de la documentación acreditativa de los requisitos previos realizada por la empresa adjudicataria, en concreto por haber aportado copia del DNI del representante de la empresa con diligencia original de compulsa de otra Administración Pública –en este caso un Ayuntamiento–. La recurrente denunciaba que al respecto el pliego en el apartado de documentación general exigía que los documentos incluidos en este sobre podrán aportarse en original o mediante copias que tengan carácter de auténticas o autenticadas conforme a la legislación vigente.

Sin embargo, el Tribunal señaló que tratándose del DNI, el propio pliego admite compulsas administrativas sin especificar la Administración que haya de expedirlas, desestimando la pretensión al entender proporcionada la actuación de la mesa al escoger, entre las opcio-

nes posibles del pliego respecto al modo de presentación de la documentación acreditativa de los requisitos previos, la más favorable al principio de concurrencia y, a su vez, menos perjudicial para los intereses de la empresa que finalmente resultó adjudicataria.

Por último, en la **Resolución 155/2017, de 4 de agosto**, el órgano de contratación excluye a la recurrente por considerar que para acreditar la garantía provisional en el aval que aporta no consta el visado acreditativo del previo bastanteo del poder efectuado por el Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía. Sin embargo, el Tribunal consideró que, conforme al artículo 58 y al Anexo V del RGLCAP, es suficiente para acreditar el cumplimiento del requisito del previo bastanteo que en el texto del aval conste la asesoría jurídica correspondiente encargada de tal verificación, en este caso el Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía, señalándose, asimismo, la provincia, fecha y número o código del citado bastanteo.

### ***3.5. Exclusiones por violación del secreto de las ofertas***

En estos casos, se trata de supuestos en los que las entidades licitadoras han presentado en un determinado sobre documentación conteniendo información que debía de figurar en otro sobre que habría de abrirse en un momento procedimental posterior, adelantando información o referencia del contenido de la oferta.

Pese a ser una causa de exclusión que ha sido abordada con profusión por este Tribunal, y recogida en las todas las memorias de este órgano, todos los años se repiten casos parecidos, por lo que sería recomendable que los pliegos fuesen previsores y advirtiesen de las consecuencias de estas prácticas. En el presente año, de entre los supuestos resueltos, es de destacar los recogidos en dos resoluciones.

En las **Resoluciones 74/2017, de 21 de abril** y **228/2017, de 3 de noviembre**, las entidades licitadoras introdujeron documentación, información o referencia del sobre 3, de documentación justificativa de los criterios de adjudicación evaluables de forma automática, en el sobre 1, de documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos. En la **Resolución 74/2017** el Tribunal indicaba que la documentación general que acredita el cumplimiento de los requisitos previos ha de presentarse en sobre separado de aquél o aquellos que contengan la oferta o proposición, debiendo calificarse previamente aquella documentación antes de proceder a la apertura y examen de la oferta, la cual se mantendrá secreta hasta ese momento procedimental. Asimismo, manifestaba a modo de conclusión que ha de considerarse que cuando la apertura del sobre conteniendo la documentación acreditativa de los requisitos previos implique el conocimiento, total o parcial, de la oferta de la licitadora por encontrarse incluido en él alguno de los datos que debieran figurar en el sobre o sobres de la proposición, debe producirse, en todo caso, la exclusión de la licitadora afectada respecto del procedimiento de adjudicación de que se trate.

Por su parte, en la **Resolución 228/2017**, el Tribunal señaló que resulta evidente que la mesa de contratación no ha de tener conocimiento de determinados aspectos de la proposición en un momento procedimental en el que la oferta debe ser secreta para todos, pues de lo contrario se vulnerarían las garantías de imparcialidad y objetividad en la valoración de las ofertas al haberse anticipado información sobre aspectos de la oferta sujetos a una evaluación automática, pues ese conocimiento, por mínimo que sea, ya es susceptible de influir en la valoración de la oferta con arreglo a un juicio de valor.

### **3.6. Exclusiones por incumplimiento de determinadas prescripciones contenidas en los pliegos**

Merece destacarse aquellos incumplimientos de los PPT que originaron la exclusión de las ofertas y que tras la presentación del oportuno recurso por las entidades excluidas fue desestimado por este Tribunal. Estos supuestos representaron alrededor del 4% de los recursos presentados en 2017. Los relativos a incumplimientos de determinadas exigencias previstas en el PPT (**Resoluciones 41/2017, 42/2017, 46/2017, 187/2017, 229/2017 y 242/2017**), fueron ligeramente superiores a los relativos al de cláusulas administrativas particulares (**Resoluciones 52/2017, 67/2017, 87/2017 y 169/2017**).

Entre las anteriores merece destacarse la **Resolución 87/2017, de 5 de mayo**, en ella la recurrente fue excluida por la mesa de contratación por no presentar el sobre número 3, relativo a la documentación sobre los criterios de adjudicación valorados mediante la aplicación de fórmulas.

El Tribunal entendió que una vez finalizado el plazo de presentación de ofertas, la omisión en la presentación de alguno de los sobres supone un incumplimiento claro y manifiesto del PCAP que ha de desembocar, inexorablemente, en la exclusión de la licitadora, pues presenta su proposición de forma parcial e incompleta. La posibilidad de que la mesa de contratación, o en su caso, el órgano de contratación admitiese la presentación de alguno de los sobres –el 1 ó el 3– con fecha posterior a la finalización del plazo de presentación de ofertas, como se pretende en el recurso, supondría un ataque frontal al principio de igualdad de trato entre las entidades licitadoras.

Por otro lado, es necesario señalar aquellos recursos en los que la entidad recurrente denuncia algún tipo de incumplimiento de la oferta de la adjudicataria, que tras su análisis fueron apreciados y estimados por este Tribunal. En estos supuestos es necesario destacar la **Resolución 106/2017, de 19 de mayo**, en ella la recurrente alega que la oferta económica de la adjudicataria contenía cuatro decimales, contraviniendo el modelo de proposición económica establecido en los pliegos que solo prevén tres decimales y beneficiándose de la posibilidad de ofrecer un precio más competitivo al poder ajustarlo al cuarto decimal, en detrimento de las demás ofertas.

En este caso, el Tribunal puso de manifiesto tras el análisis de la controversia que resulta claro que la oferta de la ahora adjudicataria con cuatro decimales no incurre en un mero error aritmético o de transcripción que pueda corregirse sin esfuerzo interpretativo alguno acudiendo a la documentación aportada por la propia empresa licitadora (al menos, no se ha revelado ningún dato que nos permita llegar a otra conclusión). Es por ello, que la aclaración que pudiera presentar la licitadora pasaría inevitablemente por la alteración de su oferta inicial, bien porque acudiera a la técnica del redondeo para reducir los cuatro decimales a tres, bien porque interpretara que los tres decimales debían ser las tres primeras cifras después de la coma o las tres últimas.

En ese sentido, cualquiera de las soluciones anteriores u otra que pudiera, en hipótesis, plantearse supondría modificar el sentido y tenor exacto de la proposición primitiva, porque en realidad la voluntad de la adjudicataria, por mor del error padecido, fue indicar cuatro decimales y no tres, lo que indica que cualquier modificación ulterior en el número de decimales no sería propiamente la corrección de un error aritmético sino la acomodación de la oferta ya realizada a las exigencias del pliego, extremo este que evidencia el carácter insubsanable del error cometido con la consecuencia inevitable de la exclusión de la oferta.

### *3.7. Exclusiones por no superar un umbral mínimo para continuar en el procedimiento de licitación*

En las Resoluciones 32/2017, de 9 de febrero y 190/2017, de 26 de septiembre, las entidades recurrentes fueron excluidas por no superar el umbral de puntuación mínimo establecido en los criterios de adjudicación para continuar en el procedimiento de adjudicación.

En la Resolución 32/2017, la recurrente denuncia que su oferta ha sido indebidamente valorada con respecto a los criterios de adjudicación cuya ponderación está sujeta a juicios de valor. En este sentido, rebate la motivación de las distintas puntuaciones que ha recibido la misma argumentando principalmente que se han valorado cuestiones no contempladas en el PCAP. El Tribunal desestimó el recurso al entender que, a la vista de la motivación de la exclusión de la oferta de la recurrente, la argumentación contenida en el recurso y las alegaciones realizadas por el órgano de contratación, no ha quedado de manifiesto que la comisión técnica haya incurrido en arbitrariedad o error en su actuación, ni tampoco que haya valorado la oferta de la recurrente conforme a criterios ajenos a los establecidos en los pliegos, por lo que no resulta probado que se hayan superado los límites de la discrecionalidad técnica alegados por la recurrente y, por tanto, no ha quedado desvirtuada la presunción de certeza de la que goza el juicio técnico del órgano administrativo.

A juicio de este Tribunal son correctas las apreciaciones del órgano de contratación en tanto la recurrente solo menciona aspectos parciales que se recogen en el informe sobre la valoración de su propuesta, sin que se tengan en cuenta otros muchos aspectos de la valoración –como esta afirma tanto o más fundamentales– que han motivado la puntuación de su oferta y que han conllevado en última instancia a que no superase el umbral mínimo requerido en el pliego.

