

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO  
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

DE LA

**JUNTA DE ANDALUCIA**

**Memoria Anual - 2016**



**INDICE**

<b>I. PRESENTACIÓN .....</b>	<b>1-2</b>
<b>II. BREVE REFERENCIA A LA CREACIÓN DEL TRIBUNAL .....</b>	<b>2-5</b>
II.1 Composición.	
II.2 Medios.	
II.3 Sede y página web	
<b>III. ACTUACIONES DEL TRIBUNAL EN EL AÑO 2016.....</b>	<b>5-26</b>
III.1 Competencias	
1.1 Ámbito objetivo	
1.2 Ámbito subjetivo	
1.3 Objeto del recurso	
III.2 Estadística de recursos y resoluciones. Análisis comparativo con los años anteriores	
2.1 Recursos y cuestiones de nulidad.	
2.2 Resoluciones.	
<b>IV. RECURSOS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVOS.....</b>	<b>26-27</b>
<b>V. ACTUACIONES INSTRUMENTALES EN EL EJERCICIO DE SUS COMPETENCIAS.....</b>	<b>27-35</b>
V.1 Transparencia de su actividad.	
V.2 Manual práctico sobre el recurso especial.	
V.3 Jornadas sobre “El nuevo marco normativo de la contratación pública”.	
V.4 Reuniones de Coordinación de Tribunales de Recursos Contractuales.	
V.5 Otras actuaciones	
<b>VI. ALGUNOS CRITERIOS ADOPTADOS POR EL TRIBUNAL EN SUS RESOLUCIONES.....</b>	<b>35-77</b>
VI.1 Supuestos de Inadmisión.	
VI.2 Supuestos de impugnación de pliegos y anuncios de licitación.	
VI.3 Supuestos de impugnación de la exclusión.	
VI.4 Supuestos de impugnación de la adjudicación	
<b>VII. REFLEXION FINAL. ....</b>	<b>77-80</b>



# **MEMORIA DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA. AÑO 2016**

## **I. PRESENTACIÓN**

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 2016, 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 y la coordinación con otros Tribunales administrativos de recursos contractuales para la adopción de criterios compartidos y pautas de actuación comunes en los procedimientos de recurso.

De este modo, la presente memoria realiza un análisis más somero de aquellos aspectos del Tribunal que ya vienen regulados en diversas normas legales y que fueron abordados con suficiente profusión en la memorias de años anteriores.

El fin ahora pretendido es resaltar la actividad desplegada en el año 2016 efectuando un examen comparativo con la de los ejercicios anteriores, así como realizar un balance de la actuación del Tribunal.

Por otro lado, en esta memoria se quiere resaltar también el papel relevante del Tribunal como creador de una doctrina en materia contractual que con casi 1.350 resoluciones dictadas desde su puesta en funcionamiento, sirve de pauta y guía a los distintos operadores jurídicos, proporcionando seguridad jurídica en un ámbito tan cambiante como es el de la contratación pública en el que la



normativa comunitaria va exigiendo modificaciones de la normativa interna y son los Tribunales de recursos contractuales los que, en cierto modo, se adelantan a esa labor normativa a través de las resoluciones dictadas por los mismos.

La lectura de esta memoria permitirá a todos los interesados conocer los cambios experimentados en las resoluciones dictadas, así como los nuevos criterios doctrinales o confirmación de los ya asentados que se han ido fijando durante el año 2016 a través de las mismas.

La presente Memoria ha sido aprobada por el Pleno del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía en su sesión de 2 de marzo de 2017.

## **II. BREVE REFERENCIA A LA CREACIÓN DEL TRIBUNAL**

### **II.1 Composición.**

El Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía (en adelante, TARCJA) fue creado mediante el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre (BOJA núm. 222, de 11 de noviembre).

La constitución de este órgano en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía, al igual que la de los demás Tribunales administrativos de recursos contractuales creados en el resto del territorio español, tiene su origen, a nivel normativo, en la Directiva 2007/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007, por la que se modifican las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE del Consejo en lo que respecta a la mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos. La citada Directiva permite que los órganos responsables de los procedimientos de recursos puedan ser o no de carácter jurisdiccional, siempre que se trate de instancias, en todo caso, independientes.



El contenido de la Directiva fue incorporado al ordenamiento español por la Ley 34/2010, de 5 de agosto, que modificó, entre otras normas, la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público. Tras esta reforma, el legislador español ha optado por atribuir la competencia para la resolución del recurso a órganos administrativos de carácter independiente y especializado, cuyos miembros han de ser inamovibles durante el periodo de su mandato y deben ostentar la cualificación jurídica y profesional necesaria para garantizar el adecuado conocimiento de las materias sujetas a su resolución.

Bajo tales premisas legales, el TARCJA se configuraba en su norma de creación como un órgano colegiado compuesto por las personas titulares de la Presidencia y de las dos Vocalías, estando asistido, además, por la persona titular de la Secretaría que actuará con voz y sin voto.

No obstante, en virtud de la Disposición transitoria segunda del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, el TARCJA inició su funcionamiento como órgano unipersonal, previéndose su puesta en funcionamiento como órgano colegiado cuando el volumen o la especificidad de los asuntos así lo aconsejaran.

Tras la puesta en funcionamiento del Tribunal por Orden de 14 de diciembre de 2011 (BOJA núm. 24, de 21 de diciembre), el mismo ha desarrollado 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, de nombramiento de los dos Vocales cuando empieza a funcionar como tal órgano colegiado.

Hay que poner de relieve que, en virtud del Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, se aprobó el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales. Este Reglamento es norma



básica para las Comunidades Autónomas, regulando de forma detallada la tramitación del procedimiento del recurso.

## II.2 Medios.

Como se ha indicado el TARCJA cuenta con la persona titular de la Presidencia y dos Vocales y está asistido por la persona titular de la Secretaría.

Hay que destacar que, al amparo del artículo 2.3 del Decreto 332/2011 la Presidenta del Tribunal, D<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> José Santiago Fernández fue renovada en su cargo por otros 5 años más en virtud del Acuerdo del Consejo de Gobierno de 5 de diciembre de 2016.

Como personal de apoyo al Tribunal, han venido prestando sus servicios en el mismo durante el año 2016 dos auxiliares administrativos, un administrativo y cuatro asesores técnicos que asisten a la Secretaría del órgano en las funciones de tramitación de los procedimientos de recurso, por lo que lejos de incrementarse el número de funcionarios que prestan sus servicios en el Tribunal, se ha disminuido reduciéndose a un técnico menos.

PUESTOS DE TRABAJO	2012	2013	2014	2015	2016
TRIBUNAL	Presidenta Secretaria	Presidenta Secretaria	Presidenta Secretaria	Presidenta Vocales (2) Secretaria	Presidenta Vocales (2) Secretaria
PERSONAL DE APOYO	Personal auxiliar (2)	Personal auxiliar (3)	Personal técnico (1) Personal auxiliar (3)	Personal técnico (5) Personal auxiliar (3)	Personal técnico (4) Personal auxiliar (3)



En cuanto a los medios materiales y presupuestarios, el 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.

### **II.3. Sede y página Web.**

El Tribunal tiene su sede en la calle Inca Garcilaso, 3. Edificio Expo. Isla de la Cartuja. 41092. Sevilla.

Su dirección de correo electrónico es: [tribunaladministrativo.contratos@juntadeandalucia.es](mailto:tribunaladministrativo.contratos@juntadeandalucia.es)

Desde el comienzo de la actividad del Tribunal, ha sido prioridad de su Presidenta garantizar la máxima transparencia en sus actuaciones y facilitar el conocimiento de las resoluciones dictadas por el mismo. Para ello se consideró necesario dar publicidad a su actuación desde el inicio, y así se creó la página web del Tribunal incardinada en la página web de la Consejería de Hacienda y Administración Pública.

En esta página se publican las resoluciones que este Tribunal va dictando una vez que han sido notificadas a las recurrentes y demás interesados; 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, por lo que el TARCJA ha venido cumpliendo con las exigencias previstas en la Ley 1/2014, de 24 de junio, de Transparencia Pública de Andalucía, aún antes de su entrada en vigor.

Hay que resaltar el **Buscador de 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 todos los interesados.

### **III. ACTUACIONES DEL TRIBUNAL EN EL AÑO 2016**

El TARCJA ejerce las competencias previstas en su norma de creación, si bien durante el año 2016 también ha desarrollado actuaciones instrumentales en el



ámbito formativo y de coordinación con el resto de Tribunales administrativos del territorio español.

### **III.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 y las cuestiones de nulidad a que se refiere la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público –actualmente, el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre-.

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, si bien los artículos 10 y 11 del mencionado Decreto permitían que las Entidades Locales de Andalucía y sus poderes adjudicadores, el Parlamento de Andalucía, las instituciones 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.

No obstante, el citado artículo 10 del Decreto 332/2011 se ha modificado en virtud del Decreto 120/2014, de 1 de agosto, de tal forma que, en caso de que las entidades locales y los poderes adjudicadores vinculados a las mismas 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 hayan encomendado su resolución a un órgano especializado en la materia que pudiera haberse creado a nivel provincial, el TARCJA será directamente competente para resolver los recursos, reclamaciones y cuestiones de nulidad respecto a los actos de dichas entidades, así como de sus poderes adjudicadores sin necesidad de suscribir un convenio.

Con esta modificación se logra solventar el desamparo de quienes recurrían un acto de un Ente Local que no había formalizado el convenio con el TARCJA para la resolución del recurso y tampoco tenía creado un órgano propio de resolución de recursos. Además, la supresión del convenio ha permitido agilizar la



resolución de dichos recursos puesto que basta con una comunicación del órgano de contratación de la Entidad Local respecto a la cual se ha interpuesto el recurso especial en materia de contratación, indicando que no tiene órgano propio para resolver el mismo, para que el TARCJA pueda resolver aquél, zanjando así el problema del tiempo que transcurría desde la interposición del recurso hasta la suscripción del convenio.

En el año 2016, tal y como venía sucediendo en años anteriores se ha apreciado un incremento en el número de entidades locales de Andalucía que han decidido acogerse a la vía de atribuir competencia al TARCJA para resolver los recursos y cuestiones de nulidad que se interpongan contra sus actos.

### **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.

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

El pasado 18 de abril de 2016 venció el plazo de transposición al ordenamiento jurídico español de las llamadas Directivas de contratación pública de cuarta generación:

- Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE (en adelante, Directiva de contratos).
- Directiva 2014/23/UE, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de los contratos de concesión (en adelante, Directiva de concesiones)
- Directiva 2014/25/UE, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE



Actualmente está en tramitación en el Congreso de los Diputados el Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público<sup>1</sup> que es el que va a trasponer las citadas directivas y por tanto la consecuencia de esta falta de transposición en plazo es el llamado <<efecto directo>> de las directivas en materia de contratación pública, efecto reconocido por la jurisprudencia del TJUE para aquellas disposiciones de las directivas que contengan un mandato claro, preciso e incondicionado y establezcan una obligación para los Estados miembros no sujeta a ninguna excepción, ni margen de apreciación.

Cuando se den ambos requisitos, los particulares pueden invocar la aplicación de la directiva ante la Jurisdicción nacional y ante los Tribunales administrativos de recursos contractuales que, pese a su naturaleza administrativa, tienen reconocida la condición de órganos jurisdiccionales a los efectos de poder plantear una cuestión prejudicial (STJUE de 6 de octubre de 2015, a propósito de una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público, órgano encargado de la resolución de recursos contractuales en la Comunidad Autónoma de Cataluña).

Por tanto, los órganos de contratación deberán aplicar las disposiciones de las directivas de contratación pública que tengan efecto directo con preferencia a la norma nacional española que las contradiga, a fin de no dictar actos contrarios al ordenamiento jurídico vigente.

El efecto directo de las directivas de contratación provoca algunos cambios en el ámbito objetivo del recurso especial en materia de contratación. En tal sentido, el artículo 46 de la Directiva de concesiones modifica el artículo 1 de la Directiva 89/665 (Directiva de recursos).

La novedad radica en la inclusión en el ámbito de aplicación de la directiva de recursos de las concesiones adjudicadas por los poderes adjudicadores, salvo que dichas concesiones estén excluidas de la directiva de concesiones en virtud de sus artículos 10, 11, 12, 17 y 25 (concesiones adjudicadas sobre la base de un derecho exclusivo, concesiones de servicios de transporte aéreo o relativas a ser-

<sup>1</sup>[http://www.congreso.es/public\\_oficiales/L12/CONG/BOCG/A/BOCG-12-A-2-1.PDF](http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/A/BOCG-12-A-2-1.PDF)



vicios públicos de transporte de viajeros en el sentido del Reglamento 1370/2007, determinadas concesiones en el ámbito de la defensa y de la seguridad, en el ámbito de las comunicaciones electrónicas, en el sector del agua, entre entidades del sector público y sobre determinados servicios de investigación y desarrollo).

De este modo, desde el 18 de abril de 2016, el recurso especial en materia de contratación es de aplicación a los siguientes contratos celebrados por Administraciones Públicas y demás poderes adjudicadores:

- I. Contratos de obras sujetos a regulación armonizada (valor estimado igual o superior 5.225.000 euros)<sup>2</sup>.
- II. Contratos de suministro sujetos a regulación armonizada (valor estimado igual o superior a 209.000 euros)
- III. Contratos de servicios sujetos a regulación armonizada: en el TRLCSP solo están sujetos a regulación armonizada los servicios comprendidos en las categorías 1 a 16 del Anexo II cuyo valor estimado sea igual o superior al umbral comunitario. La nueva Directiva de contratos amplía el concepto de <<contrato público de servicios>> que ya no se define con referencia a un catálogo cerrado de prestaciones (Anexo II de la Directiva 2004/18/CE que se corresponde con el Anexo II del TRLCSP), sino que se define, por exclusión, como aquel cuyo objeto sea la prestación de servicios distintos a las actividades que configuran un contrato de obras, según el anexo II de la Directiva de contratos.

Por tanto, en virtud del efecto directo, todos los contratos de servicios comprendidos actualmente en el Anexo II del TRLCSP -también los comprendidos en las categorías 17 a 27- están sujetos a regulación armonizada desde el 18 de abril de 2016 cuando iguallen o superen el umbral comunitario.

No obstante, esta ampliación del ámbito del contrato de servicios en la

---

2.Orden HAP/2425/2013, de 23 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 2014. Y a partir de enero de 2016 las cuantías que fija la Orden HAP/2846/2015, de 24 de diciembre



nueva Directiva de contratos no tiene incidencia real en el ámbito de sujeción de dicho contrato al recurso especial en nuestro TRLCSP, por cuanto en dicho texto legal están sujetos al recurso especial todos los contratos de servicios, con independencia de su categoría, cuando igualen o superen el umbral comunitario (artículo 40.1 apartados a y b) del TRLCSP. Por tanto, cabe concluir que los apartados a y b del artículo 40.1 del TRLCSP se adecuan al contenido de la Directiva, si bien la futura norma contractual nacional tendrá que eliminar la distinción realizada en ambos apartados del artículo 40.1. De hecho el Proyecto de ley solo se refiere a los contratos de servicios sujetos a regulación armonizada para mencionar su sujeción al recurso especial.

- IV. Concesión de obras cuyo valor estimado sea igual o superior a 5.225.000 euros.
- V. Concesión de servicios cuyo valor estimado sea igual o superior a 5.225.000 euros.
- VI. Acuerdos marco sujetos a regulación armonizada aplicando los umbrales que corresponda según se refieran a obras, servicios o suministros (debemos entender también incluidos los contratos basados en dichos acuerdos marco cuando su valor estimado iguale o supere el umbral comunitario).
- VII. Contratos subvencionados sujetos a regulación armonizada.

La cuestión que surge a continuación es si ha de seguir aplicándose el apartado c) del artículo 40.1 del TRLCSP para seguir considerando sujetos al recurso especial los “contratos de gestión de servicios públicos en los que el presupuesto de gastos de primer establecimiento, excluido el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido, sea superior a 500.000 euros y el plazo de duración superior a cinco años.”

Por aplicación del efecto directo de la Directiva de concesiones, la figura del contrato de gestión de servicios públicos reconocida tradicionalmente en nuestro ordenamiento interno sufre grandes cambios. Tanto es así que el tipo contractual desaparece en el Proyecto, de modo que las cuatro modalidades de gestión indirecta del TRLCSP (concesión, gestión interesada, sociedad de economía



mixta y concierto) pasan a subsumirse en el citado Proyecto, bien en la concesión de servicios si hay transferencia del riesgo operacional al contratista, bien en el contrato de servicios si tal transferencia no se produce.

Asimismo, debe indicarse que el riesgo operacional transferido al contratista, como elemento distintivo de los contratos de concesión de obras o de servicios, es un concepto que define la Directiva de concesiones, pero que tiene su origen en la jurisprudencia del TJUE. Este riesgo abarca el riesgo de demanda (el riesgo que es debido a la demanda real de servicios objeto del contrato) o el riesgo de suministro o de oferta (riesgo de que la prestación del servicio no se ajuste a la demanda), o ambos. Se considera que el concesionario asume el riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento del servicio, vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes en que haya incurrido para explotar el servicio. Los riesgos transferidos al concesionario deben suponer una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no sea meramente nominal o desdeñable.

Por tanto, como señala el considerando 20 de la Directiva de concesiones, el riesgo operacional deriva de factores que escapan al control de las partes. Así, los riesgos derivados de la mala gestión del concesionario e incluso los provenientes de situaciones de fuerza mayor no son determinantes para la calificación de un contrato como de concesión, pues tales riesgos son inherentes a cualquier tipo de contrato.

Las ideas fundamentales a través de las cuales la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha configurado la concesión de servicios (Sentencias del TJUE dictadas en el Asunto Eurawasser y en el Asunto Privater), se han condensado básicamente en la asunción del riesgo de la explotación por parte del concesionario, elemento fundamental para la configuración de la figura en la Directiva de concesiones, debiendo destacar que lo relevante no es la entidad del riesgo en sí -pues este puede ser limitado y escaso como ocurre en sectores relativos a actividades de servicio público-, sino que dicho riesgo se transfiera al concesionario en su totalidad o en una parte muy significativa y que la entidad adjudicataria



no tenga que compensar al prestador del servicio por las eventuales pérdidas derivadas de la explotación y los gastos conexos.

Todo lo expuesto supone que, en la práctica, se desplaza la previsión del artículo 40.1 c) del TRLCSP que determina la competencia de los Tribunales de recursos contractuales para los contratos de gestión de servicios públicos en función de los gastos de primer establecimiento y del plazo. A partir del 18 de abril de 2016, el criterio que determina la competencia para conocer del recurso especial solo será el valor estimado del contrato, manteniéndose obviamente la diferencia entre concesión de servicios y contrato de servicios.

