

MEMORIA TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE CASTILLA Y LEÓN.

1).- El Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León

Ceado mediante la Ley de las Cortes de Castilla y León 1/2012, de 28 de febrero, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras, tiene la función de garantizar que en la preparación y adjudicación de los contratos del sector público de Castilla y León se aplican adecuadamente las normas y principios que los disciplinan, mediante una adecuada tutela jurídica de los candidatos y licitadores.

Al Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León (en adelante "TARCCYL") le corresponde el conocimiento y resolución de los recursos especiales en materia de contratación y de las cuestiones de nulidad contractual, de acuerdo con la Ley de Contratos del Sector Público, texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP), y 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. En otras palabras, conocer y resolver los recursos especiales y cuestiones de nulidad en materia de contratación que se interpongan en el ámbito de los procedimientos seguidos por los poderes adjudicadores incluidos en el ámbito subjetivo de la Ley 3/2001, de 3 de julio, del Gobierno y de la Administración de la Comunidad de Castilla y León, y los Organismos Públicos y demás entidades dependientes o vinculadas a ella, las Universidades, así como las Entidades Locales de Castilla y León y sus entes dependientes.

Su creación, en cumplimiento de un mandato de la Unión Europea¹, obedece a la idea de que la mejor inversión en la contratación pública es la configuración de un sistema de protección de los candidatos y licitadores rápido y eficiente. Una tutela jurídica con mecanismos procedimentales y procesales sólidos que permitan reparar y corregir de forma eficaz las contravenciones.

La creación y puesta en funcionamiento de los órganos de recursos contractuales ha supuesto un notable avance en la necesidad de un efectivo control de la contratación del sector público, además de garantizar el derecho a la

¹ 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, ha impuesto a los Estados la obligación de configurar un mecanismo de recurso ante un órgano independiente que debe declarar la ineficacia de los contratos en supuestos tasados. Esta Directiva obligó a una importante modificación de la entonces vigente Ley 30/2007, de 30 de octubre, para adaptarla a las novedades introducidas por la nueva directiva. Dicha transposición se realizó por la Ley 34/2010, de 5 de agosto, de modificación de las Leyes 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para adaptación a la normativa comunitaria

tutela restitutoria, y una gestión más eficiente de los fondos públicos, para hacer posible el paradigma del buen gobierno y la buena administración².

No obstante, el control que compete al TARCCYL no es completo, no cubre toda la actividad contractual de la Comunidad, sino que se dirige a una porción de la tutela jurídica de candidatos y licitadores. Está limitado a determinados actos realizados en el procedimiento de adjudicación de unos tipos de contratos cuando superan determinados umbrales y restringido únicamente a unas determinadas irregularidades³.

Este ámbito competencial, como posteriormente se expone, se ha visto modificado como consecuencia de la aprobación de las nuevas Directivas en materia de contratación pública, especialmente por la Directiva 2014/23/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante "Directiva de concesiones"), relativa a la adjudicación de contratos de concesión.

Esta Memoria de actividades comprende las actuaciones del TARCCYL durante el año 2016.

Se pretende no sólo ofrecer una visión estadística de la actuación del Tribunal en el ejercicio de sus competencias durante el año 2016, sino también dar cuenta de los criterios empleados y de la doctrina más relevante, tanto respecto de cuestiones relativas a materias de fondo como procedimentales; y específicamente en este periodo, brindar una visión práctica del alcance de la aplicación directa de las nuevas Directivas de contratos⁴, una vez transcurrido el plazo de transposición sin que por parte del Estado español se haya aprobado la ley que incorpora las normas establecidas en ellas; todo con el objetivo de que puedan conocerse y prevenirse prácticas contrarias al ordenamiento jurídico.

² El 24 de enero de 2017 la Comisión presentó su Informe al Parlamento 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, en cuanto a los procedimientos de recurso en el ámbito de la contratación pública. La evaluación efectuada presenta un modelo de éxito. En la aplicación del sistema el informe destaca que: "en relación con la eficacia las Directivas sobre procedimientos de recurso han cumplido, por lo general, sus objetivos de aumentar las garantías de transparencia y no discriminación". Expone con datos una magnífica percepción por los interesados del recurso especial que "Por lo que se refiere a las opiniones de las partes interesadas, una clara mayoría de los encuestados en la consulta pública llevada a cabo por los servicios de la Comisión consideraron que las Directivas sobre procedimientos de recurso han tenido un efecto positivo en el procedimiento de contratación pública. Se considera que es más transparente (80,59%), más justo (79,42%) y más abierto y accesible (77,65%), y que proporciona mayores incentivos para cumplir con las normas sustantivas de la contratación pública (81,77%".

Por último, en relación con la eficiencia concluye que "Existen indicaciones claras de que los beneficios obtenidos gracias a las Directivas superan sus costes".

³ La Comisión Europea, en la Comunicación interpretativa (DOUE C-179) de 1 de agosto de 2006, sobre el derecho comunitario en la adjudicación de contratos no cubiertos o sólo parcialmente cubiertos por las directivas sobre contratación pública, ya aconsejó que las decisiones que perjudiquen un candidato o licitador fueran siempre -independientemente de su cuantía- objeto de recurso.

⁴ Se trata de las Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE; 2014/23/UE relativa a la adjudicación de contratos de concesión; 2014/25/UE relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE; e indirectamente 2014/55/UE relativa a la facturación electrónica en la contratación pública

2).- Organización del TARCCYL

La Ley de 1/2012, de 28 de febrero, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras (artículos 58 a 64), crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León como el órgano administrativo en materia de recursos contractuales de Castilla y León, limitándose a dar cuenta de la funciones y modo de actuación del Tribunal. Su regulación fue perfilada por la Ley 4/2013, de 19 de junio, por la que se modifica la organización y funcionamiento de las instituciones propias de la Comunidad de Castilla y León.

La particularidad más notable del TARCCYL es que está adscrito al Consejo Consultivo de Castilla y León, de modo que el Presidente y los Consejeros electivos son, respectivamente, Presidente y Vocales del Tribunal.

Mediante Acuerdo del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León de 27 de marzo de 2012, publicado en el B.O.C. y L. del día 29 del mismo mes, se dio publicidad a la constitución de este Tribunal e igualmente se indicó el lugar de su sede.

La composición del TARCCYL a 31 de diciembre de 2016 es la siguiente:

- a) Presidente: Sr. D. Mario Amilivia González
- b) Vocales: Sr. D. José Ignacio Sobrini Lacruz y Sr. D. Francisco Ramos Antón

Actúa como secretario el letrado D. Luis Gracia Romero.

3).- El éxito del modelo español de Tribunales de recursos contractuales

El 24 de enero de 2017 la Comisión presentó su Informe al Parlamento 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, en cuanto a los procedimientos de recurso en el ámbito de la contratación pública. La evaluación efectuada destaca algunos aspectos del éxito del modelo español, del que forma parte el TARCCYL, que conviene destacar:

- Existen señales evidentes de que los beneficios obtenidos gracias a las Directivas de recursos superan sus costes.
- Como tendencia general, los órganos administrativos de recurso tienden a ser más eficaces a la hora de resolver un recurso especial en materia de contratación que los órganos jurisdiccionales ordinarios. Una gran mayoría de encuestados (74,7 %) consideran que los procedimientos ante los órganos jurisdiccionales ordinarios llevan, por lo general, más tiempo y dan lugar

a criterios de adjudicación menos estrictos que los procedimientos ante órganos administrativos de recurso especializados.

- Las Directivas de recursos también desempeñan un papel fundamental a la hora de abordar de manera eficaz los incumplimientos de las Directivas sobre contratación pública que podrían implicar, asimismo, irregularidades con consecuencias penales.

- Se pone en valor el recurso especial en materia de contratación como instrumento de eficiencia en el control del gasto público.

Por último señalar, que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), en la Sentencia de 6 de octubre de 2015, reconoció que estos órganos administrativos encargados de resolver los recursos especiales en materia de contratación tienen la condición de "órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros", a los efectos del artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), y por tanto podrán interponer cuestiones prejudiciales ante dicho Tribunal.

4).- Novedades normativas

Durante el año 2016 ha continuado la interminable reforma de la normativa sobre contratación pública, lo que para todos los operadores jurídicos supone un permanente esfuerzo de adaptación a la cambiante normativa vigente.

La aprobación de las Directivas de cuarta generación (en adelante Directivas de contratos) en materia de contratación pública, en el marco de la Estrategia Europa 2020 para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, supone una nueva evolución de las normas europeas en la materia.

Se trata de las Directivas 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE; 2014/23/UE relativa a la adjudicación de contratos de concesión; 2014/25/UE relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE; e indirectamente de la Directiva 2014/55/UE relativa a la facturación electrónica en la contratación pública.

Como se ha señalado, el Estado español a día de hoy todavía no ha traspuesto las Directivas, por lo que desde el 18 de abril de 2016, ante la ausencia de acto legislativo de recepción formal de su contenido, los preceptos de aquéllas que sean claros, precisos e incondicionados tienen efecto directo y deben ser aplicados. Con anterioridad a la finalización del plazo de trasposición, el Tribunal mantuvo una reunión, auspiciada por el Ministerio de Hacienda, para afrontar esta cuestión en coordinación con los diversos órganos encargados de la resolución del

recurso especial, y redactar un texto de conclusiones que analiza los preceptos de las Directivas y señala los directamente aplicables.

Ninguna de estas Directivas afecta esencialmente a los principios de la Directiva 89/665/CEE, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras (en adelante "Directiva de recursos"), ni a la Directiva 92/13/CEE del Consejo, de 25 de febrero de 1992, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de las normas comunitarias en los procedimientos de formalización de contratos de las entidades que operen en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones. En este sentido, aunque tal y como señala el considerando 122 de la Directiva de concesiones: "Dichos procedimientos de recurso no deben verse afectados por la presente Directiva", sí se recogen modificaciones para adaptar el contenido de la Directiva de recursos a estas nuevas Directivas en sus artículos 46 y 47.

La primera de las novedades es que de acuerdo con el artículo 46 de la Directiva de concesiones, la Directiva de recursos se aplica también a las concesiones de servicios, unificándolas en su condición de contratos sujetos a regulación armonizada en aras de la seguridad jurídica. De esta forma, serán susceptibles de recurso especial en cuanto estén sujetas a regulación armonizada las concesiones de obras y las de servicios.

Además de ello, al regular las Directivas nuevos aspectos relativos a la ejecución de los contratos, los actos susceptibles de recurso se verán incrementados. En este sentido, es previsible que se amplíen en la ley de contratos que en la actualidad se está tramitando en el Congreso de los Diputados. En cuanto a los actos impugnables en el recurso especial en materia de contratación, y en consonancia con el nuevo objeto de la Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública (en adelante "Directiva de contratación"), que como gran novedad regula aspectos relativos a la ejecución contractual, está previsto que la nueva ley extienda, como mínimo, su ámbito objetivo a determinados modificados y a la formalización de encargos a medios propios en los casos en que estos no cumplan los requisitos legales.

Todo ello exigirá una dotación suficiente de medios a los órganos encargados de resolución de los recursos especiales en materia de contratación, para que la garantía de tutela restitutoria que les corresponde siga siendo una realidad.

5).- Actividad del TARCCYL

Este Tribunal, dentro de las funciones que tiene encomendadas al servicio tanto de los órganos de contratación como de los operadores jurídicos y económicos del ámbito de la contratación pública, intenta colaborar en la mejora de la contratación pública mediante la publicación de la doctrina de los recursos contractuales en su página web, y en cursos y jornadas organizadas en colaboración con otras Administraciones públicas.