### ***3.8. Exclusiones por no justificar la viabilidad de la oferta, inicialmente, incurra en baja anormal o desproporcionada***

En el año 2017, los recursos relacionados directa o indirectamente con las bajas anormales o desproporcionadas han representado en torno al 10% de los presentados, con una incidencia mucho mayor que en los años anteriores.

En las Resoluciones: 3/2017, de 20 de enero, 239/2017, de 13 de noviembre y 264/2017, de 5 de diciembre, el Tribunal entendió que no es posible determinar la inviabilidad de una oferta o si esta es anormal o desproporcionada si cumple con los parámetros objetivos para su apreciación previstos en los pliegos o en la documentación que rige el procedimiento de licitación.

Además en la citada Resolución 239/2017, en otra de las pretensiones la recurrente cuestionaba la valoración de las ofertas efectuada por una mercantil, que asesoraba técnicamente a la mesa de contratación mediante un contrato de consultoría, y dicha previsión se recogía en los pliegos. En este caso, el Tribunal desestimó la pretensión afirmando que la mesa de contratación puede auxiliarse de informes técnicos externos para la valoración de las ofertas, no pudiendo hacer dejación de funciones remitiéndose sin más al contenido de los mismos, debiendo realizar al menos una mínima valoración crítica que exteriorice las razones que le llevan a su aceptación y transformación en su propia propuesta.

En otros casos, tales como en las Resoluciones: 36/2017, de 15 de febrero, 70/2017, de 6 de abril y 116/2017, de 31 de mayo, a juicio del Tribunal, no es posible apreciar la inviabilidad de una oferta o si esta es anormal o desproporcionada si en los pliegos o en la documentación que rige el procedimiento no se han establecido parámetros objetivos para su apreciación.

En la Resolución 24/2017, de 3 de febrero, el órgano de contratación para apreciar si las ofertas estaban inicialmente incurras en baja anormal o desproporcionada, había aplicado parámetros no previstos de forma clara y precisa en los pliegos y además de carácter subjetivo, interpretables por su parte, basados en estimaciones que hizo de costes, consumos y beneficios. En este caso, el Tribunal estimó el recurso afirmando que los parámetros para

apreciar si una oferta contiene inicialmente valores anormales o desproporcionados han de ser objetivos, ausentes de toda subjetividad, y figurar de manera clara y precisa en los pliegos que rijan la licitación.

En las **Resoluciones 69/2017, de 6 de abril y 97/2017, de 12 de mayo**, el Tribunal estimó los recursos interpuestos al entender que la exclusión de la oferta por no justificar la viabilidad estaba insuficientemente motivada. En concreto en la segunda de ellas, el Tribunal afirmó que el órgano de contratación, no la mesa, ha de dictar un acto expreso de exclusión de la oferta por incluir valores anormales o desproporcionados, bien en el mismo acuerdo de adjudicación o en acto independiente, debiendo en todo caso cumplirse el deber legal de motivación.

En la **Resolución 103/2017, de 19 de mayo**, el Tribunal desestimó el recurso al apreciar que las justificaciones y argumentos esgrimidos para acreditar la viabilidad de la oferta incurso, inicialmente en baja anormal o desproporcionada, deberían haber sido más profundos al ser alta la desproporción respecto al presupuesto de licitación. En un sentido similar se pronunció en la **Resolución 120/2017, de 9 de junio**.

En varias Resoluciones, por todas la **Resolución 138/2017, de 5 de julio**, por el Tribunal se señaló que una vez presentada la documentación justificativa de la oferta inicialmente incurso en baja anormal o desproporcionada, la verificación debe centrarse en la viabilidad de la oferta y en ella se deben analizar aquellas partidas determinantes de que dicha oferta pueda o no ser cumplida razonablemente por la licitadora; en todo caso, dicha verificación no puede realizarse sobre aspectos o características técnicas de la oferta que ya fueron analizadas previamente en su momento procedimental oportuno.

Asimismo, esa verificación solo debe limitarse a la viabilidad o posibilidad de cumplimiento del contrato desde la perspectiva de la oferta de cada licitadora; en este sentido, la normativa sobre justificación de ofertas presuntamente anormales o desproporcionadas no impone de forma absoluta la necesidad de valorar la coherencia económica de la oferta en sí misma considerada, sino si es viable que la licitadora ofertante la ejecute, de ahí que cobren especial importancia las condiciones de la propia licitadora.

No cabe, por tanto, al menos como principio, extender ese análisis de viabilidad de la oferta a aquellas partidas de la misma que quedan al arbitrio de la entidad licitadora, como ocurre con los gastos generales o el beneficio industrial, quien las puede incluir en el porcentaje que estime pertinente, sin que los pliegos, ni las reglas de contratación establezcan fórmulas o porcentajes para la determinación o inclusión de tales partidas económicas.

Entre otras, en las **Resoluciones 26/2017, de 3 de febrero, 75/2017, de 21 de abril y 271/2017, de 18 de diciembre**, el Tribunal desestimó los recursos interpuestos relativos a la exclusión de la oferta, inicialmente, incurso en baja anormal o desproporcionada por no justificar su aptitud, al entender que el informe técnico sobre viabilidad de la oferta contiene la motivación necesaria.

En la **Resolución 166/2017, de 5 de septiembre**, la recurrente alegaba que la desestimación por el órgano de contratación de la justificación de la viabilidad de su oferta económica, inicialmente, incurso en baja anormal o desproporcionada se basaba en un error o errata en la información facilitada por una empresa subcontratista. En este supuesto, el Tribunal desestimó el recurso a entender que la claridad y precisión de la oferta impedía a la mesa y al órgano de contratación solicitar aclaraciones a la misma, como pretendía la recurrente, pues ello supondría indefectiblemente la modificación de aquella. Asimismo, el Tribunal entendió que no era posible subsanar en vía de recurso lo que no se hizo en el procedimiento de licitación.

Por último, en la **Resolución 249/2017, de 16 de noviembre**, la oferta de la recurrente, inicialmente incurso en baja anormal o desproporcionada fue excluida de la licitación por el órgano de contratación al entender que no justificaba la viabilidad de la misma. En este supuesto el Tribunal desestimó el recurso al entender que la licitadora ahora recurrente no había aportado la documentación acreditativa de la viabilidad de su proposición económica inicialmente presentada, por el contrario había tratado de justificar otra oferta completamente distinta que solo coincidía con la ofertada inicialmente en el importe total.

### ***3.9. Exclusiones relacionadas con el requerimiento de documentación al amparo del artículo 151.2 del TRLCSP***

En el año 2017 la incidencia de este tipo de supuestos ha sido más alta de lo esperado, teniendo en cuenta lo acaecido en el año 2016 que hubo una regresión respecto al 2015. Por su trascendencia es necesario mencionar determinados supuestos más significativos. En este sentido, es de destacar las **Resoluciones 125/2017 y 144/2017**.

En la **Resolución 125/2017, de 9 de junio**, el acto recurrido es el acuerdo de incautación de la garantía provisional recogido en la resolución de adjudicación y en la **Resolución 144/2017 de 5 de julio**, el acto recurrido es el acuerdo de incautación parcial de la garantía definitiva. En ambos casos, el Tribunal entendió que dichos actos eran susceptibles de recurso especial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 40.2.b) del TRLCSP, al entender que el acto objeto de recurso –las mencionadas incautaciones– pueden ocasionar un perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos, supuesto que queda contemplado en el invocado precepto a la hora de recoger los actos que pueden ser objeto de recurso.

En la citada Resolución 125/2017, y en lo relativo al fondo de la cuestión, la recurrente justifica en su recurso que el incumplimiento en la presentación de la documentación exigida por el artículo 151.2 del TRLCSP deriva de una inacción de la propia Administración, considerando el Tribunal que no se cumplían los requisitos para la incautación de la garantía provisional previstos en los artículos 103 del TRLCSP y 62.2 y 84 del RGLCAP.

#### 4. Supuestos de impugnación de la adjudicación

##### 4.1. Comisión técnica vs. Comité de expertos. (Resoluciones 152/2017 y 271/2017)

Han sido varias las resoluciones que han tratado supuestos en los que las entidades recurrentes han combatido la configuración y actuación de las comisiones técnicas designadas por el órgano de contratación para la valoración de las ofertas presentadas en el procedimiento de contratación al entender que estas eran, en realidad, comités de expertos que en su funcionamiento debían actuar como órganos administrativos y respetar, por tanto, las disposiciones que los regulan.