### **1.3.2 Actos recurribles**

En relación a los contratos antes enumerados, son recurribles los siguientes actos:

- Los anuncios de licitación.
- Los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la licitación.
- Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que éstos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos (como los actos de la mesa de contratación por los que se acuerde la exclusión de las entidades licitadoras).
- Los acuerdos de adjudicación.

También son recurribles los actos de renuncia a la celebración del contrato, de desistimiento del procedimiento de adjudicación y de declaración de desierto de la licitación, dejando fuera los relativos a la ejecución, modificación<sup>3</sup> y extinción de los contratos.

---

3. Si bien el Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público prevé la extensión del recurso especial a las modificaciones contractuales.



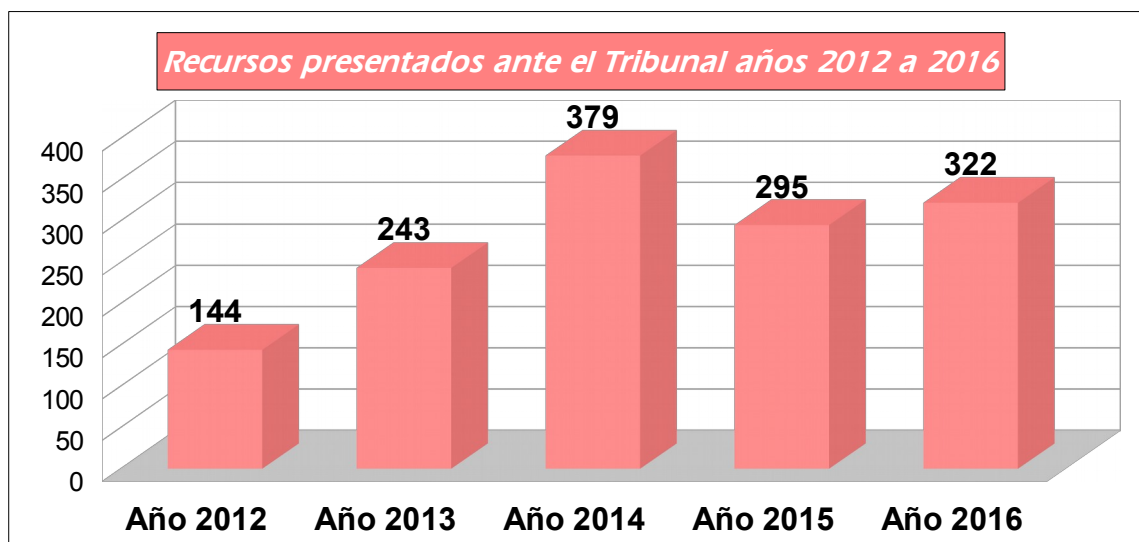
Si bien hay que tener en cuenta que el Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público actualmente en tramitación en el Congreso de los Diputados extiende el recurso en el artículo 44.2.d) a *“las modificaciones basadas en el incumplimiento de lo establecido en los artículos 202 y 203 de la presente Ley, por entender que la modificación debió ser objeto de una nueva adjudicación”*, y e) *“la formalización de encargos a medios propios en los casos en que estos no cumplan los requisitos legales”*.

### III.2 Estadística de recursos y resoluciones. Análisis comparativo con los años anteriores.

#### 2.1 Recursos y cuestiones de nulidad

Durante el año 2016 han tenido entrada en este Tribunal un total de 322 recursos, un 8,78% más que el año anterior.

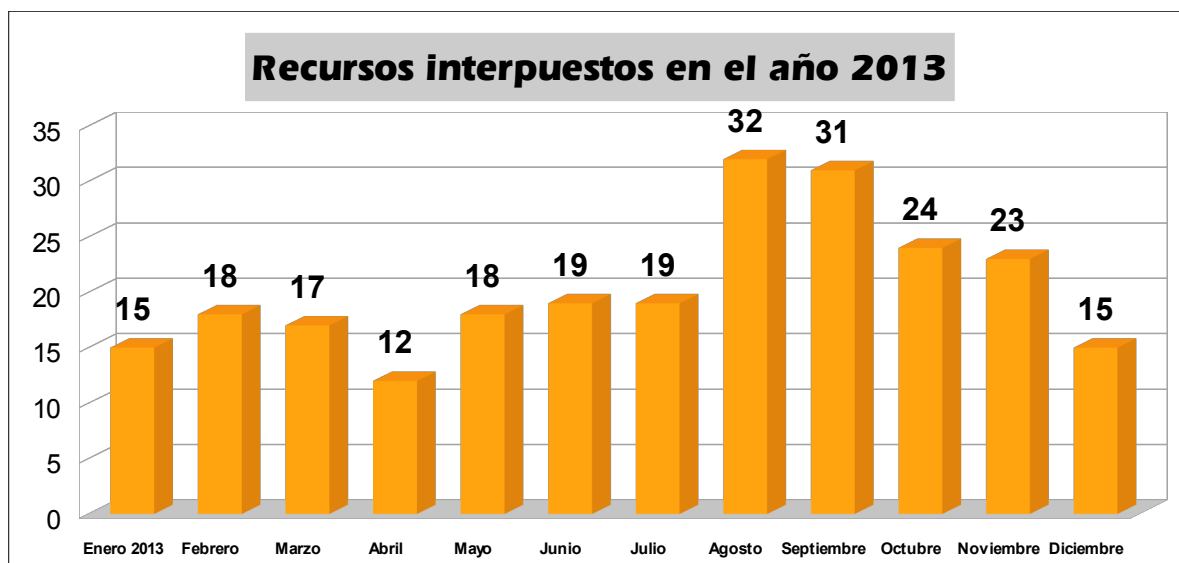
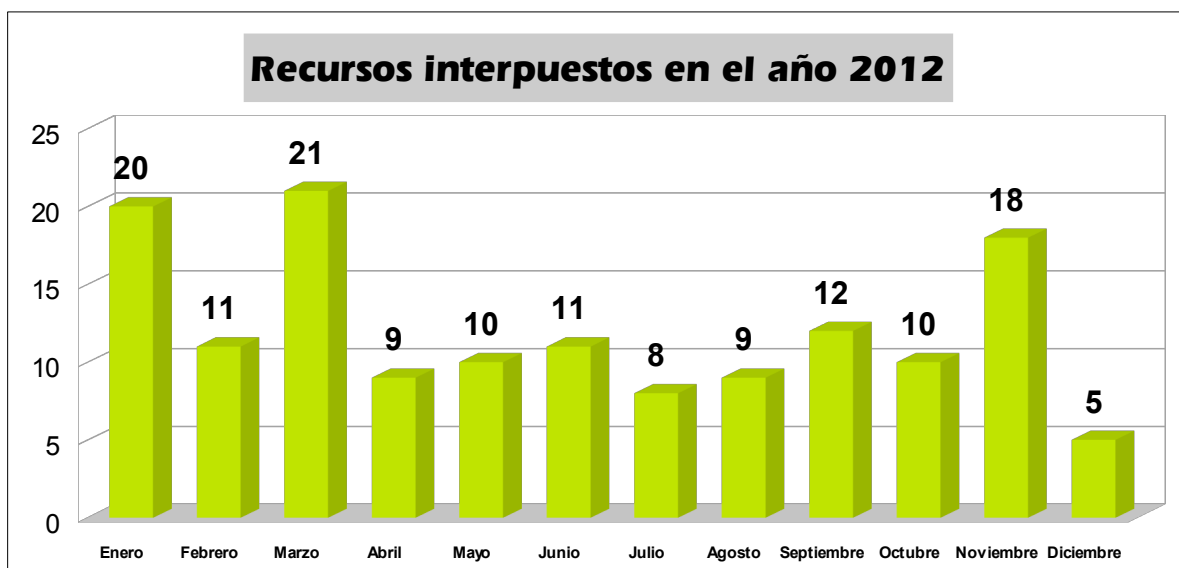
El siguiente gráfico refleja el número de recursos que han tenido entrada en el TARCJA durante los años de su funcionamiento.



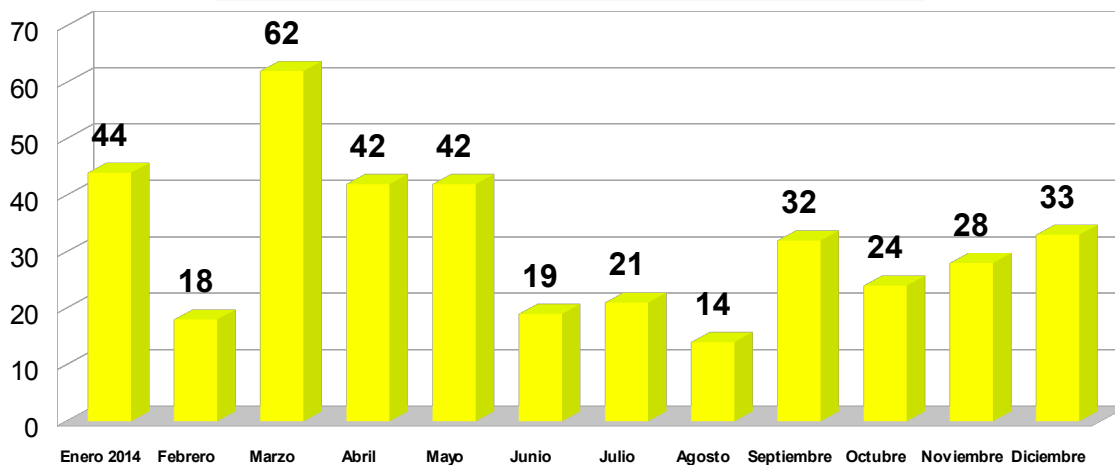
En los siguientes gráficos pueden apreciarse las entradas de recursos en el Tribunal por meses, durante los años 2012 a 2016. Así, el promedio mensual en



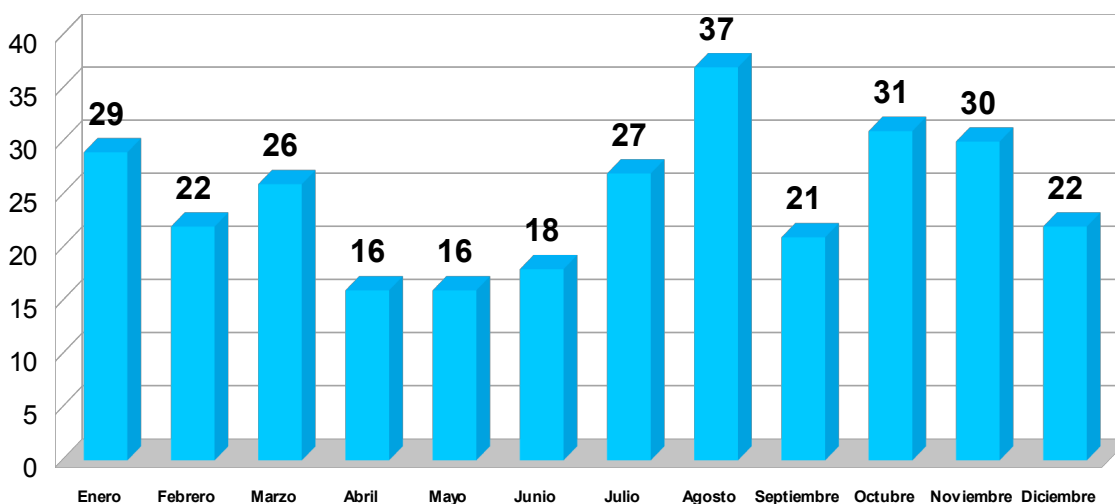
2016 fue de 27 recursos frente a 25 recursos en 2015.



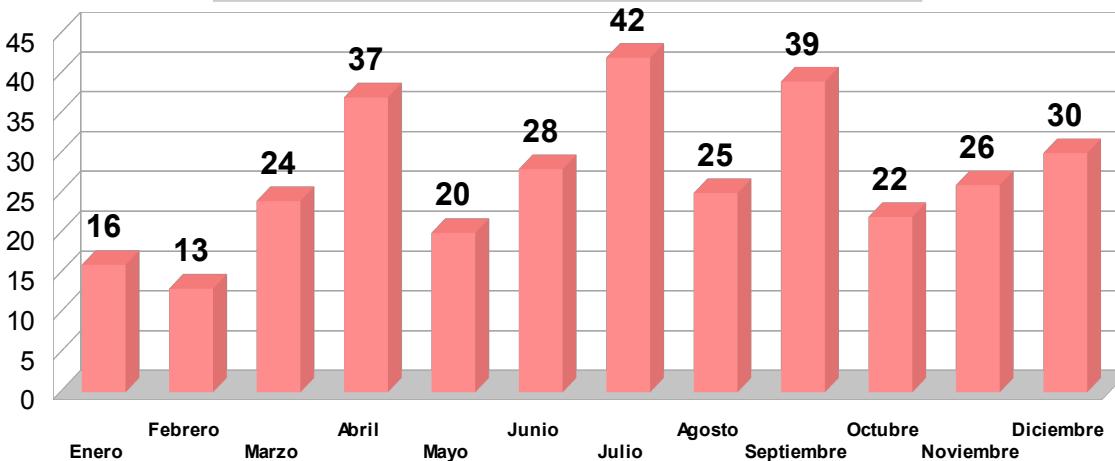
### Recursos interpuestos en el año 2014



### Recursos interpuestos en el año 2015



### Recursos interpuestos en el año 2016

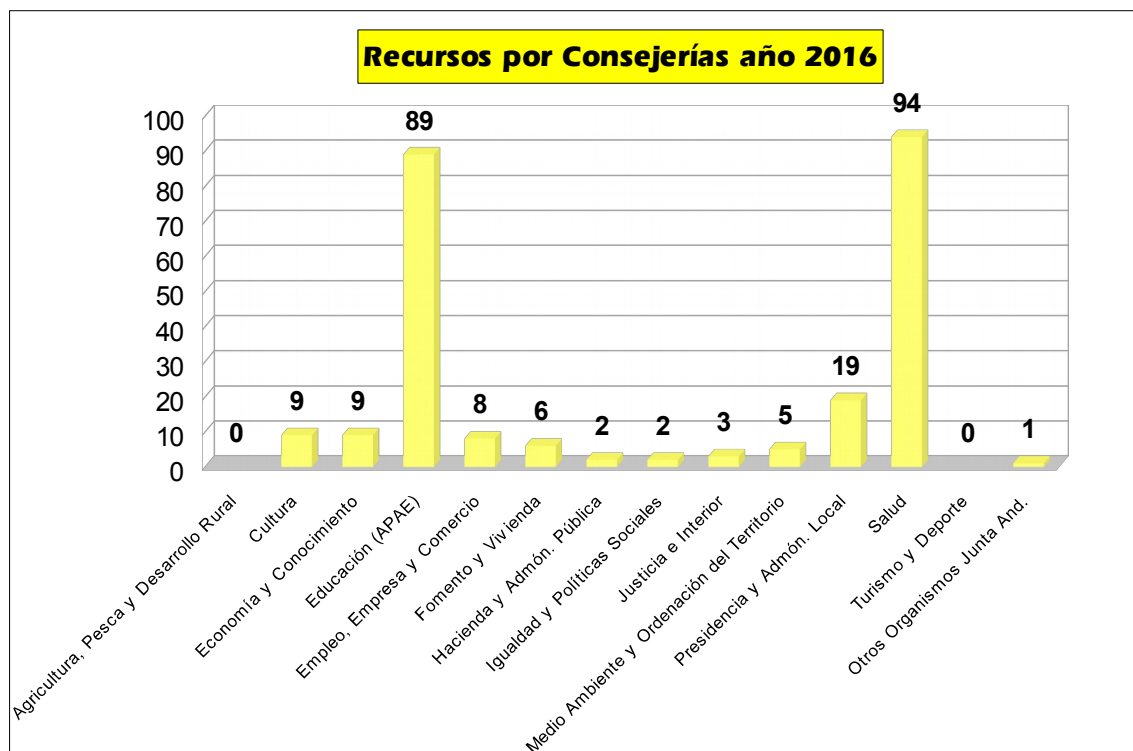


### 2.1.1 Poder adjudicador del que procede el acto recurrido

En el siguiente cuadro se muestra el número de recursos por ámbito subjetivo de procedencia durante los años 2012, 2013, 2014, 2015 y 2016. Así, en 2012 se computaron 111 recursos contra actos de la Administración de la Junta de Andalucía y sus entidades instrumentales, en 2013 ese número ascendía a 176, en 2014 a 303, en 2015 a 206 y en 2016 a 247. Se observa que el mayor número de recursos en el año 2016 procede de entes del sector público adscritos, respectivamente, a las Consejerías de Salud y de Educación; en concreto, del Servicio Andaluz de Salud y de la Agencia Pública Andaluza de Educación.

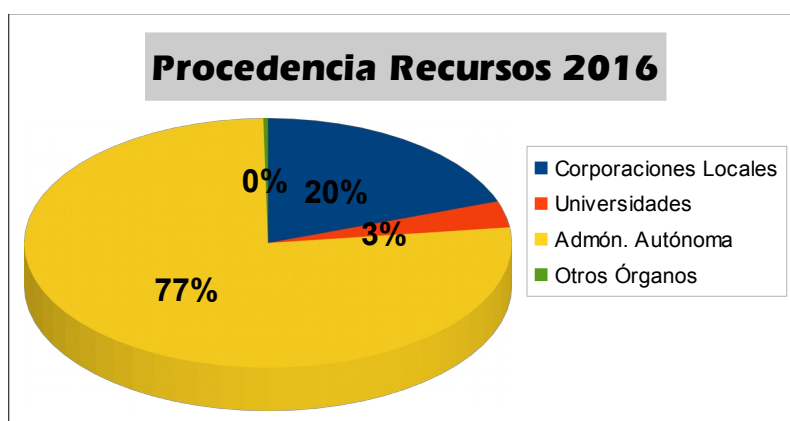
Hay que poner de relieve que el valor estimado global de las licitaciones en el ámbito de la Administración de la Junta de Andalucía, que han sido impugnadas en el año 2016, asciende a más de dos mil millones de euros, en concreto 2.527.292.963,62 €.

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 y Admón. Local	Salud	Turismo y Deporte	Otros Organismos Junta And.
0	9	9	89	8	6	2	2	3	5	19	94	0	1



Por tanto se observa que se ha producido un incremento del número de recursos contra actos de entidades dependientes de la Consejería de Educación y de la Consejería de Salud. En concreto, ha habido un ascenso de los mismos de 40 a 89 y de 85 a 94 respectivamente.

		2016	2015	2014	2013	2012
<b>PROCEDENCIA Recursos</b>	Corporaciones Locales	63	74	61	54	15
	Universidades	11	15	15	13	3
	Admón. Autónoma	247	206	303	176	125
	Otros Órganos	1	0	0	0	1



### 2.1.2 Tipo de contrato y Acto objeto de recurso

Por otro lado, el mayor número de recursos del año 2016 se ha producido, al igual que en años anteriores, en el ámbito del contrato de servicios (203 recursos) y el acto contra el que se han formalizado más impugnaciones ha sido la adjudicación (176 recursos).

