

# **Cinco años de recurso especial: análisis de la principal doctrina de los Tribunales de contratos públicos**

**Ana Isabel Beltrán Gómez**

**VI SEMINARIO CONTRATACIÓN PÚBLICA**  
*«Nuevos escenarios para la contratación pública»*  
Formigal (Huesca), septiembre 2015

## FIJACIÓN DEL VALOR ESTIMADO. ADECUACIÓN PRECIO MERCADO

Es una de las cuestiones sometidas a los Tribunales administrativos de forma reiterada en 2014, con pronunciamientos diversos:

- ✓ **Acuerdo 33/2014**, fijación de valor estimado en contrato de vending, el TACPA concluye que hay que atender al valor total del negocio objeto de explotación. Contrato susceptible de recurso especial.
- ✓ **Acuerdo 45/2014**, contrato de transporte sanitario no urgente de pacientes. El recurso se basa en la minoración respecto de la licitación anterior. El precio debe ajustarse a la realidad del mercado en cada momento, teniendo en cuenta el escenario económico y legal en el que se desarrolla. Desestimación.
- ✓ **Acuerdo 54/2014**, adquisición de mamógrafo digital con tomosíntesis. En la documentación preparatoria se afirma que se han basado en licitaciones análogas, pero aplicando unas conclusiones que se apartan de las referencias tomadas, sin motivación. Estimación.

## FIJACIÓN DEL VALOR ESTIMADO. ADECUACIÓN PRECIO MERCADO

- ✓ **Resolución 654/2014 TACRC**, fijación de valor estimado en contrato de recogida y tratamiento de plásticos voluminosos, en el que no se ha fijado valor estimado. El Central también considera que hay que atender al valor total del negocio objeto de explotación, pero deduce de forma “implícita” que éste es menor a 100 000 euros, por haber acudido al procedimiento negociado. Inadmisión.
- ✓ **Resolución 502/2014 TACRC**, valor estimado en contrato de prestación de servicios sociales. El Tribunal considera que el informe justificativo contiene unos cálculos que justifican de manera suficiente el valor estimado establecido. Además, se ha presentado “un” licitador. Desestimación.

## LA INDEBIDA CONFIGURACIÓN DE LOS MODIFICADOS

### **Acuerdo 44/2012. Saneamiento y depuración aguas residuales Zaragoza**

Se anula el pliego, entre otras cuestiones, por la deficiente regulación de esta posibilidad que afecta a la determinación del objeto en el futuro, ya que no se prevén los trámites y umbrales que permitan, ante circunstancias imprevisibles de interés público, una modificación contractual. Existe además confusión entre PCAP (que remite sin más a las previsiones legales) y PPT (previsiones que no cumplen los requisitos del 106 TRLCSP).

### **Acuerdo 76/2015. Construcción Nuevo Hospital en Teruel**

Se anula el pliego por incluir una modificación que exige que un licitador asuma el impacto económico de la misma si ésta no supera el diez por ciento del presupuesto de ejecución material. Se rompe con el principio esencial de equivalencia del contrato y es manifiestamente contraria al principio de eficiencia.

Otros de los supuestos de modificación previstos son también contrarios a Derecho, por su vaguedad e imprevisión.

## PUBLICIDAD

### **Acuerdo 53/2014 TACPA. Suministro luminarias y mantenimiento integral instalaciones alumbrado de un municipio.**

La licitación no fue objeto de la publicidad debida, pues se publicó únicamente y de manera incompleta, en el Perfil de contratante. Dado que se trata de un contrato SARA, tanto el anuncio inicial como, en su caso, las rectificaciones a dicho anuncio deberían haber sido objeto de publicidad a través del DOUE, BOE y BOA.

Íntimamente unido con lo anterior se encuentra el hecho, especialmente relevante, de que el plazo de presentación inicial de ofertas concedido (14 días naturales) es sensiblemente inferior al de 52 días hábiles que establece como mínimo el artículo 159 TRLCSP para los contratos sujetos a regulación armonizada, con lo que se impide de hecho la concurrencia inherente a una licitación pública.

Ambas circunstancias constituyen un vicio de nulidad de pleno derecho.