En este sentido, en la Resolución 152/2017, de 28 de julio, se analizó un supuesto en el que la recurrente afirmaba que el informe técnico elaborado para la valoración de las ofertas debía declararse nulo, fundamentando su pretensión en que la mesa de contratación delegó de facto sus funciones en la comisión técnica, tal y como ocurre en los supuestos en los que se constituye la comisión de expertos, y en el que afirmaba, que en la valoración de las ofertas se habían constituido subcomisiones sin que existiese acuerdo de la mesa para llevar a cabo tal división y sin que existiese constancia documental de las reuniones y acuerdos adoptados por la comisión técnica y las subcomisiones creadas, ni de la expresión de la voluntad individual de los componentes de la mencionada comisión técnica. Por esta y otras razones solicitó la anulación de todo el procedimiento de adjudicación.

El Tribunal analizó estas alegaciones, partiendo en la mencionada resolución de un dato fundamental, y es que la comisión técnica que, en el supuesto examinado, asesoró a la mesa de contratación en la valoración de las ofertas no es ni un «comité de expertos» –figura prevista en los artículos 150.2 del TRLCSP y 25 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo<sup>3</sup>– ni tampoco un órgano administrativo en el sentido del artículo 5 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante Ley 40/2015).

En la mencionada resolución, se afirma que el órgano competente para la valoración de las ofertas es, con carácter general, la mesa de contratación. Al respecto, el artículo 320.1

---

3. Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

del TRLCSP dispone que *«Salvo en el caso en que la competencia para contratar corresponda a una Junta de Contratación, en los procedimientos abiertos y restringidos y en los procedimientos negociados con publicidad a que se refiere el artículo 177.1, los órganos de contratación de las Administraciones Públicas estarán asistidos por una Mesa de contratación, que será el órgano competente para la valoración de las ofertas. En los procedimientos negociados en que no sea necesario publicar anuncios de licitación, la constitución de la Mesa será potestativa para el órgano de contratación»*.

No obstante lo anterior, la mesa de contratación, en el ejercicio de su competencia de valoración de las ofertas, puede solicitar cuantos informes técnicos considere necesarios. En tal sentido el artículo 160.1 del TRLCSP dispone que *«Cuando para la valoración de las proposiciones hayan de tenerse en cuenta criterios distintos al del precio, el órgano competente para ello [la mesa de contratación] podrá solicitar, antes de formular su propuesta, cuantos informes técnicos considere precisos. Igualmente, podrán solicitarse estos informes cuando sea necesario verificar que las ofertas cumplen con las especificaciones técnicas del pliego»* y el artículo 22.1 e) del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, recoge, entre las funciones de la mesa de contratación, la de valoración de las proposiciones, a cuyo efecto podrá solicitar los informes técnicos que considere precisos.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que, conforme a lo dispuesto en el artículo 150.2 del TRLCSP, *«Cuando en una licitación que se siga por un procedimiento abierto o restringido se atribuya a los criterios evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas una ponderación inferior a la correspondiente a los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor, deberá constituirse un comité que cuente con un mínimo de tres miembros, formado por expertos no integrados en el órgano proponente del contrato y con cualificación apropiada, al que corresponderá realizar la evaluación de las ofertas conforme a estos últimos criterios, o encomendar esta evaluación a un organismo técnico especializado, debidamente identificado en los pliegos»* y en el mismo sentido se pronuncia el artículo 25 del Real Decreto 817/2009 antes mencionado.

En la resolución se concluye que la mesa de contratación es el órgano competente para la valoración de las ofertas con arreglo a criterios sujetos a juicio de valor siempre que estos tengan asignada menor ponderación que los criterios evaluables automáticamente, correspondiendo, en caso contrario, tal facultad al comité de expertos u organismo técnico especializado previstos en el artículo 150.2 del TRLCSP. Asimismo, en los casos en que la mesa sea el órgano de valoración de las ofertas con arreglo a los criterios sujetos a juicio de valor, podrá solicitar potestativamente, cuando lo considere necesario, informes técnicos sobre la materia.

Aplicando todo lo anterior al supuesto analizado, se llega a la conclusión de que teniendo en cuenta la configuración de los criterios de adjudicación la valoración de las ofertas corresponde a la mesa de contratación, si bien, del expediente remitido se desprende que esta aprobó la designación de una comisión evaluadora debido a la complejidad técnica del objeto de la licitación posibilidad prevista legalmente.

Sin embargo, se concluye en la resolución que esta comisión técnica no tiene nada que ver con el comité de expertos previsto en el artículo 150.2 del TRLCSP y 25 del Real Decreto 817/2009, ya que este se encuentra previsto para los casos en que la ponderación de los criterios sujetos a juicio de valor sea superior a la de los restantes.

Además, se manifiesta que la comisión técnica no tiene naturaleza de órgano administrativo en el sentido regulado en el artículo 5.1 de la Ley 40/2015, «*Tendrán la consideración de órganos administrativos las unidades administrativas a las que se les atribuyan funciones que tengan efectos jurídicos frente a terceros, o cuya actuación tenga carácter preceptivo*», al no ser predicables de la misma ninguno de los atributos del precepto: la comisión técnica solo ilustra y asesora a la mesa de contratación pero no adopta decisiones con efectos jurídicos frente a terceros y su intervención es potestativa en el procedimiento, puesto que es facultad de la mesa solicitar o no informes técnicos a la hora de valorar las ofertas (véanse los artículos 160 del TRLCSP y 22.1 e) del Real Decreto 817/2009). Se colige, pues, que en la licitación objeto de la controversia el único órgano administrativo de carácter colegiado con competencia para valorar las ofertas es la mesa de contratación (artículo 320 del TRLCSP).

En definitiva se concluye en la aludida resolución, que al no revestir naturaleza de órgano administrativo, la comisión técnica designada en este procedimiento de adjudicación no tiene que seguir el régimen legal previsto para los órganos colegiados en los artículos 15 y siguientes de la Ley 40/2015, en cuanto a normas de funcionamiento, convocatorias, sesiones, deliberaciones, votaciones y levantamiento de actas de las sesiones. Cuestión distinta es que, como grupo de profesionales especializados en la materia, la comisión examine materialmente las ofertas y emita su juicio especializado en forma de informe suscrito por todos o por la mayoría de sus miembros, y sin perjuicio de que, si alguno discrepare del criterio mayoritario, se haga constar igualmente su parecer técnico. En este sentido se consideró correcta la actuación del órgano de contratación motivo por el que se desestimó el recurso.

Supuesto similar se analiza en la **Resolución 271/2017, de 18 de diciembre**, en el que la recurrente alega como uno de los motivos del recurso que ha existido una irregularidad en la formación de la mesa de contratación ya que según lo establecido en el PCAP rector del procedimiento la evaluación debe efectuarla un comité formado por expertos, como mínimo tres, y diferentes a las personas que hayan confeccionado el pliego.

En la mencionada resolución, con unos argumentos muy similares a los anteriormente enunciados, se llega a la conclusión de que nos encontramos ante un supuesto en el que la valoración de las ofertas debe hacerla la mesa de contratación, optando ésta por solicitar informe técnico a personal cualificado para emitirlo, haciendo uso para ello de la facultad que le es reconocida legal y reglamentariamente en los preceptos anteriormente señalados.

Como ya se ha señalado, esta comisión nada tiene que ver con el comité de expertos, solo previsto en los artículos 150.2 del TRLCSP y 25 del Real Decreto 817/2009 para los casos en que la ponderación de los criterios sujetos a juicio de valor sea superior a la de los restantes, por lo que se procede también en este supuesto a la desestimación de este motivo del recurso.

*4.2. Posibilidad de que dispone la mesa de contratación de solicitar a las entidades licitadoras aclaraciones sobre la documentación contenida en sus propuestas. Diferencia entre el supuesto en que se solicitan aclaraciones sobre los certificados y documentos presentados para acreditar la aptitud para contratar con respecto al requerimiento de aclaraciones sobre las ofertas presentadas, supuestos en los que es posible en contraste con aquellos en los que la aclaración supone en realidad una modificación de la oferta inicial. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de, 4 mayo de 2017, (asunto C-387/14). (Resoluciones 12/2017, 28/2017, 55/2017, 77/2017, 78/2017, 106/2017, 133/2017, 151/2017, 164/2017, 182/2017 y 206/2017)*

También ha sido objeto de controversia reiterada la cuestión relativa a la posibilidad que asiste a la mesa de contratación de solicitar aclaraciones sobre la documentación presentada por las entidades licitadoras en dos momentos diferenciados, en primer lugar, sobre los certificados y documentos acreditativos de la aptitud para contratar y, en un segundo lugar, sobre las ofertas presentadas.

La primera cuestión se analiza –entre otras– en las Resoluciones 77/2017 y 78/2017 ambas de 24 de abril, en un supuesto en el que las recurrentes combaten su exclusión por no haber incluido estas en la documentación acreditativa de la aptitud para contratar de su oferta, determinada declaración formalizada por el órgano de la empresa competente para realizarla requerida en fase de subsanación, según lo exigido por el PCAP regulador del procedimiento.