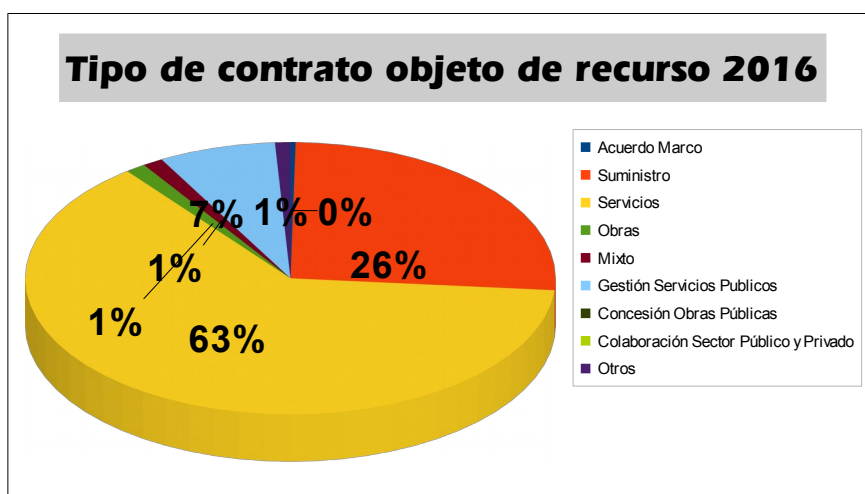
En los siguientes gráficos puede observarse el porcentaje de recursos de 2016 atendiendo, respectivamente, al tipo de contrato y al acto impugnado.

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 (63%), al



igual que sucedía en el año 2015.

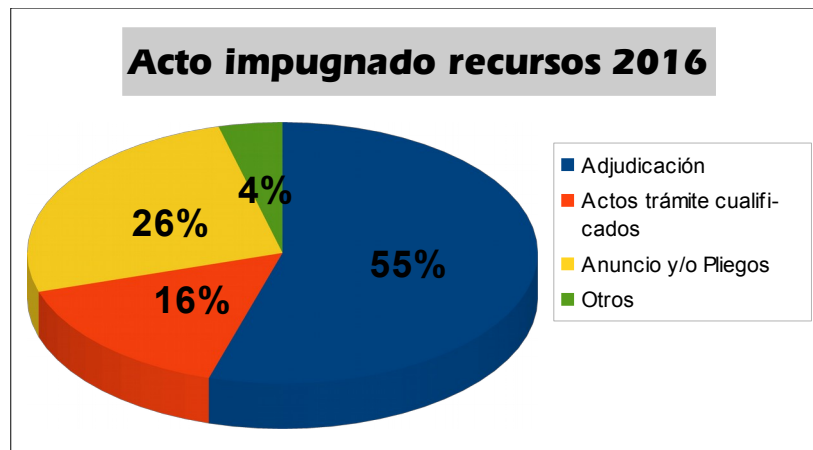
TIPO CONTRATO	Nº
Acuerdo Marco	1
Suministro	84
Servicios	203
Obras	4
Mixto	4
Gestión Servicios Públicos	23
Concesión Obras Públicas	0
Colaboración Sector Público y Privado	0
Otros	3



Según el **tipo de acto impugnado**, el acto más recurrido ha sido la resolución de adjudicación del contrato, representando un 55% de los recursos, lo que supone un aumento respecto al año 2015 en que los recursos contra actos de adjudicación representaba un 49%.

ACTO IMPUGNADO	Nº
Adjudicación	176
Actos trámite cualificados	50
Anuncio y/o Pliegos	83
Otros	13

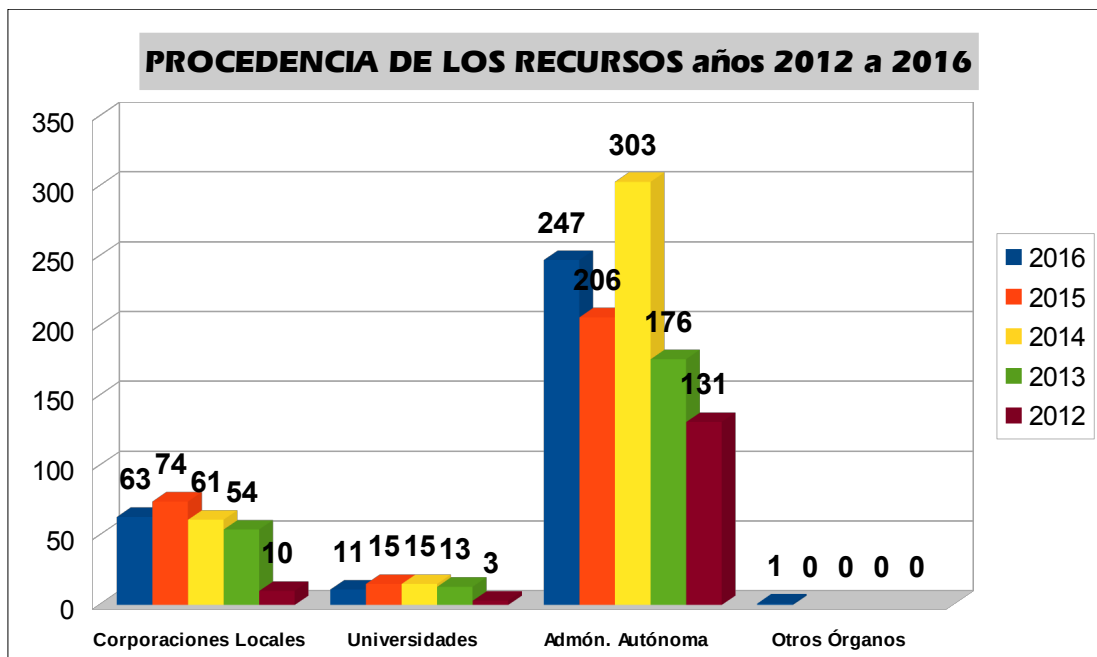




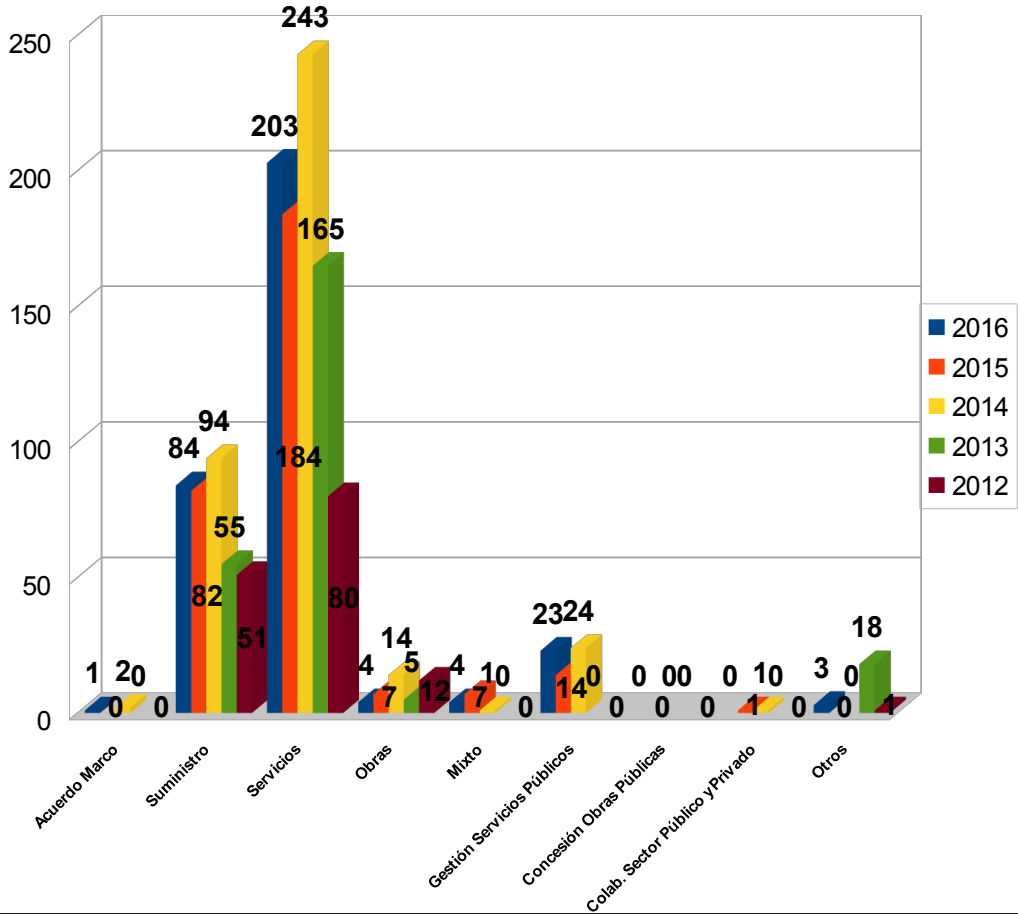
### 2.1.3 Análisis comparativo de recursos en los cinco años de funcionamiento del TARCJA

Asimismo, en los siguientes gráficos pueden verse comparativamente los recursos de 2012, 2013, 2014, 2015 y 2016, por ámbito subjetivo de procedencia, tipo de contrato y acto impugnado.

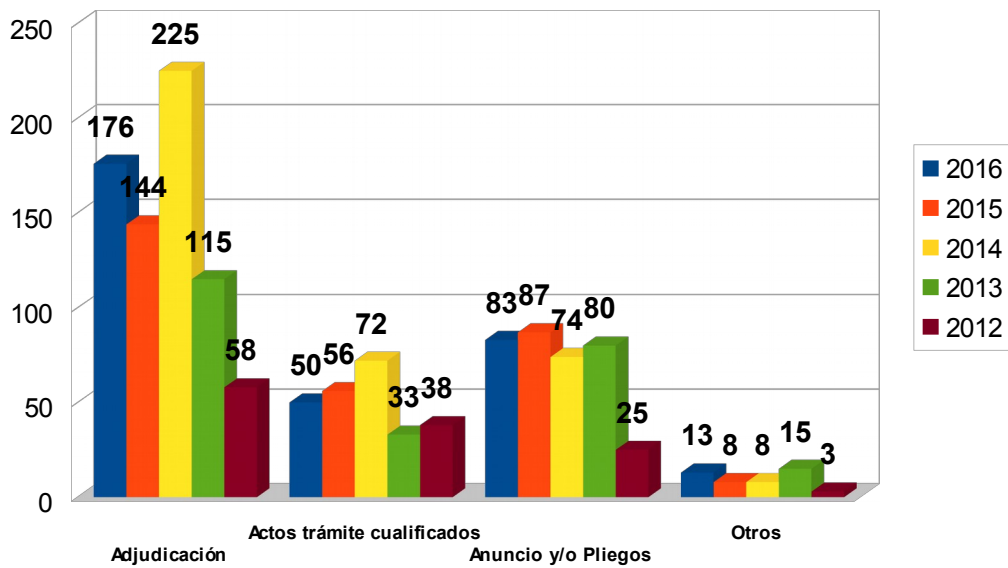
#### Ámbito subjetivo:



### TIPOS DE CONTRATOS DE RECURSOS años 2012 a 2016

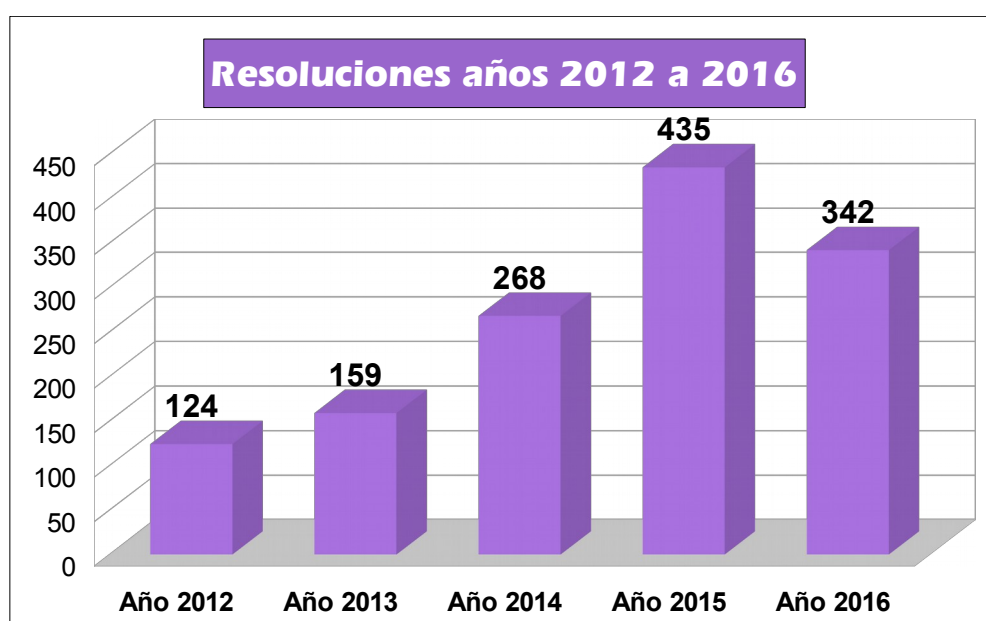


### ACTO IMPUGNADO RECURSOS años 2012 a 2016



## 2.2 Resoluciones

En 2016, el Tribunal ha dictado un total de 342 resoluciones en relación a los recursos interpuestos. El año pasado el número de resoluciones fue de 435. Ello supone una disminución respecto a 2015 de 93 resoluciones, lo cual es debido a que en el año 2015 se resolvieron los recursos pendientes del año 2014 en que el Órgano funcionó aún con carácter unipersonal y a lo largo del año 2016 se han resuelto básicamente los recursos que han tenido entrada en dicho año.



De las 342 resoluciones adoptadas, 26 corresponden a estimaciones parciales del recurso, 57 a estimaciones totales, 164 a desestimaciones, 88 a inadmisiones y 7 a desistimientos y otros supuestos. Asimismo, si se efectúa el cómputo atendiendo solamente a las resoluciones que resuelven sobre el fondo del recurso, se aprecia un 66% de resoluciones desestimatorias frente a un 34% de resoluciones estimatorias, lo que supone un incremento del porcentaje de estimaciones respecto al año 2015 que fue de un 29% frente al 71% de desestimaciones.

Por otro lado, han aumentado las decisiones del Tribunal sobre medidas provisionales. En 2015, se dictaron 148 resoluciones y en 2016 el número es de 164. La mayoría de estas resoluciones han acordado el mantenimiento de la





suspensión automática del procedimiento al haber sido recurrido el acto de adjudicación.

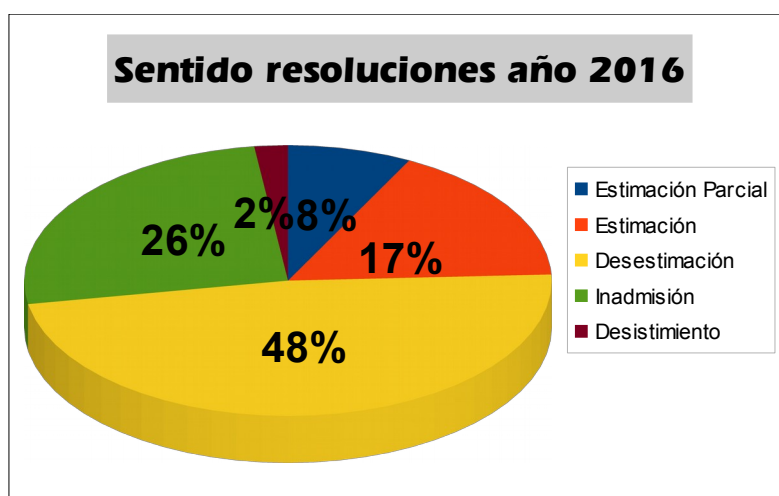
En el resto de resoluciones sobre medidas provisionales, el porcentaje de adopción o estimación de la medida solicitada es mayor que el de su denegación.

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 99% de las resoluciones de medidas cautelares dictadas han sido estimatorias.

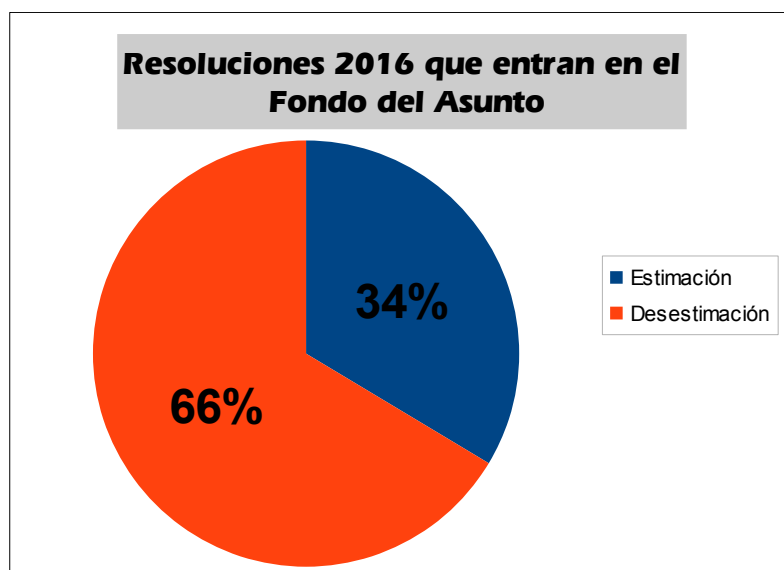
En los gráficos siguientes, se pueden observar los porcentajes antes expuestos con referencia al año 2016.