## NEGOCIADO QUE DEBIÓ SER ABIERTO

### Acuerdo 8/2015 TACPA

El valor estimado del contrato —105 986,74 euros, IVA excluido— en ningún caso permitía acudir al procedimiento negociado sin publicidad por razón de la cuantía, limitado por el artículo 177.2 TRLCSP a aquellos contratos cuyo valor estimado sea inferior a 60.000 euros. Tampoco ese valor permitía acudir al procedimiento negociado con publicidad, pues en todo caso se supera el valor estimado de 100 000 euros recogido como límite en el apartado e) del artículo 174 TRLCSP.

En un procedimiento negociado es característica esencial del mismo la **negociación efectiva** para conseguir la mejor relación calidad/precio. Y sin negociación el procedimiento resulta ilegal y está viciado de nulidad de pleno derecho, tal y como se ha declarado por otros órganos de recursos contractuales. De especial interés es la doctrina, fijada por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su **Resolución 50/2011** (confirmada por las **Resoluciones 231/2013, 453/2013, 145/2014 y 146/2014, y 829/2014**).

# COMPOSICIÓN Y FUNCIONAMIENTO MESAS CONTRATACIÓN

## Acuerdo 28/2014 TACPA

La Mesa de contratación es un órgano colegiado de carácter técnico, establecido legalmente al objeto de auxiliar al órgano de contratación en la adjudicación del contrato. Debido a su carácter técnico, sus funciones legal y reglamentariamente se circunscriben a llevar a cabo las actuaciones precisas para ayudar a que el órgano de contratación forme su voluntad en cuanto a la adjudicación del contrato, entre ellas la valoración de las propuestas (artículo 21.1 e) RPLCSP). En este sentido es significativa la STS de 22 de junio de 2001. Y así, afirma el Tribunal Supremo —en su Sentencia de 7 de mayo de 1987—, que sea cual sea la naturaleza que se quiera atribuir a la Mesa de contratación, lo que en ningún caso puede admitirse es que aquella sea *un mero buzón colegiado para la recepción de ofertas y apertura de plicas*.

# COMPOSICIÓN Y FUNCIONAMIENTO MESAS DE CONTRATACIÓN

## Acuerdo 28/2014 TACPA

Su composición debe responder a criterios técnicos y no de otro carácter o circunstancia. La DA 2ª.10 TRLCSP, establece la obligatoriedad de que formen parte de la Mesa quien tenga atribuida la función de asesoramiento jurídico y el interventor. Y es así, para reforzar la adecuación a la legalidad de los acuerdos de ese órgano colegiado.

Sus funciones, de conformidad con el RPLCSP, se realizan en **tres fases**; una primera relativa a la calificación de la documentación; una segunda en la que se valoran la solvencia económica, financiera y técnica o profesional de los licitadores; una tercera en la que se realiza la propuesta de adjudicación.

Estas funciones, en cuanto competencias atribuidas por la ley a la Mesa de contratación, son irrenunciables e indelegables.



# COMPOSICIÓN Y FUNCIONAMIENTO MESAS DE CONTRATACIÓN

## Acuerdo 83/2015 TACPA

Una de las funciones más importantes de la Mesa de contratación, como órgano de asistencia al órgano de contratación, es la valoración de las distintas proposiciones, en los términos previstos en los artículos 150 y 151 del TRLCSP, clasificándolas en orden decreciente de valoración. Pero esta función, no necesariamente debe realizarla de una manera material y directa la propia Mesa, por ello el artículo 22.1 e) RPLCSP, dispone expresamente que, para esta función, la Mesa **puede solicitar los informes técnicos que considere precisos**, de conformidad con lo previsto en el artículo 160.1 TRLCSP. En el mismo sentido, el artículo 21.5 RPLCSP, determina: «*A las reuniones de la Mesa podrán incorporarse los funcionarios o asesores especializados que resulten necesarios, según la naturaleza de los asuntos a tratar, los cuales actuarán con voz, pero sin voto...».*

# ACLARACIONES OFERTA TÉCNICA

## Acuerdo 57/2014 TACPA

Desde su Acuerdo 32/2011 el TACPA tiene sentada una extensa doctrina sobre las aclaraciones a los licitadores, su alcance y límites. Así, se consideran **procedentes** las aclaraciones cuando concurren las circunstancias que posibilitan acudir a la misma —aclaración sobre una oferta, o si hubiere que corregir manifiestos errores materiales en la redacción de la misma—, se respeta el principio de igualdad de trato, la aclaración no supone en ningún caso una modificación de los términos de la oferta, y constan documentalmente en el expediente todas las actuaciones realizadas (entre otros Acuerdos 32/2011, 5/2012, 6/2013 y 2/2014).