El Tribunal, al analizar el expediente administrativo remitido por el órgano de contratación detecta ciertas contradicciones en la documentación administrativa presentada por la recurrente por lo que estima que la mesa de contratación antes de haberla excluido definitivamente, debió darle la posibilidad de aclarar aquella contradicción haciendo uso para ello de la facultad que le confiere el artículo 82 del TRLCSP «El órgano de contratación

*o el órgano auxiliar de este podrá recabar del empresario aclaraciones sobre los certificados y documentos presentados en aplicación de los artículos anteriores [capacidad y solvencia del empresario] o requerirle para la presentación de otros complementarios».*

En este sentido, se incide en las mencionadas resoluciones que resultan compatibles los plazos previstos en los artículos 81.2 del RGLCAP –para solicitar subsanaciones– y los del artículo 82 del TRLCSP –para solicitar documentación e información complementaria–, siendo el precedente normativo inmediato de este último precepto el artículo 22 del RGLCAP «A los efectos establecidos en los artículos 15 a 20 de la Ley, el órgano y la mesa de contratación podrán recabar del empresario aclaraciones sobre los certificados y documentos presentados o requerirle para la presentación de otros complementarios, lo que deberá cumplimentar en el plazo de cinco días, sin que puedan presentarse después de declaradas admitidas las ofertas conforme a lo dispuesto en el artículo 83.6».

Así, mientras el plazo de tres días hábiles previsto en el artículo 81.2 del RGLCAP se concederá para la subsanación de omisiones, errores o defectos materiales subsanables, entendidos estos como los que no afectan al cumplimiento de los requisitos sino a su acreditación, el artículo 22 se refiere a la comprobación del cumplimiento de los requisitos legales de capacidad y solvencia y de no estar incurso en prohibición de contratar, pudiendo la Administración en este caso hacer uso del plazo de cinco días cuando considere que dicho cumplimiento debe ser aclarado.

En los supuestos analizados se concluye que la mesa de contratación debió solicitar aclaraciones en virtud de lo previsto en el artículo 82 del TRLCSP, por lo que se estiman los recursos interpuestos.

Como anteriormente se ha mencionado, también dispone el órgano de contratación o la mesa de contratación de la posibilidad de solicitar aclaraciones a las entidades licitadoras sobre las ofertas presentadas. Estas aclaraciones siempre se encuentran limitadas en tanto que fruto de la aclaración no se podrá modificar la oferta inicialmente presentada. A lo largo del año 2017 se han analizado diversos supuestos en los que se analiza cuando sí resulta posible y cuando la petición de aclaraciones conlleva indefectiblemente la modificación de las ofertas.

Como punto de partida, en la Resolución 55/2017, de 24 de marzo, se invocan anteriores resoluciones en las que se analiza la Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea, de 10 de diciembre de 2009, (asunto T-195/08) llegando a las siguientes conclusiones sobre la facultad de la que dispone la mesa de contratación de solicitar aclaraciones en relación con las ofertas:

- «1. Si bien es cierto que un órgano de contratación está obligado a redactar las condiciones de una licitación con precisión y claridad, no está obligado a prever todos los supuestos, por raros que sean, que puedan presentarse en la práctica.
2. Cabe tomar la iniciativa de ponerse en contacto con la licitadora cuando una oferta requiera aclaraciones suplementarias, o cuando se trate de corregir errores materiales en la redacción de la oferta, pues es esencial, en aras de la seguridad jurídica, que pueda asegurarse con precisión el contenido de la oferta y, en particular, la conformidad de ésta con los requisitos establecidos en el pliego de condiciones.
3. El principio de igualdad de trato entre las licitadoras no puede impedir el ejercicio de esta facultad siempre que se trate por igual a todas las licitadoras y que ello no suponga la modificación del contenido de la oferta presentada».

En el supuesto analizado en la Resolución 55/2017, se estudia si es correcta la posibilidad que brindó la correspondiente mesa de contratación a una de las entidades licitadoras para que pudiera aclarar un determinado aspecto de su oferta, en este caso se llega a la conclusión de que aunque desde un punto de vista formal en su aclaración modifica la marca del producto que iba a suministrar –en este caso unos neumáticos–, sin embargo, materialmente con la aclaración la entidad oferta *«el mismo neumático que en su propuesta inicial, fabricado en las mismas instalaciones por la misma empresa y con las mismas características y calidades, con la única diferencia de su distinta denominación comercial, por lo que a juicio de este Tribunal no puede considerarse que haya modificado su oferta, habiéndose producido solo una aclaración de la misma, siendo por tanto adecuado el proceder de la mesa de contratación»* al admitir la mencionada aclaración, motivo por el que se desestimó el recurso interpuesto.

Como se ha mencionado anteriormente, la posibilidad de aclarar una oferta debe interpretarse de modo restrictivo siendo factible únicamente si con ello no se modifica o propone una nueva oferta y además ha de tenerse en cuenta que la aclaración no es, en todo caso, un derecho de la licitadora cuya proposición sea imprecisa, pues se debe partir de la premisa de que el mismo ha incumplido el deber de diligencia que le es exigible en la elaboración de su oferta, como se desprende del contenido de la Sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de marzo de 2012 (asunto C-599/10) invocada en las resoluciones que han tratado esta cuestión, tales como, las Resoluciones: 12/2017, de 3 de febrero y 28/2017, de 9 de febrero.

En el supuesto concreto analizado en la Resolución 12/2017, se desestima el recurso interpuesto al no considerar el Tribunal que la mesa hubiera actuado con excesivo rigor al no haber solicitado aclaraciones a la recurrente sobre su oferta, pues esta incurría en una equivocación manifiesta que no podía ser aclarada, sino solo corregida o subsanada omi-

tiendo el dato erróneo e introduciendo el dato correcto, lo que a todas luces supondría una modificación de la oferta inicial, contraria al principio de igualdad de trato en la licitación y que beneficiaría injustamente a la licitadora poco diligente.

Por otro lado, en la **Resolución 106/2017, de 19 de mayo**, se analiza un supuesto en el que una de las entidades licitadoras del procedimiento de contratación impugnado presentó su oferta económica con un mayor número de decimales de los que se exigían en los pliegos. En este caso, la mesa de contratación consideró que existía una contradicción en los pliegos rectores del procedimiento que podía haber generado la confusión por lo que para salvarla modificó las ofertas para que fuera posible su comparación y valoración, resultando finalmente adjudicataria del contrato la entidad que había presentado su oferta con mayor número de decimales. La recurrente se alzó contra la adjudicación solicitando que se excluyera la oferta que incumplía lo exigido en los pliegos.

En este supuesto, el Tribunal concluye que no nos encontramos ante un fallo o equivocación subsanables puesto que según se indica en la mencionada Resolución: *«solo son subsanables los errores materiales y el aquí padecido no tiene tal carácter»*, pues hay que considerar que para apreciar este tipo de error estos deben: *«corregirse sin esfuerzo interpretativo alguno acudiendo a la documentación aportada por la propia empresa licitadora»* y teniendo en cuenta que en el supuesto objeto de análisis cualquier aclaración pasaría inevitablemente por la alteración de su oferta inicial y siendo este precisamente el límite establecido a la posibilidad de solicitar aclaraciones, se resolvió estimar el recurso para que el órgano de contratación procediera a la exclusión de la oferta de la entidad inicialmente adjudicataria respecto al lote impugnado.

Finalmente, en la **Resolución 182/2017, de 19 de septiembre**, se analiza un supuesto en el que la mesa de contratación solicitó determinadas aclaraciones a una de las entidades licitadoras sobre su oferta al detectar que la misma adolecía de un error subsanable ya que había modificado una partida que se había establecido como fija en el modelo de propuesta económica. En este supuesto, el Tribunal consideró que teniendo en cuenta que la oscuridad del PCAP podía haber inducido al error y que la subsanación no afectaba a la oferta inicial, fue correcta la actuación de la mesa de contratación permitiendo tal aclaración.

En esta Resolución se analiza la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de, 4 mayo de 2017, (asunto C-387/14), de la que se infiere a la luz de la propia jurisprudencia emanada por ese Tribunal que existe la posibilidad de que los datos de una oferta puedan corregirse o subsanarse, pero que *«corresponde al poder adjudicador garantizar, en particular, que la solicitud de aclaraciones de una oferta no tenga como consecuencia que la licitadora afectado presente lo que constituiría una nueva oferta»*.

A la vista de lo anterior, y teniendo en cuenta que el error se cometió sobre una partida fija que debía ser constante en todas las ofertas presentadas se consideró correcta –como se ha mencionado– la actuación de la mesa de contratación al no conculcar el principio de igualdad de trato entre candidatos que debe presidir los procedimientos de contratación pública.

**4.3. Análisis de la evolución doctrinal en aquellos supuestos en los que al impugnar el acto de la adjudicación se combaten de forma indirecta los pliegos rectores del procedimiento de adjudicación. (Resoluciones: 45/2017, 139/2017, 196/2017, 200/2017, 219/2017, 231/2017, 257/2017 y 270/2017)**

Los supuestos en los que se combaten los pliegos rectores de un procedimiento con ocasión del recurso contra el acto de adjudicación han sido recurrentes a lo largo de los últimos años de funcionamiento del Tribunal y han sido analizados en diversas ocasiones, por ejemplo, en la memoria de este Tribunal del año 2016. El motivo de volver a tratar esta cuestión es la de estudiar la evolución que la misma ha tenido, sobre todo, como consecuencia de la aplicación de la más reciente Jurisprudencia.