#### Por el sentido de la resolución:

SENTIDO RESOLUCIÓN	Nº
Estimación Parcial	26
Estimación	57
Desestimación	164
Inadmisión	88
Desistimiento	7

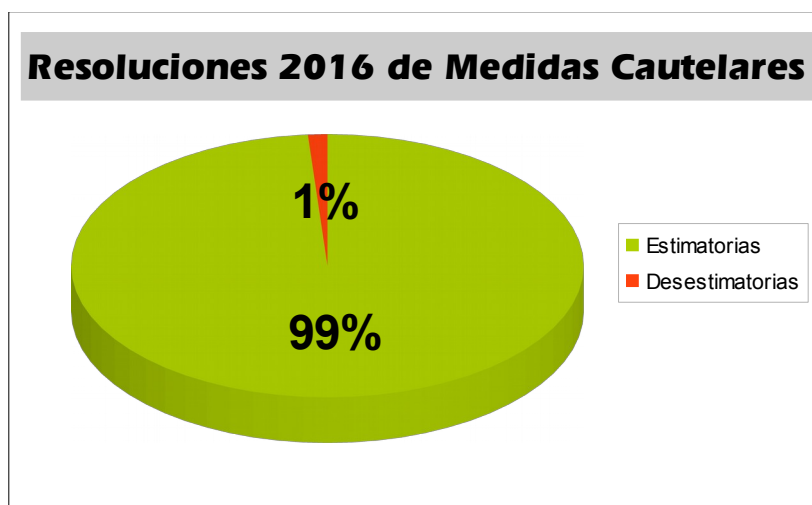


### Porcentaje de estimaciones de recursos:



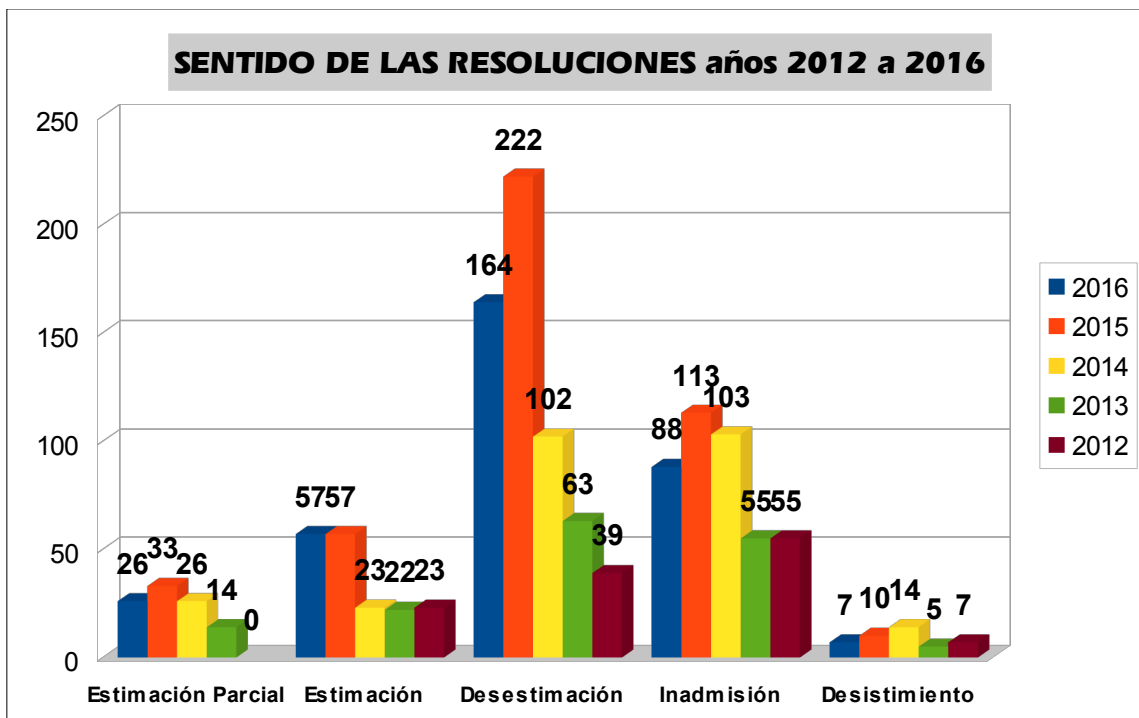
### Resoluciones de medidas cautelares:

Resoluciones M.C.	Nº
Estimatorias	162
Desestimatorias	2

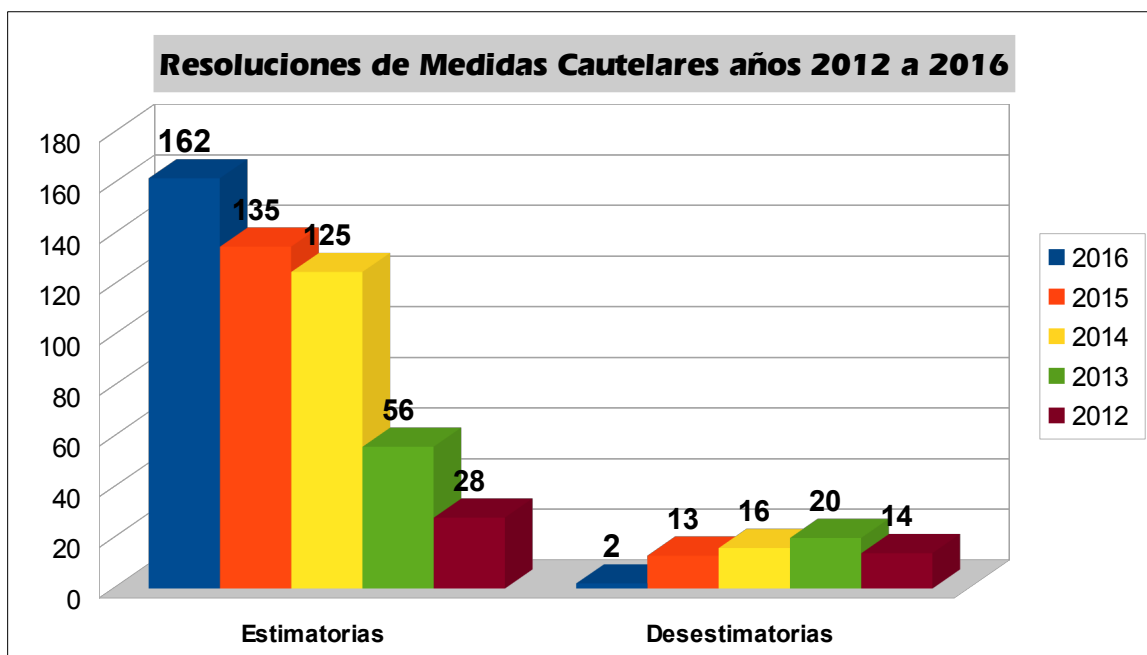


Finalmente, en los dos gráficos siguientes se puede observar la comparación entre 2012, 2013, 2014 , 2015 y 2016, respecto a las resoluciones del Tribunal.

### Sentido de las Resoluciones



### Resoluciones de medidas cautelares



## **Plazos de resolución**

Hay que resaltar el esfuerzo hecho por el Tribunal para cumplir los plazos legales de resolución de los recursos, lo que ha sido factible en este año 2016 al funcionar ya como órgano colegiado y en consecuencia, el plazo medio de resolución del recurso desde que tiene entrada en el Tribunal y una vez cumplidos los trámites de envío del expediente por parte del órgano de contratación (lo que no siempre se realiza en el plazo de 2 días previsto) y el de alegaciones por los interesados, es de unos 23 días.

## **IV. RECURSOS CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVOS**

Hay que destacar que sigue siendo escaso número de resoluciones dictadas por el Tribunal que han sido impugnadas en 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 y por los propios poderes adjudicadores. Así, de las 1.328 resoluciones que se han dictado en los cinco años de funcionamiento, solo han sido recurridas ante el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía 84, lo que supone un porcentaje de impugnación judicial de un 6%.

Asimismo, merece destacar que de los 84 recursos contencioso-administrativos interpuestos, la Sala solo se ha pronunciado por el momento en 25 de ellos:

- En 12 procedimientos contencioso-administrativos se dictaron autos de archivo de las actuaciones judiciales.
- En 13 procedimientos se ha desestimado el recurso, declarando ajustada a Derecho la resolución del TARCJA.



	RESOLUCIONES TARCAJA		SENTENCIAS		
AÑO	TOTAL	Recurridas	Estimatorias	Desestimatorias	Autos Archivo actuaciones
2012	124	4		2	1
2013	159	8		3	3
2014	268	22		4	5
2015	435	25		3	1
2016	342	25		1	2
<b>TOTAL</b>	<b>1,328</b>	<b>84</b>		<b>13</b>	<b>12</b>

**Porcentaje de sentencias recurridas respecto al total de resoluciones en los años 2012 a 2016:**



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

### V.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 Tribunal, 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 y 2015 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. El acceso al buscador se hace a través del siguiente enlace:

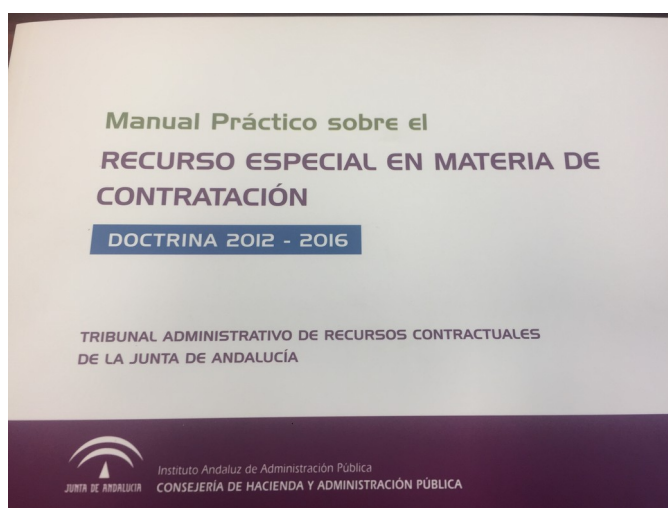
<http://juntadeandalucia.es/organismos/haciendayadministracionpublica/consejeria/adscritos/tarc/servicios/resoluciones.html>

La publicación de las resoluciones dictadas por el Tribunal va permitiendo generar un cuerpo de doctrina que ha de servir de guía a los distintos operadores que participan en la contratación pública, para 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.



## V.2 Manual practico sobre el recurso especial.

Hay que destacar la publicación por parte del Instituto Andaluz de Administración Pública de un Manual Práctico sobre el recurso especial en materia de contratación que se ha elaborado por los miembros del Tribunal con el fin de servir de herramienta que contribuya a la formación del personal que intervenga en los procedimientos de contratación. En el mismo se hace un recopilatorio de la doctrina fijada por el Tribunal a través de las resoluciones dictadas en sus 5 años de funcionamiento.



A dicho Manual se puede acceder en su formato digital tanto a través de la página web del Tribunal como a través del siguiente enlace:

<http://www.juntadeandalucia.es/institutodeadministracionpublica/servlet/descarga?up=110541>

Hay que destacar que dicho Manual es el resultado del trabajo de recopilación y estudio hecho por los miembros del Tribunal para la formación a través del Instituto Andaluz de Administración Pública de los funcionarios de la Administración de la Junta de Andalucía que participan en los procedimientos de contratación, entendiéndose que es importante la labor formativa que desde el TARCJA se puede llevar a cabo al respecto.



### **V.3 JORNADAS sobre “El nuevo marco normativo de la contratación pública”.**

En los días 24 y 25 de noviembre de 2016 el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales, en colaboración con el Instituto Andaluz de Administración Pública, organizó unas Jornadas sobre el “Nuevo marco normativo de la contratación pública” con el objetivo de exponer el actual panorama jurídico de la contratación pública tras la aprobación de la nuevas Directivas de contratación, las llamadas Directivas de 4ª generación, y la situación generada una vez transcurrido el plazo de transposición de las mismas sin que esta haya tenido lugar.

Para ello, se estimó imprescindible la visión de los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales, que como observatorios de la realidad contractual han de aplicar, en la resolución de los recursos que se interponen ante los mismos, las nuevas Directivas aprobadas y la jurisprudencia europea dictada en torno a los aspectos fundamentales de la contratación pública.

Por otro lado se estimó necesario el análisis del nuevo marco normativo que prevé la incorporación de criterios medioambientales y sociales en la contratación pública, que pasa a ser un instrumento fundamental de intervención en la vida social y económica. El Consejo de Gobierno de Andalucía mediante el Acuerdo de 18 de octubre de 2016, impulsa la incorporación de cláusulas sociales y ambientales en los contratos de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

La existencia de una política de compra social y ambientalmente sostenible constituye una base adecuada sobre la que construir un enfoque coherente y coordinado. En este marco, y teniendo en cuenta que el Gobierno de Andalucía entiende que toda actuación del sector público ha de estar encaminada al servicio del bienestar colectivo y a la consecución de los intereses sociales, la Junta de Andalucía hace una fuerte apuesta para que sus actividades de





contratación y compra jueguen un papel ejemplar en la protección del medio ambiente, las políticas sociales y el fomento de la innovación, todo ello en un ánimo integrador, en el cual, de una forma eficaz, queden debidamente conciliados los objetivos y principios inherentes a la contratación pública, principalmente los relativos al empleo -calidad y mantenimiento-, los derechos de las personas trabajadoras y la calidad en la prestación de los servicios públicos, con otros, que sin ser ajenos en sentido estricto a este ámbito, se refieren al desarrollo de políticas de sostenibilidad de empleo e inserción social, de medio ambiente y de igualdad de género.

Junto a ello se abordaron por representantes de la Dirección General de Patrimonio de la Consejería de Hacienda y Administración Pública de la Junta de Andalucía fórmulas para hacer posible una eficiente utilización de los recursos públicos en conjunción con los objetivos de eficacia y eficiencia en la Administración Pública.

Y se cerraron dichas jornadas abordando el tema de la confidencialidad de las ofertas y la repercusión que el recurso especial en materia de contratación y la existencia de los Tribunales Administrativos encargados de su resolución, ha supuesto para la jurisdicción contencioso- administrativa.

Las citadas jornadas han tenido una enorme acogida en el colectivo de personas a las que iban dirigidas; hubo un total de 200 personas inscritas y casi 100 solicitudes de asistencia que no se pudieron atenderse por falta de capacidad del recinto donde tuvieron lugar.

#### **V.4 Reuniones de coordinación de tribunales de recursos contractuales.**

A lo largo del año 2016 han tenido lugar dos reuniones de coordinación de los Tribunales de recursos contractuales, la primera el 1 de marzo de 2016 con el fin de cerrar el documento elaborado por todos los Tribunales donde se analizan los efectos jurídicos de las nuevas Directivas de contratación pública ante el



vencimiento del plazo de transposición y las consecuencias jurídicas a partir de ese momento, 18 de abril de 2016. En este contexto, este trabajo únicamente pretende servir como documento de análisis y reflexión para facilitar la interpretación de la normativa aplicable a partir del 18 de abril de 2016, que deberá realizar cada uno de los Tribunales administrativos de recursos contractuales en el ejercicio de sus funciones.

La segunda reunión de coordinación tuvo lugar con motivo de las Jornadas celebradas en Sevilla sobre “*El nuevo marco normativo de la contratación pública*”, el 24 de noviembre de 2016.

Dicha reunión, bajo la presidencia del TARCJA, era la V Reunión de coordinación de los Tribunales de Recursos Contractuales a la que asistieron los representantes de la totalidad de los Tribunales actualmente constituidos; así junto a la Presidenta y Vocales del TARCJA asistieron, el Presidente y vocales del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, el Presidente y un Vocal del Tribunal de Contratos Públicos de Aragón, la Presidenta y Vocales del Tribunal de Contratos Públicos de la Comunidad de Madrid, el Presidente y técnicos del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi, el Presidente del Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público, el Presidente y Vocales del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, representantes del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, el Presidente del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad Autónoma de Canarias y la Presidenta y representantes de la Comisión Jurídica de Extremadura.

La importancia del establecimiento de estas pautas de actuación conjunta radica en la conveniencia, ante la inexistencia de tribunales superiores jerárquicos que puedan unificar esta doctrina administrativa, de generar un único cuerpo doctrinal que facilite la labor de todos los operadores jurídicos, tanto empresas licitadoras como poderes adjudicadores.



El balance de la reunión no pudo ser más positivo dado que era la primera reunión en la que estaban los representantes de todos los Tribunales creados hasta ahora.

En dicha reunión se abordaron diversos temas, entre ellos, cómo y cuándo atender a las solicitudes de vista del expediente que se dirijan al Tribunal, el tema de la confidencialidad de las ofertas, así como distintas cuestiones surgidas como consecuencia del efecto directo de las nuevas Directivas de contratación como el desplazamiento de la categoría de contratos de gestión de servicios públicos por la de concesiones y reglas para el cálculo del valor estimado de acuerdo con el artículo 8 de la Directiva 2014/23 del contrato de concesión, criterios sociales como criterios de adjudicación, justificación de la solvencia mediante el Documento Europeo Único de Contratación (DEUC) y se acordó crear un sistema uniforme de control estadístico entre los distintos tribunales.



## V.5 Otras actuaciones.

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

- “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 21 y 22 de enero de 2016 en Cuenca, en la Facultad de Ciencias Sociales, con la ponencia *“Retos del control de la contratación pública”*.
- II Jornadas de Derecho Europeo organizadas por el Instituto Andaluz de Administración Pública en colaboración con el Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía que tuvieron lugar los días 13 y 14 de junio de 2016, con la ponencia sobre *“Efecto directo de las nuevas Directivas de Contratación Pública. Principales preceptos con efecto directo. Interpretación conforme. Posibilidad de plantear una cuestión prejudicial por los Tribunales Administrativos de contratos”*.
- El Instituto Universitario de Investigación Garcia Oviedo organizó una jornada el día 24 de junio de 2016 con la ponencia sobre *“Efecto directo de las Directivas de contratación Pública”*.
- VII Seminario de contratación Pública celebrado en Formigal los días 19, 20 y 21 de septiembre de 2016 “Nuevos escenarios para la contratación pública: una nueva gobernanza” y en el que la Presidenta del Tribunal expuso *“Cláusulas medioambientales en la contratación pública”*.
- Congreso Internacional sobre “Nueva contratación pública: mercado y medio ambiente” organizado por la Universidad Pública de Navarra que tuvo lugar en Pamplona los días 5 y 6 de octubre, con la ponencia sobre *“La doctrina de los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales ante la contratación social y verde”*.



- XVII Jornadas de la Función Consultiva organizadas por el Consejo Consultivo de Andalucía que tuvieron lugar en Granada los días 27 y 28 de octubre de 2016, con la ponencia “*Nuevas Directivas de Contratación Pública. Tribunales Administrativos de recursos contractuales*”.

## **VI. ALGUNOS CRITERIOS ADOPTADOS POR EL TRIBUNAL EN SUS RESOLUCIONES**

En este apartado se exponen los pronunciamientos más novedosos del Tribunal en las resoluciones acordadas por el mismo a los largo del año 2016, atendiendo al tipo de acto recurrido.

### **VI.1. Supuestos de Inadmisión.**

Con carácter previo, hay que destacar por su importancia en el procedimiento de recurso especial las principales novedades introducidas por 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, como la regulación del derecho y 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.

Pues bien, aunque en la actualidad no se ha implementado aun la tramitación electrónica en este procedimiento, en aras a agilizar su tramitación este Tribunal desde su creación viene realizando las comunicaciones con los órganos de contratación y con los interesados en general a través del correo electrónico creado al efecto [tribunaladministrativo.contratos@juntadeandalucia.es](mailto:tribunaladministrativo.contratos@juntadeandalucia.es).

A lo largo del 2016 han sido varias las recurrentes que han manifestado su intención de interponer el recurso especial a través del citado correo electrónico.