5.1).- La página web⁵

El Tribunal ha seguido apostando por la búsqueda de la transparencia, la seguridad jurídica y la función formativa que implementa, como un valor añadido a las competencias legalmente atribuidas, por lo que considera de gran importancia el mantenimiento y actualización de su página web.

La publicación de la actividad del Tribunal proporciona una mayor seguridad jurídica, para ello, la información publicada ha de ser accesible y comprensible tanto para los poderes adjudicadores y los candidatos y licitadores, como para los ciudadanos, dado su carácter de instrumento óptimo para el control de la gestión y utilización de los recursos públicos.

Se pretende que la información publicada sea accesible con carácter general y esté estructurada de una manera cómoda para los interesados, en formato reutilizable.

Para ello durante el año 2016, en busca de una continua mejora, se ha ido actualizando la página web con información sobre la regulación y las actividades del Tribunal; se ha sistematizado la nueva doctrina, que es revisada de forma constante para adaptarla a nuevos criterios o novedades legislativas; se mantiene al día el buscador de resoluciones con la adición de un breve resumen de cada una de ellas, para facilitar su comprensión; y se han renovado las guías de los procedimientos, con el objeto de completar la casuística que se ha ido produciendo y de introducir en ella las distintas novedades derivadas de la entrada en vigor del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Central de Recursos Contractuales, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, y de la Orden HAP/2846/2015, de 29 de diciembre, por la que se revisan los umbrales del recurso especial.

En este año, en el que como hemos señalado finalizó el periodo de transposición de las Directivas, se ha publicado en la página web el documento de estudio de los órganos de recursos contractuales presentado y aprobado en una reunión en Madrid el 1 de marzo de 2016, denominado "Los efectos jurídicos de

⁵ <http://www.cccyl.es/es/tribunal-administrativo-recursos-contractuales-castilla-leo/doctrina>

las Directivas de contratación pública ante el vencimiento del plazo de transposición sin nueva ley de contratos del sector público”.

5.2).- Coordinación

Con el objeto de unificar la doctrina, se ha seguido manteniendo un fluido contacto con los diferentes órganos encargados de la resolución del recurso administrativo especial y de la cuestión de nulidad, tanto estatal como autonómicos, y se mantienen encuentros anuales de coordinación, con el objeto de poner de manifiesto los principales problemas y cuestiones técnico-jurídicas que se plantean en la experiencia de funcionamiento de los indicados órganos, así como los distintos criterios sentados por cada uno de ellos para su solución conjunta y consensuada.

En particular, gracias a la iniciativa del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, se mantuvo la citada reunión en Madrid el 1 de marzo y posteriormente, auspiciado por el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, una representación de este Tribunal asistió a una reunión de coordinación en Sevilla el 24 de noviembre.

5.3).-Divulgación de la doctrina de los recursos contractuales

Como se ha indicado, con el decidido propósito de colaborar con la mejora de la contratación pública, mediante difusión de la doctrina de los órganos encargados de la resolución de los recursos contractuales, se ha continuado la participación en cursos y jornadas organizadas en colaboración con otras Administraciones públicas.

En concreto en el año 2016 se han hecho exposiciones y presentaciones para secretarios e interventores de la Administración Local de las provincias de Palencia, Burgos, Salamanca y Segovia; y se han mantenido reuniones en Toro (Zamora), el Consejo Comarcal de El Bierzo y en Ponferrada.

Igualmente se presentó una ponencia sobre el efecto directo de las directivas de contratación en las V Jornadas de Letrados de Consejos Consultivos y del Consejo de Estado, celebradas en Valencia.

5.4).- Estadísticas

En cuanto a los recursos en materia de contratación, durante el año 2016 el TARCCYL resolvió 92 recursos, dictó 84 resoluciones y 8 acuerdos que decidieron el fondo del asunto. En total, 24 recursos fueron inadmitidos, 25 estimados (7 de forma parcial) y 41 desestimados. De los recursos presentados

ninguno corresponde a una cuestión de nulidad ni ningún un contrato de los sectores especiales.

Durante este espacio temporal, aproximadamente el 66 % de los recursos presentados eran dirigidos frente a contratos de servicios. El principal acto recurrido fue el de la adjudicación (46,39%) y el sentido más frecuente de la resolución fue la desestimación (aproximadamente un 44,57 % del total presentado).

El plazo medio de resolución de los asuntos fue de 32 días contados desde la interposición del recurso, ya sea ante el órgano de contratación o ante este Tribunal, mientras que la duración media del procedimiento fue de únicamente de 22,62 días hábiles. El Tribunal tiene presente que debe resolver con gran celeridad y es escrupuloso en el cumplimiento de sus plazos, por lo que si este se incrementa es, esencialmente debido a las actuaciones de terceros, esto es, depende de la diligencia en el cumplimiento de los trámites por parte del órgano de contratación y de los interesados así como de los incidentes procedimentales que puedan suscitarse.

En el año 2016 cinco recurrentes acudieron a la vía contenciosa tras tener conocimiento de la resolución correspondiente del Tribunal. No obstante, el porcentaje global (periodo 2012-2016) de los acuerdos y resoluciones finalizadores del procedimiento posteriormente impugnados es aproximadamente del 3 %.

La suma de los importes recogidos en los recursos resueltos en el año 2016 alcanzó los 673.354.444,93 euros.

TARCyL 2016 Concepto	N	%
Nº de Asuntos resueltos	92	100,00
Por Resolución	84	91,30
Por Acuerdo	8	8,70
	5	
Recursos presentados	97	100,00
Recursos totales resueltos en 2016	92	94,85 ⁶
Recursos del año 2016 resueltos	83	85,57 ⁷
Recursos pendientes de resolución 2016	14	14,43⁸
Recursos por ente adjudicador	97	100,00
Ayuntamientos	41	42,27
Mancomunidades	1	1,03
Diputaciones	8	8,25
Universidades	8	8,25
Admón Autónoma	39	40,21
Recursos por tipo de Contrato	97	100,00
Obras	1	1,03
Concesiones de Obras	0	0,00
Gestión de Servicios Públicos	5	5,15
Suministro	23	23,71
Acuerdo Marco	4	4,12
Colaboración Público-Privada	0	0,00
Servicios	64	65,98
Recursos por Objeto impugnación	97	100,00
Exclusión	18	18,56
Adjudicación	45	46,39
Pliegos	31	31,96
Nulidad	1	1,03
Otros	2	2,06
Sentido de la Resolución	92	100,00
Estimatoria	18	19,57
Estimatoria parcial	7	7,61
Desestimatoria	41	44,57
Inadmisión	24	26,09
Desistimiento	2	2,17

- Cuantía de los contratos 673.354.444,93 €
- Duración del procedimiento (media en días hábiles) 22,62⁹

⁶ Tasa de Resolución por Año (recursos de 2015 y 2016).

⁷ Tasa de Resolución por Año (solo recursos de 2016).

⁸ Tasa de pendencia.

⁹ La duración está contada desde la admisión a trámite en este Tribunal (22 días hábiles). Si lo contáramos desde la interposición del recurso en el órgano de contratación, estaríamos en torno a los 32 días.

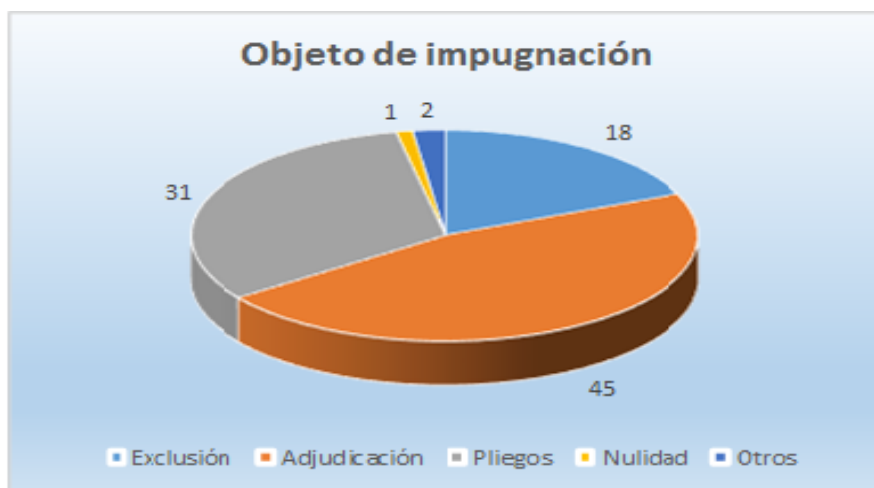
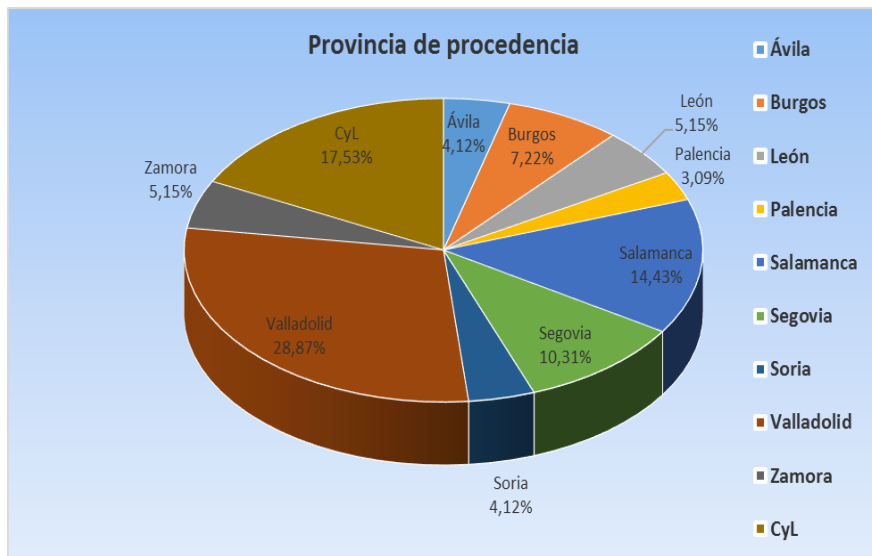
TARCyL 2012-2016 Concepto	N	%
Nº de Asuntos resueltos a 31 de diciembre de 2016¹⁰	401	100,00
Por Resolución	399	97,12
Por Acuerdo	12	2,99
Recursos por ente adjudicador	416	100,00
Ayuntamientos	156	37,50
Mancomunidades	3	0,72
Diputaciones	41	9,86
Universidades	35	8,41
Admón Autonómica	179	43,03
Juntas Vecinales	1	0,24
Sociedades Públicas	1	0,24
Recursos por tipo de Contrato	416	100,00
Obras	6	1,44
Concesiones de Obras	1	0,24
Gestión de Servicios Públicos	31	7,45
Suministro	129	31,01
Acuerdo Marco	11	2,64
Colaboración Público-Privada	0	0,00
Servicios	238	57,21
Recursos por Objeto impugnación	416	100,00
Exclusión	96	23,08
Adjudicación	202	48,56
Pliegos	98	23,56
Nulidad	2	0,48
Otros	16	3,85
Sentido de la Resolución	416	100,00
Estimatoria	64	15,96
Estimatoria parcial	41	10,22
Desestimatoria	161	40,15
Inadmisión	128	31,92
Desistimiento* ¹¹	2	0,50
Archivo*	4	1,00