La regla general en estos casos ha sido estimar que el PCAP es «*Ley entre las partes*» y que la presentación de una oferta supone la aceptación incondicionada de aquel tal y como prevé el artículo 145.1 del TRLCSP. Por tanto, una vez que el pliego ha sido aceptado y no impugnado por la licitadora en su momento procedimental oportuno, pasa a ser un acto firme y consentido y no cabe denunciar vicios de aquel con ocasión del recurso contra la adjudicación del contrato.

Esta doctrina no plantea duda alguna tratándose de vicios de los pliegos que no son de nulidad de pleno derecho. No obstante, cuando el vicio es de nulidad, la doctrina del recurso indirecto contra los pliegos al impugnar el acto de adjudicación ha evolucionado desde una admisión condicionada al cumplimiento acumulado de diversos requisitos a una doctrina más restrictiva sobre la inatacabilidad de los pliegos una vez transcurrido su plazo legal de impugnación, aun cuando el vicio alegado pueda ser de nulidad, doctrina esta con arraigo en el Tribunal Supremo y algunos Tribunales Superiores de Justicia como el de Galicia y el de Madrid.

En este sentido, la actuación del Tribunal ha partido del criterio que mantiene la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de marzo de 2015 (asunto C-538/13 Evigilo) que sostiene que la efectiva aplicación de las Directivas de contratos y de recursos exige que una licitadora, razonablemente informado y normalmente diligente, que no pudo comprender las condiciones de la licitación hasta el momento en que el poder adjudicador, tras haber evaluado las ofertas, le informó de los motivos de su decisión, pueda



interponer un recurso sobre la legalidad de la licitación hasta que finalice el plazo del recurso contra el acto de adjudicación.

Sin embargo, el TARCJA mantiene ahora una posición más restrictiva en la admisión del recurso indirecto contra los pliegos postura que se fundamenta en la **Resolución 196/2017, de 2 de octubre**, en la que se alude a jurisprudencia del Tribunal Supremo como la plasmada en la Sentencia de 28 de junio de 2004 (RJ 2004, 5448) y que manifiesta que las cláusulas de los pliegos que no fueron impugnadas han de considerarse aceptadas por quienes concurrieron a la licitación, ya que lo contrario –admitir el recurso indirecto– puede resultar contrario a la buena fe que debe presidir la vida del contrato, puesto que si se consienten una o varias cláusulas o prescripciones técnicas, luego, al no resultar adjudicataria, no se puede impugnar la adjudicación argumentando que los pliegos consentidos son contrarios al ordenamiento jurídico.

La propia sentencia sostiene que tal doctrina sería de aplicación también a los vicios de nulidad al señalar que toda acción de nulidad contra los pliegos debe dejar a salvo el principio de buena fe y la seguridad jurídica, a cuya preservación tiende la firmeza de los actos para quienes los han consentido.

No obstante, todavía se ha avanzado hacia una interpretación más restrictiva en la admisión del recurso indirecto contra los pliegos y puede ser que este criterio sea el que impere en adelante a la luz de la doctrina del Tribunal Supremo y de algunas sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia como el de Galicia o el de Madrid.

Esta doctrina más restrictiva parte de que el pliego, una vez deviene firme por no haber sido impugnado en plazo, es inatacable y ello con independencia de que adolezca de un vicio de nulidad y de la buena fe de la recurrente al denunciar el vicio.

Así la sentencia 118/2016 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid señala:

*«El sometimiento a plazo del recurso especial contra los pliegos es una condición de procedibilidad que constituye una garantía del principio de seguridad jurídica consagrado en el artículo 9.3 de la Constitución.*

*En consecuencia, una cláusula nula del PCAP o del PPT deberá ser recurrida dentro del plazo legalmente previsto, y si no se hace así, solo cabrá utilizar la vía del artículo 102 de la Ley 30/1992, de 26 de Noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, reclamando de la Administración autora del acto la declaración de nulidad del pliego, previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo de la Comunidad Autónoma si lo hubiere».*

Esta jurisprudencia se ha tenido en cuenta en las resoluciones más recientes dictadas por este Tribunal, valgan como ejemplo las Resoluciones 231/2017, de 3 de noviembre, 257/2017, de 29 de noviembre y 270/2017, de 18 de diciembre de 2017, en esta última, como corolario de todo lo anterior se manifiesta que si una licitadora razonablemente informada y con normal diligencia puede entender las condiciones de la licitación en el momento en que se anuncia la licitación y tiene conocimiento del contenido de los pliegos, debe impugnar dichas condiciones, si las considera ilegales, en el plazo legalmente establecido para recurrir los mismos, transcurrido el cual estos devienen inatacables.

#### **4.4. Vinculación de la Administración autora de los pliegos al contenido establecido en ellos. Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 28 de junio de 2016 (asunto T-652/14). (Resoluciones: 23/2017, 61/2017, 172/2017, 194/2017, 198/2017, 205/2017, 247/2017, 255/2017, 259/2017, 262/2017)**

A lo largo del año 2017, este Tribunal ha podido pronunciarse con mayor profusión en diversos supuestos sobre la sujeción que tiene también la Administración autora de los pliegos rectores del procedimiento a lo contenido en los mismos, como otra perspectiva de la *Lex contractus* que no solo vincula a las entidades licitadoras con respecto a los pliegos que han devenido firmes sino también a la Administración autora de los mismos en virtud del aforismo latino *Pacta sunt servanda*.

En este sentido, cuando el órgano de contratación en los pliegos o en los documentos que rigen la licitación define las condiciones que pretende imponer a las entidades licitadoras, se autolimita en el ejercicio de su facultad de apreciación y no puede ya apartarse de las condiciones que de este modo ha definido con respecto a cualquiera de las licitadoras sin vulnerar el principio de igualdad de trato entre las mismas.

En los distintos supuestos en los que se estiman los recursos interpuestos se puede apreciar que la actuación de la mesa de contratación, bien supone un incumplimiento claro y manifiesto de lo dispuesto en el PCAP o bien implica una modificación por la mesa de contratación de la proposición inicialmente presentada por una entidad licitadora, cuestiones ambas que infringen el ordenamiento jurídico contractual y, en particular, los principios de seguridad jurídica, de no discriminación e igualdad de trato y de transparencia de los procedimientos.

Por ejemplo, en la Resolución 23/2017, de 3 de febrero, se analiza un supuesto en el que la recurrente alega que la oferta de la entidad adjudicataria incumple los pliegos y en el que órgano de contratación argumenta que los pliegos son confusos por lo que optó por valorar la oferta que adolecía del defecto alegado por la recurrente.

En este supuesto se estima la pretensión, con base a la siguiente argumentación: *«Las condiciones de la licitación vinculan, no solo a las licitadoras, sino también a la entidad adjudicadora redactora de las mismas, quien viene obligada a respetarlas durante todo el proceso selectivo. El Tribunal General de la Unión Europea, Sala Segunda, en Sentencia de 28 de junio de 2016 (asunto T-652/14), afirma en su apartado 78 que “Por otro lado, si la EUIPO [entidad contratante] no se hubiera atenido a las condiciones que ella misma había fijado en los documentos del procedimiento de licitación, habría vulnerado el principio de igualdad de trato entre los licitadores y su actuación habría afectado negativamente a una competencia sana y efectiva. En este sentido, la jurisprudencia ha precisado que, cuando, en el marco de un procedimiento de licitación, el órgano de contratación define las condiciones que pretende imponer a los licitadores, se autolimita en el ejercicio de su facultad de apreciación y no puede ya apartarse de las condiciones que de este modo ha definido con respecto a cualquiera de los licitadores sin vulnerar el principio de igualdad de trato entre los licitadores (sentencia de 20 de marzo de 2013, Nexans France/Empresa Común Fusion for Energy, T-415/10, EU:T:2013:141, apartado 80)”».*

La Resolución 23/2017 se invoca en otras posteriores que tratan supuestos similares como en la Resolución 61/2017, de 27 de marzo, en la que se estima un recurso contra la exclusión de una oferta del procedimiento de adjudicación por supuestos incumplimientos que no se encuentran recogidos en los pliegos, en la mencionada resolución se argumenta que: *«lo cierto es que la indicación de tales porcentajes no viene señalada en las especificaciones del PPT ni se menciona en el contenido que debe incorporar la documentación técnica a presentar por las licitadoras, razón por la que no puede la comisión evaluadora introducir, en fase de valoración de las ofertas, un requisito no establecido en el PPT y cuya acreditación por las licitadoras tampoco se ha mencionado en los pliegos; y menos aún, puede acordar la no valoración o exclusión “de facto” de la oferta presentada por la recurrente con base en tal circunstancia».*

En la Resolución 247/2017, de 16 de noviembre, se analizó un supuesto en el que la recurrente argumenta que la oferta de la entidad finalmente adjudicataria incumplía uno de los requisitos técnicos establecidos en el PPT por lo que considera que el órgano de contratación actuó de forma arbitraria al admitirla y valorarla.