No obstante, al no estar este habilitado como un medio válido para la presentación del recurso especial, se informaba que los recursos se tenían por no interpuestos, indicándose que la vía adecuada de presentación electrónica era a través del Registro Telemático Único de la Junta de Andalucía, 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.

### **1.1 Plazo de presentación del recurso especial**

No podemos olvidar otra novedad destacable de la LPACAP en lo que atañe a nuestro procedimiento, como ha sido la consideración de los sábados como días inhábiles a efectos de los plazos, unificando de este modo el cómputo de plazos en el ámbito judicial y en el administrativo.

En la **Resolución 288/2016, de 11 de noviembre**, se analizó el supuesto en el que la recurrente aducía que los sábados eran inhábiles en derecho administrativo desde el 18 de abril de 2016, y no desde la entrada en vigor de la citada Ley, el 2 de octubre de 2016, entendiendo que el recurso se había interpuesto en plazo computando los 15 días desde la notificación de la resolución subsanatoria que dictó el Ayuntamiento.

Al respecto, en cuanto a la normativa aplicable al cómputo de los plazos, se señalaba en aquella resolución que, de lo dispuesto en la Disposición final séptima de la LPACAP, se infería claramente que la misma entraría en vigor al año de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, esto es, el 2 de octubre de 2016, por lo que no estando en vigor a la fecha de interposición del recurso, el régimen de plazos establecido en la misma no era de aplicación al caso concreto.

### **1.2 Lugar y forma de presentación del recurso especial**

Como en años anteriores sigue siendo elevado el número de inadmisiones de recursos por incumplimiento de los requisitos formales para recurrir, sobre todo por interposición fuera de plazo, tanto cuando el recurso se presenta en el



Registro del propio órgano de contratación o bien 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, es conocida la importante novedad introducida por el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, para el supuesto de presentación del recurso en las oficinas de Correos o en cualquier registro administrativo distinto de los mencionados en el párrafo anterior. El citado Reglamento establece que si en el mismo día de la presentación se remite al órgano administrativo competente para resolverlo o al órgano de contratación, en su caso, copia del escrito de recurso en formato electrónico, se considera, en este supuesto, como fecha de entrada ese día.

Pues bien, hay que indicar que aunque esta previsión reglamentaria entró en vigor a finales de 2015, ha sido durante el año 2016 más significativo su uso por parte de las recurrentes. No obstante, todavía hay interesados que desconocen la existencia de esta posibilidad y al no remitir el mismo día la citada copia hay que estar a la fecha de entrada del escrito en el Registro del órgano de contratación o, en este caso, en el del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, pues como es sabido la presentación en una oficina de Correos o en cualquier otro registro es una regla general de los procedimientos administrativos contenida en el artículo 16.4 de la LPACAP. Sin embargo, esta regla general no opera en este procedimiento de carácter especial, por su propia naturaleza (v.g. **Resoluciones 23/2015, de 28 de enero y 312/2016, de 2 de diciembre**).

### **1.3 Legitimación de un licitador previamente excluido con motivo de la retroacción del procedimiento**

Esta cuestión fue objeto de estudio por el Tribunal en la **Resolución 52/2016, de 25 de febrero**.



En ella se analizaba el supuesto en el que una empresa recurrente que había sido excluida, y cuyas pretensiones fueron desestimadas por este Tribunal, solicitaba que, con ocasión de otra resolución -que afectaba a una licitadora del mismo procedimiento de contratación-, en la que se acordaba la retroacción por la indebida exclusión de esta última, se volviera a iniciar el procedimiento de forma que se anulase su exclusión, que fue acordada por motivos que nada tenían que ver con el asunto que se analizaba en esta última resolución.

En aquel supuesto se entendió que la cuestión no resultaba procedente por cuanto la recurrente ya no era parte interesada en el procedimiento, al haber sido excluida de la licitación y, además, confirmada la validez de la actuación del órgano de contratación por parte de este Tribunal.

En este sentido, y como afirmamos, al no ser ya parte interesada en el procedimiento, procedía la inadmisión del recurso por falta de legitimación.

#### **1.4 Inadmisión del recurso extraordinario de revisión**

En la **Resolución 107/2016, de 13 de mayo**, se analizó la procedencia del recurso extraordinario de revisión contra una resolución de este Tribunal.

En ella, se considera que no cabe contra las resoluciones dictadas por este Tribunal otro recurso en vía administrativa, pues el carácter especial del recurso en materia de contratación impide la aplicación del régimen general de recursos administrativos contenido en la legislación estatal sobre procedimiento administrativo, llegándose a la conclusión de que la única opción que cabe frente a la resolución de estos recursos especiales es, exclusivamente, la impugnación ante el orden contencioso-administrativo.

Y ello conforme a lo establecido en el párrafo primero del citado artículo 49.1 del TRLCSP, que dispone claramente que contra las resoluciones dictadas en los procedimientos del recurso especial en materia de contratación solo cabe el recurso contencioso administrativo, no pudiendo entenderse de aplicación





supletoria la legislación administrativa general cuando, como es el caso, la cuestión está expresamente regulada en la legislación contractual.

### **1.5 Recurso contra la decisión de no prorrogar el contrato. Acto no susceptible de recurso**

Este Tribunal declaró en su **Resolución 304/2016, de 23 de noviembre**, que no es susceptible de recurso especial la decisión del órgano de contratación de no realizar la prórroga del contrato celebrado.

En tal sentido, la resolución citada señalaba en su fundamento de derecho segundo que *“(...) el acto recurrido, no puede en ningún caso ser objeto del recurso especial en materia de contratación, pues los actos recurribles ante este Tribunal de Recursos Contractuales son únicamente los enumerados en los apartados a), b) y c) del citado artículo 40.2 del TRLCSP, siendo estos los actos referidos a los anuncios de licitación, pliegos de condiciones y documentos contractuales, actos de trámite cualificados y adjudicación de los contratos, es decir, actos todos ellos relativos al procedimiento de preparación y adjudicación de los contratos.*

*Por tanto, la decisión de no prorrogar un contrato es un acto totalmente ajeno al procedimiento de adjudicación, por consiguiente y aun cuando estamos en presencia de un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada, el acto impugnado no es susceptible de recurso especial de conformidad con el artículo 40.2 del TRLCSP.”*

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

En el año 2016, el TARCJA ha abordado el examen de cuestiones nuevas y ha ido elaborando una doctrina en materias que pueden englobarse dentro de bloques tan importantes como el objeto del contrato, su precio y los criterios de solvencia y de adjudicación. Asimismo, si bien se reiteran impugnaciones sobre materias ya abordadas en resoluciones de años anteriores, puede constatarse un descenso en asuntos que han sido muy controvertidos hasta ahora -v.g. fijación



en los pliegos de los criterios de adjudicación, su vinculación con el objeto del contrato, distinción entre criterios de solvencia y de adjudicación etc-. Este descenso puede obedecer sin duda al conocimiento por parte de los órganos de contratación de la doctrina que ha ido acuñando el Tribunal en dichos asuntos, lo que les ha permitido mejorar el contenido de los pliegos rectores de la contratación.

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

### 2.1.1. Delimitación del objeto: Libertad configuradora. Respeto de los principios básicos de la contratación pública.

En la **Resolución 34/2016, de 11 de febrero**, se aborda la adecuación a la normativa contractual de la definición del objeto de un suministro de medicamentos atendiendo al principio activo. Esta resolución señala que tal definición se encuadra en el ámbito de discrecionalidad que ostenta el órgano de contratación para determinar el objeto contractual de acuerdo con sus necesidades y es respetuosa con los principios básicos de la contratación pública consagrados en el artículo 1 del TRLCSP, toda vez que permite promover la concurrencia.

La cuestión objeto de examen en esta resolución no es totalmente nueva -pues fue ya abordada en la Resolución 394/2015, de 17 de noviembre-, si bien merece destacarse por la singularidad de la impugnación donde se cuestiona que en una licitación promovida por principio activo puedan participar tanto el medicamento biológico como sus biosimilares. La entidad recurrente funda su pretensión en la obligación de prescripción de los medicamentos biológicos por denominación comercial y en que tales medicamentos no pueden ser sustituidos en la dispensación, ya sea en las oficinas de farmacia, ya en los servicios de farmacia hospitalaria.

El TARCJA sostiene en estas resoluciones que el carácter sustituible o no de los medicamentos biológicos en el ámbito hospitalario es una cuestión de carácter



eminentemente clínico y asistencial que no tiene por qué afectar a la configuración del objeto del contrato por principio activo y que tras la adjudicación del contrato a la oferta económicamente más ventajosa, la prescripción médica se realizará indicando el principio activo y en su caso, la denominación comercial que presente el adjudicatario en su oferta, pero ello no implica que obligatoriamente y en todo caso el médico tenga que prescribir aquella denominación comercial, puesto que en el supuesto clínicamente justificado de que fuese necesario prescribir otra denominación comercial, el facultativo podrá hacerlo, ya que prevalece ante todo la seguridad del paciente.

En definitiva, ambas resoluciones concluyen que el suministro por principio activo no lleva inexorablemente a la consecuencia que, desde el punto de vista clínico o asistencial, pretende extraer la recurrente cuando esgrime que, tras la adjudicación, no podrá prescribirse por el facultativo otro medicamento distinto al seleccionado en la licitación que contenga ese principio activo .

La única conclusión que puede extraerse es que se administrará el medicamento adjudicado, pero obviamente ello no tiene por qué englobar todos los supuestos clínicos que puedan darse en la práctica, sin que la licitación denunciada constituya *per se* un obstáculo a que pueda prescribirse otra denominación comercial cuando médicamente esté justificado.

La **Resolución 88/2016, de 21 de abril**, abordó el supuesto de un suministro de retardante de largo plazo de aplicación aérea para la extinción de incendios forestales donde los pliegos preveían que debía estar constituido necesariamente por polifosfatos amónicos, extremo este que se discutía en el recurso.

El TARCJA desestimó el recurso señalando que es el resultado de la ponderación conjunta de los principios de eficacia y de eficiencia de la contratación pública, de una parte, y libertad de acceso a las licitaciones, no discriminación y salvaguarda de la competencia, de otra, lo que debe erigirse en pauta para determinar la configuración del objeto del contrato, sin que la mayor o menor apertura a la competencia de un determinado procedimiento de



contratación determine, en sí misma, una infracción de los principios de competencia, libre acceso a las licitaciones, igualdad y no discriminación, cuando encuentra su justificación en las necesidades o fines a satisfacer mediante esa prestación.

*Asimismo, se indicaba que «el polifosfato amónico está presente en el mercado en una pluralidad de productores y abierto también a la producción de otros más que quieran fabricarlo. El órgano de contratación no tiene por que ajustarse necesariamente a la forma de presentación que libremente ha elegido cada productor, sino que puede exigir una determinada presentación ajustada a sus necesidades, y son los productores los que libremente, si quieren participar en la licitación, han de ajustarse a cumplir lo exigido en las prescripciones técnicas, algo que pueden hacer si modifican su forma de producción (...)»*

En la misma línea que las anteriores, la **Resolución 249/2016, de 14 de octubre**, estimó que el hecho de que el pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante PCAP) impugnado no contemplara la licitación del servicio de atención temprana en una zona geográfica determinada no conculcaba los principios de libre competencia ni de igualdad de trato entre las empresas licitadoras, pues es el órgano de contratación el que, conocedor de las necesidades administrativas que demanda la Administración y conocedor también de las limitaciones de su presupuesto, debe configurar el objeto del contrato del modo que mejor satisfaga el interés público perseguido con el contrato.

Asimismo, la resolución señalaba que esta discrecionalidad de la Administración en la conformación de la prestación a contratar no puede ser en modo alguno sustituida por la voluntad de las empresas licitadoras, puesto que estos no intervienen en la fase previa de determinación del alcance y extensión de las necesidades públicas -lo cual solo compete al órgano de contratación-, sino únicamente en la fase posterior de satisfacción de dichas necesidades a través de la adjudicación del contrato a la oferta económicamente más ventajosa y en la posterior ejecución de la prestación.



E insistiendo en esta idea de configuración del objeto atendiendo a las necesidades administrativas y no a las exigencias de las empresas licitadoras, la **Resolución 295/2016, de 18 de noviembre**, analiza un supuesto en que se solicitaba la anulación de las cláusulas de los pliegos que exigían, como característica técnica del medicamento objeto del suministro, la presentación en bolsa de plástico. En esta resolución se insiste, además, en que la decisión del órgano de contratación no es irracional ni arbitraria sino que está motivada, por lo que no genera en sí misma un obstáculo injustificado a la libre competencia. También se indica que *«puede haber licitadores cuyos productos no se ajusten al requerimiento técnico de algunos lotes de la contratación examinada, pero ello no es algo que ocurra exclusivamente en este procedimiento de adjudicación, sino que es consustancial a cualquier licitación pública, pues siempre habrá empresarios que no puedan participar y ello no se traduce inequívocamente en una vulneración de los principios básicos de la contratación»*.

Finalmente, la **Resolución 341/2016, de 29 de diciembre**, en un supuesto de suministro de artículos para incontinencia urinaria, declaró que el artículo 117.2 del TRLCSP no puede erigirse en impedimento insalvable para que el órgano de contratación pueda configurar el objeto contractual y sus características del modo más adecuado para la satisfacción de las necesidades públicas, siempre que tal descripción del producto o prestación esté motivada y pueda considerarse razonable y proporcional al fin perseguido, pues lo que prohíbe el precepto legal es que se generen injustificadamente obstáculos a la libre competencia.

2.1.2. División del objeto del contrato en lotes. Justificación de la no división. Artículo 46 Directiva 2014/24/UE.

La **Resolución 318/2016, de 7 de diciembre**, analizó un supuesto de agrupación de lotes donde la licitación y adjudicación tenían que efectuarse a la totalidad de los lotes agrupados, de modo que no cabía la división de la agrupación.



El TARCJA expuso en esta resolución que la regla general en nuestra normativa contractual ha venido siendo la unidad del objeto, debiendo justificarse en el expediente el fraccionamiento en lotes (artículo 86 del TRLCSP), mientras que el artículo 46.1 de la nueva Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública establece lo contrario, es decir, que los poderes adjudicadores deberán justificar su decisión de no fraccionar.

En el supuesto examinado, el órgano de contratación sostuvo que había división porque existían tres agrupaciones de lotes, pero el TARCJA apuntó que el examen debía ser más profundo teniendo que discernir si, bajo la apariencia formal de división en agrupaciones de lotes, la existencia en sí misma de estas supone una acumulación de prestaciones diferenciadas y no interdependientes que impiden la división real del objeto.

La resolución señalaba lo siguiente: *«(...) resulta claro que la agrupación 1 integra lotes de bienes distintos que podían haber sido objeto de adjudicación independiente y entre los que no existe la interdependencia a que alude el PCAP al definir la agrupación. Es decir, con la agrupación se ha evitado el fraccionamiento o división, y ni el pliego ni ningún otro documento del expediente ha justificado la decisión de no dividir o lo que es lo mismo, la decisión de acumular, motivación que resulta obligatoria a la luz del artículo 46.1 de la Directiva (...)*

*Es por ello que, a la luz de lo dispuesto en el artículo 46.1 de la Directiva, el órgano de contratación deberá justificar su decisión si es que decide mantener la actual conformación del objeto -en concreto, respecto de la agrupación 1-, y tal motivación debe efectuarla en el propio pliego y/o expediente de contratación, pudiendo tomar en consideración las razones que, aun a título de ejemplo, cita el considerando 78 de la Directiva u otras que amparen convenientemente el sacrificio de la concurrencia que puede suponer la falta de división. Asimismo, la motivación que se efectúe no podrá ser meramente formal y genérica, debiendo adecuarse a las circunstancias concretas que concurren en la licitación mencionada.»*



Sobre el efecto directo del artículo 46.1 de la Directiva 2014/24/UE incidió también la **Resolución 335/2016, de 22 de diciembre**, al analizar un servicio de control de acceso e información a usuarios, familiares y visitantes de los pacientes en los hospitales Regional de Málaga y Serranía de Ronda.

En esta resolución se concluía que *«salvo los supuestos de adjudicación obligatoria de los contratos en lotes separados a que se refiere el artículo 46.4 de la Directiva -apartado que no goza de efecto directo al remitir tales supuestos a los que puedan establecerse por cada Estado miembro-, los poderes adjudicadores siguen teniendo libertad a la hora de configurar el objeto del contrato previendo o no su división en lotes; ahora bien, cuando se decida no dividir el objeto, el órgano de contratación deberá indicar las razones de tal decisión»*.

En el supuesto analizado, el objeto contractual afectaba a dos hospitales de la provincia de Málaga ubicados en dos localidades distintas -Málaga capital y Ronda- por lo que, objetivamente, sería posible dividir el objeto en dos lotes atendiendo a criterios geográficos.

En la resolución se señalaba que, al ser ello posible pero no haberse previsto la división del objeto contractual en razón del criterio geográfico, el órgano de contratación debería haber justificado, preferentemente, en el PCAP las razones que motivan la no división del objeto del contrato. Al no haberlo hecho, ha infringido lo dispuesto en el artículo 46.1 de la Directiva 2014/24, sin que, a tales efectos, la falta de motivación en los pliegos o en el expediente de contratación pueda ser suplida por los argumentos esgrimidos en el escrito de recurso, puesto que la motivación ha de ser previa y conocida por todas las empresas licitadoras que deseen participar en el proceso selectivo.



## 2.2. El precio

### 2.2.1. Carácter oneroso de los contratos.

La **Resolución 48/2016, de 25 de febrero**, analizó un supuesto en que los pliegos contemplaban una prestación carente de retribución expresa, señalando el TARCJA que «(...) *la prestación examinada, como parte integrante del objeto contractual según el propio tenor de la cláusula 1.2.2 del PPT, debería conllevar su contrapartida en precio. Al no haberse efectuado de este modo en los pliegos, se vulnera uno de los principios básicos de la contratación que es la adecuada retribución de la prestación realizada, toda vez que los contratos del sector público tienen carácter oneroso según prevé el artículo 2.1 del TRLCSP y refrenda el artículo 87.1 del citado texto legal al señalar que la retribución del contratista consistirá en un precio cierto.*»

### 2.2.2. Umbral de anormalidad en el precio.

Esta cuestión se aborda en las **Resoluciones 50/2016, de 10 de marzo y 76/2016, de 6 de abril**, donde el TARCJA señaló, a la vista de los supuestos analizados, que el establecimiento de un umbral de anormalidad o desproporción referido al precio de licitación no vulneraba las normas reguladoras del procedimiento de adjudicación, pues no suponía una restricción a la libre competencia al corresponderse dicho umbral con el precio normal de mercado.