Por el contrario, se ha considerado **que vulnera** los principios rectores de la contratación pública la solicitud de aclaraciones cuando no ha podido acreditarse ante el Tribunal ni el contenido y alcance de la aclaración solicitada, ni la fecha de su formulación (Acuerdo 20/2012); o de la misma se produce la corrección o mejora de los términos de la oferta (entre otros, Acuerdo 50/2012 y Acuerdos 20 y 29 de 2014).

## ACLARACIONES OFERTA ECONÓMICA

**Acuerdo 27/2015 TACPA**, respecto de las aclaraciones a la oferta económica, se consideran **procedentes** las aclaraciones cuando concurren las circunstancias que posibilitan acudir a la misma, se respeta el principio de igualdad de trato, la aclaración no supone en ningún caso una modificación de los términos de la oferta, y constan documentalmente en el expediente todas las actuaciones realizadas (entre otros, Acuerdos 47/2012 y 6/2013).

Por el contrario, se ha considerado que **vulnera** los principios rectores de la contratación pública, la solicitud de aclaraciones cuando no ha podido acreditarse ante el Tribunal ni el contenido y alcance de la aclaración solicitada, ni la fecha de su formulación (Acuerdo 20/2012); si existe discordancia entre los precios unitarios con el importe total ofertado (Acuerdo 52/2012); si existen precios unitarios que superan el máximo establecido en cada caso (Acuerdo 30/2013); si la oferta económica supera el tipo de licitación establecido (Acuerdo 29/2014); o si de la aclaración se produciría la corrección o mejora de los términos de la oferta (entre otros, Acuerdos 58/2013 y 23/2014).

## FIJACIÓN MEJORAS

### **Acuerdo 12/2015 TACPA. Mantenimiento ascensores Hospital.**

«La **sustitución de un ascensor** excede, con mucho, del objeto de la prestación de servicios demandada. Por ello, no se puede valorar como mejora una prestación ajena al objeto, propia de un contrato de suministro (incluso de obra), por mucho que, objetivamente —como argumenta el informe del Hospital— pueda suponer una ventaja económica».

«El criterio es ilegal porque obliga, además, a aplicar una solución técnica para la posible implementación de la mejora (sustitución de ascensor) que **solo puede prestar una empresa**, lo que imposibilita, de facto, la igualdad de trato y el principio de concurrencia. Procede, por ello, estimar la pretensión de la recurrente, pues tal obligación es una restricción indebida de las reglas de competencia».

EL TACPA DECLARA LA NULIDAD DEL PROCEDIMIENTO DE  
LICITACIÓN

## FIJACIÓN MEJORAS

### Acuerdo 84/2015 TACPA. Mantenimiento equipos Sector Sanitario .

«El objeto del contrato es el mantenimiento de las instalaciones y equipos de electromedicina y las instalaciones de baja tensión en centros sanitarios del Sector de Huesca. Y tanto la biodesinfección de seguridad, como la entrega de equipos SAI y de una furgoneta **exceden, con mucho, del objeto de la prestación de servicios demandada**. Por ello, no se pueden valorar como mejoras prestaciones ajenas al objeto, propia de un contrato de servicios de naturaleza distinta o de suministro, por mucho que, objetivamente —como argumenta el informe al recurso— contribuyan estas prestaciones a una mejor asistencia a los usuarios finales, a la protección de los equipos electromédicos, o a la asistencia inmediata en caso de urgencia».

«...**el fin perseguido** por la Gerencia del Sector —disponer de un vehículo mas para los desplazamientos a realizar en la ejecución del servicio— que este Tribunal administrativo considera se encuentra vinculado al objeto del contrato, podría alcanzarse previendo la mejora del compromiso de adscripción de medios materiales previsto en el Anexo III del PCAP en este concreto extremo, como puesta de disposición durante la vigencia del contrato de ese vehículo suplementario al mínimo exigido, pero nunca como entrega gratuita».