Por otro lado, el órgano de contratación argumentaba en el informe al recurso que existía una aparente contradicción entre lo dispuesto en el PPT y el PCAP, por lo que teniendo en cuenta que en caso de discrepancia debía prevalecer el PCAP y siendo así que la oferta de la entidad adjudicataria sí cumplía lo dispuesto en este, procedió a admitirla y valorarla.

El Tribunal expuso en este supuesto que: *«la opción correcta del órgano de contratación hubiera sido desistirse del procedimiento de adjudicación respecto a dicho lote por concurrir en el seno del mismo una infracción no subsanable, pero no interpretar que existe una*

*contradicción entre los anexos de ambos pliegos con la finalidad de inaplicar o apartarse de un aspecto del PPT que sí han podido tener en cuenta los licitadores a la hora de decidir su participación o no en la licitación» y concluyó que: «tampoco podía apartarse del contenido de los pliegos que él mismo había aprobado, estando vinculado a ellos y siendo esta vinculación predicable tanto del pliego de cláusulas administrativas como del de prescripciones técnicas», por lo que estimó esta alegación del recurso, declarando la nulidad de todo el procedimiento de licitación con respecto al lote afectado al ser imposible efectuar una nueva valoración de las ofertas con respecto a los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor con posterioridad a la toma de conocimiento de la ofertas evaluables mediante fórmulas matemáticas de conformidad con lo establecido en el artículo 150.2 del TRLCSP.*

En la Resolución 259/2017, de 29 de noviembre, se analiza un supuesto en el que la recurrente combate la valoración que ha efectuado la mesa de contratación de las ofertas ya que considera que ha sido discriminatoria a favor de la entidad que había resultado adjudicataria en la anterior licitación.

El Tribunal al analizar el expediente de contratación detectó que la mesa de contratación había modificado los importes incluidos por las licitadoras en un apartado de la oferta denominado «*valoración económica de las mejoras*» al considerar que las cantidades imputadas por estas no estaban suficientemente justificadas. Como se ha mencionado, la mesa de contratación procedió a sustituir los importes que aparecían en las ofertas por otros que consideró «*precios de mercado*» que obtuvo de catálogos existentes en el mercado, modificando así, de oficio, el contenido de las ofertas imputando un nuevo importe en el concepto «*valoración económica de las mejoras*» cifra que luego utilizó para atribuir las puntuaciones.

En la resolución se concluye que esta actuación contravino directamente lo establecido en el PCAP de cuya literalidad se extraía claramente la relación causa-efecto, ante una mejora mal cuantificada –la causa–, cuyo efecto es la falta de valoración y no, como hizo la mesa de contratación, un recálculo de la oferta en función de los precios de mercado. En este supuesto también se procedió a estimar la alegación de la recurrente conllevando la anulación de todo el procedimiento de adjudicación.

#### ***4.5. Equilibrio entre el derecho de los interesados al trámite de vista de expediente y el derecho que asiste a las licitadoras respecto a la declaración de confidencialidad realizada en sus ofertas. Supuestos analizados durante el año 2017. (Resoluciones: 51/2017, 54/2017, 95/20017, 98/2017, 118/2017 y 168/2017)***

La cuestión relativa al trámite de vista del expediente con ocasión del recurso contra la adjudicación, ha seguido teniendo enorme importancia durante el año 2017. Resulta de interés reseñar que existen dos posibilidades de acceder a este trámite; por un lado, la petición de

vista del expediente por parte de la recurrente al no haberle permitido el órgano de contratación acceder al mismo (Art. 16 RPER) y el previsto en el artículo 29 del RPER, por la que el resto de interesados también pueden solicitar la puesta de manifiesto del expediente.

Como se menciona, en los recursos contra la adjudicación cobra especial importancia, ante una petición de vista del expediente, encontrar el adecuado equilibrio entre el derecho de acceso al expediente del interesado y el derecho del resto de licitadoras a que se respete la declaración de confidencialidad que hayan podido realizar sobre determinada parte de su oferta en el procedimiento de licitación porque afecte a secretos técnicos o comerciales que quieran proteger.

En el pasado año se han analizado distintos supuestos que se resumen a continuación:

#### ***4.5.1. Declaración genérica del órgano de contratación del carácter confidencial de las ofertas más allá de lo solicitado por las entidades en las proposiciones presentadas en el procedimiento de licitación***

En las Resoluciones 95/2017, de 12 de mayo y 118/2017, de 31 de mayo, se analiza la solicitud efectuada por la recurrente de que se le reconozca su derecho de acceso a toda la documentación del expediente no declarada confidencial, y en particular, a la oferta de otra licitadora para posteriormente concederle plazo de ampliación del recurso.

La recurrente argumenta que tras su solicitud inicial de vista de expediente pudo comprobar que el órgano de contratación había realizado una declaración genérica de confidencialidad que incluía parte de la documentación presentada por las distintas licitadoras y que excedía de lo declarado por estos como confidencial.

En la mencionada resolución se parte de lo dispuesto en el artículo 140.1 del TRLCSP, que establece que *«Sin perjuicio de las disposiciones de la presente Ley relativas a la publicidad de la adjudicación y a la información que debe darse a los candidatos y a las licitadoras, los órganos de contratación no podrán divulgar la información facilitada por los empresarios que éstos hayan designado como confidencial; este carácter afecta, en particular, a los secretos técnicos o comerciales y a los aspectos confidenciales de las ofertas»*.

Sobre lo anterior, se afirma en esta Resolución que ha de encontrarse un equilibrio adecuado entre el derecho de defensa y el de protección de los intereses comerciales de las licitadoras de forma que ninguno de ellos se vea perjudicado; y es que ni la confidencialidad puede comprender la totalidad de la oferta, ni la publicidad y transparencia pueden implicar el acceso incondicionado al expediente de contratación y a las ofertas de las restantes licitadoras.

También se debe tener en cuenta que el derecho de acceso a las ofertas de las restantes licitadoras no es un derecho absoluto que pueda ejercerse sin límite alguno. El mismo debe estar amparado en un interés legítimo por comprobar o verificar una actuación del poder adjudicador que se estime incorrecta o no ajustada a la legalidad, sin que dicho acceso pueda obedecer a un mero deseo de búsqueda de defectos o errores en la oferta de otra licitadora.

En aplicación de todo lo anterior, en la resolución se llegan a las siguientes conclusiones: por un lado, se afirma que la petición inicial de acceso al expediente por parte de la entidad recurrente fue genérica, por lo que el órgano de contratación debió de solicitarle que hubiera especificado: *«la documentación que deseaba examinar y el interés o motivo que pudiera justificar el acceso solicitado»*, ya que su solicitud quebrantaba el adecuado equilibrio que debe existir entre el derecho de acceso y el derecho de confidencialidad.

Además de lo anterior, se considera que el órgano de contratación al declarar confidencial la documentación de los sobres 2 y 4 de todas las licitadoras –yendo en algunos casos incluso más allá de la propia declaración de estos en cuanto al carácter confidencial de sus ofertas– quebrantó también el mencionado equilibrio en cuanto declaró de modo general e indiscriminado para todas las licitadoras la confidencialidad del contenido íntegro de sus ofertas técnicas adoleciendo la misma, además, de una falta de adecuada motivación *ad hoc*, al no existir la justificación del caso concreto, ni razonamiento alguno sobre los concretos derechos que se verían comprometidos en cada una de las ofertas con su eventual puesta de manifiesto.

Sobre la actuación del órgano de contratación –al realizar una declaración de confidencialidad más allá de lo solicitado por la licitadora– se menciona en la resolución que no ha querido el legislador imponer al órgano de contratación cautelas en salvaguarda de la confidencialidad de las ofertas, cuando esta no ha sido pretendida ni buscada por las propias licitadoras. En definitiva, el órgano de contratación no debe ser garante de la confidencialidad al margen del interés de la licitadora afectada, sino solo cuando existe una razón legítima para hacerlo y un derecho que preservar. Por lo que en este supuesto se estiman las pretensiones de la recurrente.

#### **4.5.2. Innecesidad del mecanismo de vista de expediente arbitrado en el artículo 29.3 del RPER**

En la Resolución 51/2017, de 15 de marzo, se analiza un supuesto en el que la recurrente alega que, efectuado el trámite de vista de expediente ante el órgano de contratación, no ha tenido acceso a gran parte de la documentación contenida en las ofertas, es por ello que solicita a este Tribunal que retrotraiga las actuaciones para que el órgano de contratación le dé acceso a la parte del expediente de la que no ha podido conocer y subsidiaria-

mente que al amparo de lo dispuesto en el artículo 29.3 del RPER este órgano le permita acceder a la mencionada documentación.