### 2.2.3. Derecho a percibir el pago del precio de la prestación en 30 días.

Esta cuestión fue abordada en la **Resolución 233/2016, de 4 de octubre**, donde se señaló que el artículo 216.4 del TRLCSP no deja duda acerca de su carácter taxativo “*La Administración tendrá la obligación de abonar el precio (...), y si se demorase, deberá abonar al contratista (...)*”. Ello supone, como señala la resolución, la exclusión de la posibilidad de establecer cláusulas que contradigan lo dispuesto en este precepto; por tanto, no será válida la inclusión,





en los pliegos de cláusulas administrativas ni en los documentos contractuales que se formalicen, de condiciones que impongan al contratista la obligación de aplazar -durante al menos cuatro meses en el supuesto analizado- el momento del ejercicio de su derecho a percibir el precio por los servicios prestados dentro de los treinta días siguientes a la fecha de aprobación de los documentos que acrediten la conformidad de los mismos.

#### 2.2.4. Umbral de saturación.

La **Resolución 184/2016, de 4 de agosto**, analizó un supuesto ya abordado en varias resoluciones de 2015, pero que merece destacarse dada su importancia y en la medida que sigue suscitando cierta litigiosidad. Se trata de aquellos casos en que la fórmula de valoración de la oferta económica otorga la misma puntuación a todas las ofertas a partir de un determinado porcentaje de bajada respecto del presupuesto de licitación.

En el supuesto examinado, se preveía un límite máximo de bajada del 10%, a partir del cual, cualquiera que fuese el porcentaje de baja ofertada, la puntuación seguiría siendo la misma. El TARCJA consideró que ello era contrario al principio de oferta económicamente más ventajosa porque su aplicación conduce a minusvalorar las mejores proposiciones desde un punto de vista económico y desmotiva a las empresas licitadoras a presentar ofertas con precios más competitivos.

#### 2.2.5. Precio adecuado y suficiente para garantizar la ejecución de la prestación.

En este apartado vamos a referirnos a resoluciones que han abordado la suficiencia del presupuesto de licitación en contratos de servicios donde el componente personal era fundamental (monitores de comedor escolar, servicio de apoyo y asistencia escolar al alumnado con necesidades educativas de apoyo específico. etc).



Los supuestos planteados han exigido un análisis pormenorizado, caso a caso, con estudio individualizado de los costes de la prestación, existiendo resoluciones en sentido estimatorio y desestimatorio.

Así, en las **Resoluciones 303/2016, de 23 de noviembre, 322/2016, de 15 de diciembre y 333/2016, de 22 de diciembre**, se desestimaron los recursos interpuestos sobre la base de que, si bien los gastos derivados de la aplicación del convenio colectivo y los relativos a la seguridad social necesarios para cumplir con las obligaciones derivadas del contrato han de estar comprendidos indefectiblemente en el presupuesto de licitación, otro tipo de gastos alegados por la recurrente presentan una gran variabilidad de un licitador a otro en cuanto a su cuantificación.

En los tres supuestos se estimó que, comparando el importe calculado por el Tribunal como coste hora -teniendo en cuenta el convenio colectivo, la cuota de seguridad social del empresario y los gastos por absentismo- con la determinación del precio máximo por hora trabajada fijado en el PCAP por el órgano de contratación, resultaba un margen en este último precio para la cobertura de otro tipo de gastos.

No obstante, en la **Resolución 195/2016, de 16 de septiembre**, se estimó un recurso fundamentado en que el presupuesto de licitación era insuficiente para cubrir los costes derivados del contrato (costes laborales, gastos generales y otros gastos derivados de la ejecución del contrato).

En la citada resolución se consideró que el hecho de que el precio/hora fijado en el pliego no se sitúe por debajo de lo establecido en el convenio no prejuzga por sí mismo que sea acorde con el precio general de mercado, ya que el presupuesto debe cubrir, en todo caso, los costes derivados de la ejecución del contrato, puesto que de lo contrario no nos encontraríamos ante un precio de mercado, favoreciéndose, a priori, a las empresas en las que concurran posibles condiciones favorables respecto de los gastos a afrontar.



También se indicaba que este Tribunal ha mantenido en resoluciones anteriores (371/2015, 377/2015, 378/2015 y 379/2015) el criterio de que lo pactado en un convenio colectivo laboral era, en principio, una cuestión ajena a la contratación administrativa y no podía incidir sobre ella de forma directa. No obstante, esta doctrina esta siendo objeto de revisión por todos los Órganos de resolución de los recursos contractuales ante la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y las previsiones de la Directiva 2014/24/UE que ha incorporado determinados aspectos sociales recogidos en la jurisprudencia del citado Tribunal. En este sentido, la Sentencia del TJUE, de 17 de noviembre de 2015, *Regio Post*, (asunto C-115/14), admite como válida la exigencia de mantener una retribución mínima de los trabajadores durante la ejecución del contrato, con el objeto de garantizar la correcta prestación del mismo.

De este modo, se concluía que *«considerando correctos los cálculos realizados por la entidad recurrente (tanto para este lote como para los tres restantes) -cálculos que, como ya hemos señalado, no han sido rebatidos por el órgano de contratación-, no existe apenas margen para poder cubrir los gastos necesarios y así garantizar la correcta ejecución, máxime teniendo en cuenta que el factor humano es un elemento esencial en este contrato y que los costes laborales que su ejecución conlleva resultarían ineludibles para la empresa adjudicataria. Así pues, procede concluir que la estimación del precio ha sido incorrecta, no siendo la misma adecuada “para el efectivo cumplimiento del contrato”, como prescribe el artículo 87 del TRLCSP, ni “salvaguarda la libre competencia”, principio fundamental de la contratación pública recogido en el artículo 1 del TRLCSP»*.

En el mismo sentido, se pronunciaron las **Resoluciones 207/2016, 210/2016 y 213/2016, todas de 16 de septiembre.**



## 2.3. Solvencia

### 2.3.1. Proporcionalidad.

La cuestión de si un criterio de solvencia es proporcional o no al objeto del contrato ha sido analizada por el TARCJA en resoluciones anteriores, pero es un aspecto que sigue suscitando litigiosidad.

Así, la **Resolución 83/2016, de 21 de abril**, estimó un recurso especial contra los pliegos de una contratación del servicio de ayuda a domicilio para municipios de menos de 20.000 habitantes promovido por una Diputación Provincial. El TARCJA consideró desproporcionado el requisito mínimo de solvencia técnica exigido que se refería a los principales servicios efectuados durante los cinco últimos años. En concreto se requería como solvencia mínima que *«en el año de mayor ejecución deberá haberse prestado el servicio, al menos, para un número mínimo de 40 municipios menores de 1.000 habitantes y además para un número mínimo de 2.000 usuarios/as, o por un número mínimo de 800.000 horas anuales»*.

El Tribunal estimó que el criterio de solvencia era desproporcionado y limitativo de la libre concurrencia pues, reconociendo que la finalidad buscada por la cláusula es ajustar la solvencia del empresario con las necesidades definidas por el órgano de contratación, su concreta formulación produce un efecto de distorsión en la competencia. En consecuencia, se concluyó que el órgano de contratación debe introducir fórmulas que, a la par que satisfagan la acreditación de la solvencia, permitan abrir la contratación a otras empresas licitadoras.

### 2.3.2. Expresión de los medios de solvencia en los anuncios de licitación.

En la **Resolución 48/2016, de 25 de febrero**, la entidad recurrente alegaba que el anuncio de licitación no menciona los requisitos de solvencia técnica que se van a exigir a las empresas licitadoras, limitándose a hacer referencia al artículo 77.1 a) del TRLCSP y a la propia documentación del expediente.



El TARCJA estimó que los pliegos deben detallar los requisitos mínimos de solvencia exigibles en la licitación y los medios admitidos para su acreditación, mientras que el anuncio de licitación solo deberá contener una indicación de dichos requisitos y medios. La finalidad perseguida con esta indicación contenida en el anuncio es que las empresas licitadoras dispongan de una información general y básica sobre aquellos aspectos que la ley ha considerado básicos en una licitación de modo que, sin necesidad de acudir a otras fuentes de información, aquellos puedan tener elementos de juicios suficientes para considerar su grado de interés en la licitación.

La resolución señalaba que, ciertamente, el TRLCSP ha querido distinguir entre la obligación de información que ha de suministrar el anuncio y la que debe facilitar el pliego, pues no tiene el mismo significado el vocablo <<indicar>> referido al anuncio de licitación que los vocablos <<detallar>> y <<especificar>> que se emplean para los pliegos. El primero supone una referencia más elemental o somera a una determinada información que los segundos. Ahora bien, el carácter somero o general de la información que muestra el término <<indicar>> nunca puede satisfacerse con una remisión genérica a la ley o a los pliegos.

El mismo criterio es reiterado en la **Resolución 151/2016, de 1 de julio**.

## **2.4. Criterios de adjudicación**

### **2.4.1. Cláusulas sociales como criterio de adjudicación.**

En la **Resolución 46/2016, de 18 de febrero**, se estimó un recurso contra los pliegos reguladores de un contrato de servicios de ayuda a domicilio donde se establecía el siguiente criterio de adjudicación:

*“Compromiso con el desarrollo de la economía social (Hasta 20 puntos):*  
*- Entidades o empresas participadas mayoritariamente por sus trabajadores:*  
*10 puntos.*



*- Entidades o empresas donde las diferencias salariales no superen 2 veces el mayor salario sobre el menor salario: 10 puntos.”*

En la resolución se señalaba que la presencia de estos criterios sociales en la contratación pública responde, en gran medida, a la actual corriente que tiene como objetivo lograr una contratación socialmente más responsable, siendo admitidos y fomentados cada vez más por las instituciones comunitarias. Incluso la nueva Directiva 2014/24/UE prevé que se *“podrá incluir la mejor relación calidad-precio, que se evaluará en función de criterios que incluyan aspectos cualitativos, medioambientales y/o sociales vinculados al objeto del contrato público de que se trate.”*

Se indicaba que la incorporación de tales criterios puede contemplarse en dos vertientes, como condiciones especiales de ejecución del contrato (artículo 118 del TRLCSP) y como criterios de valoración de las ofertas (artículo 150.1 del TRLCSP). Y, en lo que aquí interesa, para su inclusión como criterios de valoración, debe tenerse en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea cuando señala que los criterios utilizados por las entidades adjudicadoras deben ser objetivos, relacionados con las características de la oferta y con las cualidades intrínsecas de un servicio. Así, la Sentencia Beentjes de 20 de septiembre de 1988 (asunto 31/87), al tratar la contratación de desempleados de larga duración, acepta criterios de adjudicación diferentes al precio siempre que sean objetivos, no resulten discriminatorios y hayan sido anunciados previamente.

En el supuesto analizado, el TARCJA consideró que los dos subcriterios del PCAP -a saber, que las entidades o empresas estén participadas mayoritariamente por sus trabajadores y que las diferencias salariales no superen dos veces el mayor salario con respecto al menor- valoraban características de las propias empresas, no siendo válidos como criterios de adjudicación al no estar directamente vinculados al objeto del contrato, ni afectar a la mayor o menor calidad en la prestación del servicio.



#### 2.4.2. Falta de precisión de los criterios.

La **Resolución 48/2016, de 25 de febrero**, anuló un criterio de adjudicación del PCAP denominado <<nivel de valoración funcional>> ponderado con hasta 10 puntos y dividido en dos subcriterios valorados con un máximo de 5 puntos cada uno. El objeto de la contratación era el suministro de material fungible sanitario necesario para realizar sesiones de hemodiálisis y el arrendamiento y mantenimiento de los equipos necesarios, versando el primer subcriterio de adjudicación sobre “la calidad de las características técnicas de los monitores” y el segundo sobre “la calidad de las líneas arterio-venosas objeto del contrato, así como otros parámetros relacionados con el manejo de los artículos objeto de contratación”.

El TARCJA estimó que la definición del primer subcriterio era genérica y vaga pues no precisaba si la posterior valoración habría de recaer sobre todos los elementos y/o características técnicas de los monitores del Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante PPT) o solo sobre algunas, ni aclaraba cuáles eran los parámetros o niveles de calidad que permitirían una comparación objetiva de las ofertas presentadas, todo lo cual redundaba en una falta de conocimiento suficiente por parte de las empresas licitadoras a la hora de preparar sus ofertas sobre aquellos extremos concretos que iban a ser valorados y otorgaba un excesivo margen de discrecionalidad al órgano evaluador que podría centrar su valoración en aquellas características que considerase más relevantes a la vista de las ofertas presentadas y utilizar para ello parámetros que no estaban definidos en el pliego.

Respecto al segundo subcriterio, el Tribunal señaló que concurrían las mismas circunstancias expuestas, acentuándose el nivel de imprecisión al dejar a la ulterior elección del órgano técnico evaluador la determinación de aquellos parámetros que, a su juicio, tuvieran relación con el manejo de los productos.

#### 2.4.3. Criterios contrarios a los principios de libre concurrencia y de igualdad.



La **Resolución 230/2016, de 4 octubre** anuló un criterio de adjudicación de un pliego regulador del servicio de transporte escolar en centros docentes públicos. El criterio valoraba hasta un máximo de 25 puntos la oferta de vehículos completos de mejora, fijándose la puntuación en función del número de vehículos completos, distintos al número mínimo indicado en el ANEXO I-A, puestos a disposición del órgano de contratación para la ejecución del contrato.

La resolución señalaba que, si bien el órgano de contratación goza de una amplia discrecionalidad a la hora de seleccionar los criterios de adjudicación que considere más idóneos en cada caso, esa libertad de elección tiene su límite en la exigencia, derivada del artículo 150.1 del TRLCSP, de que aquellos guarden una vinculación directa con el objeto del contrato y no con características o circunstancias de la empresa licitadora. Al respecto, se citaba la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 17 de septiembre de 2002 (Concordia Bus Finland) al afirmar que *“el principio de igualdad de trato responde a la esencia misma de las directivas en materia de contratos públicos, que tienen por objeto, en particular, favorecer el desarrollo de una competencia efectiva en los sectores que están comprendidos en los ámbitos de aplicación respectivos y que enuncian los criterios de adjudicación del contrato tendentes a garantizar dicha competencia”*.

Sobre esta base, el TARCJA concluyó que el criterio impugnado no cumplía las exigencias antes expuestas pues, en sí mismo, no reportaba una ventaja directa al poder adjudicador traducida en una mejor prestación del servicio, y que si consideramos suficiente la estimación de plazas y vehículos prevista en el pliego para la ejecución del contrato, la mejora consistente en uno o más vehículos no iba a suponer de partida un plus o ventaja adicional en la ejecución de la prestación, ni iba a cubrir de modo más satisfactorio las necesidades administrativas perseguidas por el órgano de contratación.

Asimismo, se indicaba que tampoco se encontraba en el pliego o en la documentación obrante en el expediente justificación alguna sobre la mejora discutida y que el criterio en cuestión suponía, además, que empresas con gran





capacidad y solvencia pudieran realizar mejoras desproporcionadas con el único objetivo de obtener la máxima puntuación en el criterio, en detrimento o perjuicio de aquellas empresas pequeñas o medianas que, aun cuando dispongan de los medios suficientes para ejecutar el contrato, nunca podrían obtener la máxima puntuación.

Con base en la argumentación expuesta, el Tribunal estimó que el criterio de adjudicación impugnado infringía el principio de igualdad de trato y no discriminación (artículos 1 y 139 del TRLCSP), no resultaba proporcionado al fin perseguido y atentaba también a la libre competencia.

Asimismo, la **Resolución 272/2016, de 4 de noviembre**, anuló el criterio de adjudicación de un pliego que regulaba el servicio de agencia de viajes para una Universidad. El criterio en cuestión valoraba con un máximo de 4 puntos el número de oficinas en estaciones de tren y aeropuertos.

El TARCJA consideró en este caso que la disposición de oficinas en lugares donde va a prestarse el servicio de agencia de viajes no deja de suponer una ventaja competitiva para aquellas empresas licitadoras que, en efecto, cuenten con dichas sucursales en perjuicio de los que no las tengan, sin que, por otro lado, tal criterio de adjudicación pudiera considerarse adecuado y esencial para garantizar el objetivo que persigue el contrato, puesto que el propio PPT establecía prescripciones para asegurar la finalidad pretendida con el citado criterio, a través del uso de los medios telemáticos y de un servicio de asistencia durante las 24 horas de todos los días del año.

Asimismo, el Tribunal consideró que se vulneraba el principio de igualdad de trato sin justificación razonable, toda vez que unas pocas empresas licitadoras iban a gozar de una ventaja adicional al presentar sus ofertas en perjuicio de una mayoría que no podría ofertar al criterio, sin que dicha ventaja competitiva muestre proporcionalidad alguna con la eventual mejora que supone el criterio en sí para el servicio que se pretende contratar. Asimismo, concluía que el hecho de que el criterio esté ponderado con 4 puntos no es un dato irrelevante en la adjudicación del contrato, puesto que, en muchos casos, esta se resuelve a favor



de un licitador con menos diferencia de puntos respecto a la siguiente oferta clasificada.

Finalmente, la **Resolución 293/2016, de 11 de noviembre**, anuló el criterio de adjudicación de un pliego relativo a un contrato de servicio de ayuda a domicilio, donde se ponderaba con un máximo de 30 puntos el desarrollo del proyecto a implantar por la empresa en el municipio.

En el PCAP se especificaba que *“en dicho proyecto debe exponerse con detalle la metodología para el desarrollo y ejecución del servicio, así como la adecuación del proyecto al contexto socio-demográfico del municipio (...)”*.

El TARCJA señaló que el conocimiento por las entidades licitadoras -a excepción de la anteriormente adjudicataria- de la realidad del servicio en el municipio va a ser el que pueda facilitar el órgano de contratación, lo que puede conllevar una desigualdad a la hora de valorar las distintas ofertas, en la medida que se favorece al anterior adjudicatario pues este va a disponer de un conocimiento del servicio del que van a carecer las restantes empresas licitadoras.

#### 2.4.4. Criterios no vinculados al objeto del contrato.

La **Resolución 245/2016, de 14 de octubre**, anuló varios criterios de adjudicación del pliego rector de un contrato de servicios de escuelas deportivas municipales de gimnasia mantenimiento, sala musculación, yoga, deporte adaptado a la tercera edad, baile moderno y multideporte, promovido por un Instituto Municipal de Deportes.

Los criterios eran los siguientes:

1. Por coincidencia del objeto social con las modalidades deportivas incluidas en el contrato: 10 puntos en caso de coincidencia plena, 5 puntos para entidades cuyo objeto social sea multideportivo encontrándose entre las modalidades



deportivas incluidas en dicho objeto social las del contrato y 0 puntos en el resto de los casos.

2. Si el licitador es una entidad deportiva sin ánimo de lucro, 20 puntos.
3. Por cada temporada de experiencia en escuelas deportivas gestionadas con similar número de módulos al del contrato (+/- 15%), 1 punto hasta un máximo de 10 puntos.

El TARCJA concluyó que tales criterios de adjudicación estaban valorando características de las empresas como su objeto social, que estas no tengan ánimo de lucro y la experiencia, de ahí que aquellos no sean válidos al no estar directamente vinculados al objeto del contrato y originar un tratamiento no igualitario y discriminatorio entre las empresas licitadoras.

#### 2.4.5. Criterio de evaluación automática que necesita de un juicio de valor para su aplicación.

Tal cuestión se abordó en la **Resolución 251/2016, de 20 de octubre**, señalando el TARCJA que, si un criterio de evaluación automática necesita de un juicio de valor para su aplicación, denota que en su descripción faltan parámetros objetivos para su correcta valoración. Permitir la necesidad de un juicio de valor, como hace el PCAP, para valorar un criterio de adjudicación de carácter automático supone una vulneración de las cautelas legales para garantizar la imparcialidad y objetividad en la evaluación de las proposiciones, pues permitiría realizar una valoración de las ofertas conforme a los criterios sujetos a juicios de valor, simultáneamente al conocimiento de parte de las ofertas relativas a los criterios evaluables de forma automática, actuación proscrita por la normativa de contratación.

#### **2.5. Cláusulas obligacionales en el Pliego de Prescripciones Técnicas**

En la **Resolución 282/2016, de 11 noviembre**, se examinó la impugnación del PPT de un contrato de suministro de gases medicinales y otros gases, así



como el arrendamiento y mantenimiento de las instalaciones y equipos necesarios.

En concreto, se impugnaba una cláusula del PPT donde se establecía que la adjudicataria era la responsable de la descarga en destino de los gases medicinales y otros gases, debiendo designar a su costa el personal de su ámbito organizativo y empresarial legalmente habilitado para desempeñar las funciones de Consejero de Seguridad, y que, en caso de que la adjudicataria subcontratase las tareas de transporte y descarga, tal designación correspondería, bien a la empresa contratista, bien a la subcontratista.

El TARCJA estimó que la cláusula impugnada contenía previsiones o condiciones necesarias para la realización del suministro, siendo inevitable que a la hora de reflejar tales condiciones técnicas de ejecución se establezcan obligaciones para el adjudicatario, pues aquellas no se entenderían bien si se omitieran en el PPT ciertos aspectos obligacionales de las partes y se trasladaran al PCAP.

Es decir, a la hora de establecerse en el PPT los aspectos técnicos del contrato -sobre todo cuando estamos en presencia de prestaciones de hacer-, no siempre resulta posible disgregar de su ámbito elementos obligacionales que son necesarios para entender el modo en que deben ejecutarse ciertas operaciones materiales.

Concluyó el Tribunal que la previsión del artículo 67 del RGLCAP en cuanto a que el PCAP debe contener los derechos y obligaciones específicas de las partes del contrato no puede interpretarse en sentido absolutamente formal y restrictivo, de modo que la más mínima obligación que deba asumir el adjudicatario tenga que venir reflejada indefectiblemente en el PCAP. Obviamente, el precepto reglamentario pretende definir el contenido del PCAP, del que habrá de formar parte el régimen general de derechos y obligaciones de las partes, pero no puede interpretarse con ánimo de exhaustividad absoluta. Por tanto, aquellos aspectos obligacionales que formen parte de las condiciones técnicas de ejecución del contrato pueden venir descritos en el PPT.



Esto es lo que, según el criterio del TARCJA, acontecía con la cláusula impugnada del PPT donde se recogía una obligación del adjudicatario en la operación material de descarga del gas medicinal en su fase líquida. Y si tal obligación se trasladara formalmente al PCAP, no serían plenamente comprensibles las condiciones específicas de recepción del gas medicinal en los tanques depositados en los centros sanitarios.

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

#### **3.1. Exclusiones por no acreditar el cumplimiento de los requisitos previos de capacidad y solvencia entre otros**

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

Dentro de las exclusiones relativas a cuestiones relacionadas con la presentación de la documentación, destaca la **Resolución 40/2016, de 18 de febrero**, en la que se señala que cuando los pliegos exigen que la documentación se aporte en original o copias auténticas o autenticadas, tal requisito de autenticidad no se cumple si en el plazo establecido se aporta copia simple o se remite por fax o correo electrónico, pues a quien recibe la documentación lo que le consta es una copia de la misma no el original, salvo que el documento aportado o remitido haya sido previamente firmado electrónicamente.

Por otra parte, en la **Resolución 91/2016, de 28 abril**, se planteaba la validez del certificado de inscripción en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Estado aportado por la recurrente en el procedimiento de licitación. El Tribunal concluyó que la inscripción en el mismo acreditará frente a todos los órganos de contratación del sector público, a tenor de lo en él reflejado y salvo prueba en contrario, determinadas condiciones del empresario, y ello con independencia de que dicha previsión figure o no expresamente en los pliegos.



Asimismo, en la **Resolución 323/2016, 15 de diciembre**, se planteaba un recurso contra la exclusión de la recurrente por haber presentado su oferta en la oficina de Correos fuera del plazo establecido para ello. La controversia giraba en torno a la existencia de una discordancia entre la fecha de admisión que figuraba en la primera hoja de la documentación del licitador remitente y la consignada en el resguardo justificativo de Correos. El Tribunal consideró que la actuación de la mesa de contratación debió ajustarse al principio de proporcionalidad y para ello hubo de conceder a la ahora recurrente la posibilidad de aclaración de tal discordancia antes de proceder a la exclusión.

### 3.1.2. Exclusiones relacionadas con la capacidad del empresario.

Las exclusiones por cuestiones relacionadas con la capacidad del empresario aunque escasas son muy significativas. Destaca 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. **Resolución 297/2016, de 18 de noviembre**). 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.

Pues bien, 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.

### 3.1.3. Exclusiones relacionadas con la solvencia de las empresas licitadoras.

En cuanto a las exclusiones relacionadas con cuestiones relativas a la solvencia de las empresas licitadoras, se han dictado determinadas resoluciones de interés. Así, en las **Resoluciones 262/2016, de 20 de octubre y 305/2016, de 2 de diciembre**, 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 el recurso 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, que es lo que aporta la recurrente, 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.

Asimismo, en esta resolución en relación a determinada documentación que no fue aportada en la fase de subsanación de la documentación administrativa, el Tribunal manifestó que, sin prejuzgar su contenido, no puede tomarse en consideración al resolverse el recurso especial en materia de contratación ninguna documentación que la mesa de contratación no conoció en el momento de dictar su parecer, dado su carácter esencialmente revisor de la actuación de la Administración.



Por otra parte, en relación con la acreditación de la solvencia técnica por las empresas licitadoras, en la **Resolución 17/2016, de 20 de enero**, el Tribunal declaró que los certificados de servicios ejecutados emitidos por entes públicos deben entenderse siempre referidos a trabajos ejecutados de conformidad aun cuando esta conformidad no quede expresamente reflejada en los mismos, pues de no haber sido conforme, el contrato al que se refieren no se habría recepcionado.

#### 3.1.4. Exclusiones por deficiencias en la subsanación de la documentación administrativa de los requisitos previos.

En el año 2016 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 subsanar en el plazo concedido para ello (**Resoluciones 306/2016 y 309/2016**, ambas de 2 de diciembre); en ellas 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.

Asimismo, 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 (v.g. **Resoluciones 99/2016, de 13 de mayo y 226/2016, de 23 de septiembre**), exigiendo la necesidad de 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.

Por último, es de reseñar el supuesto en el que una empresa propuesta como adjudicataria es excluida sin que se le haya concedido plazo de subsanación de la documentación acreditativa de los requisitos previos (**Resolución 33/2016, de 11 de febrero**). Se trata del caso previsto en el artículo 146.4 del TRLCSP, en el que las empresas licitadoras pueden presentar una declaración responsable indicando que cumplen las condiciones establecidas legalmente





para contratar con la Administración -asimilable al Documento Europeo Único de Contratación en cuanto a declaración de idoneidad, capacidad y solvencia de las empresas-. En dicha resolución el Tribunal entendió que antes de adoptar un acuerdo de exclusión que supone, en el caso examinado, la eliminación de la recurrente del proceso selectivo después de haber sido considerada su oferta como la más ventajosa económicamente, la mesa de contratación le debió dar un plazo de subsanación al amparo de lo establecido en el artículo 81.2 del RGLCAP, de aplicación al supuesto examinado con la salvedad de que solo respecto al licitador propuesto como adjudicatario.

### **3.2. Incumplimiento de los pliegos, en particular del de prescripciones técnicas**

En la **Resolución 26/2016, de 11 de febrero**, en un supuesto en el que el único criterio de adjudicación era el precio, el Tribunal entendió que se había vulnerado el procedimiento de licitación, al haberse producido una alteración en sus trámites que provocó que, para el cálculo del umbral a partir del cual se consideraba una oferta en presunción de anormalidad, se hubieran tomado en consideración ofertas económicas que debieron haber sido excluidas previamente por no cumplir las características exigidas en el PPT; esto originó que dicho umbral de anormalidad tomase un valor distinto al que hubiese adquirido de no haber habido dicha alteración, con la consiguiente variación en la clasificación de las ofertas y en la posterior adjudicación, pues ofertas que en un primer momento estaban en presunción de anormalidad, no lo estarían de haberse realizado los trámites correctamente o viceversa.

En esta resolución se concluyó que la verificación de la conformidad de las ofertas con los pliegos ha de realizarse en todo caso antes de la determinación de la proposiciones presuntamente anormales o desproporcionadas.

En la **Resolución 81/2016, de 21 de abril**, el Tribunal considera que la exclusión por incumplimiento del PPT de una oferta ambigua que pueda explicarse de modo simple y disiparse fácilmente sin solicitar aclaración de la



misma podría considerarse una medida excesiva y contraria a los principios de proporcionalidad, concurrencia y al de conseguir la oferta más ventajosa.

En las **Resoluciones 137/2016, de 17 de junio y 186/2016, de 4 de agosto**, el Tribunal consideró la improcedencia de la exclusión de un licitador a raíz de un incumplimiento por su parte de una obligación que no resultaba expresamente de los pliegos que rigen el procedimiento de licitación, sino de una interpretación de dichos pliegos por parte de la entidad contratante.

Asimismo, este Tribunal en sendas **Resoluciones (200/2016, de 9 de septiembre y 298/2016, de 18 de noviembre)** sostuvo que el incumplimiento de los requisitos exigidos para licitar no admite graduación en cuanto al número de ellos; el hecho de que una empresa licitadora incumpla una exigencia del pliego es motivo suficiente para su exclusión del procedimiento de licitación, sin que sea necesario que se produzcan dos, tres o más incumplimientos.

En concreto en la **Resolución 200/2016**, tras el análisis del recurso el Tribunal confirma uno de los dos incumplimientos del PPT por los que había sido excluida la oferta de la recurrente, manifestando que dicho incumplimiento genera por sí solo la exclusión de la oferta de la empresa que lo incumpla, con independencia de que el alegato contra el otro incumplimiento haya sido estimado en esta resolución.

### **3.3. Violación del secreto de la oferta**

Este apartado trata fundamentalmente los supuestos en los que se ha desvelado el contenido de la oferta antes del acto formal de apertura correspondiente. En estos casos debe preservarse la objetividad e imparcialidad en la selección de la oferta económicamente más ventajosa.

En el año 2016 aun cuando la incidencia ha sido menor en este tipo de supuestos es necesario traer a colación algunos de los más significativos con objeto de que las empresas licitadoras extremen su diligencia al elaborar sus



proposiciones.

En la **Resolución 162/2016, de 6 de julio**, mantiene la recurrente que cumplió estrictamente con lo dispuesto en el pliego, pues la presentación de su oferta se realizó en tres sobres firmados y cerrados, señalando que dentro de un sobre general totalmente cerrado, se incluían dos sobres y una carpeta. Por ello, entiende que, al contrario de lo afirmado por la mesa, no era cierto que la carpeta identificada como sobre nº 2 no se encontrara ensobrada, sino que lo estaba dentro del sobre general que garantizaba su confidencialidad.

Al respecto, el Tribunal tras exponer lo dispuesto en los preceptos legales de aplicación (artículos 1, 145.2 y 160.1 del TRLCSP y 80.1 y 83 del RGLCAP) y lo previsto sobre el particular en los pliegos, señala la necesidad de que las proposiciones sean secretas y que las mismas sean presentadas en sobres cerrados, a fin de evitar manipulaciones sobre ellas.

En este sentido, aun cuando la recurrente señala que la carpeta correspondiente al sobre nº 2 se encontraba ensobrada dentro del sobre general, en ningún caso esta forma de presentación puede garantizar el carácter secreto de su oferta, pues la misma permanecerá accesible hasta el momento en que tenga lugar el acto público de apertura del sobre nº 2.

No puede olvidarse, concluye el Tribunal, que el secreto de las proposiciones debe llegar hasta la fase de apertura del sobre relativo a estas, pues lo contrario haría imposible garantizar la neutralidad en la valoración por parte del órgano encargado de la misma y el trato no discriminatorio de las empresas licitadoras como consecuencia del conocimiento anticipado de la proposición de alguno de ellos.

En la **Resolución 235/2016, de 4 de octubre**, la recurrente fue excluida del procedimiento por presentar documentación exclusiva del sobre de criterios de adjudicación valorados mediante la aplicación de fórmulas, dentro del sobre de documentación acreditativa de los requisitos previos. Este supuesto aunque no es nuevo, sigue suscitando controversia de ahí el interés de recogerlo en la



presente memoria.

En este caso, el Tribunal concluye que la actuación de la mesa de contratación fue correcta al excluir a la entidad ahora recurrente por este motivo, pues incumplió lo previsto en la normativa contractual y en el pliego, pudiendo afirmarse que no se trata de un error irrelevante, sino de un defecto que incide en el desarrollo del procedimiento, lo cual justifica la exclusión de su oferta.

### **3.4. Requerimiento de documentación al amparo del artículo 151.2 del TRLCSP**

En la memoria del año 2015 este Tribunal puso de manifiesto el enorme número de recursos que se resolvieron en relación con el artículo 151.2 del TRLCSP, la inmensa mayoría de ellos relativos a los servicios de transporte escolar, insistiendo en la necesidad de que tanto por el órgano de contratación, a la hora de elaborar los pliegos, como por las distintas entidades licitadoras, a la hora de elaborar sus ofertas, tomasen las precauciones necesarias para paliar en la medida de lo posible la alta litigiosidad generada con este tipo de recursos.

En el año 2016 la incidencia de este tipo de supuestos ha sido mínima, siendo necesario por su trascendencia mencionar algunos supuestos. En este sentido, es de destacar la **Resolución 53/2016, de 25 de febrero**, en la que se impugna un acto del órgano de contratación en el que declara retirada la oferta de la entidad ahora recurrente al no haberse aportado en plazo la documentación requerida conforme al artículo 151.2 del TRLCSP, pues la misma tuvo entrada en el Registro del órgano de contratación tres días después de la finalización del plazo otorgado para ello.

En este supuesto, este Tribunal consideró que no resultaría proporcional aceptar la presentación de la totalidad de la documentación extemporáneamente de quien no solicitó la ampliación del plazo, ni presentó documentación alguna dentro del mismo que pudiera haber dado lugar a un trámite de subsanación, y ni siquiera avisó al órgano de contratación de la existencia de dificultades o impedimentos para cumplir con el plazo concedido,



presentándose directamente la documentación tres días después de ya finalizado el plazo.

Asimismo, el Tribunal consideró que el defecto no era subsanable pues la empresa recurrente constituyó la garantía mediante aval bancario cuyo depósito en la Caja de Depósitos de la Junta de Andalucía tuvo lugar fuera del plazo legalmente establecido para ello, con lo que a la finalización de dicho plazo el requisito no existía y por tanto no podría haber sido nunca objeto de subsanación, ya que solo su acreditación es subsanable, pero no su existencia.

En este sentido, concluye el Tribunal, no cabe admitir el argumento de la recurrente de que el banco ya había autorizado el aval dentro del plazo, pues la garantía mediante aval solo se entiende constituida cuando ha sido depositada en la Caja de Depósitos.

### **3.5. Confidencialidad de la oferta**

En la memoria del año 2015 ya se ponía el énfasis en la necesidad de que en los casos en que se declare por la adjudicataria -o cualquier entidad licitadora- como confidencial de manera indiscriminada toda la documentación incluida en su proposición, corresponderá al órgano de contratación determinar aquella documentación de la adjudicataria -o entidad licitadora- que, en particular, no afecte a secretos técnicos o comerciales y pueda ser examinada por las demás entidades licitadoras.

Sin embargo, en el presente ejercicio de 2016 se han seguido sucediendo supuestos, aunque muy reducidos, en los que los órganos de contratación han amparado calificaciones indiscriminadas de confidencialidad de la oferta.

En concreto, en la **Resolución 328/2016, de 22 de diciembre**, este Tribunal consideró que el órgano de contratación debió ser más diligente y no amparar una calificación indiscriminada de confidencialidad de la oferta del sobre 3, de documentación relativa a los criterios de adjudicación valorados mediante la aplicación de fórmulas de la adjudicataria.



En el supuesto examinado el Tribunal concluyó que la recurrente no había tenido debido acceso a la documentación declarada confidencial por la adjudicataria, sin que se hayan aportado por esta última, ni por el órgano de contratación razones concretas y suficientes para justificar adecuadamente dicho carácter.

En este caso, como quiera que la falta injustificada de acceso a la documentación analizada le pudo originar indefensión a la hora de interponer un recurso fundado, el Tribunal estimó la pretensión de la recurrente sin necesidad de anular la adjudicación, ordenando la retroacción de las actuaciones al momento posterior a la notificación de la adjudicación para que por el órgano de contratación se le diese vista del informe técnico sobre viabilidad de la oferta de la adjudicataria, con el fin de que aquella pudiera fundamentar, en su caso, un nuevo recurso contra la adjudicación, pudiendo utilizarse la técnica del blanqueado para ocultar aquellos datos que se consideren confidenciales motivando tal circunstancia adecuadamente.

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

##### **4.1. Posibilidad de que el órgano de contratación se separe de la propuesta de adjudicación realizada por la mesa de contratación. Orden en la apertura de sobres y valoración de las ofertas, análisis de los artículos 150.2 del TRLCSP y 30.2 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público**

Con relación a esta cuestión, el Tribunal, en la Resolución 1/2016, de 14 de enero, entra a analizar el régimen jurídico del artículo 160.2 del TRLCSP que prevé que la propuesta de adjudicación no crea derecho alguno en favor del licitador propuesto, si bien el órgano de contratación que no adjudique el contrato de acuerdo con la propuesta formulada deberá motivar su decisión.



En el supuesto analizado el órgano de contratación decide separarse de la propuesta de adjudicación al considerar que la oferta económicamente más ventajosa era aquella que había obtenido la segunda puntuación tras la valoración realizada de las mismas según los criterios de adjudicación previamente fijados en los pliegos.

Este Tribunal estudia la adecuación de la actuación del órgano de contratación con el TRLCSP, y concluye que, de conformidad con la doctrina que han venido manifestando los distintos Tribunales en la aplicación del invocado precepto, una vez efectuada la valoración de las ofertas conforme a los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor y evaluadas asimismo las ofertas conforme a los criterios de adjudicación de aplicación automática no cabe ya la modificación de la valoración conforme a los primeros -los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor-, y concluye que no puede el órgano de contratación modificar la valoración efectuada en la propuesta de adjudicación.

En este sentido, se concreta que incluso en el supuesto de que el órgano de contratación detecte vicios en la tramitación del procedimiento tampoco cabe ya separarse de la valoración efectuada sino en su caso desistir del procedimiento, ya que en caso contrario se estaría contraviniendo el artículo 30.2 del citado Real Decreto de 817/2009, que establece que *“en todo caso, la valoración de los criterios cuantificables de forma automática se efectuará siempre con posterioridad a la de aquellos cuya cuantificación depende de un juicio de valor”*.

Es por ello que en el supuesto analizado se estima la pretensión de la recurrente ya que no procedía la actuación del órgano de contratación por la que se separa de la propuesta de adjudicación efectuada por la mesa de contratación.

#### **4.2. Imposibilidad de la retroacción del procedimiento -a efectos de una nueva valoración- una vez conocidas las ofertas económicas de las empresas licitadoras. Diversos supuestos**



Esta cuestión -que se encuentra ligada a la anteriormente analizada- ha sido recurrente durante el año 2016. En este sentido, se plantean diversos supuestos en los que las entidades solicitan la estimación de su recurso así como la retroacción del procedimiento para que se vuelvan a valorar sus ofertas conforme a los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor, pero dándose la circunstancia de que ya se había procedido a la apertura y valoración de la parte de sus ofertas cuya evaluación se realiza conforme a criterios de adjudicación automática, y, por otro lado, otros supuestos en los que las recurrentes solicitan la nulidad de todo el procedimiento al entender que, desvelado el secreto de la oferta, no cabe ya una nueva valoración de la misma sin que queden comprometidos los principios rectores de la contratación pública.

Así en la **Resolución 10/2016, de 14 de enero**, la recurrente combate la no valoración de unas mejoras evaluables con arreglo a un juicio de valor, incluidas en su oferta -aunque en el sobre equivocado- ya que en lugar de haberse recogido en el Sobre B finalmente se recogen en el Sobre C.

El Tribunal en este supuesto, concluye que la actuación del órgano de contratación es correcta ya que no procede una nueva evaluación de la oferta de la recurrente una vez que es conocida su oferta económica; dicha afirmación se fundamenta en el artículo 150.2 del TRLCSP que dispone que: *“la evaluación de las ofertas conforme a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas se realizará tras efectuar previamente la de aquellos otros criterios en que no concurra esta circunstancia, dejándose constancia documental de ello.”*

Esta cuestión también está desarrollada en el 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, que dispone en su artículo 26 que *“La documentación relativa a los criterios cuya ponderación dependa de un juicio de valor debe presentarse, en todo caso, en sobre independiente del resto de la proposición con objeto de evitar el conocimiento de esta última antes de que se haya efectuado la valoración de aquéllos.”*





Este supuesto -en el que se desestima la pretensión de la recurrente- no supone especial novedad sobre la doctrina mantenida por el Tribunal, si bien, se trae a colación a efectos comparativos con el resto de los analizados.

En este sentido, en las **Resoluciones 120/2016, de 3 de junio, 244/2016, de 14 de octubre y 300/2016, de 18 de noviembre**, se analizan supuestos en los que las recurrentes -al combatir la valoración de sus ofertas- solicitan la nulidad del procedimiento por haberse desvelado el secreto de las mismas y ser imposible la reparación de la infracción cometida sin comprometer las garantías del procedimiento. En la primera de las resoluciones mencionadas, la recurrente alega que el órgano de contratación ha actuado de forma arbitraria al valorar las ofertas y que una vez desvelado el secreto de las ofertas no cabe ya que sean objeto de una nueva valoración.

Tras el estudio del supuesto, el Tribunal detecta que el órgano de contratación utilizó para la valoración de la ofertas con respecto a los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor determinadas pruebas con los equipos ofertados no previstas en los pliegos; es por ello que, anulada la valoración respecto a estos criterios de adjudicación y desvelado el secreto de la oferta, concluye que no se puede ya garantizar el principio de igualdad y libre concurrencia al no poderse realizar una valoración de las ofertas con respecto a los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor sin que quede conculcado el artículo 150 del TRLCSP, y por ello acuerda anular el procedimiento de licitación.

Otro supuesto relevante se examina en la **Resolución 26/2016, de 11 de febrero**, donde se analiza la adjudicación de un contrato de suministro en el que el único criterio de adjudicación era el precio, por lo que tan solo se presentaban dos sobres; el sobre A donde se incluía -entre otra- toda la documentación técnica para demostrar que los equipos ofertados cumplían con el PPT y el sobre C donde se encontraba la oferta económica. Quedó demostrado que el órgano de contratación procedió a la apertura del sobre C sin haber comprobado si los equipos ofertados por todas las empresas licitadoras



cumplían los requisitos establecidos en el PPT, de lo que derivó que se fijase un umbral de anormalidad o de ofertas desproporcionadas -ex artículo 152 TRLCSP- teniendo en cuenta las ofertas de entidades que posteriormente fueron excluidas por incumplimiento del PPT.

En este supuesto la recurrente solicitó la nulidad del procedimiento de licitación por haberse producido una infracción en el mismo; sin embargo, el Tribunal no consideró que se hubiera conculcado en este caso el mencionado artículo 30.2 del Real Decreto 817/2009 puesto que el cumplimiento de las prescripciones técnicas no era objeto de valoración -sino que se analizaba su cumplimiento- por lo que concluyó que no existía apenas discrecionalidad técnica y por tanto contaminación en la valoración de las ofertas. De este modo, resolvió la anulación de la resolución de adjudicación y la retroacción del procedimiento para que la mesa de contratación pudiera verificar qué ofertas cumplían las características de los pliegos y continuara el procedimiento.

Finalmente, resulta de interés traer a colación las **Resoluciones 149/2016, de 23 de junio, y 186/2016, de 4 agosto**; en la primera de ellas se trata un supuesto en el que la recurrente solicita la nulidad del procedimiento de adjudicación por violación del secreto de la oferta, y ello, al haberse procedido a la readmisión de un licitador al procedimiento y a la apertura de la parte de su oferta -valorada conforme a los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor- una vez que ya se conocían las ofertas económicas del resto de las empresas licitadoras.

Según se analiza en la resolución mencionada, la actuación del órgano de contratación deriva del cumplimiento de una resolución emitida por este Tribunal en la que se acuerda la nulidad de la exclusión de un licitador. En este sentido, el órgano de contratación procede a su readmisión y a la valoración de su oferta.

El Tribunal concluye que, en el caso de la readmisión de un licitador excluido -por motivo de una estimación del recurso especial interpuesto- cuya oferta no ha sido desvelada en aquella parte cuya valoración se encuentra sujeta a



critérios automáticos, procede la continuación del procedimiento y la valoración de la misma puesto que en la retroacción individual de las actuaciones se respeta lo dispuesto en el artículo 150.2 del TRLCSP en tanto que la valoración de su oferta con respecto a los criterios sujetos a juicio de valor se hace con anterioridad a la realizada mediante la aplicación de criterios de adjudicación de aplicación automática.

#### **4.3. Posibilidad de desistimiento del órgano de contratación; diversos supuestos analizados durante el año 2016**

Fue objeto de análisis en la **Resolución 42/2016, de 23 de febrero**, un supuesto en el que el órgano de contratación resuelve el desistimiento en el procedimiento de adjudicación al detectar que uno de los criterios de adjudicación de aplicación automática había sido configurado -de forma compleja- sin que el PCAP predeterminara con suficiente concreción el procedimiento para ser utilizado en la valoración de las ofertas.

Por otro lado, la recurrente solicita que se anule el desistimiento y se continúe el procedimiento de adjudicación al considerar que el criterio de adjudicación objeto de la controversia puede aplicarse de forma neutral haciendo innecesario el desistimiento del procedimiento.

En la resolución mencionada se analiza si concurren en el supuesto los requisitos establecidos en el artículo 155.4 del TRLCSP para que el órgano de contratación pudiera desistir, y se concluye que el mismo se fundamenta y justifica en la imposibilidad de aplicar uno de los criterios de adjudicación. Con relación a la posibilidad argüida por la recurrente, se estima que los pliegos en ese momento constituyen la *lex contractus* del mismo, y que en virtud de la jurisprudencia europea sobre la materia -Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de diciembre de 2003 (asunto C-448/01, Wienstrom), Sentencia de 24 de enero de 2008, dictada en el asunto 532/06 Sentencia del TJUE y la de 24 de noviembre de 2008, Asunto Alexandroupolis- no procede la modificación de los criterios de adjudicación durante el procedimiento de licitación por lo que acuerda que el desistimiento adoptado por el órgano de



contratación es correcto y que la pretensión de la recurrente de continuar el procedimiento de adjudicación sin tener en cuenta el citado criterio de adjudicación es contraria a los principios rectores de la contratación, como es el de igualdad de trato y transparencia, pues supondría adjudicar un contrato sin atender al contenido de los pliegos que rigen dicho procedimiento.

La cuestión relativa al desistimiento del órgano de contratación ha sido también analizada en otras resoluciones; así, en la **Resolución 110/2016, de 13 mayo**, la entidad recurrente lo combate por considerarlo improcedente al existir una oferta válida con la que se ha de continuar el procedimiento en virtud de lo dispuesto en el artículo 151.3 del TRLCSP.

En el supuesto analizado, el órgano de contratación desiste del procedimiento al detectar que la entidad propuesta como adjudicataria no cumple con el requisito de clasificación establecido en los pliegos y al considerar que desvelado el secreto de las ofertas no procede ya realizar una nueva valoración de las mismas una vez excluida la oferta de la entidad que no cumplía los requisitos de clasificación, cuestión esta combatida por la recurrente.

El Tribunal consideró en este caso que la infracción cometida podía subsanarse, ya que el órgano de contratación pudo separarse de la propuesta realizada por la mesa -sin necesidad de realizar una nueva valoración- y concluye que no concurre en el presente supuesto el requisito de “*infracción no subsanable*”, presupuesto necesario para la adopción del desistimiento, por lo que acuerda que el mismo no es ajustado a Derecho y estima este motivo de recurso al haber sido conculcado el artículo 155 del TRLCSP para el desistimiento y el artículo 151.3 del TRLCSP para la declaración de licitación desierta.

#### **4.4. Pretensiones dirigidas a que se adjudique el contrato a la entidad recurrente**

A lo largo del año 2016 se ha solicitado en diversas ocasiones por parte de las entidades recurrentes que este Tribunal se manifestase con relación a que -en



caso de que se estimen sus pretensiones- se declarase también su oferta como la económicamente mas ventajosa.

En este sentido, esta cuestión fue objeto de análisis en la **Resolución 1/2016, de 14 de enero, y 307/2016, de 2 de diciembre**, entre otras, siendo así que en ambas se concluye que este órgano solo tiene funciones revisoras de los actos que se recurran ante él -en virtud de la competencia atribuida en el TRLCSP- sin que el Tribunal pueda suplir la competencia de los órganos intervinientes en el proceso de contratación, y que por tanto, lo que procede es la anulación de los actos, en su caso, y la retroacción del procedimiento al momento anterior en el que la infracción se produjo para que el órgano de contratación, en su caso, pueda corregirlo.

#### **4.5. Legitimación de una asociación no licitadora en un recurso interpuesto contra la adjudicación**

Se trae a colación la **Resolución 49/2016, de 25 de febrero**, donde se planteó ante este Tribunal la posibilidad de que una asociación -en defensa de los derechos de sus asociados y no habiendo participado en la licitación- pudiera impugnar la resolución de adjudicación en un procedimiento de contratación cuyo objeto era realizar un servicio de mudanzas. Para el análisis de esta cuestión se parte de la doctrina sobre la materia que propugna que la clave está en la existencia de una conexión específica entre el acto impugnado y la actuación o el estatuto de la Asociación.

El Tribunal consideró que la Asociación tenía legitimación para recurrir con el siguiente argumento: entre sus fines estatutarios estaba la lucha contra la competencia desleal que realicen terceros y teniendo en cuenta que la recurrente argumenta que la entidad finalmente adjudicataria tiene un objeto social distinto al objeto del contrato -la mensajería y paquetería en lugar de mudanzas-, siendo así que esta situación le ha permitido ofertar un precio inferior al aplicar un convenio colectivo diferente al propio de las empresas de mudanzas. Por tanto, el Tribunal concluyó que ello pudo provocar un perjuicio a las empresas licitadoras representados por la asociación recurrente.



#### **4.6. Principio de proporcionalidad a la hora de excluir a las empresas licitadoras por incumplimientos de los pliegos**

Durante el año 2016 y con ocasión del recurso contra la adjudicación fundamentado en incumplimientos del PPT, se ha analizado desde diversas perspectivas la necesidad de apreciación del principio de proporcionalidad ante la eventual exclusión de un licitador por incumplimiento de los pliegos.

En la **Resolución 86/2016, de 21 de abril**, se analiza un supuesto en que la recurrente combate que la persona adjudicataria presentó una oferta condicionada lo que no estaba permitido en los pliegos. El Tribunal consideró que, en realidad, lo que se incluye en la oferta de la adjudicataria es una mejora condicionada a la adjudicación de varios de los lotes entre los que se encontraba dividido el objeto del contrato, posibilidad no prevista en los pliegos; ahora bien, concluye que no procede la exclusión, como propugna la recurrente, puesto que los principios de proporcionalidad y concurrencia exigen una solución menos drástica que, respetando los restantes principios básicos de la contratación pública y en particular el principio de igualdad de trato, satisfaga igualmente el interés público que demanda la selección de la oferta económicamente más ventajosa. Por ello acuerda, que la solución sea que no se tome en consideración a efectos de valoración de la oferta la mejora condicionada a la adjudicación de determinadas agrupaciones y lotes.

#### **4.7. Vinculación del contenido de los pliegos en la actuación del órgano de contratación. Jurisprudencia comunitaria**

Se han dado a lo largo del año 2016 diversos supuestos en los que se han analizado alegaciones de las entidades recurrentes combatiendo que el órgano de contratación ha actuado al margen de lo dispuesto en los pliegos con motivo de la impugnación de la adjudicación; como consecuencia, entienden que ello supone una infracción de los pliegos que vinculan tanto a las empresas licitadoras como al órgano de contratación. Esta situación se analiza en las



**Resoluciones 163/2016, de 6 de julio, 223/2016, de 23 de septiembre y 248/2016, de 14 de octubre, entre otras.**

En la **Resolución 163/2016**, por ejemplo, se analiza la alegación de una entidad recurrente que combate la exclusión de su oferta, con respecto a una de las agrupaciones de lotes que componía el objeto de un contrato de suministro, al no haber licitado a todos los lotes que componían la agrupación -en contra de lo exigido en los pliegos-. La recurrente fundamenta su impugnación en el entendimiento de que con los lotes a los que presenta oferta se cubre la necesidad completa de la agrupación, considerando por tanto, un formalismo desproporcionado su exclusión del procedimiento y concluyendo que se le debió dar un plazo para que pudiera aclarar su oferta.

Al respecto, la resolución trae a colación la doctrina sentada por el Tribunal General de la Unión Europea, Sala Segunda, en Sentencia de 28 de junio de 2016 (asunto T-652/14), “*EUIPO*” de la que deriva que el órgano de contratación, una vez que define las condiciones que pretende imponer a las empresas licitadoras en los pliegos, se autolimita en el ejercicio de su facultad de apreciación y no puede ya apartarse de lo establecido previamente en los pliegos puesto que con ello quebrantaría el principio de igualdad de trato entre las mismas.

Es por ello, que el Tribunal considera correcta la argumentación del órgano de contratación que entiende que en este supuesto el solicitar aclaraciones hubiera conllevado una modificación de la oferta -solución proscrita en los pliegos- y por ello acordó la desestimación el recurso.

## VII. REFLEXIÓN FINAL

El pasado 24 de enero de 2017, la Comisión presentó un **Informe al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la eficacia de la Directiva 89/665/CEE y la Directiva 92/13/CEE, modificadas por la Directiva 2007/66/CE** (las llamadas Directivas de recursos), en cuanto a los



procedimientos de recurso en el ámbito de la contratación pública. En él se recoge la evaluación de los resultados de la aplicación de las citadas Directivas y en concreto si se consideran adecuadas a los objetivos propuestos, atendiendo a si minimizan las cargas y los costes asociados y maximizan la posible simplificación de los procedimientos.

La Comisión ha llevado a cabo una evaluación de los resultados de las Directivas sobre procedimientos de recurso utilizando criterios de evaluación específicos, entre los que se incluyen la eficacia; la eficiencia; la pertinencia; la coherencia con otras políticas y el valor añadido de la UE, llegando a la conclusión de que el coste de puesta en funcionamiento de estos órganos es infinitamente inferior a los beneficios económicos que su existencia reporta como principal medio de reacción frente a las prácticas ilegales en la contratación pública.

Nada más observar el escaso número de resoluciones dictadas por el Tribunal que son recurridas ante la jurisdicción contencioso administrativa 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 los cinco años de





funcionamiento, 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, 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.

Hay que poner de relieve que el papel de estos Tribunales ya ha sido reconocido por la jurisprudencia en cuanto órganos especializados e independientes; así la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 2014 vino a poner de manifiesto la peculiaridad de este tipo de tribunales señalando que *“tal singularidad localizada exclusivamente en el ámbito de la contratación administrativa, consiste en que la Administración que recurre un acto de un órgano de la propia Administración, aunque dotado dentro de ella de **independencia y autonomía funcional**, situación sin precedentes en el sistema de la LJCA, que constituye una novedad muy relevante, abierta por la modificación introducida en dicha ley por la actual Ley 34/2010, y al mismo tiempo sin paralelo en la LJCA fuera del supuesto a que se refiere (al margen de la previsión general del recurso de lesividad que nada tiene que ver con lo que ahora nos ocupa)”*.

Y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), en la reciente sentencia de 6 de octubre de 2015, ha reconocido que estos Tribunales de recursos contractuales tienen la condición de «órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros», en el sentido del artículo 267 del TFUE, y por tanto podrán interponer cuestiones prejudiciales ante dicho Tribunal.

Por último, la aprobación en breve de la Ley de Contratos del Sector Público que trasponga las nuevas Directivas en materia de contratación, 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, 2 de marzo de 2017

**PRESIDENTA DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS  
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

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



### Índice de abreviaturas

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

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

**IVA:** Impuesto del Valor Añadido.

**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.

**RREMC o RPER o RD 814/15:** 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.