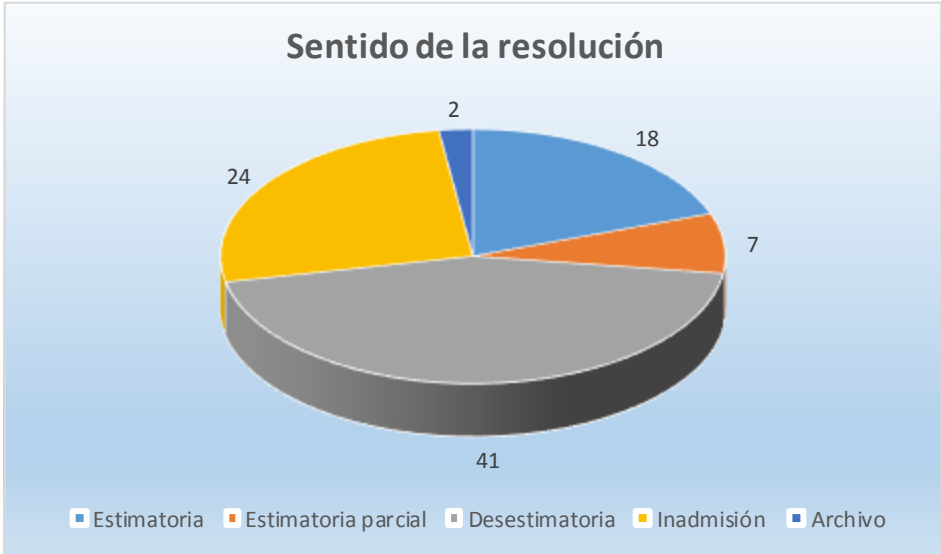
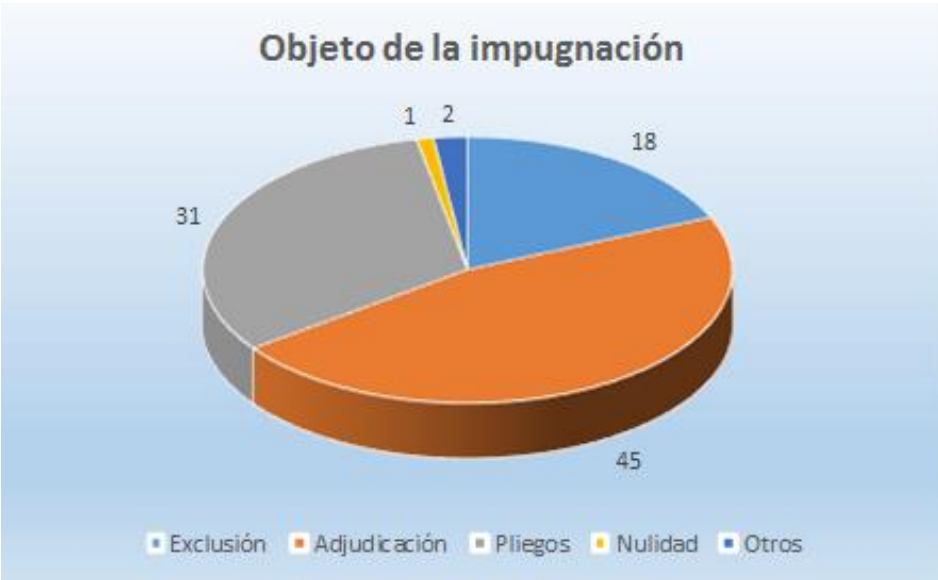
- Cuantía de los contratos 3.287.960.798,90 €
- La duración está contada desde la admisión a trámite en este Tribunal (22 días hábiles). Si lo contáramos desde la interposición del recurso en el órgano de contratación, estaríamos en torno a los 32 días.
- Han sido impugnados ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa un 3 % de los recursos resueltos

¹⁰ Pendientes de resolución 15.

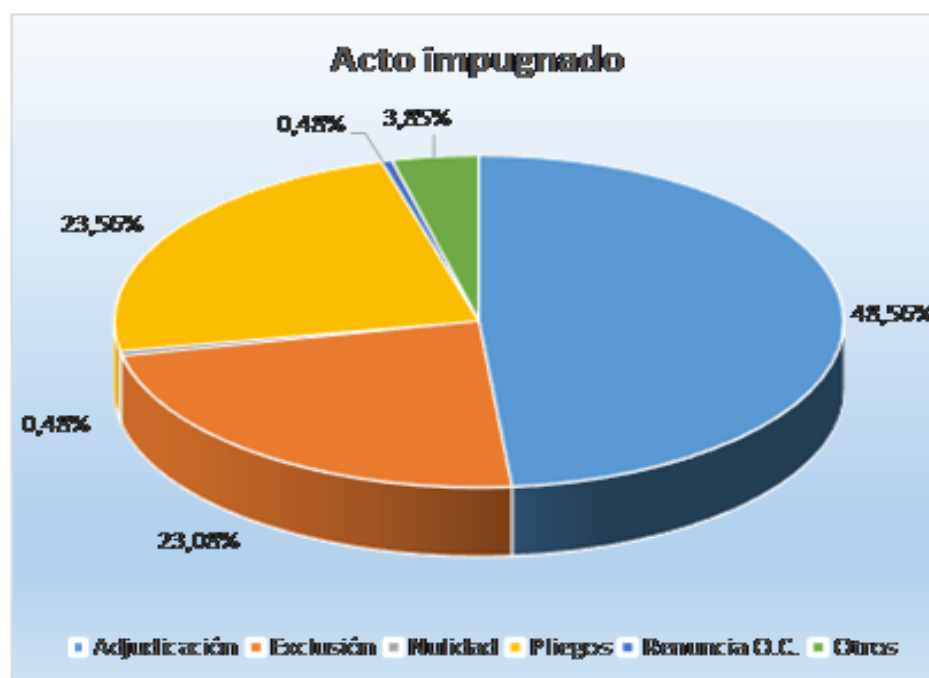
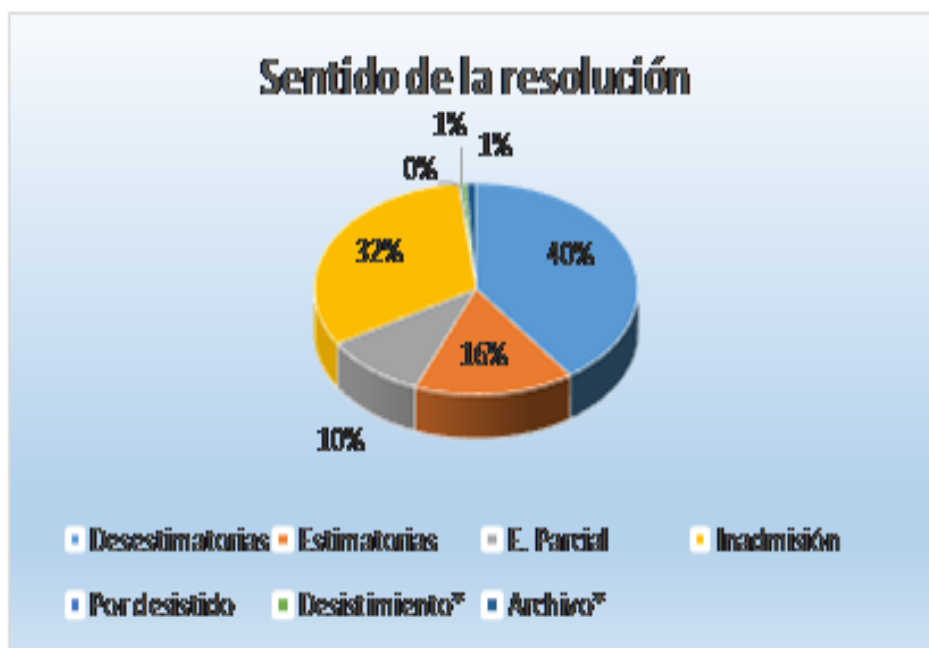
¹¹ El desistimiento y el archivo finalizan por Acuerdo.

ESTADÍSTICAS 2016

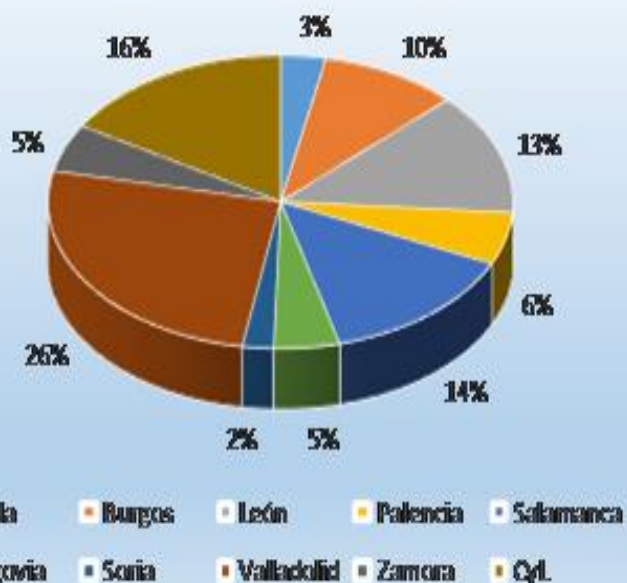




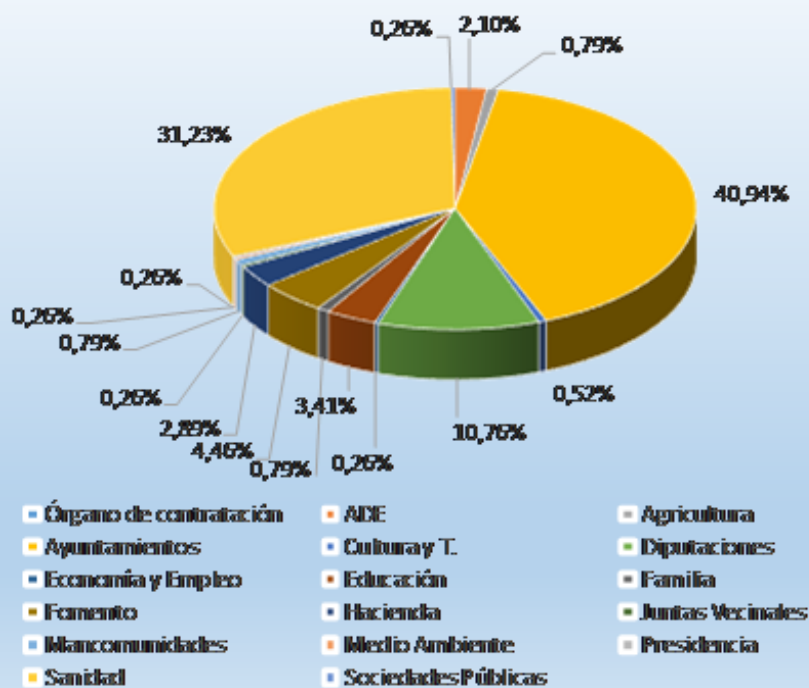
ESTADISTICAS CONSOLIDADAS 2012-2016

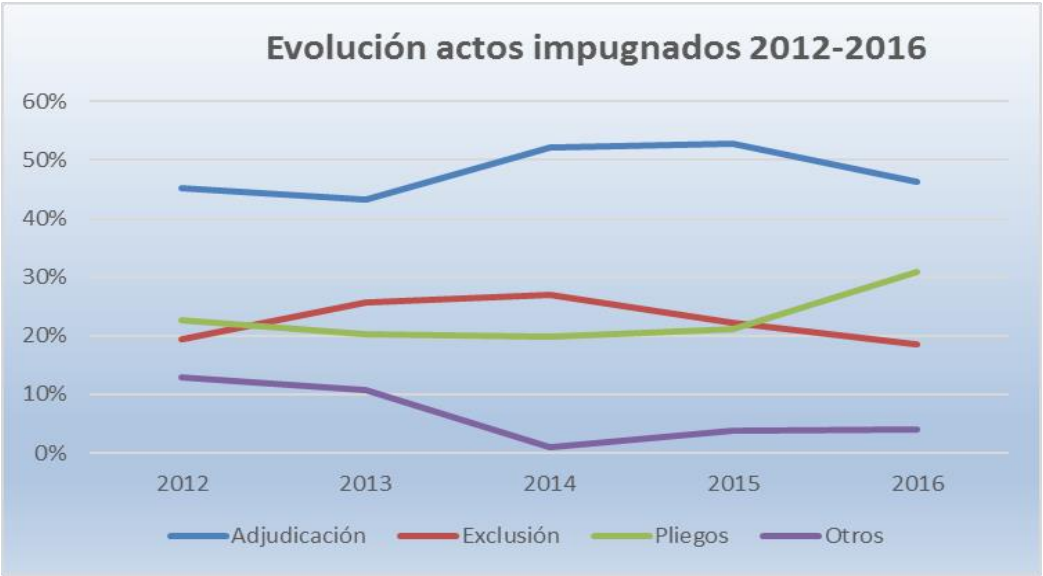
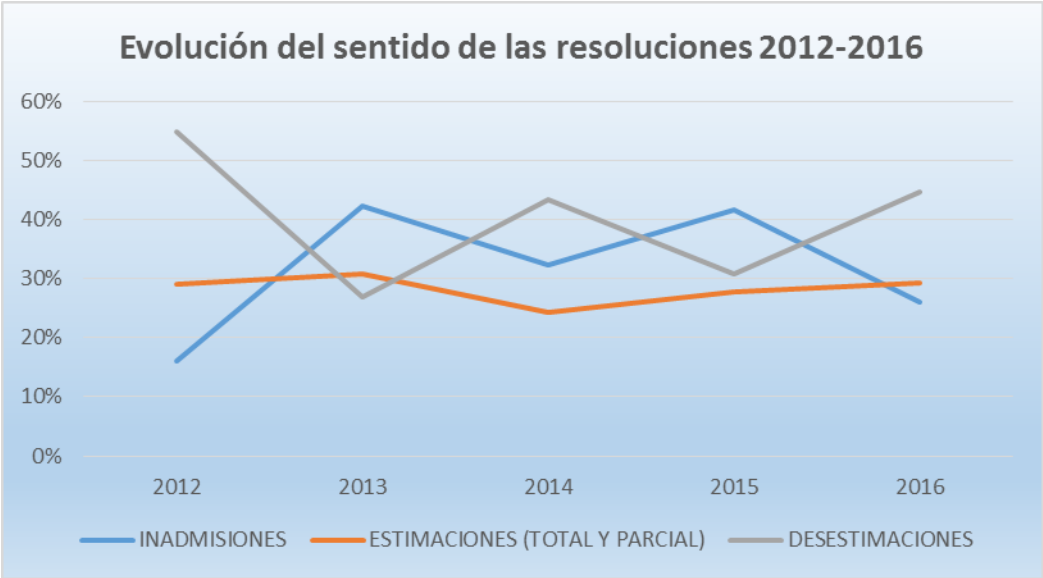


Origen del acto impugnado



Poder adjudicador





6).- Doctrina práctica del año 2016

6.1).- El efecto directo de las nuevas Directivas de contratos

En este apartado se ofrece un resumen de la doctrina destacada entre las resoluciones dictadas por el Tribunal en el año 2016, directamente relacionada con la aplicación de las nuevas Directivas de contratos. Cabe subrayar que, si bien en el estudio sobre el efecto directo de las directivas presentado por los órganos encargados de resolver el recurso especial se ofrecían las pautas y la exposición de los requisitos de dicho mecanismo jurídico, sin embargo la realidad se ha mostrado rica en unos matices que no han podido ser abarcados en su totalidad por el indicado estudio. Es el objeto de este apartado proceder a exponer los resultados de aplicación de éstos por este Tribunal.

En el año 2016, catorce resoluciones se basaron directa o indirectamente en las nuevas Directivas.

Entre la doctrina proveniente de la aplicación del efecto directo, debe destacarse la siguiente:

A) La justificación de la no división de contratos en lotes¹²:

A este respecto, debe recordarse que la Directiva de contratación, señala en su considerando 78:

“Debe adaptarse la contratación pública a las necesidades de las PYME. Es preciso alentar a los poderes adjudicadores a utilizar el código de mejores prácticas que se establece en el documento de trabajo de los servicios de la Comisión, de 25 de junio de 2008, titulado «Código europeo de buenas prácticas para facilitar el acceso de las PYME a los contratos públicos», que ofrece orientaciones acerca de cómo aplicar el régimen de contratación pública de forma que se facilite la participación de las PYME. A tal efecto y para aumentar la competencia, procede animar a los poderes adjudicadores a, en particular, dividir grandes contratos en lotes. (...).

»(...) El poder adjudicador debe estar obligado a estudiar la conveniencia de dividir los contratos en lotes, sin dejar de gozar de la libertad de decidir de forma autónoma y basándose en las razones que estime oportunas, sin

¹²

<http://www.cccyl.es/es/tribunal-administrativo-recursos-contractuales-castilla-leo/resoluciones-tribunal/resoluciones-ano-2016/resolucion-9-2016>

<http://www.cccyl.es/es/tribunal-administrativo-recursos-contractuales-castilla-leo/resoluciones-tribunal/resoluciones-ano-2016/resolucion-73-2016>

estar sujeto a supervisión administrativa o judicial. Cuando el poder adjudicador decida que no sería conveniente dividir el contrato en lotes, el informe específico o los pliegos de la contratación deben incluir una indicación de las principales razones que expliquen la elección hecha por el poder adjudicador. Estas razones podrían ser, por ejemplo, el hecho de que el poder adjudicador considere que dicha división podría conllevar el riesgo de restringir la competencia, o hacer la ejecución del contrato excesivamente difícil u onerosa desde el punto de vista técnico, o que la necesidad de coordinar a los diferentes contratistas para los diversos lotes podría conllevar gravemente el riesgo de socavar la ejecución adecuada del contrato”.

Así, una de las novedades introducida por la Directiva de contratación ha sido el sistema de división en lotes de los contratos. El artículo 46 de esta Directiva establece en su apartado 1 que “Los poderes adjudicadores podrán optar por adjudicar un contrato en forma de lotes separados, y podrán decidir el tamaño y el objeto de dichos lotes. Excepto en el caso de los contratos cuya división resulte obligatoria en virtud del apartado 4 del presente artículo, los poderes adjudicadores indicarán las principales razones por las cuales han decidido no subdividir en lotes. Dicha decisión se incluirá en los pliegos de la contratación o en el informe específico al que se refiere el artículo 84”.

Este precepto contiene un principio distinto del previsto en la actualidad en el artículo 86.3 del TRLCSP, que señala que “Cuando el objeto del contrato admita fraccionamiento y así se justifique debidamente en el expediente, podrá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes, siempre que éstos sean susceptibles de utilización o aprovechamiento separado y constituyan una unidad funcional, o así lo exija la naturaleza del objeto”.

Como vemos se trata de normas contradictorias que exigen, en aplicación del efecto directo del artículo 46 de la Directiva el desplazamiento en su favor del precepto de la normativa nacional. Sin embargo, no se trata de una novedad de carácter sustantivo, sino más bien formal, ya que se sigue pudiendo optar por dividir o no dividir el contrato en lotes, si bien con la nueva normativa debe justificarse, en lugar de la división, la no división.

Aunque puede presumirse que la división en lotes intensifica la competencia, no lo es menos que la falta de división en lotes no implica necesariamente la existencia de una restricción al principio de libre competencia. Así, la decisión de dividir o no en lotes el objeto de un contrato con carácter general corresponde al órgano de contratación, que deberá motivarlo suficientemente en el expediente. Únicamente en el caso de que la agrupación en un solo contrato de varios objetos o la no división en lotes supongan una vulneración del principio de libre competencia, cabría apreciar la necesidad de aplicar de forma imperativa tal fraccionamiento.

El inicial reconocimiento de la discrecionalidad del órgano de contratación para configurar los lotes debe ser matizado al señalar que un principio rector básico de la contratación pública es la eficiente utilización de los fondos públicos que exige que el órgano de contratación a la hora de integrar la prestación objeto de un contrato en un único lote deba ponderar la mayor eficiencia en la ejecución de las prestaciones y la libertad de acceso a las licitaciones, no discriminación y salvaguarda de la competencia.

B).- La competencia de los tribunales para resolver recursos respecto de contratos de servicios sociales y otros servicios específicos enumerados en el Anexo XIV de la Directiva de contratación.

La determinación de qué contratos de este tipo hay que considerar sujetos a regulación armonizada también habrá que realizarla de acuerdo con la Directiva de contratación, de manera que tendrán tal consideración los que estando regulados, tengan un valor estimado superior al umbral comunitario y no estén excluidos de su ámbito de aplicación, y no únicamente los que, teniendo un valor estimado superior a aquel umbral, están recogidos en las categorías 1 a 16 del Anexo II del TRLCSP. De manera que todos los contratos de servicios, con sus especialidades, quedan regulados en la nueva Directiva y están sujetos a regulación armonizada, según los umbrales que se establece.

No obstante, debe hacerse una puntualización sobre la aplicación de la Directiva, ya que para determinados servicios del Anexo XIV se contempla un umbral diferente de sujeción a regulación armonizada. Así, el artículo 74 de la Directiva de contratación, establece que "los contratos públicos de servicios sociales y otros servicios específicos enumerados en el Anexo XIV se adjudicarán de conformidad con el presente capítulo cuando el valor de dichos contratos sea igual o superior al umbral indicado en el artículo 4, letra d)" -se trata de 750.000 euros-, lo que implica un régimen algo menos estricto que para el resto de contratos de servicios con el pleno respeto a los principios de la contratación pública¹³. Sin embargo, dicho precepto no produce el efecto de desplazar a la normativa vigente en el TRLCSP en virtud de la interdicción del efecto directo vertical descendente, produciéndose la posibilidad de aplicar el apartado 1.b) del artículo 40 de este último, para los servicios que, no alcanzando el umbral de 750.000 euros, superan los 209.000.

Por ello, a los efectos del recurso especial, el umbral para estos contratos de servicios será actualmente 209.000 euros (TRLCSP) y no 750.000 euros (Directiva de contratación).

¹³ Por lo tanto, dichos contratos de servicios sociales y otros específicos quedan expresamente fuera de los umbrales armonizados de aplicación de las Directivas Comunitarias, y cabe aplicarles el denominado "régimen simplificado". Las propias Directivas explican que se trata de servicios con carácter e interés transfronterizo limitado.

C).- El desplazamiento de la categoría de contrato de gestión de servicios por el contrato de concesión de servicios¹⁴

La nueva Directiva de concesiones, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, tras el vencimiento del plazo de su transposición desplaza el régimen jurídico hasta ahora existente del contrato de gestión de servicios públicos en su modalidad de concesión, que no estaba sujeto a regulación armonizada, que se sustituye, en este caso, por el contrato de concesión de servicios.

En este sentido, el documento de estudio presentado y aprobado por los Tribunales Administrativos de Contratación Pública el 1 de marzo de 2016, considera que, a tenor de los artículos 46 y 47 de la Directiva de concesiones, debe interpretarse "que se desplaza la previsión del artículo 40 TRLCSP que determina la competencia en los contratos de gestión de servicios públicos en función de los gastos de primer establecimiento y el plazo. Será el valor estimado del contrato el criterio para determinar la competencia del recurso especial".

Por ello, estos contratos se consideran ahora sujetos a la Directiva de concesiones cuando el valor de la concesión, referenciado al volumen de negocios de la concesionaria durante la duración del contrato, sea igual o superior, según la actualización realizada por el Reglamento Delegado (UE) 2015/2170 de la Comisión, a 5.225.000 euros (según el artículo 8 de la Directiva de concesiones eran 5.186.000 euros). En este sentido se pronuncian las Resoluciones de este Tribunal 43, 66 y 73/2016.

El efecto directo de la Directiva de concesiones se aplicará a los expedientes de contratación que se aprueben con posterioridad a la fecha en que finalice el periodo de transposición, pero no a aquellos que se encuentren aprobados con anterioridad, como se desprende de la disposición transitoria primera del TRLCSP: "Los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley se regirán por la normativa anterior. A estos efectos se entenderá que los expedientes de contratación han sido iniciados si se hubiera publicado la correspondiente convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato".

De conformidad con lo establecido en el considerando 81 y en el artículo 46 de la Directiva de concesiones (que modifica la Directiva 89/665/CEE), de

¹⁴

<http://www.cccyl.es/es/tribunal-administrativo-recursos-contractuales-castilla-leo/resoluciones-tribunal/resoluciones-ano-2016/resolucion-43-2016>

<http://www.cccyl.es/es/tribunal-administrativo-recursos-contractuales-castilla-leo/resoluciones-tribunal/resoluciones-ano-2016/resolucion-66-2016>

<http://www.cccyl.es/es/tribunal-administrativo-recursos-contractuales-castilla-leo/resoluciones-tribunal/resoluciones-ano-2016/resolucion-73-2016>

concesiones, el recurso especial en materia de contratación abarcará también a la concesión de servicios, por lo que, como ya se ha expuesto, se desplaza el sistema de determinación de la competencia establecido en el artículo 40.1.c) del TRLCSP, referido al concepto de gastos de primer establecimiento y duración, que ahora deberá reconducirse al valor estimado del contrato con los límites señalados.

D).- El principio de libre concurrencia e igualdad de trato en las especificaciones técnicas.¹⁵

La determinación de los criterios técnicos, así como su aplicación concreta por la Mesa de contratación, son libremente establecidos por las entidades adjudicadoras de contratos públicos, dentro de los límites de la ciencia y la técnica, por ser ellas las que mejor conocen las necesidades públicas que deben cubrir y los medios de los que disponen, y con respeto a los principios de libre concurrencia e igualdad de trato¹⁶.

El Considerando 74 de la Directiva de contratación, señala a este respecto que "Las especificaciones técnicas elaboradas por los compradores públicos tienen que permitir la apertura de la contratación pública a la competencia, así como la consecución de los objetivos de sostenibilidad. Para ello, tiene que ser posible presentar ofertas que reflejen la diversidad de las soluciones técnicas, las normas y las especificaciones técnicas existentes en el mercado, incluidas aquellas elaboradas sobre la base de criterios de rendimiento vinculados al ciclo de vida y a la sostenibilidad del proceso de producción de las obras, suministros y servicios.

»Por consiguiente, al redactar las especificaciones técnicas debe evitarse que estas limiten artificialmente la competencia mediante requisitos que favorezcan a un determinado operador económico, reproduciendo características clave de los suministros, servicios u obras que habitualmente ofrece dicho operador".

15

<http://www.cccyl.es/es/tribunal-administrativo-recursos-contractuales-castilla-leo/resoluciones-tribunal/resoluciones-ano-2016/resolucion-38-2016>

<http://www.cccyl.es/es/tribunal-administrativo-recursos-contractuales-castilla-leo/resoluciones-tribunal/resoluciones-ano-2016/resolucion-72-2016>

<http://www.cccyl.es/es/tribunal-administrativo-recursos-contractuales-castilla-leo/resoluciones-tribunal/resoluciones-ano-2016/resolucion-80-2016>

<http://www.cccyl.es/es/tribunal-administrativo-recursos-contractuales-castilla-leo/resoluciones-tribunal/resoluciones-ano-2016/resolucion-84-2016>

16

<http://www.cccyl.es/es/tribunal-administrativo-recursos-contractuales-castilla-leo/resoluciones-tribunal/resoluciones-ano-2016/resolucion-50-2015>

El considerando 90 de la Directiva de contratación, declara que “La adjudicación de los contratos debe basarse en criterios objetivos que garanticen el respeto de los principios de transparencia, no discriminación e igualdad de trato con el fin de garantizar una comparación objetiva del valor relativo de los licitadores que permita determinar, en condiciones de competencia efectiva, qué oferta es la oferta económicamente más ventajosa (...)”.

Al respecto la Resolución 72/2016, de 24 de octubre¹⁷, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, cita por su claridad la Resolución 9/2013, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Madrid, señala que “Se limita la concurrencia cuando se establecen prescripciones técnicas que sólo puede cumplir uno de los licitadores, no cuando habiendo determinado justificadamente la Administración la necesidad de un producto y estando éste presente en el mercado en una pluralidad de productores y abierto también a la producción de otros más que quieran fabricarlo, se exige una forma de presentación determinada, ajustada a las necesidades a satisfacer y que cualquiera puede cumplir adaptando su producción a lo requerido. La Administración no ha de ajustarse a la forma de presentación que libremente ha elegido cada productor, puede exigir una determinada ajustada a sus necesidades, y son estos, 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 sin que nada se lo impida”.

E) Prohibición del efecto directo vertical descendente de las Directivas de contratación

En el caso de la Resolución 62/2016, de 22 de septiembre¹⁸, la renuncia a la contratación se pretende justificar mediante una alusión genérica al efecto directo de las disposiciones de las directivas sobre los medios propios con fundamento en que la gestión directa viene predeterminada por un cambio en la legislación vigente, por la aplicación de la Directiva de contratación.

Conviene indicar sobre ello, en primer término, que el efecto directo de las directivas no puede invocarse en perjuicio de los particulares. Como refiere el Documento de estudio sobre los efectos jurídicos de las nuevas directivas ante el vencimiento del plazo de transposición, aprobado por los tribunales administrativos de contratación pública el 1 de marzo de 2016, con cita de la STJUE de 12 de diciembre de 2013, Portgás, asunto C-425/12: “El efecto

¹⁷

<http://www.cccyl.es/es/tribunal-administrativo-recursos-contractuales-castilla-leo/resoluciones-tribunal/resoluciones-ano-2016/resolucion-84-2016>

¹⁸

<http://www.cccyl.es/es/tribunal-administrativo-recursos-contractuales-castilla-leo/resoluciones-tribunal/resoluciones-ano-2016/resolucion-5-2016>

directo de las Directivas de contratación pública es el denominado 'vertical ascendente', lo que significa que lo pueden invocar válidamente los particulares (en especial, los operadores económicos) para hacer valer sus intereses frente al Estado. Se excluye la posibilidad de que el efecto directo pueda ser 'horizontal' (invocado entre particulares) y, sobre todo, no cabe el efecto directo 'vertical descendente', es decir, los poderes públicos no pueden ampararse en una norma de la Directiva no transpuesta en perjuicio de los particulares. En este sentido, la jurisprudencia del TJUE entiende que el carácter obligatorio de la Directiva es el fundamento del efecto directo y dicho carácter solo existe respecto del Estado destinatario de la misma, por lo que es una norma que no puede crear, por sí sola, obligaciones a cargo de un particular ni puede alegarse se trata de 'evitar que el Estado pueda sacar partido de su incumplimiento del Derecho de la Unión'. A estos efectos, los poderes adjudicadores deben considerarse como 'Estado'".

Por otra parte, si bien el plazo de trasposición de las nuevas directivas finalizaba el 18 de abril de 2016, éstas se aprobaron en el año 2014 y entraron en vigor a los 20 días de su publicación, por lo que no cabe apelar a un "cambio obligado en la política empresarial y funcional de la Sociedad" derivado del efecto directo tras el vencimiento del plazo de transposición, pues la entidad dispuso de un tiempo razonable para conocer la orientación normativa dispuesta en las directivas sobre los medios propios y adoptar las decisiones empresariales oportunas en atención a ellas.

Finalmente, cabe señalar que el informe al recurso no concreta la incidencia que sobre el presente contrato representa la regulación contenida en las directivas, si bien, en el hipotético supuesto de que el órgano de contratación hubiese considerado que a través de este procedimiento de adjudicación se vulneraban las normas sobre medios propios de la Directiva de contratación, ello no amparaba una renuncia fundada en el interés público sino, si acaso, una eventual resolución de desistimiento del procedimiento de adjudicación, si la infracción concurrente resultara incardinable en el presupuesto que posibilita su adopción de acuerdo con el artículo 155.4 del TRLCSP.

5.2).- Resumen de la doctrina en los supuestos de estimación de un recurso especial en el año 2016:

- **La oferta anormal o desproporcionada en los casos de la adjudicación de contratos sujetos a regulación armonizada por un poder adjudicador que no tiene el carácter de Administración Pública (Resolución 84/2016).**

En el caso analizado, el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) no contiene referencia alguna a los criterios o parámetros para apreciar que las ofertas estén incursas en presunción de temeridad. El pliego de prescripciones técnicas (PPT) tampoco alude a tal cuestión. Ello obliga a concluir que, de conformidad con el artículo 190 TRLCSP, no resultan de aplicación en la adjudicación de este contrato los artículos 152.1 del TRLCSP y 85

del RGLCAP o, lo que es lo mismo, no cabe apreciar que ninguna de las ofertas presentadas a la licitación incurra en valores anormales o desproporcionados¹⁹.

- **Las consecuencias de la valoración arbitraria de las mejoras o su indeterminación.**

Se trata de supuestos de una insuficiente concreción en los pliegos de los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor y/o en la no fijación de reglas de ponderación.

Para evitar que pueda producirse un trato discriminatorio, se anula la cláusula²⁰ lo que produce la nulidad de la licitación misma, pues de limitarse a ésta, se modificarían los criterios de adjudicación de la licitación con vulneración de los principios de transparencia e igualdad de trato de los licitadores, tanto los concurrentes como de terceros que hubieren podido presentarse a dicha licitación²¹.

En otros casos controvertidos la indeterminación en el contenido de las mejoras provoca, siguiendo los mismos principios, la nulidad de los pliegos: "Los pliegos únicamente establecen que se considerarán mejoras solamente aquéllas que no supongan un coste para el poder adjudicador, sin especificar

19

<http://www.cccyl.es/es/tribunal-administrativo-recursos-contractuales-castilla-leo/resoluciones-tribunal/resoluciones-ano-2016/resolucion-3-2016>

20

<http://www.cccyl.es/es/tribunal-administrativo-recursos-contractuales-castilla-leo/resoluciones-tribunal/resoluciones-ano-2016/resolucion-4-2016>

²¹ En este sentido, la Sentencia de 4 de diciembre de 2003, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Asunto C-448/01, EVN and Wienstrom contra República de Austria), declaró lo siguiente:

«91. Ahora bien, de las explicaciones facilitadas por el órgano jurisdiccional remitente se deduce que la cuarta cuestión se refiere a la hipótesis de que la declaración de la ilegalidad de una decisión relativa a un criterio de adjudicación traiga como consecuencia su anulación. Debe pues entenderse en el sentido de que pregunta si la normativa comunitaria en materia de contratación pública obliga a la entidad adjudicadora a cancelar la licitación cuando, en el marco del procedimiento de recurso con arreglo al artículo 1 de la Directiva 89/665, se declare la ilegalidad de una decisión relativa a alguno de los criterios de adjudicación, y por tal motivo dicha decisión sea anulada por el órgano que conoce del recurso.

»92. Para responder a la cuestión así reformulada, procede señalar que, como ha declarado ya el Tribunal de Justicia, los principios de igualdad de trato y de transparencia de los procedimientos de adjudicación implican que las entidades adjudicadoras deben atenerse a la misma interpretación de los criterios de adjudicación a lo largo de todo el procedimiento (véase, en este sentido, en particular, la sentencia SIAC Construction, antes citada, apartado 43).

»93. Por lo que atañe a los propios criterios de adjudicación, hay que admitir con mayor razón que no deben ser objeto de ninguna modificación a lo largo del procedimiento de adjudicación.

»94. De ello se deduce que, en el caso de que el órgano que conoce del recurso anule una decisión relativa a algún criterio de adjudicación, la entidad adjudicadora no puede continuar válidamente el procedimiento de adjudicación haciendo abstracción de dicho criterio, puesto que ello equivaldría a modificar los criterios aplicables al procedimiento en cuestión.

»95. Por lo tanto, procede responder a la cuarta cuestión prejudicial que la normativa comunitaria aplicable a los contratos públicos obliga a la entidad adjudicadora a cancelar la licitación cuando, en el marco del procedimiento de recurso con arreglo al artículo 1 de la Directiva 89/665, se declare la ilegalidad de una decisión relativa a alguno de los criterios de adjudicación y, por tal motivo dicha decisión sea anulada por el órgano que conoce del recurso».

sobre qué aspectos del servicio deben recaer éstas, por lo que la distribución de los puntos adicionales por mejoras es totalmente indeterminada, sin que los licitadores puedan aventurar sobre qué elementos habrán de proponerse las mejoras y si serán mejor o peor valoradas. Por otro lado, este Tribunal aprecia que otra cláusula referente a los criterios subjetivos de valoración- no determina el modo en que se van a distribuir los puntos asignados en los diferentes apartados”.

- **Los casos de renuncia al contrato no justificada.**

Sólo podrá renunciarse a la celebración del contrato por razones de interés público debidamente justificadas en el expediente. En este caso, no podrá promoverse una nueva licitación de su objeto en tanto subsistan las razones alegadas para fundamentar la renuncia.

En las Resoluciones de este Tribunal 5 y 6/2016, de 4 de febrero, se analiza el caso de unas renunciaciones a unos contratos que no están correctamente motivadas, por lo que, recurridas por los interesados, son anuladas.

Se señala en la Resolución 6/2016 que “Un cambio de gobierno o la reestructuración de los servicios no afecta, en principio, al interés público ni fundamenta la renuncia a la celebración de un contrato, salvo que se ponga de manifiesto que la Corporación anterior, bajo cuyo mandato se preparó el contrato, hubiera incurrido en alguna infracción grave en dicha preparación, o que durante el procedimiento de adjudicación hubiera incumplido los principios de igualdad y libre concurrencia en la licitación, cuyos efectos se pusieran de manifiesto en la prestación del servicio a la colectividad por una empresa que no cumpliera debidamente y ocasionara un trastorno para el bien común y a largo plazo un mayor gasto de los recursos públicos.

»En el Acuerdo de renuncia recurrido no se justifica el motivo por el cual se decide sustituir por otra el Área encargada del contrato ni qué imposibilidad existe para que éste continúe tal y como estaba previsto, lo que pone de manifiesto una invocación genérica del interés general pero sin una justificación razonada. Un cambio de criterio sobre la articulación de la licitación no ampara la renuncia”.

Por ello, se considera que no concurre el presupuesto contemplado en el artículo 155.4 TRLCSP para efectuar la renuncia del contrato, sin perjuicio de una revisión de los pliegos y del procedimiento de contratación si se llega a probar que en su redacción si se infringieron otras normas legales – circunstancia que se insinúa- que favorecieron la adjudicación del contrato a favor de la empresa recurrente contraviniendo los principios de igualdad y transparencia en la licitación.^{22 23}

²²

<http://www.cccyl.es/es/tribunal-administrativo-recursos-contractuales-castilla-leo/resoluciones-tribunal/resoluciones-ano-2016/resolucion-5-2016>

En el caso de la Resolución 62/2016, de 22 de septiembre²⁴, la renuncia se funda en circunstancias ya existentes al tiempo de la evaluación de las necesidades a satisfacer mediante el contrato, por lo que contraría los propios actos anteriores del poder adjudicador.

Se considera que no constituye justificación de la renuncia la alusión genérica al efecto directo de las disposiciones de las directivas sobre los medios propios fundamento de la renuncia el que la gestión directa viene predeterminada por un cambio en la legislación vigente, debido a la aplicación directa de ciertos preceptos de la Directiva de contratación sobre los medios propios.

- **Inadecuada calificación del contrato como de gestión de servicio público al no ser asumido por el contratista el riesgo de explotación.**

En primer lugar conviene recordar la doctrina reiterada de los órganos encargados de la resolución del recurso especial, relativa a que la previa calificación de un contrato en el pliego no excluye la posibilidad de que el órgano competente para conocer del recurso especial compruebe si tal calificación se corresponde con lo establecido en el TRLCSP y, por lo tanto, no vincula a efectos de la interposición de aquél. En este sentido, la doctrina de los Tribunales de contratos parte de que la competencia es una cuestión de orden público procesal que no puede quedar al albur de la tipificación que del contrato haga el órgano de contratación, por lo que es preciso concretar la calificación jurídica del contrato, con carácter previo, en aras a considerar si procede o no la interposición del recurso.

Frente a lo que defiende el órgano de contratación, la falta de impugnación previa de los pliegos no limita la posibilidad de recalificación. Esta cuestión se ha planteado ya en diversas ocasiones ante este Tribunal.

Los contratos son lo que son según su naturaleza con independencia de la denominación dada por las partes. Por ello, al margen de lo que se disponga en los pliegos, será la auténtica naturaleza del contrato la que determine tanto la procedencia del recurso como, de ser el mismo admisible, el régimen jurídico tanto procedimental como sustantivo que haya de servir de marco de referencia para enjuiciar las cuestiones de fondo que se plantean.

²³

<http://www.cccyl.es/es/tribunal-administrativo-recursos-contractuales-castilla-leo/resoluciones-tribunal/resoluciones-ano-2016/resolucion-6-2016>

²⁴

<http://www.cccyl.es/es/tribunal-administrativo-recursos-contractuales-castilla-leo/resoluciones-tribunal/resoluciones-ano-2016/resolucion-5-2016>

Constituye pauta de actuación de los tribunales de recursos contractuales igualmente, plasmada en las conclusiones de su II Reunión de Coordinación celebrada el 7 de noviembre de 2013 el de que "(...) si como consecuencia de la recalificación del contrato y a falta de impugnación expresa por el recurrente, el Tribunal apreciara causa de invalidez o nulidad del pliego por establecer un régimen jurídico contractual incompatible con el del contrato recalificado, antes de anular la licitación, debe concederse un plazo de alegaciones al órgano de contratación y al recurrente para que se pronuncien sobre la anulación de los pliegos y del procedimiento. No obstante, habrá que estar a cada caso concreto con el fin de no alterar el principio de congruencia, ni lesionar los derechos de los interesados en supuestos en que pudiera concurrir causa que conlleve un interés en el recurrente de desistir del procedimiento".

La tipificación de un contrato como concesión de servicio público exige la asunción del riesgo de explotación por parte del contratista, nota en la que radica su diferencia fundamental con el contrato de servicios, categoría con la que presenta los mayores problemas de deslinde. Por ello, es necesario analizar en qué condiciones y con qué efectos se produce en este caso la transferencia del riesgo de explotación.

Hay tener en cuenta también, a los meros efectos interpretativos, el contenido de la Directiva de contratación, del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la adjudicación de contratos de concesión, que hace pivotar el concepto de concesión sobre la existencia de riesgo operacional señalando que hay transferencia del mismo al concesionario "cuando no está garantizado que vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes" (artículo 5.2) y que la normativa de concesiones no estaría justificada si se aliviase al contratista de cualquier pérdida potencial garantizando unos ingresos mínimos iguales o superiores a los costes.

En el caso analizado, puesta de manifiesto a las partes de la causa de nulidad de pleno derecho del procedimiento de adjudicación apreciada por el Tribunal, ante la falta de publicidad de la licitación en el DOUE, debe declararse la nulidad de todo el procedimiento al amparo de los artículos 37.1.a) del TRLCSP y 62.1.e) LRJPAC.²⁵

• **El producto ofertado por el licitador adjudicatario es satisfactorio para el órgano de contratación pero incumple alguna de las características establecidas en los pliegos.**

En este caso, el órgano de contratación en su informe no ofrece una justificación suficiente sobre las razones de la adjudicación ni responde

25

<http://www.cccyl.es/es/tribunal-administrativo-recursos-contractuales-castilla-leo/resoluciones-tribunal/resoluciones-ano-2016/resolucion-7-2016>

adecuadamente a las alegaciones del recurso. Se limita a valorar si realmente se necesita el producto con las características solicitadas en los pliegos.

El Tribunal no se pronuncia sobre si las exigencias contenidas en los pliegos se configuraron adecuadamente, cuestión no discutida por el recurrente. Para la resolución del recurso el Tribunal debe partir exclusivamente de la validez de los pliegos, no cuestionados por los licitadores²⁶.

- **La clasificación exigida a los licitadores extralimitada.**

La clasificación exigida a los licitadores con un número de subgrupos superior al establecido en el artículo 46 del RGLCAP, sin justificación suficiente que motive la excepcionalidad de su exigencia, conlleva una restricción injustificada del principio de libre concurrencia que rige la contratación²⁷

- **Nulidad de la adjudicación y del procedimiento de licitación, porque la Mesa concedora de la insuficiente concreción de un criterio de adjudicación, altera la puntuación una vez conocidos los resultados de la aplicación de los criterios evaluables mediante fórmulas.**

En el supuesto analizado, la Mesa de contratación altera la puntuación relativa al compromiso de adscripción de plantilla establecida en el informe del comité de expertos, una vez conocidos los resultados de la aplicación de los criterios evaluables mediante fórmulas, lo que, pese a su escasa ponderación, afecta de modo directo al resultado para seleccionar el adjudicatario final.²⁸

- **Criterio para la fijación del precio en el pliego correcto. Cálculo erróneo.**

El criterio seguido por el Ayuntamiento para la fijación del precio se considera adecuado al mercado al atender a lo previsto en el convenio colectivo de aplicación. No obstante las cantidades que han servido de base para el cálculo del precio del contrato no son las correctas. Deberían haberse tenido en cuenta

²⁶

<http://www.cccyl.es/es/tribunal-administrativo-recursos-contractuales-castilla-leo/resoluciones-tribunal/resoluciones-ano-2016/resolucion-8-2016>

²⁷

<http://www.cccyl.es/es/tribunal-administrativo-recursos-contractuales-castilla-leo/resoluciones-tribunal/resoluciones-ano-2016/resolucion-9-2016>

²⁸

<http://www.cccyl.es/es/tribunal-administrativo-recursos-contractuales-castilla-leo/resoluciones-tribunal/resoluciones-ano-2016/resolucion-32-2016>

para la estimación del precio las cuantías fijadas en el convenio colectivo para el año 2016, no para 2015²⁹

- **El reconocimiento del error en la oferta económica solo debe determinar su exclusión si hace a ésta inviable, cambiando el sentido de la proposición.**

En el presente caso este Tribunal considera que el error del que adolece la proposición del licitador es claramente advertible y es salvable mediante la lectura de la propia documentación presentada por el licitador, en concreto de la oferta técnica³⁰.

- **Contradicción entre informes.**

Se trata de una exclusión basada exclusivamente en un informe técnico de un economista, que en un informe posterior señala que en el primero no se indica realmente que la oferta no pueda ser cumplida, ni se niega la viabilidad de los costes e ingresos ³¹

- **Consecuencias de la falta de publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea.**

Resulta preceptiva la publicación del anuncio de licitación en el Diario Oficial de la Unión Europea y su ausencia constituye un vicio de nulidad de pleno derecho.

Aplicación directa de los artículos 1 y 4 de la Directiva de contratación, al contener éstos un mandato claro, preciso e incondicionado.³²

- **Incumplimiento de la publicación exigida en el Reglamento CE 1370/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carreteras.**³³

²⁹<http://www.cccyl.es/es/tribunal-administrativo-recursos-contractuales-castilla-leo/resoluciones-tribunal/resoluciones-ano-2016/resolucion-52-2016>

³⁰<http://www.cccyl.es/es/tribunal-administrativo-recursos-contractuales-castilla-leo/resoluciones-tribunal/resoluciones-ano-2016/resolucion-54-2016>

³¹<http://www.cccyl.es/es/tribunal-administrativo-recursos-contractuales-castilla-leo/resoluciones-tribunal/resoluciones-ano-2016/resolucion-59-2016>

³²<http://www.cccyl.es/es/tribunal-administrativo-recursos-contractuales-castilla-leo/resoluciones-tribunal/resoluciones-ano-2016/resolucion-61-2016>

³³<http://www.cccyl.es/es/tribunal-administrativo-recursos-contractuales-castilla-leo/resoluciones-tribunal/resoluciones-ano-2016/resolucion-61-2016>

En esta materia coexiste abundante normativa de la Unión Europea y de la legislación nacional, tanto en el ámbito de los servicios de transporte terrestre de viajeros, como de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos. Por ello, en primer lugar conviene recordar el principio de primacía del ordenamiento jurídico de la Unión Europea, de tal manera que Reglamentos y Directivas, como normas jurídicas de aplicabilidad directa, desplazan la normativa nacional que pueda resultar contraria a ellas. La primacía se ha abordado en numerosos asuntos (por todos, Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 15 de julio de 1964, Asunto Costa contra Enel; o de 9 de marzo de 1978, Simenthal-II y en la propia Declaración del Tribunal Constitucional 1/2004 sobre el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa).

El Reglamento de la Unión Europea es un acto normativo enunciado por el artículo 288 del TFUE, que reviste un alcance general, es obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en todos los Estados miembros. Esto significa que no está sujeto a ninguna medida de incorporación al Derecho nacional y que atribuye derechos y obligaciones con independencia de cualquier medida nacional de ejecución.

Por ello, el Reglamento CE 1370/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carreteras es de directa aplicación y desplaza en lo que se le oponga, a la Ley 16/1987, de 30 de julio, de ordenación del transporte terrestre.

El citado Reglamento CE 1370/2007, que tiene por objeto crear un mercado interior para la prestación de servicios públicos de transporte de viajeros, resulta de aplicación, con algunas excepciones, a la explotación de cualquier servicio de transporte de viajeros por ferrocarril y otros medios ferroviarios y por carretera, que se desarrolle en el ámbito de la Unión Europea, con independencia de que se trate de un servicio nacional o internacional y, por lo que aquí interesa, a todos los servicios de transporte público regular permanente de viajeros de uso general urbanos e interurbanos, con independencia de que a la Administración le corresponda su establecimiento y gestión.

En este sentido el artículo 5.1 del Reglamento CE 1370/2007, establece que "Los contratos de servicio público se adjudicarán de acuerdo con las normas establecidas en el presente Reglamento. Sin embargo, los contratos de servicios o los contratos de servicio público, tal que definidos en las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE, (estas referencias deben entenderse realizadas actualmente a la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, así como a las Directivas 2014/23/UE, de concesiones, y 2014/25/UE, de contratación en los sectores de energía, agua, transporte y servicios postales) (...), se adjudicarán con arreglo a los procedimientos establecidos en dichas Directivas cuando dichos contratos no adopten la forma de contratos de concesión de servicios en la

aplicación de esas Directivas. No se aplicarán las disposiciones de los apartados 2 a 6 del presente artículo a los contratos que hayan de adjudicarse con arreglo a las Directivas 2004/17/CE o 2004/18/CE”.

Es decir, el propio Reglamento CE 1370/2007 establece la aplicación directa de la normativa de contratación pública a la adjudicación de los contratos de dicho ámbito. Y será, por ello, conforme a las previsiones de las normas de contratación como proceda realizar la tipificación del contrato que se pretende y su consecuente régimen jurídico.

Por ello, la distinción entre contratos de servicios y concesiones de servicios, a los efectos de deslindar el ámbito de aplicación del Reglamento CE 1370/2007, debe realizarse desde la óptica del TRLCSP, así como de las vigentes Directivas sobre contratación pública 2014/24/UE y 2014/25/UE, y la Directiva 2014/23/UE, sobre contratos de concesión.

En todo caso, aun siendo de directa aplicación la normativa de contratación pública para resolver las cuestiones planteadas, debe recordarse que el citado Reglamento, en relación con la publicidad, exige en su artículo 7.2 un anuncio de información previa relativo a un contrato de servicio público: “Cada autoridad competente adoptará las medidas necesarias para que, a más tardar un año antes del inicio del procedimiento de licitación o un año antes de la adjudicación directa, se publiquen en el Diario Oficial de la Unión Europea los datos siguientes, como mínimo: a) nombre y datos de la autoridad competente; b) tipo de adjudicación considerado; c) servicios y territorios potencialmente afectados por la adjudicación”³⁴.

³⁴ A este respecto la Comunicación 2014/C 092/01 de la Comisión relativa a directrices de interpretación del Reglamento CE nº 1370/2007, sobre los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera, señala que “El artículo 7, apartado 2, establece que, a más tardar un año antes del inicio del procedimiento de licitación o un año antes de la adjudicación directa de un contrato de servicio público, las autoridades competentes deben publicar determinada información sobre el contrato considerado en el Diario Oficial de la Unión Europea.

»El artículo 7, apartado 3, establece que en el plazo de un año a partir de la fecha de adjudicación directa de un contrato público de servicios ferroviarios, las autoridades competentes deben publicar determinada información sobre el contrato adjudicado.

»Los servicios de la Comisión han desarrollado modelos de formularios y procedimientos que permiten a las autoridades competentes cumplir estos requisitos de publicación. Gracias a la posibilidad de reutilizar datos, los formularios y el procedimiento de publicación también deben hacer posible que las autoridades competentes, si lo desean, aprovechen las sinergias que genere la publicación de una licitación pública de servicios en virtud del artículo 5, apartado 3, del Reglamento (CE) nº 1370/2007.

»Estos formularios se han diseñado para cumplir los siguientes requisitos: (...) distinguir claramente los requisitos de publicación establecidos en el Reglamento (CE) nº 1370/2007 de los establecidos en las Directivas 2014/23/UE, 2014/24/UE y 2014/25/UE (...).

»(...) En 2013, la Oficina de Publicaciones ha elaborado un procedimiento de publicación en línea disponible en ‘eNotices’. El procedimiento se basa en estos modelos de formularios de publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea, en virtud del artículo 7, apartados 2 y 3, del Reglamento (CE) nº 1370/2007. La publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea de información sobre contratos de servicio público de transporte ferroviario adjudicados directamente, conforme al artículo 7, apartado 3, tiene carácter voluntario”.

Se trata de una exigencia de directa aplicación, aunque no se contemple en el TRLCSP. Por ello, tal y como señala la Resolución 59/2016, de 15 de septiembre, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, y, de forma específica, para los contratos de transporte regular permanente de viajeros de uso general en autobús, el Informe 13/2015, de 30 de septiembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, y la Resolución 587/2014, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, "La omisión del trámite de publicidad en el ámbito de la Unión Europea supone una ruptura radical del principio de publicidad tal como es regulado en la normativa comunitaria, que lleva a considerar que la licitación convocada presenta un vicio de origen calificable como nulidad de pleno derecho. La falta de publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea supone la vulneración de uno de los principios fundamentales de la contratación pública en la medida en que constituye el medio a través del cual es posible dar cumplimiento al principio de concurrencia, fundamento de toda la regulación comunitaria sobre la materia, y sustento de los principios de igualdad de trato, no discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad y transparencia. La publicación de la convocatoria en el DOUE es un trámite fundamental para permitir el acceso a la licitación de los operadores económicos comunitarios y su omisión, en consecuencia supone, la omisión de uno de los trámites esenciales del procedimiento".

Por lo tanto, procede declarar la nulidad del procedimiento de licitación por falta del referido anuncio³⁵.

- **La confidencial vs transpaencia. El equilibrio en entre los secretos técnicos o comerciales y la tutela efectiva de los derechos³⁶.**

Sobre esta cuestión debe considerarse que el órgano de contratación viene obligado a facilitar a los licitadores que lo soliciten el acceso al expediente de contratación, particularmente cuando la interposición de un recurso útil y fundado dependa de la información obtenida tras dicho acceso, aun cuando la adjudicación pudiera estar motivada en los términos del artículo 151.4 del TRLCSP, todo ello sin perjuicio de salvaguardar la debida confidencialidad de las ofertas en los términos exigidos en el artículo 140.1 del TRLCSP, que dispone: "Sin perjuicio de las disposiciones de la presente Ley relativas a la publicidad de la adjudicación y a la información que debe darse a los candidatos y a los licitadores, los órganos de contratación no podrán divulgar la información facilitada por los empresarios que éstos hayan designado como confidencial; este carácter afecta, en particular, a los secretos técnicos o comerciales y a los aspectos confidenciales

³⁵

<http://www.cccyl.es/es/tribunal-administrativo-recursos-contractuales-castilla-leo/resoluciones-tribunal/resoluciones-ano-2016/resolucion-61-2016>

³⁶

<http://www.cccyl.es/es/tribunal-administrativo-recursos-contractuales-castilla-leo/resoluciones-tribunal/resoluciones-ano-2016/resolucion-68-2016>

de las ofertas". Proyectado sobre la notificación de la adjudicación, el artículo 153, también faculta al órgano de contratación a no comunicar determinados datos relativos a la adjudicación "cuando considere, justificándolo debidamente en el expediente, que la divulgación de esa información puede (...) perjudicar intereses comerciales legítimos de empresas públicas o privadas o la competencia leal entre ellas (...)".

Esta concurrencia de derechos no siempre puede resolverse de manera pacífica. La confidencialidad no puede comprender la totalidad de la oferta realizada por el adjudicatario, ni la transparencia puede implicar el acceso incondicionado al expediente de contratación y a los documentos que contiene. Se ha de buscar el equilibrio adecuado, entre el conflicto entre el derecho de defensa del licitador, y el derecho de protección de los intereses comerciales del licitador adjudicatario, de forma que ninguno de ellos se vea perjudicado más allá de lo necesario.

Por ello, ante el conflicto entre el principio de confidencialidad y el principio de publicidad, debe acudir al caso concreto para valorar si se ha guardado un prudente equilibrio en la fijación de la documentación como confidencial y el derecho de acceso de los licitadores. Si el órgano de contratación considera que debe prevalecer la confidencialidad ha de motivarlo adecuadamente, identificando qué concreto derecho o interés legítimo puede verse comprometido por el acceso al expediente y explicando en qué medida la naturaleza de los datos contenidos en el expediente han de ser protegidos del conocimiento por otro licitador. En definitiva, ha de pronunciarse expresamente y motivar de modo suficiente su decisión³⁷.

- **Excesiva acumulación de objetos.**

El hecho de que las prestaciones tengan alguna interdependencia, no significa que sean complementarias o que exista una relación directa entre ellas.³⁸

Sólo podrán fusionarse prestaciones correspondientes a diferentes contratos en un contrato mixto, cuando esas prestaciones se encuentren

³⁷ El Acuerdo 10/2015, de 21 de enero, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón refiere que "La jurisprudencia ha concretado el concepto de secretos técnicos o comerciales como el conjunto de conocimientos que no son de dominio público y que resultan necesarios para: la fabricación o comercialización de productos; la prestación de servicios; y/o la organización administrativa o financiera de una unidad o dependencia empresarial, y que por ello procura a quien dispone de ellos de una ventaja competitiva en el mercado que se esfuerza en conservar en secreto, evitando su divulgación. Como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 2012 (Rec. STS 3243/2012), al concretar la exclusión relativa a los datos cubiertos por el secreto comercial o industrial: "Y esta exclusión incluye por ejemplo, documentación relativa a las características técnicas específicas de un nuevo producto, las líneas generales de una campaña publicitaria estratégica, una fórmula, un compuesto químico, el modelo para una máquina o el nombre de una empresa que se pretende absorber, pero no la relación de trabajos, trabajadores, maquinaria, facturación o cuenta de resultados"

³⁸

<http://www.cccyl.es/es/tribunal-administrativo-recursos-contractuales-castilla-leo/resoluciones-tribunal/resoluciones-ano-2016/resolucion-73-2016>

directamente vinculadas entre sí y mantengan relaciones de complementariedad que exijan su consideración y tratamiento como una unidad funcional, dirigida a la satisfacción de una determinada necesidad o a la consecución de un fin institucional propio del ente, organismo o entidad contratante.

- **Como regla general las certificaciones de calidad podrán exigirse en los pliegos como requisito de solvencia técnica, pero no como criterio de adjudicación**

Los criterios de calidad y mejora de la calidad pueden figurar como criterios de adjudicación en los respectivos pliegos. No obstante, debe diferenciarse la calidad o su mejora, de los medios de aseguramiento de la calidad, ya que los primeros pueden figurar, conforme a lo indicado, como criterios de adjudicación y los segundos como elementos de solvencia según las Directivas comunitarias.³⁹

- **Aplicación analógica de las normas relativas a la solvencia del empresario en relación con la experiencia exigida al personal de la empresa. Falta de proporcionalidad de la solvencia exigida que contraviene el art. 62.2 TRLCSP y limitación de los medios para su acreditación que vulnera el principio de libre competencia^{40 41}.**

En el caso analizado la desproporción del período de experiencia establecido en el pliego –dobra el previsto en la ley-, se aprecia también una limitación en los medios previstos para su acreditación, ceñidos a la colegiación certificada por el colegio profesional, cuando la experiencia necesaria para el desarrollo del objeto del contrato puede acreditarse por otros mecanismos

- **La solicitud de aclaraciones por la Mesa de contratación.**

La controversia en este caso concreto no versa tanto sobre la falta de aportación por la empresa de la documentación subsanatoria o sobre la insuficiencia de ésta, sino que deriva de la interpretación y valoración por la Mesa de contratación de la veracidad de la documentación aportada. La Mesa de contratación pudo y debió solicitar aclaración al licitador sobre la autenticidad del sello y de la fecha que consta en la última página de las cuentas anuales

³⁹

<http://www.cccyl.es/es/tribunal-administrativo-recursos-contractuales-castilla-leo/resoluciones-tribunal/resoluciones-ano-2016/resolucion-75-2016>

⁴⁰

<http://www.cccyl.es/es/tribunal-administrativo-recursos-contractuales-castilla-leo/resoluciones-tribunal/resoluciones-ano-2016/resolucion-78-2016>

⁴¹

<http://www.cccyl.es/es/tribunal-administrativo-recursos-contractuales-castilla-leo/resoluciones-tribunal/resoluciones-ano-2016/resolucion-79-2016>

aportadas, en concreto sobre su correspondencia con la realidad registral, en lugar de acordar la exclusión de aquél por esta sola circunstancia.⁴²

6.- Recomendaciones

6.1.- La finalidad de los informes remitidos

Un año más este Tribunal debe hacer una observación sobre algunos informes preceptivos remitidos por el órgano de contratación. En ocasiones son incongruentes, a veces poco claros, otras se limitan a relatar el procedimiento de contratación y en otros casos parecen dirigidos únicamente a dar contestación a las alegaciones del recurrente sin tener en cuenta que su destino es lograr la convicción del Tribunal⁴³.

El artículo 46.2 del TRLCSP no aclara el contenido del informe que el órgano de contratación debe hacer llegar al Tribunal junto con el expediente, si se ha de limitar a exponer las actuaciones realizadas hasta la fecha o si debe ir más allá, pronunciándose sobre otros aspectos tales como la admisibilidad del recurso, la legitimación de los recurrentes, las medidas solicitadas y, sobre todo, el fondo del asunto, acompañándolo en su caso de informes internos al respecto. Esta última es la posición que adoptan la práctica totalidad de los órganos encargados de resolver los recursos contractuales, por lo que cabe afirmar que no sólo se está ante un verdadero trámite de audiencia a la entidad recurrida, sino que, bajo el principio de contradicción, el informe preceptivo previsto en dicho artículo debe contener la razón y motivación de las decisiones sobre las cuestiones debatidas en el recurso.

El artículo 28.4 del citado Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales establece que “El órgano de contratación acompañará al expediente un informe sobre la tramitación del mismo, con las alegaciones que en derecho considere adecuadas tanto respecto de las medidas provisionales si se hubieran solicitado como respecto del fondo de la cuestión planteada”. Por ello, a tenor del citado precepto, este Tribunal considera que el referido informe preceptivo -clave para resolver los recursos

42

<http://www.cccyl.es/es/tribunal-administrativo-recursos-contractuales-castilla-leo/resoluciones-tribunal/resoluciones-ano-2016/resolucion-81-2016>

43

<http://www.cccyl.es/es/tribunal-administrativo-recursos-contractuales-castilla-leo/resoluciones-tribunal/resoluciones-ano-2016/resolucion-54-2016>

<http://www.cccyl.es/es/tribunal-administrativo-recursos-contractuales-castilla-leo/resoluciones-tribunal/resoluciones-ano-2016/resolucion-18-2016>

<http://www.cccyl.es/es/tribunal-administrativo-recursos-contractuales-castilla-leo/resoluciones-tribunal/resoluciones-ano-2016/resolucion-26-2016>

contractuales- no es únicamente un trámite de audiencia a la entidad recurrida, sino que, bajo el principio de contradicción, debe contener una guía que resuma la tramitación del contrato impugnado, así como la razón y motivación de las decisiones sobre las cuestiones debatidas en el recurso.

Es loable que desde el principio de transparencia en la contratación quiera darse respuesta a todas las alegaciones realizadas por la empresa recurrente, pero debe recordarse que, en este caso, los informes forman parte de un recurso y que su finalidad es ofrecer datos, fundamentos y valoraciones al Tribunal para que este se forme una opinión y adopte una resolución. Para ello debe tener un conocimiento correcto de todas las argumentaciones técnicas que se realizan, dado que como órgano externo al contrato, es ajeno al contenido sustantivo del servicio a contratar.

El problema se agrava ante recursos dirigidos contra la adjudicación de contratos de cierta complejidad tecnológica, donde una elevada contradicción y las argumentaciones estrictamente técnicas dificultan la comprensión de la controversia. Por ello es necesario que los informes sean adecuados a sus fines y congruentes con las pretensiones jurídicas que son el objeto del procedimiento.

Como señala el Acuerdo 53/2014, de 16 de septiembre de 2014, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, con cita de otros Acuerdos, "Un informe es un documento administrativo (de juicio u opinión) que, por definición, contiene una declaración emitida por el órgano designado en la ley, sobre las cuestiones de hecho o derecho que son objeto de un procedimiento, (en este caso el recurso especial en materia de contratación). La finalidad del informe es proporcionar al Tribunal datos, valoraciones y opiniones precisos, para la formación de su voluntad y la adopción de sus acuerdos o resoluciones, y no puede limitarse, como ocurre en el presente caso, a una mera descripción o enumeración correlativa de las fechas en que se han producido las distintas actuaciones en el procedimiento licitatorio, obviando incluso datos esenciales".

6.2.- El cumplimiento del plazo de envío del expediente

Este Tribunal debe recordar a los interesados en un recurso especial que deben cumplir con los trámites en el breve plazo establecido para ello.

Como se ha indicado, el recurso especial se basa en los principios de celeridad y eficacia, para ello el TRLCSP ha plasmado unos plazos muy breves que deben ser cumplidos para no retener la gestión en general y el procedimiento de contratación, en particular.

Si se establece un proceso sumario, con plazos breves, acompañados de la posibilidad de adoptar medidas provisionales, es porque pretende lograrse una tutela restitutoria efectiva. Y ello es así porque cuanto antes pueda resolverse una posible violación del procedimiento de contratación, más oportunidades habrá de

que el interés que prevalezca sobre los demás intereses en liza sea el restablecimiento de la legalidad. Por ello, los plazos juegan un papel determinante, la eficacia del recurso sólo se garantiza con unos plazos que sean lo más breves posible, y esto concierne tanto a los recurrentes como al interés público, ya que al órgano de contratación es el primer interesado en continuar su gestión y en que se solucionen los problemas presentes y futuros y se realice una contratación ímpoluta.

6.3.- Plazo de interposición y consulta del expediente de contratación

Este Tribunal debe advertir que el incumplimiento por el órgano de contratación de su deber de dar acceso al expediente de contratación, no exime a los interesados de la obligación de interponer el recurso especial en plazo.

La entrada en vigor del 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, ha provocado un cambio significativo este tema.

El artículo 16.2 del 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, establece que "Si el interesado desea examinar el expediente de contratación de forma previa a la interposición del recurso especial, deberá solicitarlo al órgano de contratación, el cual tendrá la obligación de ponerlo de manifiesto sin perjuicio de los límites de confidencialidad establecidos en los artículos 140 y 153 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

»La solicitud de acceso al expediente podrán hacerla los interesados dentro del plazo de interposición del recurso especial, debiendo el órgano de contratación facilitar el acceso en los cinco días hábiles siguientes a la recepción de la solicitud".

El párrafo 2 del referido precepto puntualiza que "El incumplimiento de las previsiones contenidas en el apartado anterior por el órgano de contratación no eximirá a los interesados de la obligación de interponer el recurso especial dentro del plazo establecido en el artículo 44.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público".

En relación con el plazo para la interposición del recurso especial en los casos en que, solicitado acceso al expediente por el recurrente dicho acceso se concedía una vez transcurrido parte del plazo de 15 días para la interposición de recurso especial, este Tribunal venía considerando que "Si el recurrente presenta una solicitud para que se le dé vista del expediente de contratación y o de una

documentación concreta y se accede a ella, se considera suspendido el plazo para la interposición, siempre y cuando el recurso se base en lo examinado en el expediente por tratarse de cuestiones no reflejadas correctamente en la resolución notificada (por todas las Resoluciones 9/2013, de 7 de marzo⁴⁴, y 35/2013, de 18 de julio⁴⁵; y así constaba en la guía doctrinal del procedimiento publicada en la página web).

Sin embargo la aplicación del mencionado artículo 16 del Reglamento de los procedimientos especiales, inevitablemente implica un cambio sobre la apreciación del requisito de interposición en plazo del recurso en las referidas circunstancias. En todo caso el interesado deberá interponer el recurso en el referido plazo de 15 días, aun cuando carezca de la información precisa para ello; y si así lo considera conveniente, deberá indicar tal circunstancia en el propio recurso, para que el Tribunal, de acuerdo con el artículo 29.3 del Reglamento, acuerde dar vista del expediente.

Por ello, el plazo para interponer un recurso especial en materia de contratación, cuando se interponga contra la adjudicación es siempre “de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4” (apartado 2 del artículo 44).

44

<http://www.cccyl.es/es/tribunal-administrativo-recursos-contractuales-castilla-leo/resoluciones-tribunal/resoluciones-ano-2013/resolucion-9-2013>

45

<http://www.cccyl.es/es/tribunal-administrativo-recursos-contractuales-castilla-leo/resoluciones-tribunal/resoluciones-ano-2013/resolucion-9-2013>