En la mencionada resolución, el Tribunal desestima este motivo de recurso y deniega el trámite de vista solicitado por la recurrente al entender que esta dispuso de la información necesaria para articular sus pretensiones y al considerar que el órgano de contratación motivó adecuadamente la denegación parcial de acceso.

La desestimación se fundamenta en que, tras el análisis del expediente no se ha podido determinar que haya existido una calificación indiscriminada de confidencialidad de las ofertas técnicas de las otras entidades licitadoras que haya impedido absolutamente el acceso a la misma por parte de la recurrente y en que el órgano de contratación ha determinado y justificado, aquella documentación que, en particular, afecta a secretos técnicos o comerciales y que por ello no puede ser examinada por las demás licitadoras.

Por otro lado, también es argumento para la desestimación del recurso el hecho de que la información facilitada en el informe técnico de valoración de las ofertas con arreglo a los criterios de adjudicación evaluables mediante juicio de valor, en cuanto a la justificación de las puntuaciones asignadas a las ofertas de las licitadoras, puede reputarse suficiente para la adecuada interposición del recurso.

#### ***4.5.3. Declaración de las licitadoras sobre la confidencialidad de sus ofertas y su ampliación posterior con motivo de la interposición del recurso***

En el supuesto analizado en la Resolución 98/2017, de 12 de mayo, la entidad recurrente, entre otras cuestiones, alega que no ha podido acceder a las ofertas de la mayoría de las licitadoras que se han presentado a la licitación, motivo por el que solicita a este Tribunal que le de acceso al expediente de contratación, argumenta, que el órgano de contratación tras su petición de vista de expediente permitió al resto de licitadoras que hicieran una nueva declaración de confidencialidad sobre el contenido de sus ofertas.

Por otro lado, el órgano de contratación argumenta que tras la solicitud de vista de expediente de la recurrente, permitió que el resto de licitadoras admitidas a la licitación pudieran concretar el alcance de la declaración de confidencialidad contenida en sus ofertas.

Con relación a la actuación del órgano de contratación, se señala en la mencionada resolución que este no actuó correctamente al permitir que las licitadoras pudieran señalar posteriormente al momento de presentación de las ofertas y ante la interposición de un recurso la documentación que consideraban que era confidencial y en este sentido da la razón a la entidad recurrente.

Si bien, en la resolución se concluye que no procede por el Tribunal conceder trámite de vista a la recurrente ya que se considera que la resolución de adjudicación adjunta los informes evacuados para la valoración técnica de las ofertas, donde se motivan las puntuaciones recibidas, por lo que la recurrente dispuso de la información necesaria para articular sus pretensiones en esta sede. En este sentido, se debe señalar que para que se produzca indefensión se debe dar una ausencia o insuficiencia de motivación que ha de estar vinculada al desconocimiento de los elementos necesarios para la interposición de un recurso fundado, sin embargo, en el supuesto analizado se concluye que el recurso se encuentra suficientemente motivado por lo que se procede a la denegación de la solicitud de trámite de vista efectuada por la recurrente, toda vez, que no se justificó un interés legítimo en el acceso al expediente.

#### ***4.5.4. Impugnación del acto por el que el órgano de contratación resuelve declarar confidencial parte de la documentación presentada por las licitadoras***

En la Resolución 54/2017, de 24 de marzo, se trata un supuesto en que la recurrente combate un acto anterior a la adjudicación del contrato, en concreto, aquel por el que el órgano de contratación resuelve declarar confidencial parte de la documentación presentada por las licitadoras.

En la resolución se concluye que el acto impugnado no es finalizador del procedimiento de adjudicación, sino que nos encontramos con que el mismo es un acto de trámite no cualificado a los efectos del recurso especial –artículo 40 del TRLCSP–, toda vez que no concurren en la misma los presupuestos del precepto para su calificación como tal, por lo que se considera inadmisibile, sin perjuicio del derecho del interesado a formular, en su caso, recurso frente a la resolución de adjudicación que se dicte.

#### ***4.6. Falta de motivación. Supuestos en los que la falta de motivación provoca indefensión en contraste con aquellos otros en los que no ha impedido interponer un recurso suficientemente fundado. Otros supuestos en los que la recurrente alega falta de motivación. (Resoluciones: 9/2017, 44/2017, 69/2017, 177/2017)***

Se han sucedido a lo largo del año 2017 diversos supuestos en los que se han analizado impugnaciones relacionadas con la motivación en el acto de la adjudicación. Resulta de interés analizar los pronunciamientos realizados en las resoluciones que las resuelven, diferenciando los supuestos en los que la falta de motivación provoca indefensión en contraste con aquellos otros en los que se estima que aunque el acto adoleciera de falta de motivación ello no ha impedido a la entidad correspondiente interponer recurso suficientemente fundado en Derecho.

Así, en la Resolución 44/2017, de 2 de marzo, se analiza un supuesto en el que la recurrente combate, entre otras cuestiones, la falta de motivación del acuerdo de adjudicación

por lo que solicita la anulación del acto impugnado con retroacción de las actuaciones al momento anterior al que se comete la infracción.

En la mencionada resolución el Tribunal, tras analizar el expediente administrativo remitido, llega a la conclusión de que efectivamente el acuerdo de adjudicación carece de la motivación suficiente según lo exigido en el artículo 151.4 del TRLCSP, pero manifiesta que esta ausencia de motivación solo debe determinar la estimación del recurso por tal causa, si queda acreditado que la recurrente no ha dispuesto de información necesaria para la interposición del recurso y ello le ha originado indefensión material.

El Tribunal manifiesta que la recurrente tuvo vista del expediente accediendo al informe técnico sobre valoración de las ofertas con arreglo a los criterios que dependen de un juicio de valor, por lo que procedió a analizar si el mismo contenía tal y como preceptúa el apartado c) del artículo 151.4 del TRLCSP, el nombre de la adjudicataria y las características y ventajas de su proposición determinantes de que haya sido seleccionada la oferta de éste con preferencia a las que hayan presentado las restantes licitadoras cuyas ofertas hayan sido admitidas. Tras su estudio, llegó a la conclusión de que el informe refleja aunque de modo sucinto las razones que, a juicio de la comisión técnica, determinaron la asignación de puntos a las ofertas, entre otras, de la adjudicataria y de la recurrente en dichos criterios.

Por ello, se concluye en la resolución que no se ha generado indefensión a la recurrente ante la falta de motivación del acuerdo de adjudicación, por lo que se desestima este motivo de recurso.

Supuesto distinto nos encontramos en la **Resolución 69/2017, de 6 de abril**, en la que la entidad recurrente combate el acto por el que se la excluye del procedimiento de adjudicación, por no haber justificado suficientemente su oferta que incurría en valores anormalmente bajos o desproporcionados, al alegar que el acto por el que se la excluyó carece de la motivación suficiente.

En la mencionada resolución, el Tribunal afirma que cuando el acto de la exclusión de la oferta sea susceptible de recurso especial independiente—como sucede en el supuesto examinado— por haberse notificado individualmente a la recurrente, se impone su motivación como mínimo en los términos que recoge el artículo 151.4 del TRLCSP, para la exclusión notificada a las licitadoras con motivo de la comunicación de la adjudicación del contrato.

Tras el análisis del supuesto concreto se llega a la conclusión de que el acto carece de la motivación suficiente y se afirma que no puede admitirse la alegación del órgano de contratación relativa a que la recurrente pudo haber solicitado el acceso al contenido

exacto de los cálculos realizados en el informe técnico de viabilidad de su oferta, pues no puede intentar solventar la infracción en que ha incurrido respecto al deber de motivar su acuerdo, alegando que el expediente de contratación estaba a disposición de todas las licitadoras y que la recurrente pudo acceder al mismo antes de la interposición del recurso.

Con respecto a lo anterior, se afirma que el órgano de contratación pudo cumplir su deber de motivar el acto mediante la incorporación al texto de la resolución recurrida del contenido exacto de los cálculos realizados sobre la viabilidad de la oferta de la recurrente, tal y como dispone el artículo 88.6 de la LPACAP –lo que se ha denominado motivación in aliunde–, pero no es esto lo que hizo el órgano de contratación, y la mera puesta a disposición es insuficiente, por lo que en este supuesto se estimó el recurso.

La cuestión relativa a la falta de motivación también se encuentra analizada, desde otra perspectiva, en la **Resolución 9/2017, de 20 de enero**, al estudiar la alegación efectuada por la recurrente relativa a que en el informe de valoración de las ofertas no se habían mencionado determinados aspectos de su proposición que debieron ser valorados.

Al analizar este motivo de recurso, el Tribunal concluye que no es necesario contener en los informes de valoración todos los aspectos incluidos en las ofertas sino solo aquellos que, por su importancia o significación, merecen especial consideración y valoración; por tanto, se considera que la actuación de la mesa de contratación fue acorde a Derecho por lo que se desestima este motivo de recurso.