## VALORACIÓN MEJORAS

### **Acuerdo 45/2015 TACPA. Servicio Turístico.**

La configuración en el PCAPE de las mejoras controvertidas **cumple inicialmente** con las exigencias legales, pues se señala como objeto a valorar:

*«**Idiomas:** Además de los idiomas exigidos en la base de la convocatoria, se considerará el conocimiento de otros idiomas adicionales (alemán, francés, italiano, chino o ruso) siempre y cuando estén acreditados por el Certificado B2 de la EOI o equivalente. Valorado con 2 puntos cada idioma. Hasta 4 puntos».*

En la aplicación del criterio idiomas adicionales, por la propia función del mismo, **debe acreditarse en el momento de la valoración que se cumple con dicho requisito**. En eso consiste, por lo demás, el criterio de mejora, que debe ser siempre algo **tangible y acreditable**.

Y es en la documentación de la mejora que se oferta donde deben incorporarse los referidos certificados, pues, de lo contrario, solo existe una simple declaración de intenciones, que no se puede objetivar y que, por tanto, resulta ajena al principio básico de toda licitación pública, que es la comparación de ofertas en régimen de igualdad.

EL TACPA ANULA LA ADJUDICACIÓN Y ORDENA RETROACCIÓN DE  
ACTUACIONES

## LA “ADMISIBLE” DISCRECIONALIDAD TÉCNICA

**Acuerdo 74/2014 TACPA.** Los actos de la Administración Pública no pueden ser puestos en tela de juicio en base a **meras conjeturas**, sino que es preciso que, quien los discuta, aporte argumentos o principios de prueba que acrediten, siquiera sea de forma indiciaria, que el órgano de contratación ha actuado de forma no razonable o con algún grado de arbitrariedad.

Tratándose de cuestiones que se evalúan aplicando criterios estrictamente técnicos, el Tribunal no puede corregirlos aplicando criterios jurídicos. No se quiere decir con ello, sin embargo, que el resultado de estas valoraciones no pueda ser objeto de análisis, sino que este **análisis debe quedar limitado** de forma exclusiva a los aspectos formales de la valoración, tales como las normas de competencia o de procedimiento; o que en la valoración no se hayan aplicado criterios de arbitrariedad o discriminatorios o que, finalmente, no se haya incurrido en error material al efectuarla. Fuera de estos aspectos, el Tribunal debe respetar los resultados de dicha valoración.

- ***«No es posible valorar aquello que no se explica, ni la valoración puede consistir en la intuición o adivinación de lo que se quiere decir, pero no se dice»***

## LA “INADMISIBLE” DISCRECIONALIDAD TÉCNICA

### **Acuerdo 34/2015 TACPA**

El TACPA desde su Acuerdo 23/2011, advierte que *«La discrecionalidad técnica no puede servir, amparar, ni ocultar, una contratación directa en clara vulneración de los principios de concurrencia y eficiencia en la gestión de los fondos públicos, amén de resultar ajena a lo que es una actuación conforme al derecho a una buena administración».*

En el expediente se constata que el resultado de la valoración, bajo la cobertura de la discrecionalidad técnica, ha desvirtuado todo el procedimiento y sus principios, pues no resulta racional la aplicación del criterio que esconde una clara contratación directa al margen de las reglas de la licitación, quebrando el principio de igualdad de trato y de oferta económicamente más ventajosa. En la práctica, se ha convertido este procedimiento abierto en un procedimiento negociado sin publicidad con un único proveedor, en evidente fraude legal.



# CONFIDENCIALIDAD

## **Acuerdo 10/2015 TACPA**

La confidencialidad deriva del hecho de que la información afecte, en particular, a **los secretos técnicos o comerciales y/o a los aspectos que el órgano de contratación considere confidenciales**, por la posibilidad de que se perjudiquen intereses legítimos o a la competencia leal entre empresas, según el artículo 21 Directiva 2014/24/UE; y el artículo 153 TRLCSP regula la posibilidad, del órgano de contratación (que no del licitador) de no dar a conocer cierta información contractual.

El Tribunal considera prudente la solicitud del órgano de contratación a la adjudicataria para que manifestara su consentimiento, o acreditara el carácter confidencial de la documentación, por afectar a secretos técnicos o comerciales. Desestimación.

## **Acuerdo 72/2015 TACPA**

Los **datos de personas físicas** objeto de la Ley orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, también tienen carácter confidencial, salvo que de forma expresa se autorice la comunicación o la cesión

**Muchas gracias por vuestra  
atención**