En las reclamaciones efectuadas en el ámbito de 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, también se ha analizado la problemática relativa a la motivación, en concreto, en la **Resolución 177/2017, de 15 de septiembre**, se trata un supuesto en el que la recurrente, entre otras cuestiones, alega que la motivación de la puntuación que obtuvo su oferta la conoció por conversación verbal, no recibiendo notificación alguna por escrito. En este supuesto se da la circunstancia de que la oferta de la recurrente fue excluida del procedimiento de licitación al no alcanzar la puntuación mínima para continuar en el mismo.

En la resolución se menciona que la entidad contratante manifestó en su descargo que en el acto público de apertura del sobre 3 celebrado en su sede social se le comunicó expresamente en la sala al representante de la entidad ahora reclamante que su oferta quedaba excluida al no superar el umbral establecido en el pliego. Asimismo, se afirma que tras dicho acto se mantuvo una reunión entre sus técnicos y los de la recurrente, en la que se les dio acceso a la información de la puntuación del resto de las entidades licitadoras, y a

toda la que pidieron en ese acto, realizando sus técnicos exposiciones y explicaciones de todo lo que estos solicitaron en el transcurso de la reunión.

Sin embargo, el Tribunal concluye en su resolución que las notificaciones verbales del acto de exclusión no dejan constancia fehaciente de que el contenido íntegro del acto notificado haya sido conocido adecuadamente por la reclamante, manifestando, que la notificación de los actos debe efectuarse por medios adecuados y suficientes.

En este sentido, se indica en la resolución que cuando no hay constancia fehaciente de la adecuada recepción por la destinataria del contenido íntegro del acto verbal notificado, no puede entenderse que el medio de notificación es adecuado y suficiente en los términos exigidos por el artículo 40.2 y 3 de la LPACAP, que dispone que «2. *Toda notificación deberá ser cursada dentro del plazo de diez días a partir de la fecha en que el acto haya sido dictado, y deberá contener el texto íntegro de la resolución, con indicación de si pone fin o no a la vía administrativa, la expresión de los recursos que procedan, en su caso, en vía administrativa y judicial, el órgano ante el que hubieran de presentarse y el plazo para interponerlos, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar, en su caso, cualquier otro que estimen procedente.* 3. *Las notificaciones que, conteniendo el texto íntegro del acto, omitiesen alguno de los demás requisitos previstos en el apartado anterior, surtirán efecto a partir de la fecha en que el interesado realice actuaciones que supongan el conocimiento del contenido y alcance de la resolución o acto objeto de la notificación, o interponga cualquier recurso que proceda*». Por lo que en este supuesto se estimó esta alegación contenida en la reclamación.

#### ***4.7. Integración de la solvencia con medios externos, supuestos analizados en el ámbito de 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. (Resolución 151/2017)***

En la Resolución 151/2017, de 28 de julio, se analiza un supuesto en el que la entidad interesada, combate la exclusión de su oferta por no presentar el certificado acreditativo del cumplimiento de las normas de garantía de calidad o de gestión medioambiental que exigía el PCAP, la entidad reclamante considera que aunque el certificado aportado no se encontraba expedido a su nombre, sí lo estaba a favor de una de las entidades que pertenecen a su mismo grupo de empresas y que por lo tanto integró su solvencia técnica a través de medios externos en la forma prevista legalmente.

En el supuesto examinado, la mesa de contratación excluyó la proposición de la entidad reclamante al entender que tras el oportuno periodo de subsanación del sobre de documentación administrativa, esta pretendió enmendar la no aportación de los certificados de calidad y de gestión medioambiental –uno de los requisitos exigidos para acreditar la solvencia técnica– presentando los certificados a nombre de una de las empresas de

su grupo empresarial, lo que a su juicio no es posible puesto que en los casos relativos a dichas certificaciones la acreditación ha de ser personal y directa de la entidad licitadora, y ello, incluso en los supuestos de unión temporal o en grupos de empresas en los que todos y cada uno de los miembros han de ostentar las mencionadas certificaciones.

El Tribunal en la aludida resolución, no comparte la apreciación de la mesa de contratación y de la entidad contratante al considerar que es posible completar o integrar con medios ajenos la solvencia exigida en los pliegos que rigen la licitación, excepto que se trate de los certificados de calidad y de gestión medioambiental. Ahora bien, se afirma que esto será posible siempre y cuando la entidad acredite la efectiva disposición de esos medios para la ejecución del contrato, circunstancia esta última que no se daba en el supuesto analizado en el que la reclamante no acreditó que disponía efectivamente de esos medios.

Dicha argumentación se realiza sobre la base del artículo 63 del TRLCSP del que se infiere que respecto de la acreditación del cumplimiento de las normas de garantía de calidad y de gestión medioambiental, no existen restricciones *ab initio* para integrar la solvencia con medios externos con tal que se acredite su efectiva disposición para la ejecución del contrato.

Asimismo, se indica en la referida resolución que si bien la jurisprudencia europea (v.g. la Sentencia del TJUE, de 14 de enero de 2016, dictada en el asunto C-234/14) acoge una interpretación amplia en cuanto al modo elegido por los operadores económicos para probar la integración de su solvencia, exige que, en todo caso, quede demostrada la disponibilidad efectiva de los medios necesarios para la ejecución del contrato.

También se alude a lo manifestado en la Sentencia, de 2 de junio de 2016, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, asunto C-27/15 *Pippo Pizzo*, relativa a una cuestión prejudicial, que acoge la anterior interpretación en el sentido de que no hay restricciones para que una licitadora pueda acreditar su solvencia con medios externos, siempre que acredite la disposición de los mismos y se concluye que el objetivo es abrir los contratos públicos a la competencia más amplia posible y facilitar el acceso a los mismos de las pequeñas y medianas empresas.

Finalmente, el Tribunal manifestó que no es suficiente la pertenencia a un mismo grupo empresarial, a pesar de que ambas empresas tengan en común la pertenencia a unos mismos socios o dueños, para que se pueda integrar la solvencia con medios externos ya que lo determinante es que se acredite la efectiva disposición de los mismos para la ejecución del contrato.



Así pues, la mesa de contratación no debió de haber excluido la oferta de la recurrente por el fundamento jurídico de presentar los certificados de calidad y de gestión medioambiental a nombre de una de las entidades del grupo empresarial, sino por no acreditar la efectiva disposición de los medios externos para la ejecución del contrato, por lo que se desestima este motivo de recurso.

## IX. REFLEXIÓN FINAL

La aprobación de la Ley de Contratos del Sector Público, de 8 de noviembre de 2017, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo, 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, supone una considerable ampliación del ámbito del recurso especial en materia de contratación como un instrumento que garantiza una mejor transparencia mediante una estrategia del control preventivo que sea efectivamente útil, rápido, e independiente.

Esto no es sino el resultado de la eficacia del recurso especial y del importante papel que en el ámbito del control de la contratación pública han supuesto los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales.

Nada más observar el escaso número de resoluciones dictadas por el Tribunal que son recurridas ante la jurisdicción contencioso administrativa se pone de manifiesto el ahorro económico que para la Administración autonómica representa la labor llevada a cabo por el mismo, evitando no solo los costes de la defensa de dichos procedimientos, sino las indemnizaciones que una eventual estimación en la jurisdicción contencioso administrativa pudieran dar lugar, teniendo en cuenta que, en muchos casos, la resolución del conflicto judicial se produce cuando ya no es posible corregir la infracción contractual y satisfacer materialmente la pretensión de la recurrente.

Por otro lado, la rápida resolución del recurso especial evita la paralización de los procedimientos de contratación por tiempo prolongado pudiendo así corregir las anomalías que en el curso de dichos procedimientos se puedan producir y evitando los costes económicos derivados de una suspensión prolongada de los mismos e incluso de una anulación posterior de los contratos, una vez ya formalizados, con las consecuentes indemnizaciones a que ello daría lugar.

El análisis de la actividad desarrollada por el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía en el año 2017, tal y como se refleja en esta Memoria, muestra como la opción de la Comunidad Autónoma de crear un Tribunal autonómico

para resolver los recursos especiales en materia de contratación y cuestiones de nulidad ha sido un acierto. Al mismo tiempo, tal y como ha señalado la Comisión Europea, se pone de manifiesto la necesidad de que el TARCJA se dote del personal suficiente para poder garantizar la resolución de los recursos en los plazos que establece el TRLCSP, porque en la brevedad de los mismos para su resolución, es donde está la esencia de este recurso especial en materia de contratación, habiendo logrado, pese a todo, con un extraordinario esfuerzo por parte de todos los que componen el TARCJA, poner al día el Tribunal y lograr que se respeten los plazos legales de resolución del recurso.

Por último, la aprobación de la Ley de Contratos del Sector Público, va a suponer mayor carga en la actividad de estos Tribunales de recursos contractuales al ampliarse su ámbito competencial a actos y contratos que hasta ahora no eran susceptibles de recurso, lo que exige una dotación suficiente de medios a los mismos para que la garantía de tutela administrativa que les corresponde siga siendo una realidad.

Sevilla, 28 de marzo de 2018

*M<sup>a</sup> José Santiago Fernández*

Presidenta del Tribunal Administrativo de  
Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía