



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE
CONTRATOS
PÚBLICOS DE ARAGÓN
(TACPA)**

Memoria Enero 2017 – Diciembre 2017

**MEMORIA FINAL DE SU MANDATO
(11 marzo de 2011 a 31 diciembre de 2017)**

Esta Memoria ha sido aprobada por el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos
de Aragón en su sesión de 22 de diciembre de 2017



ÍNDICE

I.- ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DEL TRIBUNAL DURANTE SU PRIMERA ETAPA. BALANCE GLOBAL DE LA ACTIVIDAD Y DOCTRINA

1.- Fundamento del recurso especial en contratación pública

2.- Creación y evolución en la organización del TACPA

3.- La doctrina del TACPA y su incidencia práctica. Un recorrido por las principales cuestiones de esta primera etapa:

I.- CUESTIONES PROCESALES

1. El concepto de poder adjudicador y su carácter funcional

2. Sobre la legitimación para interponer el recurso especial: interpretación amplia.

3. Ámbito del recurso especial. El desistimiento del procedimiento de licitación. Los contratos administrativos especiales.

4. Firmeza administrativa de los Acuerdos del TACPA.

5. Posibilidad de impugnación de pliegos en fase de adjudicación.

6. Encargos a medios propios que son ilegales por incumplir los requisitos para su uso.

7. La indebida configuración de los modificados.

8. Recursos contra modificaciones ilegales.

II.- EL OBJETO DEL CONTRATO

9. La tipificación del contrato y sus consecuencias.

10. La exigencia de lotes como regla general.

III.- VALORACIÓN Y ACREDITACIÓN DE SOLVENCIA

11. Sobre la valoración de solvencia. Actuaciones de la Mesa de contratación.

12. Compromiso de adscripción de medios, su relación con la solvencia y forma de acreditación.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

13. Solvencia y recursos ajenos
14. Conflictos de interés y prohibición de contratar.

IV.- LA MESA DE CONTRATACIÓN Y ACTUACIÓN EXIGIBLE A LA MISMA.

15. Funciones de la Mesa de contratación.
16. La propuesta económica y su forma.
17. Alcance de la denominada discrecionalidad técnica de la Administración.

V.- CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN Y SU VALORACIÓN

18. Fórmula de valoración del criterio precio, de la que no se obtiene la oferta económicamente más ventajosa.
19. La experiencia no es criterio de adjudicación.
20. Nuevas estrategias: la denominada marca blanca.
21. Las mejoras.
22. La posibilidad de criterios sociales en la licitación.
23. La problemática de las bajas anormales o desproporcionadas.

VI.- CUMPLIMIENTO PRESCRIPCIONES TÉCNICAS

24. Incumplimiento de las prescripciones técnicas de las prestaciones objeto del contrato. Interpretación y efectos.

4.- Publicidad institucional y de los Acuerdos. Implementación de un buscador.

5.- Acuerdos institucionales de colaboración.

6.- Coordinación con los órganos de recursos contractuales.

7.- Valoración del funcionamiento del TACPA durante esta primera etapa.

II.- ASPECTOS INSTITUCIONALES E INSTRUMENTALES EN LA ACTIVIDAD DEL TACPA DURANTE 2017

1.- Organización del TACPA durante 2017

2.- La doctrina del TACPA y su incidencia práctica durante el año 2017:

I.- Acuerdo 5/2017, de 19 de enero. Modificación sustancial de los pliegos tratada como corrección de errores.

II.- Acuerdo 9/2017, de 6 de febrero. Doctrina sobre las bajas



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

anormales o desproporcionadas.

III.- Acuerdo 11/2017, de 6 de febrero. Legitimación de un licitador no adjudicatario para impugnar una modificación contractual.

IV.- Acuerdos 21/2017, de 2 de marzo y 38/2017, de 24 de marzo. Análisis de la aplicación de una prohibición de contratar en la tramitación de un Acuerdo Marco.

V.- Acuerdo 35/2017, de 20 de marzo. Ejecución del sorteo en caso de empate entre los licitadores.

VI.- Acuerdo 60/2017, de 8 de mayo. Modificación subjetiva del licitador en el momento de acreditación de los requisitos con carácter previo a la formalización del contrato. Imposición de multa en su grado máximo

VII.- Acuerdo 62/2017, de 11 de mayo. Contrato de servicios reservado a empresas de inserción o centros especiales de empleo. Efecto directo de la Directiva 2014/24.

VIII.- Acuerdo 64/2017, de 22 de mayo. Actuaciones susceptibles de interposición de recurso: Admisión de la interposición de un recurso frente al acuerdo de la Mesa de contratación de inadmisión de una oferta variante.

IX.- Acuerdo 75/2017, de 4 de julio. Actuaciones susceptibles de interposición de recurso: Encargo de ejecución a un medio propio.

X.- Acuerdos 78/2017, de 14 de julio, 80/2017, de 18 de julio; y 123/2017, de 15 de diciembre. Contratos sujetos a regulación armonizada por aplicación del efecto directo de las Directivas. Falta de publicidad en el DOUE

XI.- Acuerdo 110/2017, de 2 de noviembre. Aplicación de criterios de desempate en relación al porcentaje de trabajadores discapacitados.

XII.- Acuerdo 114/2017, de 13 de noviembre. Licitación electrónica y plazo límite para presentación de ofertas por medios electrónicos.

XIII.- Acuerdo 117/2017, de 21 de noviembre. Modificado ilegal.

XIV.- Acuerdo 118/2017, de 28 de noviembre. Justificación de la solvencia con medios externos.

3.- Estadísticas 2017



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Por mes de presentación
Por órgano de contratación
Por tipo de contrato
Valor estimado de las licitaciones recurridas
Por acto recurrido
Por tipo de acuerdo
Contratos de cuantía competencia del TACPA

III.- ANEXO

Estudio sobre las novedades de la nueva Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público (elaborado por Jose María Gimeno Feliu. Presidente del TACPA).



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN



I.- ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DEL TRIBUNAL DURANTE SU PRIMERA ETAPA. BALANCE DE ACTIVIDAD Y DOCTRINA

1.- Fundamento del recurso especial en contratación pública

El derecho europeo ha tenido especial preocupación por el control de los contratos públicos. Así, las 89/665 y 92/13 —modificadas por Directiva 2007/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de diciembre de 2007—, han determinado un sistema propio de control en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos. Las citadas Directivas obligan a los Estados a establecer un régimen especial de reclamaciones en materia de procedimiento contractual que permita a los interesados solicitar por un procedimiento ágil el control de aquellos actos de los poderes adjudicadores que se dicten durante el procedimiento administrativo de adjudicación de un contrato en tiempo útil para que las incidencias que puedan plantearse puedan tramitarse y resolverse antes de adoptarse la decisión de adjudicación.

La finalidad del recurso en contratación se debe contextualizar, en todo caso, desde la óptica del artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que establece que toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela jurídica efectiva y a un juez imparcial. Por último, la mejora de la eficacia de los recursos nacionales, en particular los referentes a los contratos públicos celebrados ilegalmente por adjudicación directa, se inscribe igualmente en el marco de la política general de la Unión Europea contra la corrupción. Así lo ha reconocido de forma expresa la STJUE de 6 de octubre de 2015, *Orizzonte Salute*, C- 61/14, que recuerda que la



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

“Directiva 89/665, de Recursos, debe interpretarse necesariamente a la luz de los derechos fundamentales recogidos en la citada Carta, en particular, el derecho a la tutela judicial efectiva, previsto en su artículo 47 (véase, en este sentido, la sentencia *Ryneš*, C-212/13, apartado 29). Este derecho fundamental es de aplicación al margen del importe del contrato, motivo por el que la regulación de contratos no cubiertos deberá ser equivalente. Así, la opción nacional que se adopte debe preservar el principio de equivalencia de sistemas de control así como que la solución legal no haga imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión (principio de efectividad)¹. Y, como ya se dijera en nuestro Acuerdo 44/2012, debe igual vincularse al derecho a una buena administración.

El sistema diseñado por las Directiva 89/665 y 2007/66, pretende que exista un recurso rápido y eficaz, lo que exige independencia en su diseño². El sistema de recursos impuesto por las instituciones europeas pretende que las decisiones recurridas puedan ser anuladas con el fin de corregir efectivamente la infracción cometida (STJUE de 28 de octubre de 1999, *Alcatel*, apartado 43 y STJUE de 4 de diciembre de 2003, *EVN AG*), caracterizándose este recurso por el necesario carácter suspensivo entre la adjudicación y la celebración (o perfección del contrato), tal y como se declara tanto en la STJUE de 24 de junio de 2004, *Comisión/Austria* y la STJUE de 3 de abril de 2008, de condena al

¹ Criterio interpretativo fijado en las sentencias TJUE de 6 de mayo de 2010, *Club Hotel Loutraki* y otros, C-145/08 y C-149/08, apartado 74, y de 12 de marzo de 2015, *eVigilo*, C-538/13, apartado 39.

² No es posible, por tanto, residenciar la solución mediante la remisión al sistema general de justicia administrativa del país. Resulta necesario un sistema propio de recurso en materia de contratos. Criterio que ya sentó la STJUE de 26 de septiembre de 1998, *Tögel*



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Reino de España, por no cumplir nuestro ordenamiento con esta característica.

La opción legislativa española desde la Ley 34/2010 y la actual Ley 9/2017 ha sido la de regular un recurso administrativo «ad hoc», cuya competencia se reside en un Tribunal administrativo independiente especializado (sistema desarrollado por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales). Este sistema de «justicia administrativa especial» ha sido reforzado por el hecho de que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea admitió a trámite la cuestión prejudicial presentada por el Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público en fecha 23 de julio de 2014 (asunto C-203/14), lo que presupone reconocer que estos Tribunales administrativos —con fundamento en la Directiva 89/665 y su reforma por Directiva 66/2007—, tienen la calificación de órganos jurisdiccionales por cuanto tienen origen legal, tienen carácter de permanentes, aplican un procedimiento contradictorio aplicando las normas jurídicas y son independientes (Sentencia de 17 de septiembre de 1997, asunto C- 54/96 *Dorsch Consult*). Y así se ha declarado por la sentencia TJUE de 6 de octubre de 2015, *Consorti Sanitari del Maresme*, C-203/14, que reconoce las notas exigidas para tal consideración —carácter contradictorio del procedimiento, independencia, y carácter obligatorio de su jurisdicción— y declara que los órganos de recursos contractuales de España son órgano jurisdiccional en el sentido del artículo 267 TFUE. La experiencia práctica ha sido muy bien valorada por las Instituciones europeas, que entienden que un buen sistema administrativo de control



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

preventivo e independiente es la mejor inversión en la gestión de la contratación pública³.

2.- Creación y evolución en la organización del TACPA

El Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, TACPA, fue creado mediante Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, modificada mediante la Ley 10/2012, de 27 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón, con el objetivo de dar respuesta adecuada a las exigencias europeas de un recurso rápido y eficaz que asegurase que, en la preparación y adjudicación de los contratos del sector público en Aragón, se aplican correctamente las normas y principios que los disciplinan (y hacerlo en plazos breves que interfieran lo mínimo imprescindible en el proceso de contratación,

³ El Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la eficacia de la Directiva 89/665/CEE y la Directiva 92/13/CEE, modificadas por la Directiva 2007/66/CE (Directivas de recursos en adelante), en cuanto a los procedimientos de recurso en el ámbito de la contratación pública publicado el pasado 24 de enero recoge la evaluación de los resultados de la aplicación de las citadas Directivas y en concreto si se consideran adecuadas a los objetivos propuestos atendiendo a si minimizan las cargas y los costes asociados y maximizan la posible simplificación de los procedimientos. Desde el punto de vista de la eficiencia, las Directivas sobre procedimientos de recurso proporcionan beneficios globales en consonancia con los efectos esperados, tanto directos como indirectos muy superiores a los costes que supone presentar y defender un procedimiento de recurso para los proveedores y las autoridades contratantes representando por lo general entre el 0,4 % y el 0,6 % del valor del contrato. Sin embargo, la Comisión entiende que los costes no se reducirían a cero si las Directivas sobre procedimientos de recurso fueran revocadas. Por el contrario, serían incluso mayores, debido a las diferencias nacionales en la normativa sobre revisión y recursos y a la falta de armonización a escala de la UE, dando lugar a un contexto más farragoso para licitadores y otras partes interesadas. Y añade el informe que en la evaluación de la legislación en materia de contratación pública de la UE que se publicó en el año 2011 se estimó, en general, que el ahorro del 5 % conseguido en los 420 000 millones de euros en contratos públicos que se publicaron a escala de la UE se traducirían en un ahorro o una mayor inversión pública por un importe superior a 20 000 millones de euros al año. La aplicación efectiva de las Directivas sobre procedimientos de recurso puede, por tanto, aumentar la probabilidad de que se consiga un ahorro similar al estimado procedente de las Directivas sobre contratación pública.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

permitan resolver adecuadamente las cuestiones planteadas, y oír en el procedimiento a todos los interesados, tanto particulares como órganos de contratación). Su composición era la de Presidente y dos vocales.

Conviene advertir que la opción contenida de la Disposición Transitoria Tercera de la Ley 3/2011, que «encomendaba en un primer momento» a vocales de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, para que transitoriamente desarrollarán las funciones del TACPA. Así, en el mismo Boletín de 10 de marzo de 2011, se publicó la Orden de 9 de marzo de 2011, de la Consejera de Presidencia, por la que se da publicidad al Acuerdo de 8 de marzo de 2011, del Gobierno de Aragón (este primer TACPA estaba compuesto por D. José María Gimeno Feliu como Presidente, y D^a. María Asunción Sanmartín Mora y D. Jesús Colás Tenas como vocales, actuando como Secretaria del Tribunal, en su condición de Secretaria de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, D^a. Ana Isabel Beltrán Gómez).

La justificación de esta medida era, dada la novedad y complejidad de la materia, asegurar el máximo nivel de capacitación y especialización de los miembros del Tribunal para poder poner en funcionamiento con credibilidad y «auctoritas» este modelo de control que, se aplicaba a todos los poderes adjudicadores de la Comunidad Autónoma de Aragón (con excepción de las Cortes de Aragón, Justicia de Aragón y Cámara de Cuentas, que podían optar por conveniar con el TACPA o por crear su propio órgano de recursos contractuales). Tras una primera etapa, asentado el modelo, se decide modificar la Ley 3/2011 y prever el régimen de compatibilidad de los miembros del



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

TACPA, nombrando, por un periodo de seis años⁴. Así, mediante, Decreto 14/2013, de 5 de febrero, del Gobierno de Aragón, se nombra a los miembros del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón), cuya composición es la siguiente: Presidente: D. José M^a Gimeno Feliú. Vocales: D. Jesús Colás Tenas, y D. Miguel Ángel Gil Condón. Asimismo, por Decreto 199/2014, de 2 de diciembre, del Gobierno de Aragón, publicado en BOA nº 243, de 12 de diciembre, se nombró a D^a Ana Isabel Beltrán Gómez Vocal suplente del Tribunal, para garantizar la colegialidad en casos de abstenciones o ausencias de los Vocales titulares. Por Decreto 38/2017, de 28 de marzo, por renuncia de Ana Isabel Beltrán Gómez, se nombra como Vocal suplente del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón a Don Ignacio Salvo Tambo,

Tal y como señalaba ya el artículo 17 de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón goza de plena independencia funcional en el ejercicio de sus competencias, aunque, para garantizar su correcto funcionamiento, se encuentre adscrito orgánicamente al Departamento competente en materia de contratación pública, sin que esta adscripción suponga dependencia jerárquica en el ejercicio de sus competencias de revisión de los procedimientos de contratación promovidos por las entidades mencionadas en el artículo 2 de la Ley 3/2011.

Al TACPA le corresponde conocer y resolver los recursos especiales y cuestiones de nulidad en materia de contratación que se interpongan

⁴ La retribución de sus miembros es por dietas, fijadas por Acuerdo del Gobierno de Aragón de 19 de febrero de 2013. En dicho Acuerdo la dieta prevista es exclusivamente por asistencia a reuniones: la del Presidente está fijada en 212,50 euros, la de los vocales en 170 euros.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

en el ámbito de los procedimientos de contratación de los poderes adjudicadores incluidos en el ámbito subjetivo de la Ley 3/2011: la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Aragón y los Organismos Públicos y demás entidades dependientes o vinculadas a la misma, la Universidad de Zaragoza, las Entidades Locales y sus entes dependientes, así como quienes celebren contratos subvencionados sujetos a regulación armonizada. Igualmente, resuelve las reclamaciones y cuestiones de nulidad que se interponen en los procedimientos de adjudicación para la contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales tramitados por todas las entidades públicas descritas en la Ley estatal 31/2007, incluyendo las entidades privadas que gozan de derechos especiales conforme al artículo 3.1 de dicha norma.

El objeto del recurso tiene una doble vertiente. Así, por una lado, se mantuvo inicialmente su aplicación a los contratos sujetos a regulación armonizada, incluidos los contratos subvencionados, los contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP) de cuantía igual o superior a 200 000 euros, y los contratos de gestión de servicios públicos en los que el presupuesto de gastos de primer establecimiento sea superior a 500 000 euros y el plazo de duración superior a cinco años.

Sin embargo, se amplió el ámbito de este recurso especial por la Ley 3/2012, de 8 de marzo, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón, que dio nueva redacción al artículo 17 de la Ley 3/2011, relativo a la competencia del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, modificando el



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

apartado 2. a) del mismo, que quedó redactado en el sentido de declarar al Tribunal competente para:

«Conocer y resolver los recursos especiales en materia de contratación a que se refiere el artículo 40 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, así como para los contratos de obras de valor estimado superior a 1.000.000 de euros y de suministros y servicios superior a los 100.000 euros».

Las Cortes de Aragón, en sesión celebrada el 1 de junio de 2017, aprobaron la Ley de Integridad y Ética Pública que vuelve a modificar la letra a) del apartado 2 del artículo 17 de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de contratos del sector público de Aragón, quedando sometidos a recurso especial en materia de contratación los contratos de obras de valor estimado superior a 200.000 euros y los de suministros y servicios superior a los 60.000 euros.

La Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, por exigencias europeas, ha ampliado el ámbito objetivo del recurso, incluyendo ya cuestiones de carácter contractual, como las modificaciones contractuales o los rescates, así como decisiones que puede «ocultar» un contrato, como lo es los encargos a medios propios. El concepto amplio de decisión contractual que contienen las Directivas recursos en la actualidad ha obligado al TACPA a controlar cuestiones como la de encargos a medios propios (Acuerdo 75/2017) o modificaciones contractuales ilegales (Acuerdo 117/2017)

El incremento anual que se viene produciendo en el número de recursos presentados y la extensión del ámbito objetivo a los elementos de ejecución y extinción de los contratos como consecuencia del efecto directo de las Directivas de contratación pública, tal y como ha



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

recordado unido al previsible aumento en la carga de trabajo que estos nuevos umbrales pueden ocasionar, ha sido el fundamento del Gobierno de Aragón para, mediante Decreto Ley 3/2017, de 20 de junio, del Gobierno de Aragón, por el que se modifica la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, para la profesionalización de los miembros del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, optar por una nueva organización en exclusiva del Tribunal, de forma que, tras el proceso público de selección de sus nuevos miembros en ese nuevo régimen, en 2018 se iniciará una nueva etapa.

3.- La doctrina del TACPA y su incidencia práctica. Un recorrido por las principales cuestiones de esta primera etapa

Una de las principales características de la regulación aragonesa es que se prevé que la doctrina del TACPA será de obligado cumplimiento para toda licitación pública (independientemente de que se trate o no de un contrato de importe armonizado, al disponerlo así de forma expresa el artículo 3.1 Ley 3/2011). Doctrina que se publica en la sede electrónica del TACPA (disponible en la web aragon.es), en la que se hacen públicos todos sus Acuerdos y las Resoluciones de su Presidente de más trascendencia, mediante su inserción consecutiva, con indicación de los conceptos doctrinales más relevantes, a modo de buscador.

En esta primera etapa de funcionamiento puede asegurarse que los objetivos iniciales de fijación de criterios, claros y conocidos por los distintos aplicadores jurídicos, se ha cumplido de forma muy sobresaliente. La doctrina del TACPA ha sido reconocida y aplicada



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

más allá del ámbito territorial y viene siendo considerada como una de las principales referencias prácticas. Asimismo, se ha mantenido el cumplimiento estricto de los plazos de resolución (incluso en periodos estivales).

Desde esta perspectiva puede afirmarse que el nivel de profesionalización y capacitación, así como de dedicación de sus miembros, ha sido uno de las características del funcionamiento del TACPA. La práctica de la colegialidad con debate activo sobre cada asunto ha permitido una doctrina uniforme y coherente que ha tenido en cuenta los criterios de otros órganos de recursos contractuales (con los que ha existido un «diálogo» fluido) y, por supuesto, de la jurisprudencia del TJUE.

De la doctrina adoptada puede reseñarse, como más sobresaliente, la siguiente:

I.- CUESTIONES PROCESALES

1. El concepto de poder adjudicador y su carácter funcional

El Acuerdo 104/2015, de 9 de diciembre, resulta de especial interés, pues se analiza si Mercazaragoza tiene o no condición de poder adjudicador. Tras un análisis de la doctrina del TJUE se afirma que los tres requisitos para tener la condición de poder adjudicador son cumplidos de forma indubitada por Mercazaragoza: tiene personalidad jurídica, el control es público al ser una empresa de capital íntegramente público, y realiza una actividad de interés general y no exclusivamente industrial o mercantil. Este último requisito es el que se discute por Mercazaragoza que, erróneamente, realiza una interpretación en la que lo mercantil, al



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

margen del posible interés general. Y es errónea, porque desde 1998 el TJUE ha advertido que la idea de interés general —al margen de que sea una actividad industrial o mercantil— es la que decanta este tercer requisito. Como refleja la STJUE de 10 de noviembre de 1998, Asunto BFI Holding BV, siempre tendrá vis atractiva el carácter de interés general, aunque sea una actividad industrial o empresarial (criterio confirmado, entre otras, por la STJUE Adolf Truley, de 27 de febrero de 2003).

Del objeto social establecido en los Estatutos de Mercazaragoza, cabe afirmar, sin lugar a dudas, que todas sus actividades responden a la necesidad de satisfacer intereses generales, y que es a través de la creación de Mercazaragoza como el Ayuntamiento de Zaragoza y MERCASA les dan respuesta y los satisfacen. En este punto, puede afirmarse, que la finalidad de mejora del abastecimiento de productos alimenticios y su red de comercialización y distribución encomendada a Mercazaragoza, tiene por objetivo satisfacer necesidades que pueden calificarse como de interés general. Lo que, per se, implica el cumplimiento del tercer requisito para tener consideración de poder adjudicador.

Asimismo, en una actividad en la que no existe competencia, resulta difícil justificar su carácter industrial o mercantil (como ha señalado la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón en su Informe 7/2015, de 12 de mayo, respecto a la Feria de Zaragoza). Pero aunque así fuera, la vis atractiva de la nota de interés general, que resulta indiscutible, determina que Mercazaragoza es poder adjudicador no Administración Pública, y debe respetar las reglas del artículo 190 TRLCSP en contratos de importes armonizados (y no las previsiones del artículo 192 TRLCSP).



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

La conclusión expuesta se refuerza todavía más con el dato de que Mercazaragoza tiene la condición de medio propio instrumental del Ayuntamiento de Zaragoza. Así se reconoce de forma expresa en sus Estatutos vigentes. Esta condición de medio propio conduce de manera inexorable a su condición de poder adjudicador. Y ello no solo desde una interpretación teleológica —que por si misma rechaza la posibilidad de que una prestación que se debería someter a las reglas de una licitación pública, como consecuencia de un encargo a un medio propio, pueda quedar sustraída a las reglas de la contratación pública—, sino porque la previsión tiene reflejo legal expreso en el artículo 4.1.n) TRLCSP⁵. Y, en consecuencia, Mercazaragoza tiene la condición de poder adjudicador no Administración Pública (artículo 3.3 b) TRLCSP) y, por ello, sus contratos, pueden ser objeto de control mediante recurso especial, ante este Tribunal administrativo.

⁵ conviene recordar que la STJUE de de 5 de octubre de 2017, *UAB LitSpecMet*, donde afirma que *“una sociedad que, por una parte, pertenece en su totalidad a un poder adjudicador cuya actividad consiste en satisfacer necesidades de interés general y que, por otra parte, lleva a cabo tanto operaciones para dicho poder adjudicador como operaciones en el mercado competitivo, debe calificarse de «organismo de Derecho público» en el sentido de esta disposición, siempre que las actividades de dicha sociedad sean necesarias para que ese poder adjudicador pueda ejercer su actividad y que, para satisfacer necesidades de interés general, la referida sociedad se guíe por consideraciones que no sean económicas, extremo que ha de verificar el órgano jurisdiccional remitente. Carece de pertinencia a este respecto el hecho de que el valor de las operaciones internas pueda representar, en un futuro, menos del 90% del volumen de negocios global de la sociedad o una parte no esencial de éste”*.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

2. Sobre la legitimación para interponer el recurso especial: interpretación amplia.

El TACPA, haciéndose eco de la doctrina del Tribunal Constitucional —STC (Sala Primera), núm. 119/2008, de 13 octubre, y STC 38/2010, de 19 de junio—, ha avalado, en sus Acuerdos 36/2012, de 21 de agosto y 38/2012, de 10 de septiembre, un concepto amplio de legitimación.

Se viene admitiendo por todos los órganos de recursos contractuales un concepto amplio de legitimación —exenta de formalidades y centrada en la posible lesión de la posición jurídica-subjetiva del particular o de su esfera de intereses—, que reconoce la misma a quienes aleguen un interés directo o legítimo (artículo 42 TRLCSP). Así, en tanto se acredite ese especial vínculo con la finalidad del recurso especial, existirá legitimación activa y permitirá al Tribunal analizar el fondo del asunto, para decidir sobre la legalidad de las distintas actuaciones de un procedimiento de licitación. El Acuerdo 66/2014, de 10 de noviembre, recuerda que:

«Conforme a la doctrina ya consolidada por este Tribunal administrativo en relación a la legitimación activa en los supuestos de interesados que representan intereses colectivos —entre otros, Acuerdo 45/2013, de 2 de septiembre, en relación al Colegio Oficial de Arquitectos de Madrid; Acuerdo 34/2014, de 20 de junio, relativo a la Asociación Plataforma de Empresarios Hosteleros de Aragón; Acuerdo 52/2014, de 11 de septiembre, frente a recurso interpuesto por el Colegio de Ingenieros de Montes; y Acuerdo 58/2014, de 1 de octubre, en relación al Colegio Oficial de Arquitectos de Aragón—, se otorga legitimación a los Colegios Profesionales, para interponer recurso especial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 TRLCSP, que permite



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

recurrir a quienes tengan un interés legítimo distinto al de obtener la adjudicación. El interés que debe presidir el recurso, además de la defensa genérica de la legalidad, es el de la defensa de los intereses de los asociados a través de la recurrente, de conformidad con sus Estatutos».

En todo caso, como advierte el Acuerdo 67/2014, de 10 de noviembre, no puede otorgarse legitimación para impugnar las cláusulas del PPT, que la recurrente entiende que obligan a la entidad adjudicataria del contrato a asumir unos gastos que están fuera de su objeto, y para lo que alegan la restricción de los derechos básicos de los menores tutelados, cuestión ésta que excede del ámbito de actuación del Colegio Profesional.

Tampoco a una Peña taurina, cuyo objeto no es organizar festejos taurinos, ni gestionar plazas de toros, ni representar los intereses de empresas del sector, lo que determina que la solvencia técnica y económica exigida en la licitación que se recurre no afecte a su esfera jurídica. Es decir, no se acredita el beneficio de índole material o jurídica, o la evitación de un perjuicio, afectado por la resolución del recurso, acordando el Tribunal la inadmisión del mismo (Acuerdo 13/2014, de 4 de marzo).

Se ha matizado también que la legitimación del comité de empresa no es de alcance general, sino que debe ser analizada para cada pretensión concreta, en la que deberá existir ese interés directo con el resultado del recurso especial. Así, en el Acuerdo 65/2014, se reconoce legitimación al comité de empresa para impugnar los Pliegos que han de regir la contratación, en cualquier cuestión que se limite al ámbito de sus competencias, por tanto a la vigilancia en el cumplimiento de la



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

normativa vigente en materia laboral, de seguridad social y de empleo ya que es allí donde existe interés legítimo, y la actuación impugnada puede repercutir de manera clara y suficiente en la esfera jurídica de quien acude al proceso.

En el Acuerdo 32/2014, de 23 de mayo, se analiza por el Tribunal la legitimación del sindicato recurrente, sobre la base de la jurisprudencia y doctrina de los órganos administrativos de recursos contractuales, para concluir que, si bien con carácter general un sindicato podría gozar de legitimación en una cuestión de índole laboral que se incorpore a los Pliegos de una licitación, la admisibilidad de la misma queda condicionada a que dicho sindicato invoque en qué medida la pretensión que solicita implica un interés público que deba ser tutelado en vía de recurso. En el supuesto concreto no se reconoció legitimación al sindicato recurrente, puesto que su pretensión se limitaba, a solicitar la sustitución de la referencia del Convenio colectivo aplicable en el Pliego, pero sin que se alegara relación alguna con la subrogación de trabajadores prevista, o con sus condiciones laborales.

En el Acuerdo 49/2014, de 8 de agosto, se analiza por el Tribunal la legitimación de una Asociación Profesional, para interponer recurso especial frente al acuerdo de adjudicación de un contrato. Se analiza en el Acuerdo si existe en la Asociación recurrente realmente ese interés legítimo, interés en sentido propio, específico y cualificado, que equivale a la titularidad de una posición de ventaja o de utilidad jurídica por parte de quien ejercita la pretensión y que se materializaría, de prosperar ésta, en la obtención de un beneficio de índole material o jurídico o en la evitación de un perjuicio, con tal que la obtención de un beneficio o evitación del perjuicio sea cierta y no meramente



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

hipotética. Para concluir que no se acredita el efecto cierto (positivo o negativo, actual o futuro), que la anulación de la adjudicación tendría para la misma o para sus asociados; sino que en su caso, debió en interés de sus representados, haber impugnado en el momento procedimental oportuno los pliegos que rigen la licitación.

En los Acuerdos 28 y 30/2015 se analiza la cuestión de la legitimación de los partidos políticos para recurrir los pliegos de un contrato de concesión de obra pública. En estos Acuerdos se realiza un detallado análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y se niega la legitimación de los partidos políticos, con esta argumentación:

«Es a todas luces evidente, que el recurso especial, no está concebido para garantizar la participación en los debates parlamentarios, en las Cortes de Aragón, a los que los Grupos y Diputados tengan derecho. Cuestionar la calificación jurídica de un contrato, con el objeto y fin de que sea objeto de debate parlamentario en las Cortes de Aragón, no sólo acredita la falta de legitimación, por inexistencia de interés directo; sino que está fuera del alcance de la competencia objetiva del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón».

Recuerda el TACPA que el Tribunal Supremo, en relación con la legitimación de los partidos políticos para intervenir en los procesos del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, y desde el análisis de la perspectiva constitucional, tiene sentado, con rotundidad, que reconocer tal legitimación para impugnar las actuaciones de la Administración contrarias a los planteamientos ideológicos reflejados en sus idearios políticos, sería tanto como reconocer a dichos partidos una acción pública en defensa de la legalidad, lo que en su opinión contravendría la LJ y convertiría la jurisdicción contencioso-administrativa en un foro de discusión política, lo que considera reprochable.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Como argumenta el Tribunal Supremo, y antes la Audiencia Nacional, en las Sentencias que el TACPA cita y analiza, los Tribunales no son un lugar adecuado para la extensión del ámbito natural del debate político. Es más, y así lo defiende la Abogacía del Estado, en la oposición al recurso de casación del que es consecuencia la STS de 3 de marzo de 2014, de admitirse tal legitimación, se estaría, en el fondo, admitiendo un auténtico fraude procesal para obtener satisfacción política a lo que no ha prosperado en el Congreso de los Diputados (en nuestro caso, en las Cortes de Aragón). Pues, se pretende ganar en la jurisdicción lo que no se ha conseguido en una votación, para remediar un déficit de representación parlamentaria.

Existe un voto particular del Presidente, que estima que sí existe legitimación, pues entiende que *«no hace una mera defensa de la legalidad, sino que explica su oposición a la licitación de la construcción del Hospital de Alcañiz bajo la modalidad de concesión de obra pública, por entender que, al margen de anomalías desde la perspectiva de participación en la tramitación del procedimiento, su configuración —en lo que consideran de forma errónea como una «privatización de servicios sanitarios», pues el objeto del contrato no es sino una obra pública (con sistema de financiación por explotación)— tendrá consecuencias presupuestarias que, desde la lógica jurídico-política, de forma razonable, pretenderían evitar. Los motivos, por lo demás, no parecen espurios, ni una estrategia de mera contienda político-ideológica (nada impide, y creo que es lo que aquí sucede, que una pretensión política se defienda desde la perspectiva estrictamente legal, y merezca y requiera la necesaria respuesta jurídica).*



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

En consecuencia, si las normas que regulan la legitimación han de interpretarse de modo que se favorezca el ejercicio de las acciones; si los partidos políticos no pueden ser discriminados negativamente a la hora de interpretar las normas que rigen la legitimación; si los precedentes jurisprudenciales en los supuestos análogos al que ahora se decide avalan la legitimación del partido político con carácter «amplio»; si se ha acreditado que concurren circunstancias que demuestran que la actuación contraria a la norma impugnada constituye un elemento importante en la actuación política del Grupo parlamentario recurrente; debería haberse admitido la legitimación del Portavoz del Grupo parlamentario del Partido Socialista Obrero Español en Aragón y analizar, lo relativo al cumplimiento de los trámites de participación y comprobación de cumplimiento de los aspectos de transferencia de riesgos inherentes a estas modalidades de contratación».

Por último, ya es clara la legitimación del concejal para poder recurrir. Criterio ya mantenido por este Tribunal desde su acuerdo 44/2012 y que se ha confirmado por otros muchos. Así, en el Acuerdo 117/2017, se recuerda que la legitimación del concejal ha sido confirmada por la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón 500/2015, que ha recordado que la doctrina del TC es directamente aplicable a este supuesto, afirmando que «los razonamientos, que fundamentan la legitimación de los concejales para impugnar en la vía contencioso administrativa los acuerdos municipales en cuya adopción no intervino, sirven igualmente para avalar su legitimación para interponer el recurso especial en materia de contratación previsto en el artículo 40 TRLCSP; sin que su artículo 42, relativo a la legitimación, nos pueda llevar a otra conclusión, precisamente en atención al interés legítimo que ostentan,



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

en los términos establecidos por la doctrina constitucional y jurisprudencial referida; interés -e incluso obligación-, distinto del interés abstracto en la legalidad, de controlar el correcto funcionamiento del Ayuntamiento, como único medio, a su vez, de conseguir la satisfacción de las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal que, como primera competencia, asigna a los Municipios el art. 25.1 LBRL».

En todo caso, la legitimación del concejal se contempla expresamente en el artículo 24 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. Norma de carácter básico que está siendo aplicando de forma uniforme por los órganos de recursos contractuales, de al que resulta indubitada, la legitimación del recurrente.

3. Ámbito del recurso especial. El desistimiento del procedimiento de licitación. Los contratos administrativos especiales.

El Acuerdo 11/2014, de 20 de febrero, analiza la posibilidad de control, vía recurso especial, de los actos de desistimiento precontractual de los órganos de contratación, recordando que tal posibilidad ha sido garantizada expresamente por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, al afirmar sobre esta cuestión, la Sentencia de 18 de junio de 2002, asunto Hospital Ingenieure, apartado 48, 50 y 51 (Criterio confirmado por la Sentencia de 2 de junio de 2005, asunto Koppensteiner GMBH, o), lo siguiente:

«Pues bien, en la medida en que la decisión de la entidad adjudicadora de cancelar una licitación para un contrato público de servicios está



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

sujeta a las normas materiales pertinentes del Derecho comunitario, procede inferir que está asimismo comprendida en el ámbito de aplicación de las normas establecidas en la Directiva 89/665 con el fin de garantizar el cumplimiento de las prescripciones del Derecho comunitario en materia de contratos públicos.

...

Además, el sistema general de la Directiva 89/665 impone una interpretación de dicho concepto en sentido amplio, por cuanto el artículo 2, apartado 5, de dicha Directiva autoriza a los Estados miembros a establecer que, cuando se reclame una indemnización de daños y perjuicios porque una decisión de la entidad adjudicadora se haya adoptado ilegalmente, la decisión impugnada debe ser previamente anulada.

En efecto, admitir que los Estados miembros no están obligados a instaurar procedimientos de recurso de anulación con respecto a los acuerdos por los que se cancela una licitación equivaldría a autorizarles a privar, en ejercicio de la facultad prevista en la disposición mencionada en el apartado anterior, a los licitadores lesionados por tales acuerdos, adoptados con infracción de las normas del Derecho comunitario, de la posibilidad de promover acciones de indemnización de daños y perjuicios».

Este Acuerdo, que se encuadra en el contexto de ejecución del Acuerdo 52/2013, analiza si concurren o no las circunstancias que habilitarían tal desistimiento, y se declara la validez de la decisión adoptada por el siguiente razonamiento y condiciones:



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

«Considera este Tribunal, a la vista de lo que se informa por el SALUD en la respuesta a este recurso —y que aclara esta causa del desistimiento—, que la exigencia de un requisito de solvencia técnica no previsto en el TRLCSP sí constituye un motivo justificado de desistimiento de la licitación, habiendo declarado la invalidez de una licitación y la anulación de la misma por la exigencia en los Pliegos de una solvencia no ajustada a las reglas que la regulan, o desproporcionada (Acuerdos 2/2011 y 54/2013, de este Tribunal). Es más, éste es, en puridad, el único motivo que permite considerar válida la resolución impugnada, dado que queda afectado el principio de concurrencia y, por ello, el de eficiencia.

Por todo lo anterior, la exigencia de la autorización administrativa como requisito de solvencia sí debe ser considerada infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato, en tanto tuvo un efecto limitativo a la concurrencia, subsumible por ello dentro de los supuestos del artículo 155.4 TRLCSP.

Este motivo del desistimiento obliga, claro está, a que el SALUD determine la compensación a los licitadores a que se refiere el artículo 155.4 TRLCSP; apruebe unos nuevos pliegos, con la debida celeridad y diligencia, en los que se ajuste la licitación a las necesidades de la prestación; y se fije una solvencia adecuada que facilite, como se dice en el Informe, una mayor concurrencia entre las empresas del sector. Licitación a la que lógicamente podrá concurrir, en condiciones de igualdad, la empresa recurrente AVERICUM».

En el Acuerdo 13/2014, de 4 de marzo, se analiza la impugnación del pliego de un contrato, considerado como contrato administrativo especial, destinado a la Organización, programación y gestión de



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

espectáculos taurinos del Coso de la Misericordia de Zaragoza, propiedad de la Diputación Provincial de Zaragoza durante las temporadas taurinas 2014, 2015, 2016 y 2017. Se confirma la doctrina señalada en el Acuerdo 59/2013, de 28 de octubre:

«... la consideración como contrato administrativo especial no impide, por sí —en tanto «especialidad» de normativa nacional— que pueda existir recurso especial o cuestión de nulidad, pues a estos efectos debe primar la tipificación de la prestación conforme al Derecho de la Unión europea. Y la prestación recurrida, por su objeto, sí se encontraría sometida a la competencia de este Tribunal administrativo, pues otra interpretación sería contraria al efecto útil de los recursos especiales en materia de contratación habilitando una puerta de escape al control, contraria al propio fundamento del sistema».

El carácter de contrato administrativo especial no puede limitar el objeto del recurso especial. Así se ha afirmado en nuestro Acuerdo 117/2017 (antes en los Acuerdos 59/2013 y 13/2014), donde se indica que el Tribunal Supremo en su Sentencia de 22 de junio de 2016, recurso de casación núm. 1636/2015, ha confirmado una interpretación conforme a los principios europeos de la contratación pública para posibilitar el control mediante recurso especial de un contrato calificado como contrato administrativo especial en tanto objetivamente es un contrato de servicios.

4. Firmeza administrativa de los Acuerdos del TACPA.

No es posible recurrir en vía administrativa lo ya acordado por un órgano de recursos contractuales. Así se indica en el Acuerdo 48/2012, de 2 de noviembre, del TACPA: *«la propia lógica del sistema impide*



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

que, una vez exista pronunciamiento, la posterior adjudicación «reabra» un nuevo plazo de impugnación por los mismos motivos del recurso inicial».

5. Posibilidad de impugnación de pliegos en fase de adjudicación.

El TACPA ha fijado la regla de que resulta posible una impugnación de pliegos en fase de adjudicación si se alega y acredita un vicio de nulidad de pleno derecho. En los Acuerdos 20/2012 y 22/2012, se fija esta doctrina por entender que existe una manifiesta quiebra del principio de igualdad —ya que los criterios de adjudicación reflejados en el pliego no expresan adecuadamente los requisitos y límites exigibles— que pueden generar, como así ha sucedido, una aplicación discriminatoria, de lo que se infiere, por sí solo, el vicio de nulidad absoluta⁶.

⁶ La STJUE de 4 de diciembre de 2003, as. C-448/01, EVN AG, se refiere a la hipótesis de que la anulación de un criterio de adjudicación de forma previa a la adjudicación del contrato. La duda que se plantea es si en estos supuestos procede adjudicar el contrato —haciendo abstracción del criterio anulado— o por el contrario, es preciso convocar una nueva licitación. Pues bien, el Tribunal concluye que sólo la segunda de las alternativas se ajusta al Derecho Europeo. Y es que:

«[...] 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). 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. 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».

En definitiva, la anulación de un criterio de adjudicación por parte del órgano de recurso debe conducir, inexorablemente, a la convocatoria de un nuevo procedimiento de licitación.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

6. Encargos a medios propios que son ilegales por incumplir los requisitos para su uso.

En el Acuerdo 75/2017, por el que se analiza la instrumentación de un proceso de remunicipalización mediante medios propios, se reconoce la competencia del TACPA por encajar en el concepto de «decisión» de un poder adjudicador confirmada por la STJUE de 5 de abril de 2017, *Marina del Mediterráneo SL y otros contra Agencia Pública de Puertos de Andalucía*.

Entrando en el fondo, indica que la figura de los encargos a medios propios es una técnica auto-organizativa de cooperación vertical que se regula en el artículo 4.1 n) y 24.6 TRLCSP, y que tiene origen y fundamento europeo. La Directiva 2014/24, en relación a la técnica auto-organizativa de *in house providing* viene a positivizar la doctrina del Tribunal de Justicia, recogiendo en el apartado 1 del artículo 12 (relaciones entre poderes públicos) los requisitos de la sentencia del TJUE de 18 de noviembre de 1999, *Teckal* (en especial, los considerandos 5, 31 y 34 de la Directiva recuerdan el carácter excepcional de esta opción). Esta técnica auto-organizativa justifica la no aplicación de la normativa contractual al existir una relación jurídico-administrativa cuando concurren unos requisitos:

«1.- Un contrato adjudicado por un poder adjudicador a otra persona jurídica quedará excluido del ámbito de aplicación de la presente Directiva si se cumplen todas y cada una de las condiciones siguientes:

a).- que el poder adjudicador ejerza sobre la persona jurídica de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios;



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

b).- que al menos el 80 % de las actividades de esa persona jurídica se lleven a cabo para el poder adjudicador que la controla o para otras personas jurídicas controladas por el mismo poder adjudicador;

c).- que no exista participación privada en la persona jurídica controlada...»

Esta previsión de la Directiva, cuyos requisitos son acumulativos, tiene efecto directo, en tanto se trata de una previsión clara, precisa e incondicionada, de tal forma que la interpretación a realizar por este Tribunal administrativo debe atender a estas previsiones, así como a las exigencias nacionales que resulten compatibles con el régimen europeo.

Esto significa que los requisitos para la utilización de medios propios deben ser objeto de una interpretación estricta, y la carga de la prueba de que existen realmente las especiales circunstancias que justifican la excepción incumbe a quien pretenda beneficiarse de ella, como se ha puesto de relieve en las sentencias del TJUE de 11 de enero de 2005, *Stadt Halle*, (apartado 46) y de 13 octubre de 2005, *Parking Brixen* (apartados 63 y 65). Y, debe tenerse en cuenta el límite de no afectar al principio de libre competencia (así se advierte en el Informe de la Comisión Nacional de la Competencia «Los medios propios y las encomiendas de gestión: implicaciones de su uso desde la óptica de la promoción de la competencia», de julio de 2013 y el Informe núm. 1003 del Tribunal de Cuentas sobre encomiendas de gestión).

El requerido control análogo existirá no solo en función del porcentaje de participación en el capital social —criterio de participación que es condición *sine qua non*, tal y como se señaló en la STJUE de 19 de abril



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

de 2007, *Asemfo*)—, sino en función de que el ente instrumental carezca efectivamente de autonomía desde el punto de vista decisorio respecto del ente que realiza el encargo, sin que exista en estos casos verdadera autonomía contractual (STJUE de 21 de julio de 2005, *Padania Acque*). Eso explica que varias entidades pueden disponer de control análogo sobre un mismo ente propio, como ha declarado el TJUE en su sentencia de 13 de noviembre de 2008, *Coditel*, (apartados 50, 52 y 54) afirmando que lo esencial es que el control ejercido sobre la entidad sea efectivo, no siendo indispensable que el control sea individual (apartado 46).

En todo caso, la consecuencia del control análogo es la de la obligatoriedad de aceptar y ejecutar los encargos por el ente que los recibe, y no lo contrario (en correcta interpretación de la doctrina fijada en la Sentencia de 11 de mayo de 2006, *Cabotermo*). Control análogo que es de carácter funcional y no formal —no basta con la mera declaración legal—, que obliga a acreditar que efectivamente existe ese poder de influencia determinante tanto sobre los objetivos estratégicos como sobre las decisiones importantes de la Sociedad al que se refería la citada Sentencia TJUE de 13 octubre de 2005 (*Parking Brixen*). Así lo corrobora la STJUE de 10 de septiembre de 2009, *Wasser*, al indicar que:

«Sin perjuicio de la comprobación por el órgano jurisdiccional remitente de la efectividad de las disposiciones estatutarias de que se trata, cabe considerar que el control ejercido por las entidades accionistas sobre la referida sociedad es análogo al que ejercen sobre sus propios servicios en circunstancias como las del litigio principal, cuando:



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

- *la actividad de dicha sociedad se limita al territorio de las mencionadas entidades y se realiza esencialmente en beneficio de éstas, y*
- *a través de los órganos estatutarios integrados por representantes de las mencionadas entidades, éstas ejercen una influencia determinante tanto sobre los objetivos estratégicos como sobre las decisiones importantes de dicha sociedad».*

De lo descrito se constata que una de las cuestiones más controvertidas es determinar, pues, cuándo, al margen de la participación en el accionariado, hay control análogo, ya que «...lo esencial es que el control ejercido sobre la entidad sea efectivo...» (Sentencia de 13 de noviembre de 2008, *Coditel*, apartado 46).

Esta cuestión tiene interés para poder determinar cuándo puede ser válido un control conjunto en supuestos de cooperación vertical. La STJUE de 29 de noviembre de 2012, *Econord Spa*, que mantiene la misma línea que las dos precedentes (Sentencias de 10 de septiembre, *Sea Srl* y 13 de noviembre de 2008, *Coditel*) admite la posibilidad de un control análogo colectivo sobre un medio propio siempre que haya una participación tanto en el capital como en los órganos de dirección.

En todo caso, aún admitiendo la posibilidad teórica de control conjunto, el control sobre el medio propio debe ser efectivo. Por ello, no se ha admitido la existencia de control conjunto en la STJUE de 8 de mayo de 2014, *Technische Universität Hamburg-Harburg*, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg (Alemania), mediante resolución de 6 de noviembre de 2012. La sentencia en



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

cuestión analiza la regularidad de la adjudicación de un contrato atribuido directamente por la Universidad de Hamburgo a Hochschul-Information-System GMBH (que es una sociedad de responsabilidad limitada de Derecho privado, cuyo capital está controlado en una tercera parte por el Estado Federal alemán y en dos terceras partes por los 16 *Länder* alemanes, correspondiendo a la Ciudad de Hamburgo un 4,16 % de dicho capital) sin aplicar los procedimientos de adjudicación previstos en la Directiva 2004/18. Se alega que la adjudicación directa del contrato por la Universidad a HIS, según estas partes contratantes, está justificada por el hecho de que, aunque entre estas dos entidades no existe ninguna relación de control, el requisito de «control análogo» establecido por la jurisprudencia antes citada del Tribunal de Justicia se cumple, a su entender, porque ambas entidades se encuentran bajo el control de la Ciudad de Hamburgo.

En la respuesta a la cuestión, el TJUE recuerda que conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia *«el objetivo principal de las normas del Derecho de la Unión en materia de contratos públicos es la apertura a la competencia no falseada en todos los Estados miembros en los ámbitos de ejecución de obras, suministro de productos y prestación de servicios, lo cual implica la obligación de toda entidad adjudicadora de aplicar las normas pertinentes del Derecho de la Unión cuando se cumplan los requisitos establecidos por éste (véase, en este sentido, la sentencia Stadt Halle y RPL Lochau, C-26/03, apartado 44). Por consiguiente, cualquier excepción a la aplicación de esta obligación debe interpretarse de manera estricta (véase la sentencia Stadt Halle y RPL Lochau, apartado 46)»*.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Por ello, tras recordar la doctrina sobre medios propios, concluye que no se cumplen en este supuesto los requisitos que amparan esta potestad de auto-organización y declara que un contrato que tiene por objeto el suministro de productos celebrado entre, por una parte, una universidad que es una entidad adjudicadora y que en el ámbito de sus adquisiciones de productos y servicios está controlada por un Estado federado alemán y, por otra, una empresa de Derecho privado controlada por el Estado federal y los Estados federados alemanes, incluido el antedicho Estado federado, constituye un contrato público en el sentido de la referida disposición y debe, por tanto, estar sujeto a las reglas de adjudicación de contratos públicos previstas en la citada Directiva.

Puesta de manifiesto la delimitación conceptual de qué debe entenderse como medio propio, en qué supuestos esta técnica auto-organizativa justifica la no aplicación de la normativa contractual al existir una relación jurídico-administrativa y, por último, la interpretación sobre el concepto de control análogo al que hace referencia la normativa comunitaria europea, cabe establecer que la aplicación de las exigencias del artículo 12 de la Directiva 2014/24 conforme a la interpretación de la jurisprudencia europea al supuesto que nos ocupa, nos lleva a la conclusión de que GRHUSA, como medio propio del Consorcio núm. 1 de Huesca, no es, ni puede ser medio propio del Ayuntamiento de Huesca, pues éste, ni participa del accionariado (condición indispensable), ni puede influir en las decisiones estratégicas, ni siquiera se prevé la aceptación incondicionada de los encargos. No puede encajarse en ninguna de las previsiones del referido artículo 12. Ni en el apartado 1 ni, tampoco en el apartado 3.a) del referido precepto al no existir control análogo al de sus propios servicios.



7. La indebida configuración de los modificados.

El Acuerdo 44/2012, de 9 de octubre del TACPA aborda esta cuestión, anulando el pliego por la deficiente regulación de esta posibilidad por afectar 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. Interesa destacar la argumentación del Acuerdo:

«La simple cita o remisión al Título V del Libro I del TRLCSP contenida en la cláusula 30 del PCAP incumple las exigencias del marco jurídico vigente. El artículo 106 TRLCSP desarrolla cómo se deben tramitar los supuestos de modificación contractual, estableciendo que tal posibilidad se condiciona a que en el anuncio de licitación se haya advertido expresamente de esta posibilidad y se hayan detallado de forma clara, precisa e inequívoca las condiciones en que podrá hacerse uso de la misma, así como el alcance y límites de las modificaciones que pueden acordarse, con expresa indicación del porcentaje del precio del contrato al que como máximo puedan afectar, y el procedimiento que haya de seguirse para ello. A estos efectos, los supuestos en que podrá modificarse el contrato deberán definirse con total concreción por referencia a circunstancias cuya concurrencia pueda verificarse de forma objetiva y las condiciones de la eventual modificación deberán precisarse con un detalle suficiente para permitir a los licitadores su valoración a efectos de formular su oferta y ser tomadas en cuenta en lo que se refiere a la exigencia de condiciones de aptitud a los licitadores y valoración de las ofertas. Es decir, el PCAP no sólo debe prever la posibilidad, sino que debe determinar y cuantificar en qué y cómo procede esta modificación. Lo que tendrá sus efectos tanto a la hora de calcular el valor estimado del contrato, como de la presentación de ofertas por los potenciales licitadores.

El incumplimiento de estos requisitos en el PCAP —máxime en contratos tan complejos y de larga duración, como el analizado, donde es estratégico el correcto diseño del régimen financiero y del necesario equilibrio financiero y reparto de riesgos— incide



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

directamente en lo que es y puede ser el objeto de la licitación, introduciendo claras distorsiones que pueden condicionar las ofertas de los licitadores y el desarrollo de la ejecución del contrato, afectando a la propia definición del objeto contractual, lo que contraviene el artículo 86.1 TRLCSP.

No contradice esta conclusión el hecho de que en el PPT, en concreto en su cláusula 13, bajo la denominación «AMPLIACIÓN Y MODIFICACIÓN EN LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS» se recojan las siguientes previsiones:

«Resulta razonable pensar que durante la vida del contrato se producirán circunstancias que obligarán a modificar las condiciones en que se lleva a cabo la prestación de los servicios que se le encomienden.

La evolución en los materiales adecuados para la construcción de las redes de alcantarillado o de las características admisibles de las aguas depuradas son ejemplos de situaciones en que puede producirse un cambio normativo de importancia que obligue a modificar sustancialmente las condiciones de prestación de los servicios del ciclo del agua con respecto al estándar actualmente admitido.

Igualmente la evolución de las tecnologías involucradas en la prestación de estos servicios puede suponer la necesidad de introducir cambios en profundidad en las infraestructuras encargadas de prestarlos.

La SEM goza de la facultad de proponer las modificaciones en las condiciones de prestación de los servicios que tiene encomendados que considere oportunas, que deberán ser municipalmente aprobadas previo informe de los Servicios Municipales. La propuesta a presentar en estos casos contendrá toda la información relevante acerca de la modificación propuesta y un análisis de la repercusión económica de su adopción. El acuerdo municipal incluirá la definición de las nuevas condiciones de la prestación de estos servicios y la revisión de las condiciones económicas en que se desarrollarán por parte de la SEM con el criterio de garantizar el mantenimiento del equilibrio económico-financiero con el que se prestan estos servicios. En tanto en cuanto no se produzca un acuerdo de



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

modificación se entenderá que las prescripciones contenidas en el presente pliego mantienen su vigencia».

En primer lugar porque las mismas —a las que ni siquiera remite el PCAP en su cláusula 30— no cumplen en ningún caso los requisitos previstos en el artículo 106 TRLCSP que acaban de exponerse y, en especial la definición de forma clara, precisa e inequívoca de las condiciones en que puede hacerse uso de la facultad de modificación, el alcance y límites de las modificaciones que pueden acordarse, la expresa indicación del porcentaje del precio del contrato al que como máximo puedan afectar, y el procedimiento que haya de seguirse para ello.

Y en segundo lugar, porque el intento de fijación de los parámetros de la modificación del contrato en el PPT constituye un ejemplo de «confusión» entre el contenido del PCAP y del PPT, al ser su ubicación adecuada el PCAP. Hay que recordar, a estos efectos, que el Pliego de Prescripciones Técnicas ha de establecer los requisitos y condiciones técnicas que debe cumplir la prestación, como establecen los artículos 116 y 117 TRLCSP y 68 RGLCAP; y que este último precepto determina, además, en su apartado 3 que los Pliegos de Prescripciones Técnicas en ningún caso contendrán «declaraciones o cláusulas que deban figurar en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares», entre otras razones porque los Pliegos de Prescripciones Técnicas no deben ser objeto del informe jurídico preceptivo exigido por la legislación».

En el Acuerdo 76/2015, de 20 de julio, se analiza la legalidad del régimen de modificación contractual previsto en el pliego de construcción del Hospital de Teruel. El Tribunal recuerda que la previsión de cómo actuar ante la eventualidad de una modificación contractual exige una interpretación conforme al Derecho de la Unión Europea y, en concreto, a la jurisprudencia del TJUE en esta materia.

Por ello, en relación a esta cuestión se afirma que: «Esto significa que los pliegos de una licitación deben contemplar cómo se actuará ante las imprevisibilidades que afecten a la correcta ejecución del contrato, y si



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

se permite la modificación contractual, en cuyo caso, su importe se deberá tener en cuenta a la hora de calcular el valor estimado, pues, sólo así, se garantiza una adecuada visión del verdadero «objeto del contrato».

Por ello, la modificación del contrato no será posible, aun cuando concurren los requisitos habilitantes, cuando no se encuentre entre los pactos del contrato, ni se pueda inferir de forma clara su significado y funcionamiento. El TJUE insiste en que los anuncios y pliegos deben tener una redacción clara para que todo posible licitador, normalmente informado y experimentado, y razonablemente diligente, tenga la oportunidad de hacerse una idea concreta de las obras que deben realizarse, así como de su localización, y de formular, consecuentemente, su oferta.

Así, el pliego deberá determinar y diseñar sus modalidades (cuantía máxima, sistema de fijación de precio, partida en la que es posible el modificación, procedimiento, etc.), de forma clara, precisa e inequívoca. Y deberá respetar, obviamente, la equivalencia de las prestaciones pactadas. De hecho, la STJUE de 13 de enero de 2005 (Comisión/España) entiende —apartado 43— que el precio es un elemento esencial y que, por ello, una condición que permite el incremento en un diez por ciento, *«no puede considerarse una modificación no sustancial de las condiciones originales del contrato».*

El Tribunal advierte que la imprevisión debe referirse a imprevisibilidad en sentido estricto y no a la mera imprevisión aún por falta de diligencia, como recuerda la referida STJUE de 29 de abril, de 2004, *Succhi di Frutta «un poder adjudicador diligente que desempeñe normalmente su*



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

actividad debería haber previsto atenerse a las condiciones para su adjudicación» (apartados 116-118).

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española no nos ofrece una definición de contenido estricto para el término «imprevisibilidad», al que hace referencia el artículo 107.1 b) TRLCSP. Nos explica, sin embargo, que imprevisibilidad equivale a la cualidad de imprevisible; y de imprevisible dice el Diccionario que es aquello que no se puede prever. Y prever, es ver con anticipación, conocer, conjeturar por algunas señales o indicios lo que ha de suceder. De manera que prever equivale a predecir, vaticinar, presentir, pronosticar o adivinar. De donde se deriva que la cualidad de imprevisible, la imprevisibilidad, es la cualidad de no poder ver con anticipación, presentir o pronosticar lo que sucederá después.

Por el contrario, la «imprevisión» es cosa muy distinta, es la falta de previsión o reflexión. Es decir, equivale a descuido, desidia, despreocupación, falta de cuidado, imprudencia, negligencia, omisión.

Y así, en el ámbito de la contratación pública, y en aplicación del mencionado precepto legal, la imprevisibilidad que da lugar a la modificación del contrato, o el reconocimiento de circunstancias que no fueren previsibles, requiere la conjunción de los siguientes requisitos:

a) Que dichas circunstancias sobrevengan a la fecha de iniciación del contrato, de manera que con anterioridad a dicho momento no pudieran anticiparse.

b) Que sean jurídicamente inevitables para el contratista y no obedezcan, o se hayan producido, como consecuencia de imprevisión,



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

negligencia o impericia, en el momento de la redacción del proyecto o en cálculo de los costes del mismo.

Tampoco se precisa que el hecho imprevisible sea un hecho extraordinario, sino que es suficiente el desconocimiento objetivo de su futura producción.

Y desde esta lógica se analiza el criterio fijado que establece que un licitador asuma el impacto económico de una modificación si ésta no supera el diez por ciento del presupuesto de ejecución material. Previsión que se declara manifiestamente ilegal y que, per se, vicia de nulidad de pleno derecho a todo el pliego.

8. Recursos contra modificaciones ilegales.

De especial interés es el Acuerdo 117/2017, que insiste en que el concepto de «decisión» a efectos de recurso que se contempla en las Directivas, es un concepto amplio que no distingue entre la función de su contenido o el momento de su adopción. Hay que estar a una interpretación útil de los principios comunitarios y su implicación en cualquier decisión que tenga impacto sobre las reglas del contrato. Así, será también objeto de recurso la decisión de la entidad adjudicadora de cancelar la licitación para la adjudicación de un contrato público (STJUE de 18 de junio de 2002, *HI Hospital Ingenieure*) o el acto por el que la entidad adjudicadora descarta la oferta de un licitador antes incluso de proceder a la selección de la mejor oferta (STJUE de 19 de junio de 2003, *GAT*). También los modificados ilegales en tanto supongan una nueva adjudicación ilegal (criterio ya admitido por Sentencias del TJUE de 19 junio 2008, *Pressetext*, y de 8 de mayo de 2014, *Idrodinamica Spurgo Velox*), tal y como se recoge ya en la Ley 3/2011,



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

de 24 de febrero, de medidas de Contratos del Sector Público de Aragón. Y también los convenios que cumplan los requisitos de un contrato público, como se señaló en la STJUE de 18 de diciembre de 2007, por la que se condena al Reino de España (*Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia*) al considerar contrario a derecho los convenios suscritos por el Estado con la Sociedad estatal Correos por entender que existe un auténtico contrato y que no ha existido licitación pública (doctrina se recoge en la Sentencia de la Audiencia Nacional de 18 de abril de 2008, al ser una cuestión prejudicial).

Desde esta perspectiva interpretativa, obligada por la jurisprudencia europea, la decisión de modificación contractual, en tanto posible adjudicación ilegal, encaja de forma indubitada en los supuestos legales.

Abunda en esta interpretación la reciente STJUE de 5 de abril de 2017, *Marina del Mediterráneo SL y otros contra Agencia Pública de Puertos de Andalucía*, que ha fijado doctrina sobre el alcance del control en los contratos públicos, afirmando que el tenor literal del artículo 1, apartado 1, de la Directiva de recursos 89/665 implica, por el uso de los términos «en lo relativo a los [procedimientos de adjudicación de los] contratos», que toda decisión de un poder adjudicador al que se apliquen las normas del Derecho de la Unión en materia de contratación pública, y que sea susceptible de infringirlas, estará sujeta al control jurisdiccional previsto en el artículo 2, apartado 1, letras a) y b), de la misma Directiva. Así pues, esta disposición se refiere con carácter general a las decisiones de los poderes adjudicadores, sin distinguir entre ellas en función de su contenido o del momento de su



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

adopción (criterio ya fijado en la Sentencia de 11 de enero de 2005, *Stadt Halle* y *RPL Lochau*, apartado 28 y jurisprudencia citada).

En todo caso, adjudicatario, por su propia condición, no podrá utilizar este recurso especial, pues para él la decisión de «*ius variandi*» de la Administración es inherente a las propias reglas del contrato suscrito. Así lo ha declarado el Acuerdo 3/2013, de 16 de enero de 2013 del TACPA:

«Lo que alega el recurrente es una alteración de las condiciones de «su contrato», cuestión claramente ajena al fundamento y finalidad del recurso especial, en tanto no hay un vicio procedimental en fase de adjudicación sino, insistimos, una controversia «inter partes» sobre la ejecución del contrato, que tiene sus propios mecanismos de resolución, que se concretan en una tramitación especial con intervención del Consejo Consultivo de Aragón (artículo 211.3 TRLCSP) y que concluye con una resolución inmediatamente ejecutiva, que podrá ser impugnada conforme al sistema ordinario de recursos. Por ello, no tiene ningún sentido extender, como pretende el recurrente, el recurso especial de contratación a esta fase de ejecución y la concreción de la potestad de «ius variandi».

II.- EL OBJETO DEL CONTRATO

9. La tipificación del contrato y sus consecuencias.

El TACPA, en los Acuerdos 52 y 55 de 2013, ya advirtió que la tipificación del contrato es una cuestión de orden público procesal que puede ser analizada por el Tribunal para determinar su competencia. Así, la calificación inicial de una prestación como servicio público obliga a su análisis por el Tribunal, para determinar si procede o no la tramitación de un recurso especial. En el Acuerdo 37/2014, de 30 de junio, se insiste en la idea de que la calificación de un contrato como de servicios públicos exige que exista necesariamente transferencia de riesgo



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

operacional, pues de lo contrario, es un contrato de servicios. Interesa destacar la argumentación:

«La doctrina fijada en los referidos Acuerdos, que concilia el marco normativo español con la normativa y jurisprudencia comunitaria, de directa aplicación en nuestro ordenamiento jurídico, determina que para que exista un contrato de concesión (de gestión de servicios públicos) es necesario que se transfiera el riesgo operacional. Es decir, es condición sine qua nom, la transferencia del riesgo al contratista, tal y como se mantiene por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en jurisprudencia consolidada; hecha propia y citada por los órganos consultivos de contratación en España; en especial, para Aragón, la Recomendación 1/2011 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón y el Informe 2/2014, de este mismo órgano consultivo.

Por consiguiente, es preciso comprobar si el prestador asume el riesgo operacional del servicio en cuestión. Si bien este riesgo puede ser ciertamente muy limitado desde el primer momento, la calificación de concesión de servicios exige que la entidad adjudicadora transfiera al concesionario la totalidad o, al menos, una parte significativa del riesgo que corre (en este sentido véase, en particular, la Sentencia TJUE de 10 de marzo de 2011, Asunto C-274/09, Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler).

Para el órgano de contratación existe transferencia de riesgos, al no garantizarse la «plena» ocupación de las instalaciones, ni la percepción de pago alguno por las plazas que no se encuentren ocupadas, lo que, a su juicio, supone que existe un riesgo que habilita la tipificación concesional del contrato. No podemos compartir este criterio. En primer



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

lugar, porque un servicio sanitario como el analizado, difícilmente encaja con modalidades de tipo concesional y transferencia de riesgos, en tanto puede desvirtuarse una prestación esencial y obligatoria contenida en la cartera de servicios del Departamento de Sanidad, Bienestar Social y Familia, máxime cuando ni siquiera hay inversiones iniciales que justifiquen el modelo para una adecuada financiación. Además, y en el caso concreto, no existe transferencia de riesgos, pues ésta exige capacidad de adoptar decisiones de carácter empresarial para captar usuarios, y tal opción viene negada por los propios pliegos, ya que es la Administración sanitaria la que decide cuando se envía a un paciente al centro. Asimismo, como se reconoce en el informe al recurso, en el supuesto de no alcanzarse un mínimo de pacientes (en una escala del 25 por ciento) se garantiza el reequilibrio financiero del contrato, lo que, por sí, implica la laminación del pretendido riesgo operacional. No hay, en consecuencia, transferencia del riesgo operacional al contratista, sino pago de una cantidad fija mensual por la prestación de unos servicios a unos usuarios que el propio Departamento determina.

Idéntico criterio ha sido adoptado por el Tribunal de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid en Resolución 48/2014, de 19 de marzo, por el que se considera contrato de servicios la prestación del Hospital de día psiquiátrico de niños y adolescentes, negando la existencia de riesgo operacional en un contrato de estas características.

Por ello, de acuerdo con la jurisprudencia y con la doctrina ya fijada en los Acuerdos 52 y 55 de 2013 de este Tribunal, se entiende que tal y como está configurado el contrato objeto de recurso, éste debe ser calificado como contrato de servicios».



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Interesa también la doctrina del Acuerdo 62/2017, sobre incorrecta tipificación como contrato de servicios pues el objeto de la prestación —contrato reservado para la ejecución de actuaciones de mejora de la accesibilidad en el viario público municipal por empresas de inserción centros especiales de empleo— es, de forma clara e indubitada, un contrato de obras.

En este Acuerdo se advierte que la caracterización como contrato de obras tiene importantes consecuencias jurídicas a la hora de analizar la legalidad del pliego. Una primera, relativa a la solvencia económica, financiera, profesional y técnica, que debe ser la propia de un contrato de obras. Este Tribunal viene declarando de forma reiterada —entre otros, Acuerdo 18/2012, de 31 de mayo— que las exigencias de capacidad y solvencia se conforman como un requisito o condición *sine qua nom*, vinculada a garantizar la consecución del interés público, que es causa de todo contrato público. De ahí la importancia de su ajustada concreción, pues el carácter desproporcionado de la solvencia que se exija, o la no directa vinculación, pueden ser un elemento de restricción indebida de la competencia y puede suponer una quiebra del principio de igualdad de trato. Y esto es lo que sucede como consecuencia de la indebida calificación del contrato, y la exigencia de niveles no adecuados al tipo contractual. Así sucede, muy especialmente, con la no exigencia de clasificación empresarial al superar cada lote los 500 000 euros, ex artículo 65 TRLCSP, que comporta, también, la nulidad de pleno derecho (artículo 32 b) TRLCSP)

10. La exigencia de lotes como regla general.

El Acuerdo 60/2015 analiza el contenido de los pliegos de una licitación de obra pública, en concreto, las exigencias de solvencia, que



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

entiende la recurrente, limitan indebidamente la concurrencia; y el criterio de adjudicación mediante el que se valoran los medios adicionales ofertados sobre el compromiso de medios materiales mínimo exigido. El TACPA concluye que se exige un compromiso de adscripción de medios materiales confuso o erróneo para los licitadores, al indicar no solo el mínimo exigido (un equipo), sino el máximo por el que se alcanzará valoración (seis equipos). Se advierte también que la dispersión geográfica de los caminos en los que se realizan las actuaciones debería obligar a una licitación con varios lotes, ajustados a la realidad de la prestación.

En este Acuerdo se señala que la exigencia de lotes es la regla general, pues así deriva de las nuevas Directivas de contratación pública de 2014: *«Exigencia que deriva de la correcta aplicación del marco normativo vigente, pues la Directiva 2014/24, ya en vigor (aunque no transpuesta), establece la regla general de licitar en lotes (considerandos 78 y 79 y artículo 46). Y no puede alegarse la no existencia de obligación legal nacional, pues como es conocido, la jurisprudencia del TJUE (STJUE de 18 de diciembre de 1997, Inter Environment Wallonie, y de 4 de julio de 2006, Adeneler) declara que deben aplicarse las Directivas en vigor no transpuestas en tanto no suponga interpretación contra legem. Por ello, la regla clara de la Directiva de 2014, obligaría en este caso a establecer lotes concretos, fijando en cada uno de ellos la solvencia adecuada. Criterio que, con acierto, ha dictaminado y argumentado con precisión el Informe 19/2014, de 17 de diciembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Cataluña».*



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Asimismo, incorpora como parámetro interpretativo la mención de las «banderas rojas»: *«Y esto es lo que sucede con el criterio objeto de análisis, pues evidentemente favorece a «grandes» operadores económicos, con capacidad de adscribir ese importante número de equipos, por lo que su directa aplicación comporta un indebido cierre del mercado. Conclusión que se constata al ser solo una empresa la que ha presentado oferta a la licitación, lo que es un indicio claro —a modo de las denominadas por la Comisión Europea «banderas rojas»—, de indebida tramitación del procedimiento y de quiebra del principio de eficiencia, al no existir concurrencia de ofertas que permita una adecuada economía de escala. Sorprende, además, que una única empresa haya acudido al procedimiento cuando, solo en Aragón, son 43 las mercantiles clasificadas en el Grupo, subgrupo y categoría exigidos».*

III.- VALORACIÓN Y ACREDITACIÓN DE SOLVENCIA

11.Sobre la valoración de solvencia. Actuaciones de la Mesa de contratación.

Las exigencias de capacidad y solvencia se conforman como un requisito o condición *sine qua nom*, cuyo incumplimiento justifica la exclusión del licitador. Y ello para garantizar la consecución del interés público, que es causa de todo contrato público. De ahí la importancia de su ajustada concreción, pues el carácter desproporcionado de la solvencia que se exija, o la no directa vinculación, pueden ser un elemento de restricción indebida de la competencia.

El Acuerdo TACPA 18/2012, de 31 de mayo, determina la finalidad de la solvencia y los efectos que tiene su no acreditación, recordando que:



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

«Con carácter previo al análisis de estas cuestiones, este Tribunal quiere recordar que la normativa de contratación pública exige para poder contratar con los distintos poderes adjudicadores el cumplimiento previo de los requisitos de capacidad y de solvencia, en sus distintas vertientes económica, técnica y profesional-empresarial, con el objetivo de garantizar la idoneidad del licitador para la ejecución de la prestación demandada. Estas exigencias de capacidad y solvencia se conforman como un requisito o condición «sine qua nom», cuyo no cumplimiento justifica la exclusión del licitador. Y ello para garantizar el adecuado cumplimiento del interés público que es causa de todo contrato público».

Un aspecto concreto de interés en relación a la solvencia es analizado por el TACPA en su Acuerdo 21/2012, de 21 de junio, tanto en lo relacionado con la actuación de la Mesa en trámite de subsanación, como en la concreción de la valoración de la solvencia económica-financiera. En lo primero, este Acuerdo, realizando una interpretación funcional no restrictiva a la admisión, afirma que:

«Sentado que la Mesa de contratación debe dar siempre al licitador la oportunidad de subsanar los defectos que presente su documentación, es necesario señalar que este Tribunal no comparte, en relación con la subsanación de la documentación administrativa, la afirmación del Consorcio de que la posibilidad de subsanar los defectos documentales de una proposición no permite que el licitador aporte documentación, que existiendo y obrando en su poder en el momento de formular su oferta, sin embargo no fue incorporada a su proposición de manera voluntaria. Al contrario, el trámite de subsanación de la documentación administrativa permite que el licitador aporte todos los documentos que pueden acreditar que cumplía con los requisitos que le resultaban exigibles y, en lo que afecta al procedimiento objeto de este recurso, si la Mesa hubiera puesto de manifiesto claramente a la UTE que consideraba que no había quedado acreditado el cumplimiento del volumen de negocio exigido, dada la interpretación restrictiva del contenido del PCAP que realiza la Mesa y cuyo análisis será objeto de otra consideración, la UTE lógicamente habría aportado la



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

documentación acreditativa del segundo contrato, lo que le habría permitido ser admitida a licitación».

En cuanto a cómo valorar la solvencia financiera, anulando la exclusión por desproporcionalidad, indica que:

«Pues bien, la exigencia de solvencia económica y financiera, en cuanto aptitud para contratar, debe predicarse del objeto del contrato en su totalidad, y no sólo de una de las prestaciones que se incluyen en el mismo. Y, además, se debe fijar y exigir su acreditación conforme a los principios de proporcionalidad y coherencia con el contenido de las prestaciones que constituyen el objeto del contrato. Sin que la Mesa pueda apartarse de dichos principios a la hora de valorar su acreditación».

En esta cuestión de solvencia conviene destacar la doctrina fijada en el Acuerdo 09/2013, de 18 de febrero (impugnación pliegos concesión del transporte urbano de Zaragoza). Como es sabido, corresponde al órgano de contratación determinar los medios y documentos, de entre los previstos en los artículos 75 a 79 del TRLCSP, para acreditar la solvencia y los requisitos que se van a exigir, debiendo estar vinculados a su objeto y ser proporcionales al mismo. Podrán exigirse uno, diversos, o todos los medios de acreditación. El órgano de contratación deberá considerar qué medios permiten valorar adecuadamente la solvencia económica y técnica o profesional de las empresas licitadoras. En general, será conveniente establecer diversos criterios, con carácter complementario, para tener una visión más amplia de la capacidad de la empresa y permitir que exista una concurrencia empresarial suficiente. Todos estos criterios pretenden comprobar los aspectos económicos y técnicos generales de la empresa que se consideren suficientes para ejecutar contratos de un determinado tipo, y/o los medios materiales y/o humanos con que cuenta la mencionada empresa para la ejecución del contrato en particular que se licita.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

La reciente sentencia del TJUE, de 18 de octubre de 2012, afirma al respecto lo siguiente:

«Para la elección de estos elementos, el artículo 47 de la Directiva 2004/18 deja un margen bastante amplio a las entidades adjudicadoras. En contra de lo que dispone el artículo 48 de la misma Directiva, que, en relación con las capacidades técnicas y profesionales, establece un sistema cerrado que limita las opciones de evaluación y de verificación con que cuentan dichos poderes y, por lo tanto, su posibilidad de formular exigencias (véase, en lo que respecta a disposiciones análogas de directivas anteriores a la Directiva 2004/18, la sentencia de 10 de febrero de 1982, Transporoute et travaux, 76/81, Rec. p. 417, apartados 8 a 10 y 15), el apartado 4 del citado artículo 47 autoriza expresamente a las entidades adjudicadoras a elegir las referencias probatorias que deben aportar los candidatos o licitadores para justificar su capacidad económica y financiera. Dado que el artículo 44, apartado 2, de la Directiva 2004/18 se refiere a dicho artículo 47, existe la misma libertad de elección por lo que se refiere a los niveles mínimos de capacidad económica y financiera.

29 No obstante, esta libertad no es ilimitada. Conforme al artículo 44, apartado 2, párrafo segundo, de la Directiva 2004/18, el nivel mínimo de capacidad debe estar vinculado y ser proporcional al objeto del contrato. Por consiguiente, el elemento o los elementos del balance elegidos por la entidad adjudicadora para formular el nivel mínimo de capacidad económica y financiera deben ser objetivamente apropiados para informar sobre la concurrencia de dicha capacidad en el operador económico y este nivel debe adaptarse a la importancia del contrato en cuestión, de manera que constituya objetivamente un indicio positivo de la existencia de una base económica y financiera suficiente para la ejecución del contrato, sin ir más allá de lo razonablemente necesario a este respecto».

Criterios que el TACPA considera cumplidos en la mencionada licitación afirmando que:

«Y el criterio exigido de tres años de experiencia en explotación de contratos de gestión de servicios públicos, para un contrato



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

tan complejo como el de explotación mediante concesión del transporte regular de viajeros en la ciudad de Zaragoza, resulta razonable y justificado desde la óptica de la correcta prestación de los servicios públicos esenciales a los ciudadanos, sin que se observe, ni se pueda suponer, desproporción en las exigencias contenidas al respecto.

Igualmente resulta razonable el criterio de solvencia financiera exigida, homologable con la práctica habitual en contratos de estas características u análogos, que pretenden justificar indicios suficientes sobre la adecuada base económica y financiera para la explotación de un contrato de esta naturaleza, pues el riesgo inherente a su explotación, aconseja exigencias prudentes como las que contiene el PCAP.

Por otra parte, el hecho de haber sido un empleado o trabajador de una empresa adjudicataria de un contrato de esta naturaleza no sirve, por sí mismo, para acreditar el cumplimiento de la solvencia, pues ésta se proyecta sobre la planificación y dirección estratégica del contrato, en tanto, como hemos dicho, existen riesgos de explotación que se asumen por el concesionario, y que exigen, amén de una solvencia financiera adecuada (máxime en un contrato de valor estimado superior a los 815 millones de euros), una experiencia previa en la gestión integral de este tipo de negocios o análogos. Nada impide además, a los ahora recurrentes, utilizar otras fórmulas organizativas para poder concurrir como operador económico al contrato en cuestión, por lo que no se observa quiebra del principio de concurrencia».

La exigencia de forma jurídica societaria que se impone al adjudicatario —y más en concreto, el compromiso de constituir una futura sociedad titular de la concesión— es otro de los motivos del recurso. Es esta una cuestión que ya fue analizada en nuestro Acuerdo 18/2011, de 29 de julio, donde se afirmaba lo siguiente:

«El hecho de que esta posibilidad se recoja en el artículo 46. 2 LCSP bajo la rúbrica «Normas especiales de capacidad» no puede suponer dejar de aplicar las reglas generales de capacidad y solvencia contenidas en el Libro I, Título II, capítulo II de la LCSP, en lo que no se opongan a la norma especial. En este



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

sentido es incuestionable, en contra de los que sostiene la recurrente, que la Ley exige, en la lógica del propio contrato de concesión de obra pública y sus especialidades, que los licitadores sean empresas, personas físicas o jurídicas, que cuenten con la habilitación empresarial o profesional exigible a los empresarios que quieran contratar con el sector público, como expresamente exige el artículo 46 LCSP. Por ello no son aplicables en la contratación pública las reglas de capacidad del Código Civil, como pretende la recurrente».

En este Acuerdo, el TACPA destaca que el recurrente confunde la posibilidad que el TRLCSP ofrece de conformar una forma jurídica *ad hoc* independiente tras la adjudicación, y la opción de integración de solvencia con medios externos (ex artículo 63 TRLCSP), con la obligación de que, en todo caso, se cumplan en estas fórmulas organizativas las reglas de capacidad y solvencia, pues solo así se garantiza la idoneidad del eventual adjudicatario del contrato y el correcto funcionamiento de la comparación de ofertas para decidir la económicamente más ventajosa. Nada impide, en consecuencia, a los recurrentes presentar su proposición, siendo la exigencia de forma jurídica tras la adjudicación un instrumento para preservar, ante cualquier incidencia en contratos de esta naturaleza, el correcto cumplimiento de los mismos.

12. Compromiso de adscripción de medios, su relación con la solvencia y forma de acreditación.

El Acuerdo 42/2013, de 7 de agosto, se refiere a la doctrina del Tribunal sobre el compromiso de adscripción de medios y su acreditación.

Se comienza afirmando que el compromiso de adscripción de medios personales y/o materiales se configura en el artículo 64 TRLCSP como un «plus de solvencia», una obligación adicional —de posible exigencia por



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

el órgano de contratación— de proporcionar unos medios concretos, de entre aquéllos que sirven para declarar a un licitador idóneo para contratar con la Administración.

Es doctrina reiterada de este Tribunal desde su Acuerdo 1/2011, que el artículo 1 TRLCSP establece como uno de su fines, el de garantizar el principio de *«no discriminación e igualdad de trato de los candidatos»*. En el mismo sentido, el artículo 139 TRLCSP, al referirse de modo concreto a los procedimientos de adjudicación, dispone que *«los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación al principio de transparencia»*.

De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, se desprende que el respeto del principio de igualdad de trato implica, no sólo la fijación de condiciones no discriminatorias para acceder a una actividad económica, sino también que las autoridades públicas adopten las medidas necesarias para garantizar el ejercicio de dicha actividad. Principio de igualdad de trato, que es la piedra angular sobre la que descansan las Directivas relativas a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos, tal y como ponen de relieve las Sentencias del TJCE de 12 de diciembre de 2002, *Universale-Bau* y otro, y de 19 de junio de 2003, *GAT*.

La aplicación de este principio, en la fase de solvencia, es de gran importancia práctica. Y es que, lo que se pretende a la hora de valorar la aptitud de un contratista —u operador económico, en la terminología de la Directiva 2004/18—, es determinar la auténtica capacidad para hacer efectiva, en las condiciones pactadas, la prestación en cuestión que se demanda por el ente contratante, por cuanto lo importante, en



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

la contratación pública, es la correcta ejecución del contrato adjudicado. En consecuencia, para contratar con los poderes adjudicadores, que deben aplicar el TRLCSP, los contratistas deben cumplir una serie de requisitos previos que hacen referencia a la capacidad de obrar, la solvencia económica y financiera y la solvencia técnica; debiendo estar únicamente, en cuanto a restricciones, a lo dispuesto por la normativa comunitaria, sin que puedan exigirse requisitos o medios de acreditación distintos de los previstos en aquélla.

Conforme al artículo 62 TRLCSP, los empresarios deben acreditar unas determinadas condiciones de solvencia económica y financiera y profesional o técnica, debiendo estar vinculadas a su objeto y ser proporcionales al mismo. Por su parte, el compromiso de adscripción de medios personales y/o materiales se configura en el artículo 64 TRLCSP, como hemos mantenido, como un «plus de solvencia», una obligación adicional —de posible exigencia por el órgano de contratación— de proporcionar unos medios concretos, de entre aquéllos que sirven para declarar a un licitador idóneo para contratar con la Administración.

A estos medios complementarios deben serles de aplicación los criterios generales que rigen el establecimiento de los medios para acreditar la solvencia. Esto es, que estén previstos expresamente en los pliegos, que guarden relación con el objeto del contrato, que, en ningún caso, dichos criterios puedan producir efectos discriminatorios, y que se respete el principio de proporcionalidad, de forma que no deberán exigirse requisitos de solvencia que no observen la adecuada proporción con la complejidad técnica del contrato y con su dimensión económica. Ni requisitos que, por su aplicación práctica, alteren de hecho la solvencia mínima exigida, desnaturalizando el propio



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

procedimiento de licitación elegido. La adscripción de medios es, en suma, un complemento de cara a la efectiva disponibilidad de la solvencia requerida por el órgano de contratación al diseñar el objeto del contrato, y no una técnica adicional de restricción de la solvencia previamente elegida y exigida, tal y como previene el artículo 62 TRLCSP.

En dicho Acuerdo, y tal como mantiene el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, se dispone que solamente el cumplimiento de los requisitos de solvencia previstos en el artículo 62 del TRLCSP o, en su caso, la clasificación, pueden ser considerados como requisitos de admisión, pero no la concreción del compromiso de adscripción de los medios personales o materiales del artículo 64.2 TRLCSP. Así señala en su Resolución 174/2012, de 8 de agosto, que:

«Esta concreción de las condiciones de solvencia que se prevé en el artículo 64 del TRLCSP no puede confundirse con la solvencia profesional o técnica contemplada en el artículo 62 del Texto Refundido. En este último artículo se contempla la solvencia como un requisito de admisión, es decir, como un requisito de carácter eliminatorio, no valorativo, en el sentido de que quienes no cumplan los requisitos exigidos en el pliego serán excluidos de la licitación. En cambio, el artículo 64 del TRLCSP sólo exige que los licitadores presenten un compromiso de adscripción a la ejecución del contrato de determinados medios materiales o personales, cuya materialización sólo debe exigirse al licitador que resulte adjudicatario del contrato. Es en este momento de la adjudicación cuando el órgano de contratación puede exigir al adjudicatario que acredite que realmente cuenta con los medios materiales o personales que se comprometió a adscribir a la ejecución del contrato.... Este Tribunal entiende que este último párrafo debe ser interpretado en el verdadero sentido que deriva de la naturaleza del requisito exigido: es decir que debe bastar, para admitir a licitación una determinada proposición, con que se incorpore a la misma el compromiso de adscripción de medios. De ello se deduce que el órgano de contratación debe admitir a



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

todos los licitadores que simplemente se comprometan a adscribir a la obra los medios personales previstos en el apartado 7 de la cláusula 5ª, exigiéndose la acreditación de contar con el equipo humano únicamente al licitador que resulte adjudicatario. Solamente por tanto, el cumplimiento de los requisitos de solvencia previstos en el artículo 62 TRLCSP o, en su caso, la clasificación en el grupo, subgrupos y categorías adecuadas, pueden ser considerados como requisitos de admisión, pero no el compromiso de adscripción al que se refiere el apartado 7».

Sentada la distinción entre el compromiso de adscripción de medios y los requisitos de solvencia, en dicho Acuerdo se entra en la valoración de la documentación requerida, y los efectos que se derivan de su no presentación o presentación inadecuada, aspecto sobre el que este Tribunal advertía que dicho trámite administrativo debe realizarse atendiendo a los distintos principios jurídicos en juego y, en especial, el de igualdad de trato y el de proporcionalidad, con el efecto de no convertirlo en un trámite de «exclusión».

Se acaba estimando el recurso por entender que solamente se le puede exigir a la UTE que acredite que cuenta con los medios personales a los que se refiere el compromiso de adscripción de medios si resulta adjudicataria del contrato, por lo que para su admisión a la licitación basta con la mera aportación del compromiso, en este caso en concreto mediante certificación de la empresa licitadora.

13. Solvencia y recursos ajenos

El Acuerdo 118/2017 analiza el concepto funcional de operador económico y recuerda que, según jurisprudencia europea reiterada, las Directivas sobre contratos públicos no exigen que la persona que celebra un contrato con una entidad adjudicadora sea capaz de realizar directamente la prestación pactada con sus propios recursos



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

para que pueda recibir la calificación de contratista de un contrato público de obras (en este sentido, las sentencias de 14 de abril de 1994, Ballast Nedam Groep, C-389/1992, apartado 13, y de 2 de diciembre de 1999, Holst Italia, C-176/1998, apartado 26). Esto explica, por ejemplo, que se haya admitido que un operador económico que forme parte de un grupo empresarial pueda utilizar la capacidad económica, financiera o técnica de otras sociedades del grupo en apoyo de su solicitud de inscripción y de constatación de solvencia adecuada suficiente (criterio confirmado por la Sentencia TJUE de 10 de octubre de 2013, Swm Costruzioni 2 SpA, asunto C-94/12).

En este contexto, debe destacarse la previsión del artículo 63 TRLCSP, que es la trasposición del artículo 48.3 de la Directiva 2004/18/CE de contratos públicos, que permite la integración de la solvencia con medios externos a la propia empresa licitadora (lo que viene a posibilitar que en fase de solvencia se concrete el nivel de «subcontratación» para la ejecución de un contrato) y que conforman el concepto funcional de operador económico. Este precepto legal permite que, para acreditar y completar su solvencia, los licitadores puedan basarse en la solvencia de otras empresas, independientemente de la naturaleza jurídica de los vínculos que tengan con ellas (en el supuesto de personas jurídicas dominantes de un grupo de sociedades se podrán tener en cuenta las sociedades pertenecientes al grupo, siempre y cuando aquéllas acrediten que tienen efectivamente a su disposición los medios, pertenecientes a dichas sociedades, necesarios para la ejecución de los contratos). Se trata de un derecho de los potenciales licitadores que ni tiene que ser previsto, ni puede ser limitado mediante el pliego de la licitación. Y que no se limita, en modo alguno, a empresas de un mismo grupo empresarial.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Esta opción, amén de conforme con el Derecho europeo (tanto la Directiva 2004/18, como la Directiva 2014/24), encuentra su apoyo directo en la doctrina del TJUE, en concreto, en su sentencia de 2 de diciembre de 1999, *Holst Italia*, al afirmar que: «La Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, debe interpretarse en el sentido de que permite que, para probar que reúne los requisitos económicos, financieros y técnicos para participar en un procedimiento de licitación con el fin de celebrar un contrato público de servicios, un prestador se refiera a las capacidades de otras entidades, cualquiera que sea la naturaleza jurídica de sus vínculos con ellas, siempre que pueda probar que puede efectivamente disponer de los medios de esas entidades necesarios para la ejecución del contrato».

En esta línea merece ser destacada la STJUE de 18 de marzo de 2004 (*Siemens AG*) en la que se concluye lo siguiente: «A este respecto, debe recordarse que la Directiva 92/50, cuyo objeto es eliminar los obstáculos a la libre circulación de servicios con motivo de la adjudicación de contratos públicos de servicios, prevé expresamente, en su artículo 25, la posibilidad de que el licitador subcontrate a terceros una parte del contrato, ya que esta norma dispone que la entidad adjudicadora podrá exigir al licitador que mencione en su oferta la parte de dicho contrato que se proponga subcontratar. Además, en cuanto a los criterios de selección cualitativa, el artículo 32, apartado 2, letras c) y h), de dicha Directiva establece expresamente la posibilidad de justificar la capacidad técnica del prestador de servicios mediante la descripción del equipo técnico o de los organismos técnicos, estén o no integrados en la empresa del prestatario, de los que éste disponga para la



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

realización del servicio, o incluso mediante la indicación de la parte del contrato que, en su caso, se proponga subcontratar.

Como declaró el Tribunal de Justicia en los apartados 26 y 27 de la sentencia *Holst Italia*, antes citada, tanto del objeto como del tenor de dichas disposiciones se deduce que nadie puede ser excluido de un procedimiento de adjudicación de un contrato público de servicios por el mero hecho de que, para la ejecución del contrato, proyecte emplear medios que no le pertenecen, sino que son propiedad de una o varias entidades distintas de él. Ello implica que es posible que un prestador que, de por sí, no cumple los requisitos mínimos exigidos para participar en el procedimiento de adjudicación de un contrato público de servicios invoque ante la entidad adjudicadora las capacidades de terceros a los que tiene previsto recurrir si se le adjudica el contrato.

No obstante, según el Tribunal de Justicia corresponde al prestador que pretenda referirse a las capacidades de organismos o empresas a los que esté unido por vínculos directos o indirectos, con el fin de que se admita su participación en un procedimiento de licitación, acreditar que dispone efectivamente de los medios de tales organismos o empresas que no son de su propiedad y que son necesarios para la ejecución del contrato (sentencia *Holst Italia*, antes citada, apartado 29)».

En todo caso, la integración de la solvencia en este tipo de contratos de servicios, necesariamente requiere acreditar, como se ha indicado anteriormente, que dispone efectivamente de los medios necesarios para el cumplimiento del contrato, acreditación que en el presente caso viene dada por la pertenencia al grupo empresarial a la que se ha añadido el compromiso obrante en el expediente y aportado en el plazo de los diez días hábiles concedidos en el trámite del artículo 151.2



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

del TRLCSP de ambas empresas dominadas por AMBUNOVA de cesión de su solvencia técnica al amparo del artículo 63 del TRLCSP.

En consecuencia debe estimarse el recurso considerando acreditada la solvencia requerida mediante la integración de los medios propios de las empresas pertenecientes al grupo empresarial de AMBUNOVA, lo que permite tener en cuenta el importe de los servicios prestados por estas empresa en los últimos cinco años, para alcanzar así la cifra de la anualidad media del presupuesto de licitación requerida por el anexo II del PCAP.

14. Conflictos de interés y prohibición de contratar.

El Acuerdo 108/2016 hace un análisis de la figura del conflicto de intereses y de su régimen jurídico, ausente en el TRLCSP, por lo que es necesario acudir al Derecho europeo; y examina, si el Presidente del Consejo de Administración de la Sociedad pública autonómica es un puesto de carácter directivo, que ejerce funciones ejecutivas del máximo nivel, equiparables, según la ley a los supuestos de relaciones laborales especiales de alta dirección, al personal directivo de la Administración Pública, o a los consejeros delegados de las sociedades mercantiles, lo que determinaría la efectiva existencia de una prohibición de contratar.

La definición que hace el EBEP de quiénes tienen la consideración de directivos públicos es un tanto ambigua, pues nos dice que son directivos públicos quienes desarrollen funciones directivas profesionales en las administraciones públicas, *«definidas como tales en las normas específicas de cada Administración»*. La identificación de cuáles sean esas funciones directivas se reenvía a lo que determinen las normas específicas de la administración pública. Dicho de otro modo: ante la



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

dificultad de definir lo que sean esas funciones directivas, se aboga porque sean las normas específicas de cada administración las que concreten cuáles son esos órganos cuyos titulares han de tener la consideración de directivos públicos y sobre todo qué funciones tendrán.

No necesariamente los Consejeros o el Presidente del consejo, tienen carácter ejecutivo. Ni tampoco tienen porque realizar funciones ejecutivas del máximo nivel que impliquen la existencia de un conflicto de intereses. Al Presidente del consejo de administración, se le podrán delegar todas las facultades de éste que estén previstas estatutariamente, excepto la rendición de cuentas, la presentación de balances a la junta general y las facultades que ésta conceda al consejo. Pero, es importante tener en cuenta que por el hecho de ser Presidente del consejo de administración, únicamente tiene encomendadas las funciones de convocar el consejo, dirigir las sesiones, firmar las actas y ser el presidente de la junta general, salvo que en los estatutos se prevea otra cosa.

De hecho, desde la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo, en las formas complejas de administración (consejo de administración), lo único que resulta inherente al cargo de consejero (ordinario) es la función de deliberación o supervisión, mientras que la función ejecutiva se vincula a la delegación de facultades (funciones) del artículo 249 LSC, es decir, a que se atribuya expresamente esa función por delegación orgánica o por cualquier otro título ejecutivo.

Como consecuencia de ello el consejero ejecutivo se encuentra unido a la sociedad por una doble relación: una relación de «administración



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

ordinaria» como consejero (en cuanto tal) y otra relación adicional de «administración derivada» como consejero ejecutivo. Esta doble relación, posibilita dos clases de remuneraciones: a) la remuneración de la función deliberativa y de supervisión y control, como consejero ordinario; y b) la remuneración de la función ejecutiva (gestión ordinaria) como consejero ejecutivo. Por tanto, en caso de existencia de un consejo de administración, la retribución de la función deliberativa y de supervisión y control, como es inherente al cargo de consejero, debe situarse en el artículo 217 LSC. Sin embargo, la retribución de la función ejecutiva, como no es inherente al cargo, no debe residenciarse en el artículo 217 LSC y por tanto, no debe quedar sometida a la exigencia de cobertura estatutaria debiendo situarse en sede de la delegación de facultades o funciones, del artículo 249 LSC.

Y son a estos consejeros ejecutivos, que desarrollan un puesto de carácter directivo, y que ejercen funciones ejecutivas del máximo nivel, a quienes debe extenderse la aplicación de las mismas incompatibilidades que para los altos cargos, de acuerdo con la Ley 4/2012, de 26 de abril, de medidas urgentes de racionalización del sector público empresarial, de las Cortes de Aragón.

En todo caso, el recurrente niega que ejerza, ni se le hayan atribuido, funciones ejecutivas por parte de la Sociedad, ni que tenga poderes de representación, ejecutivos ni de ninguna otra clase de la sociedad pública autonómica. Y el desempeño de unas funciones que acarrearán entre sus efectos jurídicos la prohibición de contratar, no pueden presumirse de la simple lectura de los estatutos de la sociedad. Deben acreditarse formalmente, y a la vista de las mismas, determinarse si existe o no un conflicto de intereses, para su participación en la



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

licitación del acuerdo marco de homologación de suministro de vehículos con destino a la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón y a los restantes Entes Adheridos del Sector Público Autonómico y Local.

De todo lo expuesto, en el Acuerdo se declara que no se ha acreditado la existencia de conflicto de intereses. Ni mucho menos, que la única solución posible ante al mismo sea la declaración de prohibición de contratar.

IV.- LA MESA DE CONTRATACIÓN Y ACTUACIÓN EXIGIBLE A LA MISMA.

15. Funciones de la Mesa de contratación.

En el Acuerdo 43/2013, de 7 de agosto, el TACPA realiza una reflexión sobre las funciones de la Mesa de contratación. 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 RPLCSP).

Y así, afirma el Tribunal Supremo —en su Sentencia de 7 de mayo de 1987—, que 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, y no puede limitar su función a recibir informes de manera



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

acrítica —como se advierte en la STS de 28 de noviembre de 2012—; pues en la medida en que la propuesta de adjudicación, elevada al órgano de contratación, se apoye en informes que no proporcionen las garantías suficiente de objetividad, la adjudicación quedará viciada. Y, en tales casos, procederá la retroacción de las actuaciones, y la emisión de nuevos informes, ajustados al pliego de condiciones y con el grado de motivación exigible, por los técnicos que se estimen convenientes, pero que respeten los criterios expuestos.

16. La propuesta económica y su forma.

En cuanto a la forma de la propuesta económica en el Acuerdo 20/2013 recuerda que la oferta económica está sujeta a dos requisitos, uno material, puesto que no puede exceder del presupuesto base de licitación, y otro formal, ya que debe atenderse al modelo establecido en los pliegos sin introducir en él variaciones sustanciales.

Las proposiciones que no respeten estos requisitos deben ser rechazadas por la Mesa en resolución motivada, según dispone el artículo 84 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP) cuando señala: *«Si alguna proposición no guardase concordancia con la documentación examinada y admitida, excediese del presupuesto base de licitación, variara sustancialmente el modelo establecido, o comportase error manifiesto en el importe de la proposición, o existiese reconocimiento por parte del licitador de que adolece de error o inconsistencia que la hagan inviable, será desechada por la mesa, en resolución motivada. Por el contrario, el cambio u omisión de algunas palabras del modelo, con tal que lo uno o la otra no alteren su sentido, no será causa bastante para el rechazo de la proposición»*. Además, el artículo 67 del



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

RGLCAP, determina en su apartado 2 h) que los Pliegos de cláusulas administrativas particulares deberán contener *«los documentos a presentar por los licitadores, así como la forma y contenido de las proposiciones»*. Forma y contenido son determinaciones de obligado cumplimiento para todos los licitadores.

Ahora bien, en el caso objeto de recurso la Mesa, pese a la diferencia de forma, consideró que el licitador había incluido el precio de manera suficiente, y entendió que no le ofrecía duda razonable alguna, la certeza y suficiencia de la proposición económica del licitador. De manera que la oferta del licitador, si bien no se ajustaba al modelo establecido en el PCAP, sí reunía la información clara y suficientemente precisa para que la Mesa conociera, de forma indubitada, cual era la propuesta de la empresa. En este sentido se manifestaba el Informe de la Secretaría del Ayuntamiento, que acompaña al expediente remitido por el órgano de contratación, cuando afirmaba que la *«Mesa de Contratación no realizó ninguna «estimación» sobre el precio sino que en la documentación adjunta al modelo de proposición constaba el desglose con la expresión anual»*.

Además, indica el Tribunal, hay que tener en cuenta, que el sistema de determinación del precio de la licitación lo era por precios unitarios de cada actividad deportiva, como se recoge en la cláusula IV del PCAP y en el modelo de proposición económica contenido en la cláusula V.2.4 del mismo. Son estos precios unitarios los que se consideran para la valoración de la oferta económica (cláusula VI del PCAP) y los que desglosan adecuadamente todos los licitadores en sus propuestas, lo que hace irrelevante jurídicamente la diferencia de forma de la proposición del licitador.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

En todo caso —y conviene recordarlo pues es doctrina consolidada de este Tribunal y de otros órganos administrativos de resolución de recursos en materia de contratación—, no es posible excluir una proposición de tales características, como la del objeto del recurso, sin solicitar aclaraciones. Pues, como sienta la Sentencia del Tribunal de Justicia Europeo de 10 de diciembre de 2009, Caso Antwerpse Bouwwerken NV contra Comisión Europea (STJE 2009\386) es contrario, en principio, a las exigencias de una buena administración que un comité de evaluación desestime las ofertas sin ejercer su facultad de solicitar aclaraciones. *«Ello sucede, en particular, cuando la formulación de la oferta y las circunstancias del asunto, conocidas por la Comisión, indican que probablemente la ambigüedad puede explicarse de modo simple y disiparse fácilmente. En tal caso, reconocerle, en tales circunstancias, una facultad discrecional absoluta sería contrario al principio de igualdad de trato (véase, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 27 de septiembre de 2002 [TJCE 2002, 383], Tideland Signal/Comisión, T-211/02, Rec. p. II-3781, apartados 37 y 38)»*. Pues, la solicitud y admisión de una aclaración de la oferta económica no solo no supone una quiebra del principio de igualdad de trato a los licitadores del procedimiento, sino que constituye una exigencia derivada de los principios de buena fe administrativa y proporcionalidad. Y así se recoge en el artículo 9 de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón.

17. Alcance de la denominada discrecionalidad técnica de la Administración.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

El TACPA en el Acuerdo 98/2015, asume la doctrina más reciente del Tribunal Supremo en relación con el alcance de la denominada discrecionalidad técnica, en la que se ha llegado a afirmar que en procesos selectivos de personal —prototipo de la discrecionalidad técnica— la valoración de los méritos y capacidad de un opositor ya no es campo vedado a los Tribunales de Justicia, ni la opinión del órgano calificador goza de la presunción de infalibilidad (STS 31 de julio de 2014 en los Recursos de casación 2001/2013). Sobre esta cuestión resulta paradigmática la Sentencia de 24 de septiembre de 2014 (Recurso Casación 1375/2013), pues da cuenta de la evolución jurisprudencial del alto Tribunal en esta materia y fija las condiciones y límites de la discrecionalidad técnica —doctrina que se asume también en la STS de 16 de Diciembre de 2014 (Recurso de casación 3157/2013)—.

Esa jurisprudencia, procedente de este Tribunal Supremo (TS) y del Tribunal Constitucional (TC), está caracterizada por el permanente esfuerzo de ampliar al máximo y perfeccionar el control jurisdiccional previsto constitucionalmente frente a toda actuación administrativa (artículo 106.1 CE (RCL 1978, 2836)), y sus líneas maestras e hitos evolutivos se pueden resumir en lo que sigue:

1.- La legitimidad de lo que doctrinalmente se conoce como discrecionalidad técnica fue objeto de reconocimiento por la STC 39/1983, de 16 de mayo SIC (RTC 1983, 39), que justificó y explicó su alcance respecto al control jurisdiccional con esta declaración:

«Pero no puede olvidarse tampoco que ese control puede encontrar en algunos casos límites determinados. Así ocurre en cuestiones que han de resolverse por un juicio fundado en elementos de carácter exclusivamente técnico, que sólo puede ser formulado por un órgano especializado de la Administración y que en sí mismo escapa por su



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

propia naturaleza al control jurídico, que es el único que pueden ejercer los órganos jurisdiccionales, y que, naturalmente, deberán ejercerlo en la medida en que el juicio afecte al marco legal en que se encuadra, es decir, sobre las cuestiones de legalidad, (...)).

2.- La jurisprudencia inicial de esta Sala, desde el mismo momento del reconocimiento de esa discrecionalidad técnica, ya se preocupó en señalar unos límites para la misma, que vinieron a consistir en la aplicación también a ella de las técnicas de control que significan los elementos reglados, los hechos determinantes y los principios generales del derecho. Así lo hizo la STS de 5 de octubre de 1989 (RJ 1989, 6848), que se expresa así:

«Los órganos administrativos a quienes corresponde la valoración de las pruebas de acceso a la función pública gozan de un cierto margen de discrecionalidad en la apreciación de las pruebas, que incluso merece la calificación de técnica no revisable jurisdiccionalmente en lo que se refiere a los juicios que la Administración emita acerca de la apreciación de los méritos aportados o ejercicios realizados, pero ello no excluye el que los Tribunales puedan controlar la concurrencia de los límites generales jurídicamente impuestos a la actividad discrecional no técnica de la Administración que se refieren a la competencia del órgano, procedimiento, hechos determinantes, adecuación al fin perseguido y al juego de los principios generales del derecho, entre los que, en estos casos, cobran especial interés los de mérito y capacidad expresamente señalados al efecto por el artículo 103 CE (RCL 1978, 2836).»

3.- La evolución jurisprudencial posterior, en aras de perfeccionar el control jurisdiccional y definir los espacios donde este control puede operar con normalidad, completó y aclaró esos límites inicialmente enunciados mediante la distinción, dentro de la actuación de valoración técnica, entre el «núcleo material de la decisión» y sus «aledaños».



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

El primero estaría representado por el estricto dictamen o juicio de valor técnico, y los segundos (los aledaños) comprenderían, de un lado, las actividades preparatorias o instrumentales que rodean a ese estricto juicio técnico para hacerlo posible y, de otro, las pautas jurídicas que también son exigibles a dichas actividades.

Esas actividades preparatorias o instrumentales serían las encaminadas a delimitar la materia que vaya a ser objeto de ese juicio técnico, a fijar los criterios de calificación que vayan a ser utilizados y a aplicar individualizadamente dichos criterios a cada uno de los elementos materiales que constituyan el objeto de la valoración; esto es, serían los pasos que resultan necesarios para llegar a la estimación cualitativa finalmente contenida en el estricto juicio técnico.

Y esas pautas jurídicas estarían encarnadas por el derecho a la igualdad de condiciones que asiste a todos los aspirantes, por la necesidad de que el criterio de calificación responda a los principios de mérito y capacidad y por el obligado cumplimiento también del mandato constitucional de interdicción de la arbitrariedad.

4.- Un punto más en esa línea evolutiva de la jurisprudencia lo representa la necesidad de motivar el juicio técnico.

Como ya se ha puesto de manifiesto, uno de los aledaños de ese juicio técnico está representado por la obligación de cumplir el mandato constitucional (artículo 9.3 CE) de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos y, en el criterio de este Tribunal Supremo, ese cumplimiento conlleva la necesidad de motivar el juicio cuando así sea solicitado por algún aspirante o cuando sea objeto de impugnación.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Así se expresa STS de 10 de mayo de 2007 (RJ 2007, 5833), recurso 545/2002:

«(...) Tiene razón el recurso de casación en que la sentencia de instancia no enjuició correctamente la cuestión de fondo que le fue suscitada y en la infracción del artículo 24 de la Constitución (RCL 1978, 2836) que con ese argumento se denuncia.

La doctrina de la discrecionalidad técnica con que la Sala de Zaragoza justifica principalmente su pronunciamiento no ha sido correctamente aplicada; y no lo ha sido porque, en relación a la actuación administrativa para la que se ha hecho esa aplicación, no se ha observado el límite constitucional de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (artículo 9.3 CE).

Como es bien sabido, dicha discrecionalidad técnica significa, por un lado, respetar las valoraciones de esa índole que hayan sido realizadas por los órganos cualificados por la posesión del correspondiente saber especializado y, por otro, admitir el margen de polémica o discrepancia que sobre determinadas cuestiones venga siendo tolerado en el concreto sector de conocimientos técnicos de que se trate.

Pero una cosa es el núcleo del juicio técnico sobre el que opera esa clase de discrecionalidad y otra diferente la obligación de explicar las razones de ese juicio técnico cuando expresamente hayan sido demandadas o cuando se haya planteado la revisión de la calificación que exteriorice ese juicio técnico. Esto último queda fuera del ámbito propio del llamado juicio de discrecionalidad técnica, ya que, ante la expresa petición de que dicho juicio sea explicado o ante su revisión, la constitucional prohibición de arbitrariedad hace intolerable el silencio sobre las razones que hayan conducido a emitir el concreto juicio de que se trate».

5.- La fase final de la evolución jurisprudencial la constituye la definición de cuál debe ser el contenido de la motivación para que, cuando sea exigible, pueda ser considerada válidamente realizada.

Y a este respecto se ha declarado que ese contenido debe cumplir al menos estas principales exigencias: (a) expresar el material o las fuentes



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

de información sobre las que va a operar el juicio técnico; (b) consignar los criterios de valoración cualitativa que se utilizarán para emitir el juicio técnico; y (c) expresar por qué la aplicación de esos criterios conduce al resultado individualizado que otorga la preferencia a un candidato frente a los demás.

Esta Sentencia (cuya doctrina ya se ha aplicado, por ejemplo, por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en su Sentencia 187/2015, de 11 de marzo) establece nuevas reglas para abordar el control de la denominada discrecionalidad técnica, que no puede ser confundida con los aspectos de carácter técnico o de valoración técnica. Se debe recordar que la discrecionalidad técnica y su presunción de certeza y de razonabilidad se justifica en la especialización e imparcialidad de los órganos seleccionadores (como advierte la STC 34/1995, de 6 de febrero), sin que se pueda extender sus efectos más allá de estos límites. Como ha recordado el Tribunal Supremo en las citadas sentencias, discrecionalidad técnica significa, por un lado, respetar las valoraciones de esa índole que hayan sido realizadas por los órganos cualificados por la posesión del correspondiente saber especializado y, por otro, admitir el margen de polémica o discrepancia que sobre determinadas cuestiones venga siendo tolerado en el concreto sector de conocimientos técnicos de que se trate. No existe, por ello, en el informe técnico, discrecionalidad técnica, sino conocimiento técnico propio de la pericia profesional. Y ese conocimiento técnico, aun cuando fuera cualificado, no implica la existencia de presunción de acierto *iuris tantum*.

En todo caso, un límite infranqueable a la discrecionalidad técnica es que con la misma no se quiebren los principios de igualdad de trato y



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

de transparencia. El TACPA, en el Acuerdo 23/2011 de 3 de octubre, advirtió 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»*. Por ello, como ya se dijo en nuestro Acuerdo 34/2013, los informes de valoración han de contener las razones por las que determinadas condiciones de los criterios de adjudicación son tomadas en consideración o no se aceptan y valoran, pues lo contrario no puede ser admitido resultando imposible de revisar. Exigencia de explicación todavía más necesaria cuando el criterio de valoración se comporta, al exigir un umbral mínimo de puntuación, como criterio de exclusión.

Indica la STS de 24 de septiembre citada, que el Informe técnico debe cumplir con las siguientes exigencias:

- a) expresar el material o las fuentes de información sobre las que va a operar el juicio técnico;
- b) consignar los criterios de valoración cualitativa que se utilizarán para emitir el juicio técnico y;
- c) expresar por qué la aplicación de esos criterios conduce al resultado individualizado que otorga la preferencia a un candidato frente a los demás.

Es decir, debe documentarse cómo, por quién y cuándo se realiza la valoración técnica del criterio, pues sin estas explicaciones no existe presunción de acierto sobre la valoración técnica.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

La actividad discrecional de la Administración no ha de ser caprichosa, ni arbitraria, ni ser utilizada para producir una desviación de poder, sino, antes al contrario, ha de fundarse en una situación fáctica probada, valorada a través de informes previos que la norma jurídica de aplicación determine, e interpretados y valorados dentro de la racionalidad del fin que aquélla persigue.

Si no se cumplen esos cánones, los Tribunales de Justicia, así como los órganos de recursos contractuales, pueden entrar a controlar la legalidad de la actuación administrativa y el sometimiento de esa actuación a los fines que la justifican, que no son otros que los del interés general (ex artículo 106.1 CE). Lo contrario, bajo la presunción de acierto de esa discrecionalidad técnica, puede conducir a la generación de espacios administrativos inmunes al control, lo que quiebra los más elementales principios de tutela efectiva en un Estado de Derecho.

V.- CRITERIOS DE ADJUDICACION Y SU VALORACION

18. Fórmula de valoración del criterio precio, de la que no se obtiene la oferta económicamente más ventajosa.

En el Acuerdo 94/2015, el Tribunal analiza si la fórmula de valoración del criterio precio incurre en un error material que puede conllevar la anulación de la licitación.

El TACPA considera —por todos Acuerdo 20/2015, de 9 de febrero— que la valoración de la oferta económicamente más ventajosa supone apreciar, dimensionar y evaluar, el contenido de la misma. Y no es sencillo identificar esa oferta, pues requiere ponderar, sopesar y



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

comparar todas las ventajas de diversa índole que las proposiciones presentadas puedan reportar. Hay que evaluar aspectos diversos, frecuentemente complejos y difícilmente mesurables, así como efectuar juicios valorativos impregnados de subjetividad. Lo que significa que el intérprete de este concepto jurídico indeterminado, que es la «oferta económicamente más ventajosa», dispone de un margen de apreciación —discrecionalidad— para determinar cuál sea la oferta económicamente más ventajosa.

La oferta económicamente más ventajosa, en el régimen jurídico de la contratación, es la que maximiza la satisfacción de los intereses públicos gestionados por el poder adjudicador contratante. Es decir, aquella propuesta contractual que mejor y más eficientemente los sirve, que mayor utilidad reporta al conjunto de todos ellos.

Para ello el órgano de contratación, a la hora de establecer en el pliego los criterios de adjudicación, goza de una amplia facultad de decisión, pues puede elegir no sólo alguno de los consignados en el artículo 150.1 TRLCSP, sino, según el mismo artículo señala, «*otros semejantes*». En cualquier caso, debe exigirse que la elección de los criterios esté presidida por la satisfacción del interés público que persigue todo contrato, de manera que los mismos han de ser coherentes con el objeto, las características y la propia naturaleza del contrato. Y, teniendo presente, como recuerda el TJUE en su Sentencia de 4 de diciembre de 2003 (asunto C-448/01, EVN AG y Wienstrom GmbH contra República de Austria, apartado 93), que los criterios de valoración *«no deben ser objeto de ninguna modificación a lo largo del procedimiento de adjudicación. Así cuando en el curso del mismo se aprecia y declara la ilegalidad de alguno de los criterios de valoración,*



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

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». Lo que debe hacerse en estos casos es cancelar la licitación.

Ahora bien, cuando se utiliza el criterio precio, la fórmula adecuada para la evaluación del mismo es aquella que atribuye una puntuación superior a la oferta económica inferior, tanto desde una perspectiva genérica de aplicación de los principios de buena administración, como en razón a las exigencias derivadas de los principios que recoge el artículo 1 TRLCSP; pues la forma de valorar el criterio precio no es neutra, como señala la doctrina, dado que puede introducir (e introduce de facto) importantes matizaciones que, a simple vista, pueden pasar inadvertidas.

La aplicación de una fórmula de valoración que suponga o implique que la Administración no obtiene la oferta económicamente más ventajosa, constituye una vulneración directa de cuanto dispone el artículo 87 TRLCSP al establecer: *«Los órganos de contratación cuidarán de que el precio sea adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato mediante la correcta estimación de su importe, atendiendo al precio general de mercado, en el momento de fijar el presupuesto de licitación y la aplicación, en su caso, de las normas sobre ofertas con valores anormales o desproporcionados».*

En la licitación recurrida, una vez analizada la fórmula de valoración por Tribunal, se aprecia que la fórmula utilizada como norma de valoración del criterio precio es contraria a la legislación contractual, puesto que impide hallar la oferta económicamente más ventajosa, no respeta la



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

ponderación establecida para las horas licitadas, y da lugar a que ofertas menos ventajosas en su conjunto puedan obtener mayor puntuación. Y considera que, procede en consecuencia, declarar la ilegalidad y la nulidad de la norma de valoración del criterio precio del PCAPE. Y anular la licitación, pues en aplicación de la doctrina de la STJUE de 4 de diciembre de 2003, —que se refiere a la hipótesis de la anulación de un criterio de adjudicación de forma previa a la adjudicación del contrato— procede declarar la anulación de todo el procedimiento.

19. La experiencia no es criterio de adjudicación.

En este Acuerdo se concluye que no puede valorarse en la oferta económicamente más ventajosa la experiencia del contratista, pues ese aspecto, al ser de aptitud, no puede ser de adjudicación, tal y como vino a recordar la STJUE de 4 de junio de 2003 (GAT). La STJUE de 9 de octubre de 2014, (España/Comisión As. T-2/07), que desestima el recurso interpuesto por el Reino de España contra la sentencia —del Tribunal General— mediante la cual se desestimó su pretensión de anulación de la Decisión de la Comisión de reducción de la ayuda financiera concedida mediante el Fondo de Cohesión, por incumplimiento de determinadas normas de la Unión Europea sobre adjudicación de contratos públicos, al haber previsto la experiencia, las cualificaciones y los medios a emplear como criterios de adjudicación, insiste en que bajo ningún concepto puede admitirse como criterio válido la experiencia. El Tribunal (apartado 35) declara que la consideración de la experiencia específica para realizar la obra se basa en la capacidad técnica de los licitadores y esta experiencia constituye un criterio pertinente de verificación de la aptitud de los contratistas, de



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

acuerdo con las disposiciones relativas concretamente a los criterios denominados de «selección cualitativa». Y recuerda que: «los apartados 30 a 32 de la sentencia *Lianakis y otros*, relativa a normas análogas en materia de contratos públicos de servicios, el Tribunal de Justicia ha distinguido claramente los criterios de adjudicación de los criterios de selección cualitativa que están vinculados, en esencia, a la apreciación de la aptitud de los licitadores para ejecutar el contrato en cuestión y ha considerado que los criterios relativos a la experiencia, las cualificaciones y los medios para garantizar una buena ejecución del contrato en cuestión pertenecen a esta última categoría y, por tanto, no tienen el carácter de criterios de adjudicación. De este modo, el Tribunal de Justicia ha excluido que el criterio de la experiencia pueda servir como criterio de adjudicación, contrariamente a lo alegado por el Reino de España» (apartado 36).

Criterio consolidado igualmente en España por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (entre otras Sentencias las de 25 de septiembre de 2000, recurso de casación 7065/1994; 9 de diciembre de 2004, recurso de casación 5769/2001; 23 de marzo de 2005, recurso de casación 2129/2002); o constaba que tales aspectos habían sido tomados en cuenta en el concurso de que se tratase (Sentencia 13 de abril de 2005, recurso de casación 7987/2000; Sentencia de 8 de julio de 2005, recurso de casación 511/2002; Sentencia de 24 de enero de 2006, recurso de casación 7645/2000; Sentencia de 15 de marzo de 2006, recurso de casación 3677/2003; Sentencia de 5 de junio de 2006, recurso de casación 9067/2003, Sentencia de 11 de julio de 2006, recurso de casación 410/2004).



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

La Sentencia de 31 octubre 2014 insiste en la doctrina sobre ilegalidad de la experiencia como criterio de adjudicación, por ser contrario al Derecho europeo y al principio de competencia.

Cuestión distinta es que se valore la mayor calidad por aptitudes personales en prestaciones de contenido «intelectual», y para ello resulten relevantes los medios personales que se adscriben al contrato, tal y como pone de relieve la STJUE de 26 de marzo de 2015, asunto C-601/13 (en el que se considera una licitación de un organismo portugués que incluía la experiencia del equipo profesional como criterio de adjudicación); que concluye que no se opone a que el poder adjudicador establezca un criterio que permita evaluar la calidad de los equipos concretamente propuestos por los licitadores para la ejecución de ese contrato, criterio que tiene en cuenta la constitución del equipo, así como la experiencia y el currículum de sus miembros. Así debe interpretarse la mención del apartado 67.2 b) de la Directiva 2014/24/UE, que lo que intenta es valorar la mayor calidad por aptitudes personales en prestaciones de contenido «intelectual», y que, por tanto, no permite como tal la valoración de la experiencia, que continua siendo un criterio de solvencia.

20. Nuevas estrategias: la denominada marca blanca.

Esta cuestión ha sido objeto de análisis en dos Acuerdos del TACPA. En primer lugar, en el Acuerdo 38/2012, de 10 de septiembre, se declara que la «marca blanca», que no tiene regulación legal y está basada en un acuerdo de distribución comercial, responde a una política empresarial para suministrar productos a los consumidores, donde prima no solo el precio sino la imagen corporativa. El titular de la «marca blanca» asume la responsabilidad del producto adquirido, que consta



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

de un registro propio, diferenciado del producto de la marca original, que no tiene porqué coincidir en sus características.

La finalidad de toda licitación pública es obtener la prestación solicitada en las mejores condiciones económicas, garantizando en todo caso la transparencia y concurrencia necesaria para conseguir la mayor eficiencia. Y para ello están los distintos procedimientos y trámites contenidos en la legislación administrativa vigente. Tras la licitación se producirá la adjudicación a la oferta económicamente más ventajosa, no existiendo riesgo de «*marketing agresivo*», ni incremento de precios —tal y como sugiere el Informe del órgano gestor al recurso—, al ser esa una realidad inherente a un mercado de empresas, y no a un modelo de contratación pública.

Así, no es necesario incorporar nuevas formas de provisión ajenas a estas reglas propias, en tanto la Administración Pública no es, ni puede pretenderlo, un operador empresarial. Ni, por supuesto, su personal ni los ciudadanos son potenciales clientes. Desde esta perspectiva puede afirmarse que el concepto de «marca blanca» no puede ser aplicado en la contratación pública, en tanto supone alterar sus reglas y principios básicos, pudiendo además, falsear la competencia, limitando el mercado de referencia (como se explicaba en nuestro Acuerdo 29/2011, de 15 de diciembre).

Por otra parte, la pretensión de omitir u ocultar la propia marca del adjudicatario, aun como prescripción técnica, puede resultar contraria a la legislación mercantil y administrativa. La marca es un valor propio de la empresa cuya renuncia no puede imponerse, pues forma parte de su propia identidad y política empresarial. La imposición de la renuncia a la marca, al limitar la oferta de empresas, puede contravenir



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

la regla de eficiencia inherente al derecho a una buena administración. Y no puede servir de cobertura, en ningún caso, el principio de libertad de pactos recogido en el artículo 25 TRLCSP, que tiene como límites los de concurrencia, igualdad de trato y delimitación precisa del objeto contractual. Además, si lo que se pretende en esta licitación es adquirir «marca blanca», esta exigencia es contraria a la previsión del artículo 22 TRLCSP, al modificar el objeto del contrato, en tanto se obliga al adjudicatario a suministrar un producto distinto del adjudicado, quebrando así la regla de comparación de ofertas —y de igualdad de trato— inherente a todo contrato público.

En el Acuerdo 39/2012, de 12 de septiembre, la cuestión de fondo sobre la que se plantea el recurso se refiere, en exclusiva, a si el criterio de adjudicación relativo a la denominada «marca blanca "SALUD"» es conforme a derecho y a los principios de la contratación pública. Para resolverla, resultan necesarias unas consideraciones previas. El TACPA anula el pliego afirmando lo siguiente:

«El artículo 53 de la Directiva 2004/18, de contratos públicos, establece que los criterios de adjudicación de los contratos públicos serán el precio o la consideración de la oferta económicamente más ventajosa. Se busca un elemento de comparación de ofertas que favorezca o posibilite la economía de escala, a fin de conseguir una óptima eficiencia de los fondos públicos. Además, los criterios a introducir para la valoración, han de guardar directa relación con la prestación demandada y garantizar que no se quiebra el principio de igualdad de trato. Así lo indicó la STJCE 18 de octubre de 2001 (SIAC Construction) afirmando que si bien la Directiva "deja a las entidades adjudicadoras la elección de los criterios de adjudicación del contrato que pretendan utilizar, tal elección sólo puede recaer sobre criterios dirigidos a identificar la oferta más ventajosa económicamente (Sentencia de 20 de septiembre de 1988, Beentjes, 31/87, apartado 19)».



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

El elemento común a todos los criterios de evaluación de las ofertas es que han de referirse a la naturaleza de los trabajos que se van a realizar, o la forma en que se harán. Debe, además, exigirse que la elección de los criterios esté presidida por la satisfacción del interés público que persigue todo contrato, de manera que los mismos han de ser coherentes con el objeto, las características y la propia naturaleza del contrato. La finalidad de esta evaluación es determinar qué oferta satisface mejor las necesidades de la entidad adjudicadora. La función de los criterios de adjudicación es, por lo tanto, evaluar la calidad intrínseca de las ofertas, lo cual supone —dato de especial relevancia— que deben tener relación directa con el objeto del contrato. Y así lo precisa el artículo 150.1 TRLCSP.

Desde esta perspectiva, el criterio de adjudicación «marca blanca SALUD» que incorpora el pliego de licitación recurrido resulta ilegal, en tanto no es una cuestión que guarde relación directa con el objeto del contrato, a la vez que altera el principio de igualdad de trato y, principalmente, como se ha afirmado en nuestro Acuerdo 38/2012, de 10 de septiembre, si lo que se pretende en esta licitación es adquirir «marca blanca», esta exigencia es contraria a la previsión del artículo 22 TRLCSP, al modificar el objeto del contrato, en tanto se obliga al adjudicatario a suministrar un producto distinto del adjudicado, quebrando así la regla de comparación de ofertas —y de igualdad de trato— inherente a todo contrato público.

Tampoco puede por ello ser considerado una mejora, ya que la introducción de mejoras —ex artículo 147 TRLCSP (y 67 RLCAP) — debe permitir, sin alterar el objeto del contrato, favorecer la adjudicación a la oferta económicamente más ventajosa, garantizando en todo caso la igualdad de trato. Exige, por tanto, una adecuada motivación y previa delimitación de las mejoras a tener en cuenta y su forma de valoración en los Pliegos, que deberá garantizar que no se altere la ponderación de los otros criterios de adjudicación. Valorar como mejora la «marca blanca “SALUD”» altera el objeto del contrato y, por ello, no es admisible.

Por último, no estamos en presencia de un mero condicionante de presentación estética del producto en la forma de su envasado o etiquetado, que justificaría —como argumenta en su informe el CGIPC —su inclusión como criterio de adjudicación relativo a las características estéticas, ex artículo 150 TRLCSP,



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

porque como se afirma en el Acuerdo 38/2012, la denominada «marca blanca “SALUD”» supone un nuevo producto y no una mera prescripción técnica o estética en la forma de presentación del suministro».

21. Las mejoras.

El Acuerdo 64/2013, de 6 noviembre, por el que se analizaban los pliegos de una licitación, indicó que la finalidad de los criterios de adjudicación es determinar qué oferta satisface mejor las necesidades de la entidad adjudicadora:

«La función de los criterios de adjudicación es, por tanto, evaluar la calidad intrínseca de las ofertas, lo cual supone —dato de especial relevancia— que deben tener relación directa con el objeto del contrato (sin que deban ser en todo caso reconducibles a criterios matemáticos, como recordara la STJUE de 17 de diciembre de 2002, Asunto Concordia Bus Finland y la STJUE de 24 de noviembre de 2005, Asunto ti. EAC srl.). Obviamente, los criterios que se fijan deben ser concordantes con la finalidad que se persigue con el contrato, sin que puedan incurrir en discriminación, respetando claro, los principios comunitarios. Y deberán, además, ser adecuados a las capacidades técnicas del poder adjudicador, pues la ausencia de ésta convierte al criterio en ilegal, como advierte la STJCE de 4 de diciembre de 2003 (EVN y Wienstrom), lo que se justifica en el efectivo respeto al principio básico de igualdad de trato de todos los licitadores. Criterios que sirven para clasificar las ofertas y que, como indica el artículo 152.2 TRLCSP, en tanto no superen un mínimo de puntuación posibilitan su exclusión».

Este Acuerdo 64/2013, insiste en la necesidad de que «los criterios deben ser suficientemente transparentes tanto en su finalidad y vinculación con el objeto del contrato, como con la fórmula de puntuación, que debe ser previamente conocida por los licitadores. Esto supone que no es suficiente la simple determinación de la puntuación a otorgar a un criterio. Es necesario que los distintos



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

coeficientes de ponderación y subcriterios relativos a los criterios de adjudicación se establezcan en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación de forma clara e indubitada, como bien advirtiera la STJUE 24 enero 2008 (Lianakis). De lo contrario, queda en entredicho el principio de transparencia en relación al principio de igualdad de trato, debiendo justificar su decisión sobre la base de criterios objetivos».

22. La posibilidad de criterios sociales en la licitación.

En los Acuerdos 72, 73 y 80/2016 se admite que las condiciones sociales de los contratos públicos, en tanto política pública, pueden formar parte del diseño de un contrato si bien, deben estar vinculadas, directa o indirectamente, al objeto del contrato (línea iniciada por el Tribunal de Contratación Pública de Madrid en su Resolución 16/2016). Esta es, por lo demás, la filosofía de la nueva regulación europea de la contratación pública, validada por la jurisprudencia del TJUE.

En todo caso, no resultarán admisibles aquellas exigencias o estipulaciones que «fuercen» la vinculación exigible o que interfieran de forma indebida en la propia política empresarial de las empresas. La contratación pública puede estar al servicio de condiciones sociales, pero con el límite de no distorsionar la competencia, ni introducir controles indebidos en la gestión legítima de los intereses empresariales. Los pliegos de una licitación pública no pueden exceder en su función regulatoria vinculada a la correcta ejecución del contrato y proyectar efectos sobre la organización de la empresa licitadora, imponiendo reglas sobre las que se carece de título competencial —como ha advertido el Tribunal Supremo, en su Sentencia núm. 1156/2016, de 18 de mayo, vía contrato público, no puede modularse la legislación laboral estatal— y que limitan indebidamente el derecho a la libertad



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

de empresa en una economía social de mercado (artículo 38 CE), para cuya protección el Tribunal Constitucional exige que las medidas de restricción sean proporcionadas e indispensables —STC 109/2003, de 3 de junio, fundamento 15— .

Pues bien, desde esta perspectiva, considera el TACPA que las previsiones cuestionadas por el recurrente —plan de conciliación social— como criterio de adjudicación, no quiebran las reglas expuestas, pues existe una vinculación con la mejor calidad en la prestación del servicio y no se distorsiona indebidamente la competencia al asignar solamente una puntuación de cinco puntos. Es más, se garantiza una mejor eficiencia social que preserva las exigencias constitucionales de políticas sociales activas.

23. La problemática de las bajas anormales o desproporcionadas.

El TACPA, en sus Acuerdos 42/2012 y 1/2013, aborda una de las cuestiones más reiteradamente recurridas; la justificación de la oferta anormal o desproporcionada. Aunque el Tribunal de Aragón parte de la doctrina tradicional sobre la discrecionalidad técnica, sentada por el TS y otros tribunales administrativos de contratos (y hace referencia a dicha doctrina), el TACPA entra en el estudio pormenorizado de cada uno de los aspectos en los que los recurrentes discrepan de la valoración realizada.

El TACPA se ha pronunciado además sobre las ofertas anormales o desproporcionadas, en los Acuerdos 2, 5, 6 y 8 de 2013. El Acuerdo 2/2013, tras sentar el principio conforme al cual no es posible, en los términos de la legislación contractual, determinar si una oferta es desproporcionada o anormal sin referirse al presupuesto de licitación del contrato, define la justificación de una oferta como la acción de explicar, aduciendo razones convincentes o alegando otros medios, la



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

viabilidad y acierto de una proposición, en los términos en que fue presentada al procedimiento licitatorio. Consiste pues, en la aclaración de los elementos en que el licitador fundamentó su oferta y en la verificación de que, conforme a dicha aclaración, la misma es viable de forma que la ejecución de la prestación que constituye el objeto del contrato queda garantizada, en el modo y manera establecidos en los pliegos de condiciones.

El Acuerdo 5/2013 resulta de interés por la importancia que el Tribunal otorga al informe pericial de parte que presenta el recurrente, llegando incluso a anular la adjudicación y ordenando la exclusión del adjudicatario en contra del criterio del informe técnico y del órgano de contratación. Pues, como señala el tribunal, la decisión acerca de si una oferta puede o no cumplirse no implica, la libertad del órgano de contratación para admitir sin más una oferta incurso en anormalidad, sino que se requiere un informe técnico detallado que, sobre lo alegado por el licitador, ponga de relieve que esta anormalidad de la oferta no afectará a la ejecución del contrato y que, en ella, tampoco hay prácticas restrictivas de la competencia, prohibidas de forma expresa — lógicamente— por el TRLCSP. En consecuencia, la decisión de aceptación no debe reproducir sin más el informe del licitador interesado, y debe responder a parámetros de razonabilidad y racionalidad.

El Acuerdo 6/2013, más que tratarse de una oferta anormal, analiza una errónea interpretación de la Mesa de contratación de la oferta de un licitador, por haber omitido u olvidado la palabra *anual* a continuación de la cantidad consignada, cuando por el contenido del PCAP no debía haber presentado excesivas dudas.

El Acuerdo 8/2013 anula la adjudicación porque el informe técnico señalaba una serie de aclaraciones que debía hacer el licitador cuya oferta era anormal, y remitido directamente dicho informe con las posteriores aclaraciones a la Mesa de contratación, sin que el técnico



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

hubiese informado dichas aclaraciones, por lo que el Tribunal considera que se ha hurtado al órgano de contratación, que es en definitiva quien tiene que resolver la admisión o exclusión, de requerir un mayor asesoramiento técnico, a la vista de las aclaraciones efectuadas para justificar la oferta.

En todos estos Acuerdos se dan circunstancias distintas, pero puede afirmarse que el criterio del TACPA es que, más allá de la discrecionalidad técnica de la Administración, la motivación para la admisión de la justificación de la oferta anormal es la clave para determinar el sentido del recurso.

El acuerdo 9/2017, sobre la doctrina ya existente, precisa En relación al análisis sobre la adecuación o viabilidad de la oferta incurra en desproporción o anomalía debe tenerse en cuenta, en primer lugar, el significado de la presunción de anomalía de ofertas y la necesidad de acreditar de forma indubitada que se puede cumplir sin poner en riesgo la ejecución del contrato y cumpliendo los distintos requerimientos del pliego.

Como ha venido aplicando este Tribunal administrativo en supuestos análogos, el término de «anormal» (vinculado en el derecho de la contratación pública a la idea de temeridad de una oferta) es un adjetivo que se utiliza para nombrar a aquello que se encuentra fuera de su estado natural o de las condiciones que le son inherentes. La normalidad está vinculada a algo que está en su estado natural o que sirve de regla o norma. Es posible asociar lo normal a lo común o a lo habitual. Lo «anormal», por lo tanto, es justo lo contrario: lo infrecuente, lo que escapa de lo común o de la lógica. Y para ello debe tenerse en cuenta el tipo de contrato, la prestación (y su complejidad) y la referencia de los precios de mercado.

La mera aplicación de umbrales, aunque no fueran impugnados,



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

no permite la declaración de la anormalidad de forma automática, pues es una mera presunción, que, tras los informes justificativos de la empresa, exige motivación concreta, suficiente y razonada que acredite la imposibilidad de incumplir adecuadamente con las prestaciones del contrato y el riesgo consecuente para el interés público. Máxime cuando estos son muy reducidos, como sucede en este procedimiento, pues se vincula con una desviación de la media de cinco puntos, lo que concede un margen estrecho en la presentación de ofertas (conviene recordar que para un único criterio precio este umbral se fija en el artículo 85 RCAP en un diez por ciento, conforme al cual no existiría anormalidad de la oferta de SUMELZO).

Este criterio sobre la necesidad de explicar y motivar la anormalidad de una oferta más allá de argumentos formales ha sido aplicado de forma constante en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3) de 20 de marzo de 2012 (Recurso de Casación núm. 2338/2011), recuerda que la declaración de anormalidad, en un supuesto de escasa anormalidad, obliga a la Administración a motivar la exclusión recordando que la finalidad de la baja anormal es *«... acreditar la inviabilidad del cumplimiento de las prestaciones contractuales en los términos que derivan de la oferta del contratista y dicha baja no puede entenderse temeraria por la nimia diferencia de precio ofertada, si se tiene en cuenta el total de presupuesto del suministro»*.

Lo que no puede ser es que la presunción se comporte en la práctica como una ficción jurídica por el mero hecho de superar un umbral formal. Máxime si la regla deja poco margen, como es el caso, y el criterio precio, por otra parte, tiene una ponderación del cincuenta por ciento. La existencia de bajas en los precios, que guarda directa relación con el principio de eficiencia en la contratación pública, no



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

debe penalizar aquellas ofertas que puedan ser efectivamente viables, sin poner en riesgo la correcta ejecución del contrato. Y para ello deben analizarse las argumentaciones de la empresa, de los técnicos y, en su caso, de la prueba pericial que se aporte.

VI.- CUMPLIMIENTO PRESCRIPCIONES TÉCNICAS

24. Incumplimiento de las prescripciones técnicas de las prestaciones objeto del contrato. Interpretación y efectos.

En el Acuerdo 36/2013, de 10 de julio, se reafirma la doctrina del Tribunal, en relación a los efectos del Pliego de Prescripciones Técnicas, en relación a los requisitos y condiciones técnicas que los mismos establecen, respecto de la prestación objeto del contrato, de conformidad con lo preceptuado en los artículos 116 y 117 TRLCSP, y 68 RGLCAP.

El Tribunal recuerda, que entre las prescripciones técnicas, puede haberlas de carácter obligatorio, incondicionadas, cuyo incumplimiento supone la imposibilidad de ejecutar correctamente el contrato, es decir, de hacerlo conforme a las exigencias que la Administración ha considerado imprescindibles para asegurar la realización de la prestación que constituye su objeto.

Las proposiciones que incumplan estas prescripciones técnicas obligatorias deben ser excluidas del procedimiento de licitación, siendo ésta una cuestión insubsanable. Puede haber otras prescripciones que, de acuerdo con lo que se haya establecido en el Pliego, tengan la consideración de susceptibles de variación en función de las mejoras o variantes que ofrezca el licitador, siempre que las mejoras o variantes hayan sido admitidas en la licitación.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Sentado este principio, el cumplimiento o incumplimiento de las condiciones establecidas en el PPT se convierte en una cuestión de interpretación de las normas jurídicas —pues los pliegos configuran, como se ha dicho, la ley del contrato— y de prueba, respecto de la cual es necesario comprobar si las ofertas presentada por las recurrentes se ajustan a lo establecido por el mismo.

4.- Publicidad institucional y de los Acuerdos. Implementación de un buscador.

El TACPA se ha caracterizado desde sus inicios por la política de transparencia y la función instructiva que conlleva, como un valor añadido, de las competencias legalmente atribuidas al mismo, por lo que se mantienen y actualizan, en su página web, todos los Acuerdos dictados por el Tribunal y las Resoluciones de especial trascendencia dictadas por el Presidente.

Se diferencia claramente la página web con intención de testimoniar la independencia funcional, estando presente el enlace en la página *home* del Gobierno de Aragón.

En noviembre de 2015, se implantó un buscador que permite filtrar por número del Acuerdo, tipo de contrato, sentido del Acuerdo y año de adopción. Se introduce también un campo de texto libre de búsqueda, que localiza el término o términos en el resumen temático del Acuerdo.

En diciembre de 2015 se implantó la funcionalidad *Últimos Acuerdos*, para localizar con facilidad los últimos publicados en la web.

El buscador está disponible en:



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

http://www.aragon.es/trb/ci.BD_Acuerdos.detalleDepartamento

GOBIERNO DE ARAGÓN

aragon.es

texto a buscar: BÚSCAR Búsqueda avanzada

Estás en: TACPA / Acuerdos del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón (TACPA)

ENLACES

- Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales

TACPA

- Información Práctica del TACPA
- Acuerdos del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón (TACPA)
- Resoluciones del TACPA
- Otros documentos
- Convenios de Colaboración del TACPA

Acuerdos del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón (TACPA)

Buscador de Acuerdos

Mediante este formulario de búsqueda se podrán consultar los Acuerdos que publica el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón a los efectos de lo dispuesto en la [Ley 2011 de 24 de febrero](#), de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón que establece "Las entidades sometidas a esta Ley otorgarán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y actuarán con transparencia, respetando la jurisprudencia comunitaria y la emanada del resto de tribunales, así como las resoluciones del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón"

Texto libre (Busca en el resumen temático del Acuerdo)

Número del Acuerdo Ejemplo: Acuerdo 86/2016 para recuperar el Acuerdo 85 de 2016

Tipo de contrato --Selección Tipo de contrato--

Sentido del Acuerdo --Selección sentido del Acuerdo--

Año del Acuerdo Desde 2011 hasta 2016

BUSCAR BORRAR

Últimos Acuerdos

© Gobierno de Aragón. Todos los derechos reservados. Política de Privacidad Aviso Legal Accesibilidad Edición: 19/03/11. P/Planeta Acuerdos, 35. 50071 - Zaragoza. Tfno. 976 714 000

El número de visitas a la página del TACPA en el año 2016 fue de 318.957 y en 2017 (hasta el 20 de diciembre) de 306.601, lo que acredita el interés de los Acuerdos de este Tribunal.

5.- Acuerdos institucionales de colaboración.

Continúan vigentes los Convenios de colaboración suscritos con el Observatorio de Contratación Pública, con el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas de la República de Panamá (TAdeCP) y con la Universidad de Zaragoza, para la realización del *Practicum* en la titulación de Grado en Derecho. Este último acuerdo permite que en cada curso académico cuatro alumnos de la titulación de Grado en Derecho o del Programa conjunto Derecho/ADE realicen sus prácticas en el Tribunal.

6.- Coordinación con los órganos de recursos contractuales.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Desde la constitución del TACPA en 2011 han sido constantes los contactos entre los diferentes órganos encargados de la resolución del recurso administrativo especial y la cuestión de nulidad, y se han convocado y organizado dos encuentros de coordinación, con el objeto de establecer criterios y actuaciones comunes en el ejercicio de la competencia de resolución de recursos.

Se han celebrado distintas reuniones de coordinación con el objetivo de fijar criterios aplicativos uniformes con la intención de dotar de certeza y seguridad jurídica este modelo de justicia administrativa. La red creada es un excelente ejemplo de cooperación administrativa y de impulso de la profesionalización, entendida por discusión y fijación de criterios interpretativos comunes.

Las conclusiones de las distintas reuniones de coordinación pueden consultarse en <http://www.obcp.es>.

7.- Valoración del TACPA durante esta primera etapa.

La trayectoria y actividad del TACPA en esta primera etapa certifica, por los datos explicados, la validez del modelo, que ha permitido depurar con carácter «profiláctico» decisiones ilegales y, por ello, permitir una contratación pública más transparente, competitiva y, especialmente, adecuada a los fines institucionales propios. El valor estimado global de las licitaciones recurridas en el período de referencia se eleva a 6.198.428.614,57 €.

La independencia del Tribunal, además de garantizarse a través de mecanismos como la inamovilidad de sus miembros, se puede testar a través de lo que puede denominarse «tasa de éxito» —en la que para el



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

cálculo del porcentaje de estimaciones se deben descontar las inadmisiones producidas—, que en el caso del TACPA en 2017 se sitúa en el 29,67 %. Esta tasa se situó en el 35,19% en 2013, 35,06% en 2014, 41,67% en el año 2015 y 31,91% en el año 2016.

Es decir, el nivel de estimación es equivalente al de la jurisdicción contencioso-administrativa, lo que implica un control de legalidad «interno», que, por si mismo, resulta la opción más eficiente. Por ello, aun tratándose de un recurso potestativo, la práctica es su utilización con carácter ordinario.

En todo caso, las nuevas funciones y posible volumen de recursos aconseja un análisis de futuro del modelo y su viabilidad. La posibilidad de que pueda haber órganos de recursos contractuales locales en Ayuntamientos con la consideración de Gran Ciudad y en las Diputaciones Provinciales. Esta posibilidad genera una evidente asimetría, poco compatible con el principio de seguridad jurídica y que pone en riesgo el modelo, y que no se puede justificar con el argumento de la autonomía local, ya que no puede confundirse el control jurídico con una función de tutela⁷.

⁷ J. COLAS TENAS ("La justicia administrativa en materia contractual: el sistema de recursos y las nuevas directivas de contratación pública, en Blog. Centro Investigación Justicia Administrativa, de 5 de diciembre de 2014) ha advertido al respecto que "No estaría de más, y en primer lugar, reconsiderar el proceloso piélagos de la planta y estructura de los órganos administrativos que conocen de los recursos en materia contractual, que recuerda el baúl de la Piquer —hay de todo—, hay órganos de todo tipo y alcance: unos son monocráticos, otros colegiados; hay uno que se dice Central, y verdad es que está en centro del territorio español, que conoce *ex lege* y por convenio; otros son autonómicos, también abundan los de carácter local, hay algún territorio en blanco (ni tiene órgano ni convenio); y anidan también órganos de similar naturaleza y función en alguna sedes parlamentarias, bajo el paraguas de la autonomía parlamentaria. En fin, sin entrar ahora en tema tan delicado, digo que esta variopinta amalgama orgánica no termina de encajar bien con el sistema de recursos de las prescripciones de la Directiva 2007/66/CE, del Parlamento Europeo y del



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

La proliferación de «Tribunales administrativos locales» quebrará la esencia del modelo, generará distorsión de criterios e impedirá un verdadero control eficaz y con «*auctoritas*».

Frente a la extensión de órganos de control en distintos niveles resulta más aconsejable determinar de forma clara el número de órganos de recursos contractuales, que deberán garantizar en todo caso la nota de independencia y especialización y la debida colegialidad (en todo caso resulta obligado el control del cumplimiento de los requisitos para su designación, además de que resultaría conveniente exigir la «exclusividad» de esta función de control).

La experiencia de la primera generación de órganos de recursos contractuales, en un contexto de mayor profesionalización y coherencia del sistema de control desde una perspectiva integral aconseja analizar las ventajas de resituar a los órganos de recursos contractuales como órganos independientes «adscritos» al Parlamento correspondiente. Se solucionaría así el cuestionamiento sobre la adscripción organizativa en un Administración Pública (y la posible «tutela administrativa» como sospecha), se fortalecería el carácter de órgano jurisdiccional a efectos del artículo 237 TFUE y facilitaría la planta de estos órganos de control, al permitir un control que englobase toda la actividad contractual pública de cualquier poder adjudicador (es decir, se unificaría la opción de órganos de recursos contractuales para la actividad de licitación de todos los poderes adjudicadores con independencia de su naturaleza parlamentaria o local). Se reforzaría, en definitiva, la percepción de independencia, y permitiría reorientar la función del control externo hacia un rol más ejecutivo y también

Consejo, de 11 de diciembre de 2007 —por la que se modifican las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE del Consejo—."



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

completo⁸.

En todo caso, es necesario determinar y limitar de forma clara el número de órganos de recursos contractuales, que deberán garantizar en todo caso la nota de independencia y especialización y la debida colegialidad.

II.- ORGANIZACIÓN, DOCTRINA DEL TACPA Y SU INCIDENCIA PRÁCTICA DURANTE 2017

1.- Organización del TACPA durante 2017

El Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón ha estado compuesto durante este ejercicio por un Presidente y dos vocales en régimen de compatibilidad y de retribución por dietas. Si bien la Ley establecía que el Secretario de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón ejercía las funciones de Secretario del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón; la nueva redacción del artículo 20 de la Ley 3/2011, efectuada por la Ley 5/2017, de 1 de junio, modifica este precepto de manera que uno de los vocales ha ejercido también las funciones de secretario, actuando con voz y voto.

El soporte administrativo se ha otorgado por la Secretaría Técnica del TACPA, siendo la encargada de tramitar los recursos, las reclamaciones y las cuestiones de nulidad, dictar los actos de trámite y de notificación e impulsar de oficio el procedimiento, así como supervisar la ejecución de las decisiones adoptadas.

⁸ Esa es la propuesta que formulo en mi trabajo "Medidas de prevención de corrupción y refuerzo de la transparencia en la contratación pública". REALA, núm. 7, 2017.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

La composición del TACPA en 2017 (Decreto 14/2013, de 5 de febrero, del Gobierno de Aragón, por el que se nombra a los miembros del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón) es la siguiente: Presidente: D. José M^º Gimeno Feliú. Vocales: D. Jesús Colás Tenas, y D. Miguel Ángel Gil Condón. Secretaria Técnica: D^ª María Saldaña Torres (Resolución de 20 de enero de 2016, de la Dirección General de la Función Pública y Calidad de los Servicios).

Por Decreto 28/2017, de 28 de febrero, del Gobierno de Aragón, se dispuso el cese, a petición propia, de D.^ª Ana Isabel Beltrán Gómez como vocal suplente del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón; y mediante Decreto 38/2017, de 28 de marzo, del Gobierno de Aragón, se nombra a D. Ignacio Salvo Tambo vocal suplente del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, para garantizar la colegialidad en casos de abstenciones o ausencias de los Vocales titulares.

La retribución de sus miembros es por dietas, fijadas por Acuerdo del Gobierno de Aragón de 19 de febrero de 2013. En dicho Acuerdo la dieta prevista es exclusivamente por asistencia a reuniones: la del Presidente está fijada en 212,50 euros, la de los vocales en 170 euros. Durante 2017, el importe de las dietas devengadas ascendió a 32.767,50 euros, lo que supone un coste medio de resolución de recurso de 225,98 euros.

Si efectuamos un análisis en retrospectiva de la actividad del Tribunal desde su constitución con carácter definitivo en el año 2013 se reflejan los siguientes datos:

AÑO	Nº recursos	Nº Acuerdos	Nº sesiones	Importe total dietas	Coste medio resolución recurso
2013	97	79	53	33.702,50	347,44
2014	129	81	50	33.745	261,58
2015	113	111	59	39.525	349,77



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

2016	127	127	57	36.762,50	289,46
2017	150	128	56	33.490	223,26

Se puede observar que el número de recursos presentados y de acuerdos adoptados aumenta año a año, y sin embargo el coste medio de resolución de recurso ha bajado significativamente en el año 2017. Asimismo, se ha mantenido el cumplimiento de los plazos de resolución.

Durante este año 2017 la sede del Tribunal ha variado de ubicación pasando a ubicarse en el segundo semestre de 2017 en la sede del Gobierno de Aragón en el edificio Pignatelli, P.º M.º Agustín 36, de Zaragoza.

Sin embargo se pone en conocimiento general que, a partir del 2 de enero de 2018, la sede del TACPA volverá a su localización anterior en Plaza de los Sitios.

La sede del TACPA a partir de enero de 2018 e encuentra en:
Plaza de los Sitios nº 7, planta baja.
50071, ZARAGOZA

Su dirección de correo electrónico: tribunalcontratosaragon@aragon.es



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN



2.- La doctrina del TACPA y su incidencia práctica durante el año 2017

Siguiendo la opción de las Memorias precedentes, parece oportuno reseñar la principal doctrina del TACPA durante su séptimo año de funcionamiento, con la intención de favorecer su conocimiento y facilitar el cumplimiento de la previsión del artículo 5 de la Ley 3/2011, en relación a la aplicación de la doctrina del Tribunal.

Igual que ocurrió en la Memoria de los dos últimos años, se ha optado por destacar únicamente la doctrina novedosa respecto a Memorias anteriores. En concreto, la contenida en diecisiete Acuerdos, pues el buscador facilita a los operadores la localización de materias en todo el cuerpo doctrinal del Tribunal. Se incluye un breve resumen del



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

previsto, con carácter general en el artículo 109 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y en el artículo 75 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGCAP); b) el cauce de la revisión de oficio de los actos nulos de pleno derecho; c) y el cauce de la declaración de lesividad y posterior anulación ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de los actos anulables.

([Ver Acuerdo](#))

II.- Acuerdo 9/2017, de 6 de febrero. Doctrina sobre las bajas anormales o desproporcionadas.

En este procedimiento se excluye a un licitador por entender no justificada viabilidad de la oferta anormalmente baja. Se analiza por el Tribunal la incorrecta actuación de la Mesa de contratación y la competencia del órgano de contratación para acordar una exclusión por anormalidad. El procedimiento contradictorio de justificación de la oferta se ajusta formalmente a las exigencias legales, pero el informe técnico no aclara ni motiva suficientemente la inviabilidad de la oferta. La oferta económicamente más ventajosa es la de una empresa que está incurso en presunción de anormalidad. Se le solicita que justifique su oferta y, a la vista de su justificación, el informe técnico de valoración concluye que la oferta no está debidamente justificada y se le excluye de la licitación.

Se estima el recurso y se anula la exclusión que lleva la adjudicación del contrato a la recurrente en base a las siguientes consideraciones:



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

1.- El órgano competente para acordar la exclusión por anormalidad es el órgano de contratación y no la Mesa. Si bien es un vicio de anulabilidad subsanable.

2.- El informe del órgano gestor al recurso (art. 41.2 TRLCSP), de contenido jurídico, sirve para argumentar sobre la legalidad de la decisión objeto de recurso y no puede ser utilizado para revisar o reargumentar, con nuevos documentos, la decisión objeto de recurso. (en este caso se aprovechó para presentar nuevos argumentos y justificaciones no incluidos en el expediente).

3.- Se exige un debate contradictorio a fin de que el licitador pueda probar que su oferta es viable y está destinada a evitar la arbitrariedad del poder adjudicador y garantizar una sana competencia entre las empresas.

4.- La apreciación de que la oferta contiene valores anormales o desproporcionados no es un fin en sí misma, sino un indicio para establecer que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de ello.

El procedimiento de verificación contradictoria de justificación de una oferta, comprende, fundamentalmente, y una vez comprobado que se produce el supuesto de hecho merecedor de la calificación de una oferta o proposición como «anormal o desproporcionada», tres actuaciones básicas:

1.- audiencia al licitador para que justifique su oferta o proposición;

2.- asesoramiento técnico adecuado (que se traducirá en el informe pericial, o cuantos informes sean necesarios, sobre la justificación de la proposición, que acredite la razonabilidad y racionalidad de cuanto se ha justificado por el licitador); y

3.- resolución motivada (en base al informe pericial) del órgano de contratación.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

[Ver Acuerdo](#)

III.- Acuerdo 11/2017, de 6 de febrero. Legitimación de un licitador no adjudicatario para impugnar una modificación contractual.

Se analiza por el Tribunal la legitimación de licitador no adjudicatario para interponer un recurso especial frente a una modificación contractual. Si bien se otorga legitimación, el recurso se inadmite por su presentación en oficina de correos en plazo y en el Registro órgano de contratación fuera de plazo, sin remisión de copia en formato electrónico.

Se amplían los kilómetros de una ruta de transporte escolar al percatarse de la existencia de alumnos de un municipio que deben ir al IES de referencia. Modificación prevista en el PCAP.

El TACPA mantiene que *«la posibilidad de recurso especial en un modificado podrá ser utilizada únicamente por los licitadores no adjudicatarios que consideren que ese acto de modificación, por carecer de los elementos que lo fundamentan, oculta en sí mismo un nuevo acto de adjudicación, y no una mera decisión de ejecución contractual»*.

[\(Ver acuerdo\)](#)

IV.- Acuerdos 21/2017, de 2 de marzo y 38/2017, de 24 de marzo. Análisis de la aplicación de una prohibición de contratar en la tramitación de un Acuerdo Marco.

En estos recursos se estudia la exclusión de un licitador por estar incurso en prohibición de contratar en el primer caso y en concurso de acreedores en el segundo y cuáles son sus efectos al aplicar sus consecuencias en la fase de adjudicación de un Acuerdo Marco.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Se parte de la naturaleza de los Acuerdos Marco, como sistemas de racionalización técnica de la contratación. Y del mismo modo que para poder resultar adjudicatario de un Acuerdo Marco se debe cumplir en la fase de selección con los requisitos de capacidad y solvencia exigidos, así como la acreditación de estar al corriente con el cumplimiento de las obligaciones tributarias y con la Seguridad Social; si existe una prohibición de contratar la misma afectará a la adjudicación del Acuerdo Marco o, si esta se produce en un momento posterior, a la adjudicación de los contratos derivados.

Se afirma también por el Tribunal que el artículo 197.1 TRLCSP dispone que para la celebración de un Acuerdo Marco se seguirán las normas sobre procedimiento establecidas en el Capítulo I del Título I del Libro III. Dentro de este capítulo —*Adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas*—, el artículo 146 regula la presentación de la documentación acreditativa del cumplimiento de requisitos previos, y en concreto, en el apartado 1.c), incluye la declaración responsable de no estar incurso en prohibición de contratar.

Además, una vez apreciada una prohibición de contratar —en el primer supuesto con base en el artículo 60.2.d) TRLCSP— y tramitada dicha prohibición con arreglo al procedimiento establecido en el artículo 61, los efectos de la declaración de la prohibición de contratar son los que se recogen en el artículo 61.bis; en este caso aplicable a todos los procedimientos que se tramiten por el mismo órgano de contratación, sin que quepa ninguna interpretación distinta del ámbito orgánico de la prohibición—el Consejero de Hacienda y Administración Pública—, y del ámbito temporal —tres meses desde su inscripción en el Registro de Licitadores de la Comunidad Autónoma de Aragón—.

En consecuencia, concluimos que la exclusión del licitador se ajusta a la legalidad puesto que se fundamentó en la constatación de la



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

existencia de una prohibición de contratar inscrita en el Registro de licitadores de la Comunidad Autónoma de Aragón, por lo que se desestima el recurso interpuesto.

[\(Ver Acuerdo 21/2017\)](#)

[\(Ver Acuerdo 28/2017\)](#)

V.- Acuerdo 35/2017, de 20 de marzo. Ejecución del sorteo en caso de empate entre los licitadores.

Se examina por el TACPA la actuación de la Mesa de contratación en un caso de empate entre las ofertas que lleva a la realización de un sorteo donde se concluye la correcta aplicación por parte de la Mesa de contratación de lo regulado en el artículo 12 de la LMCSP.

Las dos empresas licitadoras empatan en su oferta económica así como en los criterios de desempate establecidos en el PCAP (trabajadores discapacitados, trabajadores temporales y prácticas de igualdad de género). Al persistir el empate, la Mesa, en aplicación del artículo 12 de la Ley aragonesa de Medidas en materia de contratos del sector público, recurre al sorteo e introduce dos papeletas con el nombre de las dos empresas en una urna. Se adjudica a la empresa cuya papeleta es extraída en primer lugar. Se alega por la recurrente que el sorteo no fue realizado en acto público, incumplándose los principios de publicidad, transparencia y no discriminación.

El Tribunal considera que ni la LMCSP ni el RGLCAP, exigen que el sorteo se haga de forma pública, en la forma que indica el recurrente; sino que lo lleve a cabo la Mesa de contratación en el ejercicio de sus atribuciones. Y se argumenta que:

1.- La Mesa es un órgano técnico especializado.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

2.- Hay obligación de publicar los componentes de la Mesa de contratación en el Perfil de contratante cumpliendo así con los principios de publicidad y transparencia.

3.- De la Mesa de contratación de las entidades locales forman parte, como vocales, el Secretario o, en su caso, el titular del órgano que tenga atribuida la función de asesoramiento jurídico y el Interventor, cuya actuación es garantía del cumplimiento formal y material de las disposiciones que rigen la licitación; y que tienen atribuida la presunción de veracidad.

4.- El sorteo se realizó en urna y al azar.

El Tribunal aclara que, por imperativo legal, las sesiones de la Mesa de contratación —salvo la de calificación de la documentación administrativa, que puede pero no tiene por qué serlo— son públicas. Y así lo dispone el TRLCSP respecto del acto de apertura de proposiciones conforme a los artículos 160.1 y 168 TRLCSP, 22. c) y 27.1 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y 83.1 del RGLCAP. Se concluye que si bien hubiera sido recomendable que la Mesa de contratación hubiera comunicado a las licitadoras que persistía el empate, tras la aplicación de los criterios «sociales» sobre contratación; y les hubiera indicado el lugar, la fecha y la hora del sorteo, esta omisión no vicia el procedimiento del sorteo de invalidez y se desestima el recurso.

[\(Ver Acuerdo\)](#)

VI.- Acuerdo 60/2017, de 8 de mayo. Modificación subjetiva del licitador en el momento de acreditación de los requisitos con carácter



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

previo a la formalización del contrato. Imposición de multa en su grado máximo

Se analiza la situación de una de las empresas participantes en la UTE que incurre en prohibición de contratar, pues no se halla al corriente de pago de sus obligaciones tributarias. La recurrente, propuesta como adjudicataria, pero excluida por estar incurso en prohibición de contratar, intenta salvar la prohibición mediante la aportación de una nueva empresa a la UTE que a juicio del TACPA supone una modificación subjetiva del licitador una vez finalizado el plazo de recepción de ofertas. Se concluye desestimando el recurso e imponiendo la multa en su importe máximo por concurrir mala fe y temeridad.

Este Tribunal tiene establecido que actúa con temeridad quien interpone un recurso sin ningún tipo de apoyo argumentativo, y actúa de mala fe quien tiene la clara voluntad de engañar al órgano competente en la resolución del recurso. En este recurso:

- 1.- La recurrente es la actual adjudicataria del contrato.
- 2.- Ha recurrido ya en este procedimiento el acto de clasificación de las ofertas, recurso que fue inadmitido. (este primer recurso lo firmaron las 2 integrantes de la UTE).
- 3.- Recurre la adjudicación (el recurso solo lo firma una integrante de la UTE). La oferta se dio por retirada por no hallarse al corriente en el cumplimiento de obligaciones tributarias. Intenta salvar ese incumplimiento mediante la sustitución de la empresa recurrente por otra del mismo grupo, aportando los medios materiales de esa otra empresa.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

4.- Pese a no estar al corriente en sus obligaciones tributarias, en la declaración responsable mantuvo que cumplía todos los requisitos para ser adjudicatario.

A juicio de este Tribunal Administrativo, los motivos del recurso son claramente infundados y evidencian temeridad en su interposición, y retrasa, indebida e injustificadamente, la adjudicación del contrato, con los correspondientes perjuicios a la Administración licitadora en la prestación de un servicio prioritario para la salud, en claro beneficio del recurrente y con uso indebido del recurso especial. Aprecia también este Tribunal la existencia de mala fe, pues de mala fe actúa quien manifiesta y declara, bajo su responsabilidad, que está al corriente de sus obligaciones tributarias sabiendo que no es así y que no podrá presentar la declaración correspondiente.

[\(Ver Acuerdo\)](#)

VII.- Acuerdo 62/2017, de 11 de mayo. Contrato de servicios reservado a empresas de inserción o centros especiales de empleo. Efecto directo de la Directiva 2014/24.

Se examina aquí un contrato incorrectamente calificado como de Servicios que ha sido reservado a empresas de inserción o centros especiales de empleo y que, a juicio del Tribunal, restringe la competencia. Se concluye la incorrecta invocación del artículo 20 de la Directiva 2014/24 y se estima el recurso anulando la licitación.

Comenzamos recordando nuestra doctrina en los Acuerdos 72, 73 y 80/2016 (también el Tribunal de Contratación Pública de Madrid en su Resolución 16/2016), donde afirmamos que las condiciones sociales de los contratos públicos, en tanto política pública, pueden formar parte



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

del diseño de un contrato si bien, deben estar vinculadas, directa o indirectamente, al objeto del contrato. Esta es, por lo demás, la filosofía de la nueva regulación europea de la contratación pública, validada por la jurisprudencia del TJUE. La contratación pública puede estar al servicio de condiciones sociales, pero con el límite de no distorsionar la competencia, ni introducir controles indebidos en la gestión legítima de los intereses empresariales.

Seguidamente se analiza la incorrecta tipificación como contrato de servicios. Es un contrato de obras. El CPV utilizado es el de «obras viales»; y el PPT incluye en su objeto las obras de construcción, reforma, rehabilitación o reparación. En consecuencia, su naturaleza de contrato de obras implica la necesidad de clasificación empresarial por ser cada lote de importe superior a 500 000 €. (art. 65 TRLCSP).

Además, no es posible alegar la aplicación por efecto directo del artículo 20 de la Directiva 2014/24, que permite a los Estados miembros reservar el derecho a participar en los procedimientos de contratación a talleres protegidos y operadores económicos cuyo objetivo principal sea la integración social y profesional de personas discapacitadas o desfavorecidas o prever la ejecución de los contratos en el contexto de programas de empleo protegido, a condición de que al menos el 30 % de los empleados de los talleres, los operadores económicos o los programas sean trabajadores discapacitados o desfavorecidos porque no ha sido traspuesto todavía al ordenamiento jurídico español; y al no establecer un mandato claro, preciso e incondicionado no se puede alegar el efecto directo.

[\(Ver Acuerdo\)](#)



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

VIII.- Acuerdo 64/2017, de 22 de mayo. Actuaciones susceptibles de interposición de recurso: Admisión de la interposición de un recurso frente al acuerdo de la Mesa de contratación de inadmisión de una oferta variante.

Se analiza la actuación de la Mesa de contratación que, en el procedimiento de adjudicación de un contrato de obras ha acordado la inadmisión de la Oferta variante presentada por la recurrente. El TACPA considera que se trata de un acto susceptible de recurso especial de acuerdo con el criterio del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y se entra en el fondo del asunto. Para ello se aplica el reciente criterio del Tribunal de Justicia de Unión Europea, contenido en la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 5 de abril de 2017, [Marina del Mediterráneo SL y otros contra Agencia Pública de Puertos de Andalucía), que resuelve la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Asunto C-391/15)] en la que declara no conforme a derecho la legislación nacional española a no considerar como acto de trámite recurrible la admisión de un licitador.

Se concluye que la Oferta variante no cumple las exigencias de los Pliegos, por lo que su no admisión por la Mesa es correcta.

[\(Ver Acuerdo\)](#)

IX.- Acuerdo 75/2017, de 4 de julio. Actuaciones susceptibles de interposición de recurso: Encargo de ejecución a un medio propio.

En este expediente se recurre la encomienda de gestión de un servicio municipal a un consorcio, para su ejecución posterior a través de un medio propio. El TACPA es competente para conocer del fondo del



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

asunto con base en el Derecho comunitario. Se concluye que se ha realizado un uso fraudulento del encargo a medio propio, que trata de eludir la normativa sobre contratación.

En este recurso, un concejal impugna el convenio por el que se aprueba la encomienda de gestión del servicio de limpieza viaria del municipio al Consorcio para la gestión de Residuos Sólidos urbanos, a través de su medio propio, una empresa pública (participada íntegramente por el consorcio).

En el Acuerdo se comienza afirmando que los supuestos objeto de recurso especial deben interpretarse conforme a la jurisprudencia del TJUE y el nuevo marco regulatorio europeo (Directivas 23, 24 y 25 de 2014). Se hace también referencia a la sentencia antes citada, STJUE de 05/04/2017 Marina del Mediterráneo contra Agencia Pública de Puertos de Andalucía *«Toda decisión de un poder adjudicador al que se apliquen las normas del Derecho de la Unión en materia de contratación pública, y sea susceptible de infringirlas, está sujeto al control jurisdiccional de la Directiva»*.

Se analiza por el TACPA la figura de los encargos a medios propios como técnica autoorganizativa de cooperación vertical, con origen y fundamento europeo en la técnica de *in house providing*. La Directiva 2014/24 positiviza la doctrina del TJUE, teniendo su artículo 12.1 (relaciones entre poderes públicos) efecto directo. Así, un contrato adjudicado por un poder adjudicador a otra persona jurídica queda excluido del ámbito de aplicación de la Directiva si cumple los siguientes requisitos:

(1) que el poder adjudicador ejerce sobre la persona jurídica de que se



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios. (2) que al menos el 80% de las actividades de esa persona jurídica se llevan a cabo para el poder adjudicador que la controla o para otras personas jurídicas controladas por el mismo poder adjudicador. (3) que no exista participación privada en la persona jurídica controlada.

El control análogo es de carácter funcional y no formal. No basta con la mera declaración legal. Se debe acreditar que efectivamente existe ese poder de influencia determinante sobre objetivos y decisiones de la sociedad. La empresa pública como medio propio del consorcio, no es ni puede ser medio propio del Ayuntamiento, pues éste, ni participa del accionariado, ni puede influir en las decisiones estratégicas, ni siquiera se prevé la aceptación incondicionada de los encargos. No encaja en ninguna de las previsiones del artículo 12 de la Directiva. Ni en el apartado 1, ni el apartado 3.a) al no existir control análogo al de sus propios servicios. Se anula la decisión impugnada por tratarse de un encargo a medio propio que no es conforme al derecho vigente (nacional y europeo) y que esconde una adjudicación directa de un contrato público.

Se analiza también la utilización de la empresa pública como medio propio del consorcio que a su vez actúa como medio propio del Ayuntamiento. El consorcio no puede ser considerado como medio propio de los entes locales que lo conforman. El consorcio es una entidad pública diferenciada con funciones propias, ajenas a la técnica de la cooperación vertical, por lo que las relaciones entre sus miembros asociados nunca pueden ser las del medio propio. Los medios propios del consorcio lo serán solo del ente matriz, y nunca, por la mera pertenencia al Consorcio, de los entes públicos que lo integran. Por ello,



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

se realiza una indebida consideración del consorcio como técnica de cooperación vertical.

[\(Ver Acuerdo\)](#)

X.- Acuerdos 78/2017, de 14 de julio, 80/2017, de 18 de julio; y 123/2017, de 15 de diciembre. Contratos sujetos a regulación armonizada por aplicación del efecto directo de las Directivas. Falta de publicidad en el DOUE

De acuerdo con la normativa comunitaria, dado el efecto directo de la Directiva 2014/24, los contratos están sujetos a regulación armonizada y, por tanto, el anuncio de licitación debió haberse publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea con el correspondiente plazo de presentación de proposiciones. Se estiman los recursos y se anulan las licitaciones.

Se parte de que el 26 de febrero de 2014 se aprobó la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE (en adelante Directiva de contratos). El plazo de transposición de la Directiva expiró el 18 de abril de 2016. Dicha transposición no se ha llevado a cabo por el Reino de España con carácter global, si bien por diversas normas legales se ha introducido parte del contenido de dicha Directiva en el TRLCSP. Ahora bien, el hecho de que el Estado miembro no haya transpuesto el contenido de las Directivas, no impide su aplicación directa, si se dan los requisitos necesarios para ello fijados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Como consecuencia del efecto directo del artículo 2.9 de la Directiva



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

de contratos, a partir del 18 de abril pueden ser objeto de recurso los contratos de servicios sujetos a regulación armonizada, cualesquiera servicios y no solo los servicios de las categorías 1 a 16 del Anexo II del TRLCSP, distintos de aquéllos susceptibles de ser objeto de un contrato de obras sujeto a regulación armonizada, siempre y cuando no estén expresamente excluidos por la Directiva de contratos de su ámbito objetivo de aplicación, en virtud de sus artículos 7 a 17. Se entiende por ello desplazado el artículo 16.1 (contratos de servicios sujetos a regulación armonizada) del TRLCSP por la Directiva de contratos.

En cuanto a los umbrales, tiene efecto directo la distinción que hace la Directiva de contratos en su artículo 4, letras b), c) y d), entre por una parte, los contratos públicos que tienen por objeto los denominados «servicios sociales y otros servicios específicos» que son los enumerados en su Anexo XIV de la Directiva, y por otra aquéllos contratos que tienen por objeto las demás prestaciones susceptibles de ser objeto de un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada.

En el primer caso estamos ante un contrato de servicios de agencias de viaje y operadores turísticos y asistencia al turista, no incluido en el Anexo XIV de la Directiva de contratos, y cuyo valor estimado excede del umbral de 209 000 euros, tratándose pues de un contrato armonizado sujeto al ámbito del recurso especial en materia de contratación. La codificación corresponde a los «*Servicios de Agencia de Viajes, operadores turísticos y asistencia al turista*». Y todavía existe una codificación más precisa que coincide en su totalidad con el objeto del contrato que es la 63514000-5 «*Servicio de Guías de Turismo*». Y estos servicios no se encuentran dentro de los servicios culturales incluidos en el anexo XIV de la Directiva que requerirían, en relación con



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

el artículo 4.d) de la misma, de un importe de 750 000 euros para ser considerados sujetos a regulación armonizada

Se estima el recurso y se anula la licitación. Los mismos argumentos llevan a anular la adjudicación y la licitación en el Acuerdo 80/2017, y la licitación en el Acuerdo 123/2017 (en este último recurso, nos encontramos ante un servicio de salud de importe superior a 750 000 euros).

[\(Ver Acuerdo 78/2017\)](#)

[\(Ver Acuerdo 123/2017\)](#)

XI.- Acuerdo 110/2017, de 2 de noviembre. Aplicación de criterios de desempate en relación al porcentaje de trabajadores discapacitados.

El TACPA, ante la existencia de un empate en la puntuación, concluye que es correcta la actuación de la Mesa al proceder a la suma total de los trabajadores de las dos empresas que forman la UTE y calcular así el porcentaje de discapacidad, interpretando que la plantilla total tiene que hacer referencia a la suma de las plantillas de las empresas que concurren en UTE.

El TACPA fundamenta su Acuerdo en que el artículo 12 de la Ley 3/2011 —que atiende en primer lugar al porcentaje de trabajadores con discapacidad, siempre por encima del 2% de la plantilla que resulta obligatorio—, no contempla una regla de comparación del porcentaje de los trabajadores con discapacidad, en los supuestos en que concurren empresas que no tengan obligación de cuota de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad. Y es obvia la



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

razón, no se puede establecer comparación alguna, cuando no existe obligación de reservar puestos de trabajo para personas con discapacidad. Pero la imposibilidad de comparar, por inexistencia de obligación, no puede llevar a la exclusión por incumplimiento de una obligación que no tienen; porque sería tanto como afirmar que las empresas que no tengan tal obligación, no pueden formar parte de una unión temporal de empresas.

El 2 por 100 de trabajadores con discapacidad, juega como mínimo para las empresas públicas y privadas que empleen a un número de 50 o más trabajadores. Y es que, ni el TRLCSP ni el artículo 42.1 del Texto refundido de la Ley general de derechos de las personas con discapacidad prevén exactamente el cálculo del porcentaje de discapacidad en el caso específico de las uniones temporal de empresas, pero si refieren que el porcentaje se realiza sobre la plantilla total de la empresa correspondiente.

Según este criterio, hay que corroborar la actuación de la Mesa de Contratación, al proceder a la suma total de los trabajadores de las dos empresas que forman la unión temporal de empresas y calcular así el porcentaje de discapacidad ha sido correcto, en el sentido de interpretar que la plantilla total tiene que hacer referencia a la suma de las plantillas de las empresas que concurren en UTE. De forma que el cálculo efectuado en la licitación recurrida es el que más se adecua a la regulación vigente. Por ello se desestima el recurso.

[\(Ver Acuerdo\)](#)



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

XII.- Acuerdo 114/2017, de 13 de noviembre. Licitación electrónica y plazo límite para presentación de ofertas por medios electrónicos.

Se examina aquí la actuación de la Mesa de contratación ante una exclusión del licitador por presentar la oferta fuera de plazo en una tramitación exclusivamente telemática. El plazo finalizaba a las 14:00 horas y la oferta se recibió a las 14:02, tal y como acreditan los registros de la Plataforma de Contratación del Sector Público. No hay constancia de fallo técnico alguno en la Plataforma durante la presentación de la documentación.

Partimos aquí del artículo 31.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas dispone que: *«2. El registro electrónico de cada Administración u Organismo se registrará a efectos de cómputo de los plazos, por la fecha y hora oficial de la sede electrónica de acceso, que deberá contar con las medidas de seguridad necesarias para garantizar su integridad y figurar de modo accesible y visible».*

En consecuencia, la hora oficial de presentación de la oferta es la hora que figura en el Registro Electrónico del órgano de contratación, en este caso las 14:02 horas, lo que determina la extemporaneidad de la oferta, razón por la que debe ser desestimado el recurso. En el mismo sentido, aboga el principio de no discriminación e igualdad de trato de los licitadores, consagrado en el artículo 1 del TRLCSP, pues de otra manera se estaría concediendo dos plazos diferentes, uno para el recurrente hasta el momento en el que realmente tuvo entrada oficial su oferta y otro, el conforme al PCAP, que concluía a las 14:00 del día 9 de octubre, sin que pueda justificarse tal diferencia de trato sobre la



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

base de causas ajenas principalmente a la propia conducta del recurrente.

Las ofertas que presentan los licitadores tienen un carácter recepticio, como ocurre en cualquier procedimiento concurrencial, de forma que su validez y eficacia exige la recepción por el destinatario, por el órgano de contratación, en el tiempo y forma, o por alguno de los medios habilitados previamente para ello, por la Ley. No basta con la emisión de la oferta, sino que es exigible su recepción en los plazos y con los requisitos aplicables en cada caso concreto. En la licitación analizada, la presentación solo podía realizarse por medios electrónicos, por lo que cualquier otro medio elegido por un licitador, por ejemplo, de forma presencial y soporte papel, hubiera determinado la exclusión o el rechazo de la oferta, aunque la recepción o el registro fuere anterior a la finalización del plazo. Del mismo modo la presentación por medios electrónicos requiere adaptarse a ese medio, por lo que la recepción posterior a la hora en que termina el plazo, aunque la emisión, como afirma el recurrente haya sido varios minutos antes, determina la exclusión por extemporaneidad.

Por último, no se ha cuestionado por el recurrente el cumplimiento por el órgano de contratación de lo dispuesto en la disposición adicional decimosexta del TRLCSP sobre el uso de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en los procedimientos regulados en la Ley. Sobre este particular el informe del órgano de contratación afirma que se cumple lo dispuesto en su apartado 1. e) en el que se insiste, en especial, de la necesidad de que los registros electrónicos dejen constancia de la hora exacta de la recepción de las proposiciones de los licitadores: « e) Las aplicaciones que se utilicen para efectuar las



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

comunicaciones, notificaciones y envíos documentales entre el licitador o contratista y el órgano de contratación deben poder acreditar la fecha y hora de su emisión o recepción, la integridad de su contenido y el remitente y destinatario de las mismas. En especial, estas aplicaciones deben garantizar que se deja constancia de la hora y la fecha exactas de la recepción de las proposiciones o de las solicitudes de participación y de cuanta documentación deba presentarse ante el órgano de contratación».

[\(Ver Acuerdo\)](#)

XIII.- Acuerdo 117/2017, de 21 de noviembre. Modificado ilegal.

En este expediente, tanto el tipo contractual (calificado como contrato administrativo especial) como su modificación, para ampliar su objeto, son susceptibles de recurso especial. Se concluye por el TACPA que existe nulidad de pleno derecho de la modificación del contrato por infracción del procedimiento legalmente establecido, en tanto supone una adjudicación directa ilegal.

Nos remitimos también aquí al primer apartado de esta Memoria donde se ha analizado nuestra doctrina sobre la impugnación de las modificaciones contractuales. Concluimos que la decisión de modificación contractual, en tanto posible adjudicación ilegal, encaja de forma indubitada en los supuestos legales.

[\(Ver Acuerdo\)](#)

XIV.- Acuerdo 118/2017, de 28 de noviembre. Justificación de la solvencia con medios externos.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

A juicio del TACPA en este procedimiento existe insuficiente motivación de las razones por las que el órgano de contratación considera inadecuada la acreditación de la solvencia técnica o profesional del recurrente. El PCAP admite la acreditación de la solvencia por medios internos y externos, por lo que dicha solvencia debe considerarse correctamente acreditada. Se estima el recurso después de analizar el concepto funcional de operador económico y se recuerda que, según jurisprudencia europea reiterada, las Directivas sobre contratos públicos no exigen que la persona que celebra un contrato con una entidad adjudicadora sea capaz de realizar directamente la prestación pactada con sus propios recursos para que pueda recibir la calificación de contratista de un contrato público. Nos remitimos en este punto a la parte primera de esta Memoria donde se analiza el Acuerdo en profundidad.

[\(Ver Acuerdo\)](#)

3.- Estadísticas

En Anexos a esta Memoria se contienen los datos más relevantes de la actuación del TACPA en este periodo, atendiendo al volumen de entrada de recursos (por meses), al órgano de contratación cuyo acto se recurre, al tipo de contrato recurrido, al valor estimado de las licitaciones recurridas, al tipo de acto impugnado, al sentido de la resolución adoptada (tipo de Acuerdo).

Se incluyen, además, los datos de aquellos recursos de los que conoce el TACPA por la ampliación de su ámbito de actuación por Ley 3/2012, de 8 de marzo, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Autónoma de Aragón y por la Ley 5/2017, de 1 de junio, de Integridad y Ética Públicas de Aragón.

Un dato destacable es el del valor estimado global de las licitaciones que han sido impugnadas durante el año 2017, y que asciende a más de mil ochocientos millones de euros, en concreto, 1.816.864.801,27 €, con la distribución por tipo de contrato que se contiene en el Anexo correspondiente.

Sobre el cumplimiento de plazos, hay que señalar que el TRLCSP establece unos plazos muy breves para dictar resolución en los recursos que regula, plazo que varía en función de los trámites del procedimiento, pero que por regla general deberían tener una duración de 15 a 20 días hábiles. En 2017, el plazo medio que el TACPA ha empleado para la tramitación completa de los recursos, cuestiones de nulidad y reclamaciones que se han sustanciado ante el mismo es de 27,12 días naturales⁹. Además, en el 64,54 % de los casos, los recursos se han resuelto por el TACPA dentro de los plazos legales establecidos, en el restante 35,46 % el retraso ha sido, de media, de cinco días y medio, correspondiendo al periodo estival o al retraso en la recepción del expediente las demoras superiores. La mayoría de las demoras se sitúan entre 1 y 5 días, siendo excepcionales demoras mayores, por lo que puede considerarse que en este punto se ha producido un cumplimiento estricto de la Ley y de los objetivos que con ella se persiguen, y ello pese a que el volumen de reclamaciones no ha dejado

⁹ Tomando como referencia la fecha de entrada del recurso en el registro, bien del TACPA, bien del órgano de contratación, y como fecha final, aquélla en que se dicta el Acuerdo.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

de incrementarse desde 2011. La actividad del Tribunal, como en años anteriores, no se ha suspendido durante el mes de agosto.

El total de reclamaciones presentadas durante 2017 ha sido de 150. Esta cifra supone un aumento de 21 respecto del año anterior (129). De las 150 reclamaciones, el 72% tenían como objeto un contrato de servicios o suministros.

Sobre el sentido de los Acuerdos del Tribunal, destaca un descenso de las estimaciones, pasando de un 23,26% en 2016 a un 18 % en 2017 (el descenso se debe fundamentalmente al aumento del número de inadmisiones). En los años anteriores de actividad del Tribunal, el porcentaje de estimaciones fue el siguiente: 45,10% del total de Acuerdos recogido en la Memoria del año 2011, 35,48% en 2012, 25,33% en 2013, 20,61% en 2014, 35,40 % en 2015 y 23,26% en 2016.

La independencia del Tribunal, además de garantizarse a través de mecanismos como la inamovilidad de sus miembros, se aprecia a través de lo que puede denominarse «tasa de éxito» —en la que para el cálculo del porcentaje de estimaciones se deben descontar las inadmisiones producidas—, que en el caso del TACPA en 2017 se sitúa en el 29´67 %. Esta tasa se situó en el 35,19% en 2013, 35,06% en 2014, 41,67% en 2015 y 31,91% en el año 2016.

Durante el periodo que comprende esta Memoria se han impuesto cuatro multas por mala fe o temeridad en la interposición del recurso, al amparo de la previsión contenida en el artículo 47.5 TRLCSP, por un importe total de 20.000 euros.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

El análisis del número de recursos de los que conoce el TACPA en función de la reducción de cuantías en los contratos recurribles, arroja como dato que del total de reclamaciones interpuestas ante este Tribunal (150) son 15 los que recibe el TACPA por dicha especialidad, un 10 % del total.

En once ocasiones en este periodo los Acuerdos del TACPA han sido impugnados ante la jurisdicción contencioso-administrativa, sin que haya recaído sentencia hasta la fecha.



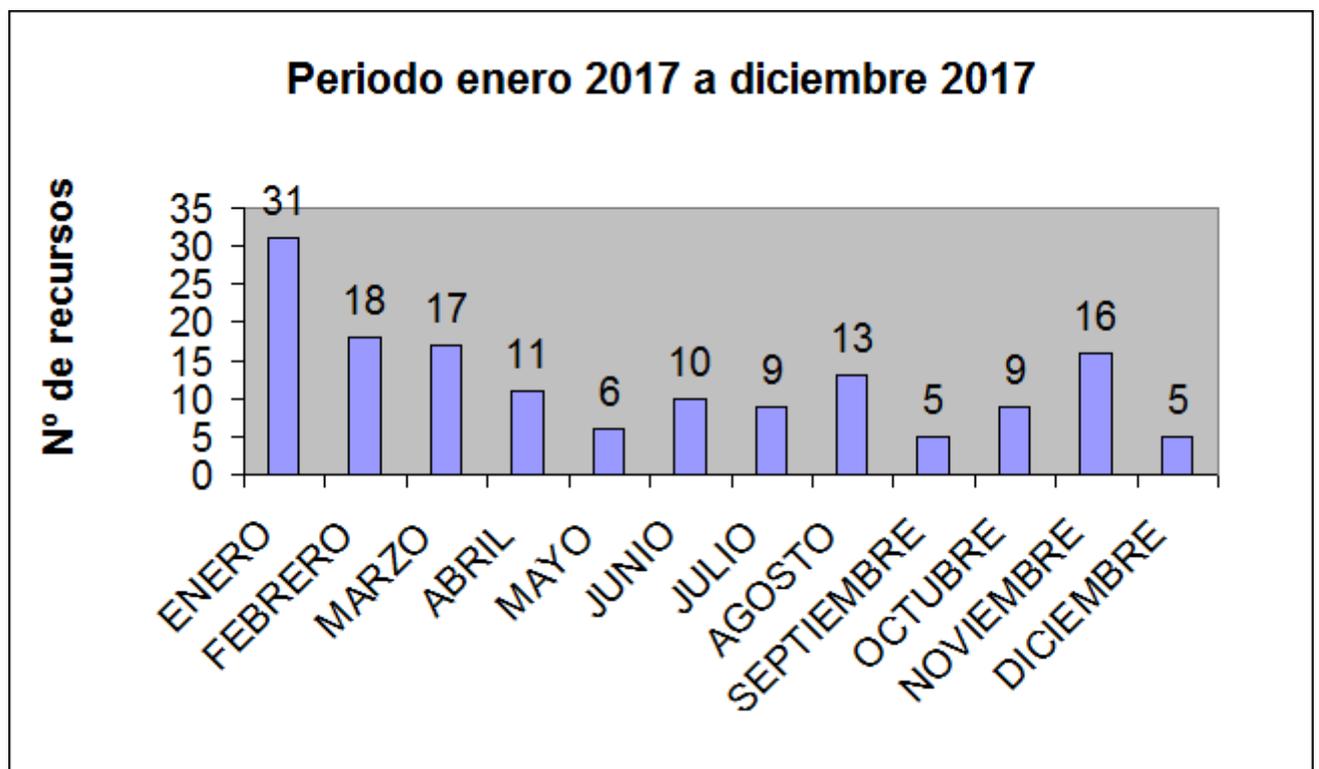
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

ESTADÍSTICAS 2017



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Estadística de recursos presentados ante el TACPA, por meses

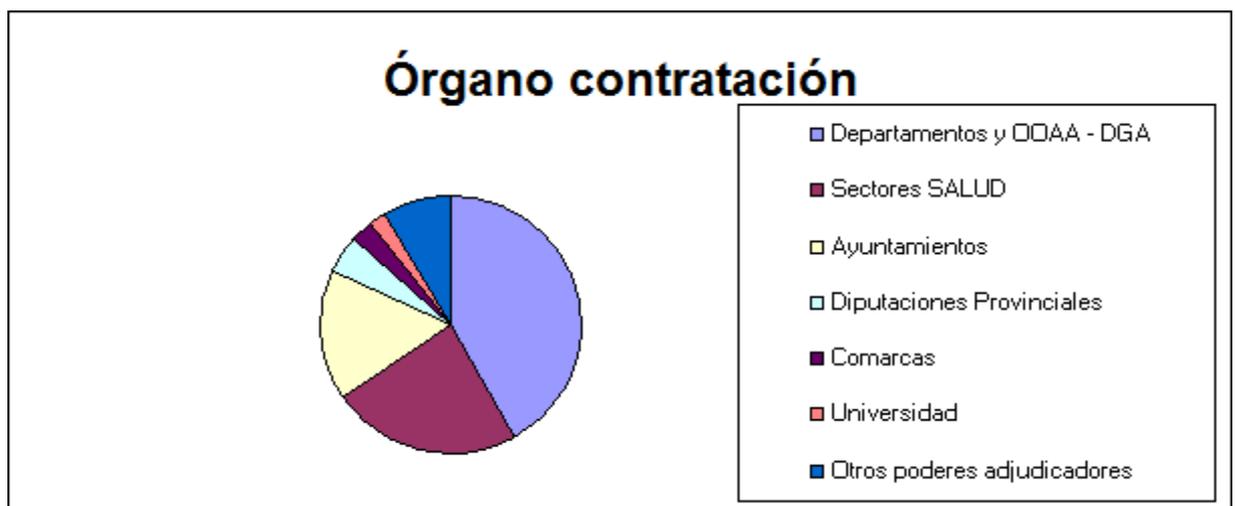




TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Estadística por órgano de contratación en los recursos presentados ante el TACPA desde el 1 de enero de 2017 hasta el 22 de diciembre de 2017

	Número	%
Departamentos y OAAA - DGA	63	42,00%
Sectores SALUD	35	23,33%
Ayuntamientos	25	16,67%
Diputaciones Provinciales	7	4,67%
Comarcas	4	2,67%
Universidad	3	2,00%
Otros poderes adjudicadores	13	8,67%
Total	150	100,00%

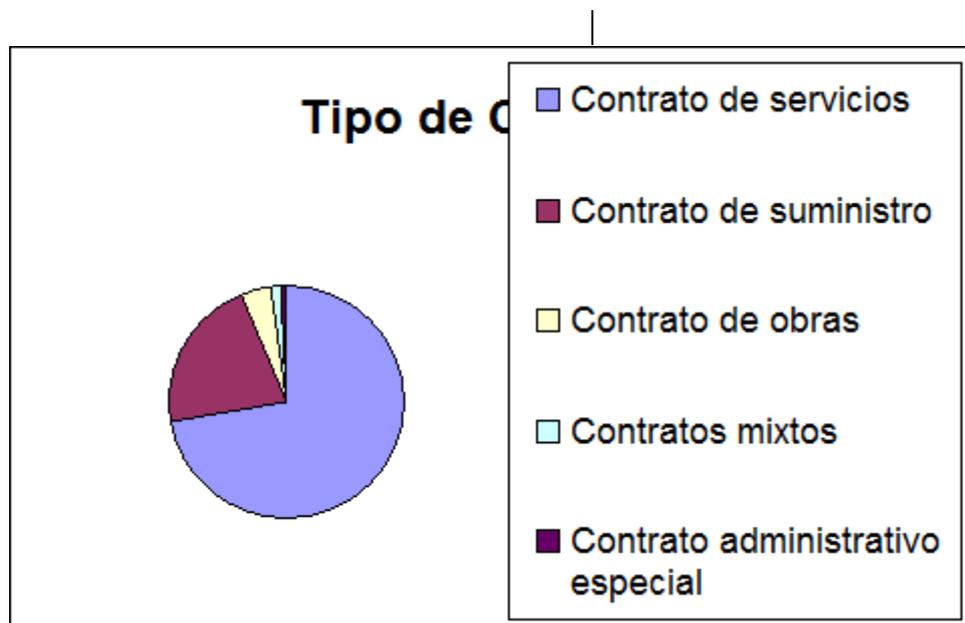




TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Estadística por tipo de contrato en los recursos presentados ante el TACPA desde el 1 de enero de 2017 hasta el 22 de diciembre de 2017

	Número	%
Contrato de servicios	108	72,00%
Contrato de suministro	33	22,00%
Contrato de obras	6	4,00%
Contratos mixtos	2	1,33%
Contrato administrativo especial	1	0,67%
TOTAL	150	100,00%





TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Valor estimado de las licitaciones recurridas ante el TACPA desde el 1 de enero de 2017 hasta el 22 de diciembre de 2017

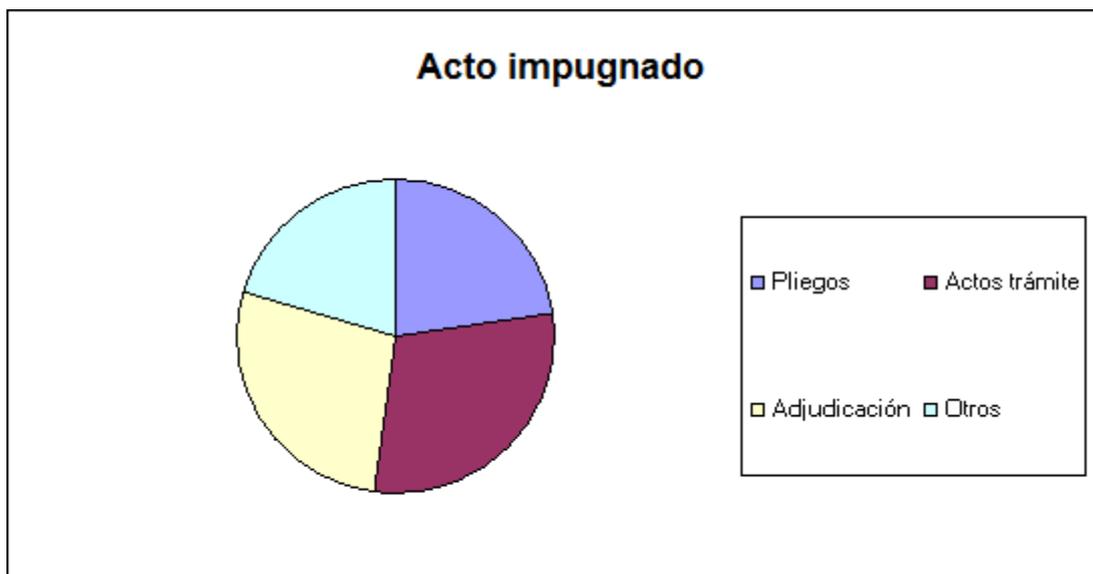
	Valor estimado
Contrato de servicios	1.621.950.326,80
Contrato de suministro	63.235.321,20
Contrato de obras	77.295.928,01
Contratos mixtos	185.002,26
Contrato administrativo especial	54.198.223,00
Total	1.816.864.801,27



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Estadística acto impugnado recursos presentados ante el TACPA desde el 1 de enero de 2017 hasta el 22 de diciembre de 2017

	Número	%
Pliegos	34	22,67%
Actos trámite	44	29,33%
Adjudicación	41	27,33%
Otros	31	20,67%
Total	150	100,00%

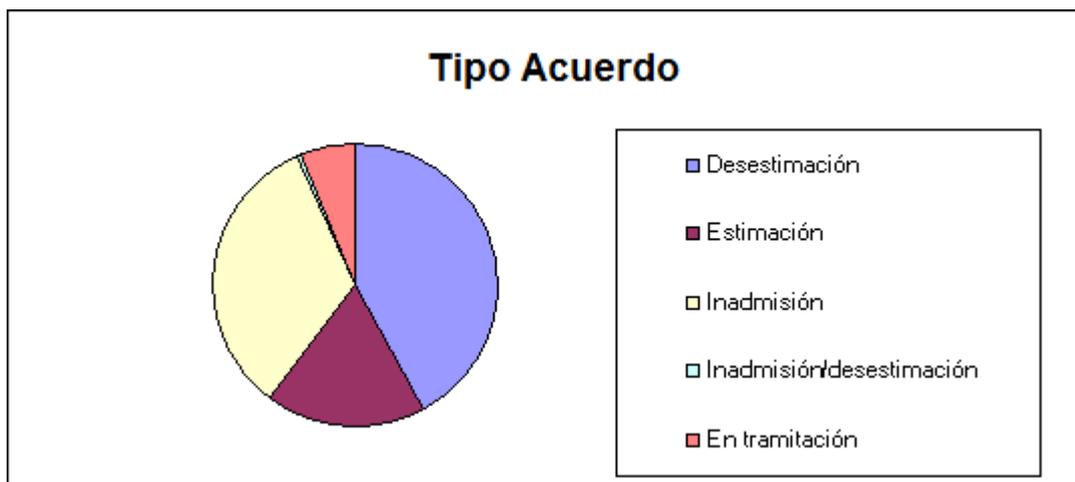




TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Estadística de tipo de Acuerdo en los recursos presentados ante el TACPA desde el 1 de enero de 2017 hasta el 22 de diciembre de 2017

	Número	%
Desestimación	63	42,00%
Estimación	27	18,00%
Inadmisión	50	33,33%
Inadmisión/desestimación	1	0,67%
En tramitación	9	6,00%
Total	150	100,00%





TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

ANEXO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

LA TRASPOSICION DE LAS DIRECTIVAS DE CONTRATACION PÚBLICA EN ESPAÑA: UNA PRIMERA VALORACION DE SUS PRINCIPALES NOVEDADES[⊗]

José María Gimeno Feliu

Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Zaragoza. Presidente del TACPA.

orcid.org/0000-0001-6760-9222

SUMARIO: I.- INTRODUCCIÓN. LOS MOTIVOS DE LA REFORMA EUROPEA PARA LA COMPRESION DE LA NUEVA REGULACION DE LA CONTRATACION PÚBLICA ESPAÑOLA. 1.- Principales objetivos de la reforma europea de contratación pública. 2.- El objetivo de la prevención de la corrupción. 3.- El carácter prioritario de la reforma de contratación pública desde la perspectiva europea. II.- LAS PRINCIPALES NOVEDADES DE LA LEY 9/2017, DE 8 DE NOVIEMBRE, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO. 1.- Novedades en el ámbito de aplicación de la Ley. 2.- Negocios excluidos: cooperación horizontal y vertical. 3.- Los nuevos tipos contractuales y su incidencia práctica. 4.- La nueva regulación del control: el recurso especial. 5.- La solvencia y capacidad de los licitadores. 6.- La mejora de la transparencia en los procedimientos. 7.- Los criterios de adjudicación se vinculan a la lógica de calidad-precio. 8.- Novedades en la regulación de los contratos de concesión. III.- EPILOGO REFLEXIVO.

I.- UNA BREVE REFERENCIA A LOS PRINCIPALES OBJETIVOS DE LA REFORMA EUROPEA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA.

El análisis de la nueva regulación española de contratos del sector público exige conocer las condiciones exigidas por la necesaria incorporación de las Directivas de cuarta generación de contratación

[⊗] Este estudio se enmarca en el Proyecto de investigación concedido por Ministerio de Economía y Competitividad titulado «La nueva regulación de la contratación pública: Hacia un nuevo sistema de gobernanza pública y de actuación de los poderes públicos» DER2015-67102-C2-1-P, cuyo IP es el autor. El mismo será objeto de publicación por la Revista Documentación Administrativa núm. 4, 2017..



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

pública que contienen una novedosa regulación en clave de visión estratégica¹⁰.

Las Directivas 23, 24 y 25 de 2014, de 26 de febrero, respectivamente, “de cuarta generación”, vienen a superar la lógica “armonizadora” de sus predecesoras¹¹. Y optan, como señala G.A. BENACCHIO por prescindir del establecimiento de reglas excesivamente rígidas e invasivas en favor de la promoción de los objetivos de simplificación y eficiencia¹². Son textos, por lo demás, de mayor “densidad” que sus predecesoras y se siguen observando parecidas deficiencias técnicas que complican la correcta adaptación de sus reglas a las normas nacionales¹³. Pero a pesar de todo, en mi opinión, suponen un importante avance pues han permitido replantear el

¹⁰. Lo que queda reflejado expresamente en la Estrategia Europa 2020, que indica que la contratación pública es una herramienta principal para el cumplimiento de esos objetivos. Cuestión sobre la que insiste la reciente la Comisión Europea «Conseguir que la contratación pública funcione a Europa y para Europa» (3 de octubre de 2017, COM (2017) 572 final) al insistir en la idea de una estrategia de contratación pública, para lo que establece el marco político general y define prioridades claras para mejorar la contratación en la práctica y dar apoyo a las inversiones en el seno de la UE.

¹¹ Sobre el contenido de estas Directivas me remito a: J.M. GIMENO FELIU, *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia. (El contrato público como herramienta del liderazgo institucional de los poderes públicos)*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014; J.A. MORENO MOLINA, «La cuarta generación de Directivas de la Unión Europea sobre contratos Públicos», en libro colectivo *Observatorio de los Contratos Públicos 2012*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 115 a 163; J.A. MORENO MOLINA, y P. DOMÍNGUEZ ALONSO, «El nuevo derecho de la Unión Europea sobre contratación pública», en la obra colectiva *La contratación pública a debate: presente y futuro*, Civitas-Thomson, Cizur Menor, 2014, pp. 139-164; M.M. RAZQUIN, “Las nuevas Directivas sobre contratación pública de 2014: aspectos clave y propuestas para su transformación en España”, RAP núm. 196, 2015, pp. 97-13 y. De especial interés, en tanto se apuntan las líneas estratégicas de la reforma, es el trabajo de A. RUIZ DE CASTAÑEDA y M.A. BERNAL BLAY, “La contratación pública y el Derecho comunitario. Cuestiones pendientes”, en libro col. *Observatorio de los Contratos Públicos 2010*, Civitas, Cizur Menor, 2011, pp. 23 a 42. Sobre los principios aplicables a esta materia, por todos, me remito al trabajo de J.A. MORENO MOLINA, “El sometimiento de todos los contratos públicos a los principios generales de contratación” en el *Liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*, Thomson, Pamplona, 2012, págs. 3429 y ss. del tomo II. Una visión crítica sobre los objetivos de estas Directivas puede verse en el estudio del profesor J. SANTAMARIA PASTOR, “Contratos del sector público y derecho de la Unión”, RAP núm. 200, 2016, pp. 83-102.

¹² Vid. “Verso le Direttive di quarta generazione”, en G.A. BENACCHIO/M. COZZIO *Gli appalti pubblici: tra regole europee e nazionali*, Egea, Milano, p. 8.

¹³ Especialmente crítico, también con el Derecho de la Unión Europea, se manifiesta J. SANTAMARIA PASTOR, “La constante e interminable reforma de la normativa sobre contratación pública” *Revista Española de Derecho Administrativo*, número 159, 2013, p. 35.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

modelo teórico y práctico de la legislación de contratación en España¹⁴.

La revisión (que no mera actualización) de las Directivas sobre contratación pública de 2014 se inscribe en un programa de conjunto cuyo objetivo es una modernización en profundidad del sistema público de contratación en la Unión Europea para ser más eficientes y diseñar políticas que permitan un mayor crecimiento en un contexto de globalización económica¹⁵. Lo que no significa una liberalización "sin restricciones" a la política de contratación pública. Basta recordar el contenido de la Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de mayo de 2011, sobre la igualdad de acceso a los mercados del sector público en la UE y en terceros países, y sobre la revisión del marco jurídico de la contratación pública, incluidas las concesiones (publicada en el DOUE 7 de diciembre de 2012), -se insiste en los comentarios incluidos en su Resolución del 18 de mayo de 2010 sobre nuevos aspectos de la política de contratación pública-, en la que, si bien se opone enérgicamente a las medidas proteccionistas en el ámbito de la contratación pública a escala mundial, cree firmemente en el principio de reciprocidad y proporcionalidad en dicho ámbito y, en este sentido, pide a la Comisión que realice un análisis detallado de las posibles ventajas y problemas

¹⁴ Me remito a mi monografía *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia. (El contrato público como herramienta del liderazgo institucional de los poderes públicos)*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014.

¹⁵ El 'Informe de evaluación: impacto y eficacia de la legislación comunitaria sobre contratación pública' (http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/modernising_rules/evaluation/index_en.htm#maincontentSec1) recoge las opiniones y recomendaciones de más de seiscientos profesionales sobre la efectividad de las actuales directivas que rigen la contratación en organismos públicos. El informe destaca que las directivas sobre contratación pública han fomentado la apertura y la transparencia provocando que la competencia se haya intensificado. Esto se ha traducido en un ahorro de costes o inversión pública adicional que se cuantifica en 20.000 millones de euros, un cinco por ciento de los 420.000 millones de euros que se licitan anualmente a escala europea en contratos públicos. También recoge el deseo unánime de recortar, agilizar y flexibilizar los trámites burocráticos. Este aspecto resulta fundamental para las pequeñas y medianas empresas (PYME) que actualmente sufren completando la cantidad de exigencias administrativas que obligan los procesos de licitación. Este análisis ha servido de punto de partida para la revisión de las directrices que se acometió a finales del pasado año. Con ella se pretende mantener una política equilibrada que preste apoyo a la demanda de bienes, servicios y obras que sean respetuosos con el medio ambiente, socialmente responsables e innovadores, ofreciendo además a las autoridades adjudicadoras unos procedimientos más sencillos y flexibles y que garanticen un acceso más fácil a las empresas, particularmente a las PYME.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

asociados con la imposición de restricciones proporcionadas y específicas al acceso a determinados sectores de los mercados de contratación pública de la UE, una evaluación de impacto que analice cuándo pueden aplicarse, así como una evaluación del fundamento jurídico que requeriría este instrumento, para aquellos socios comerciales que se benefician de la apertura del mercado de la UE pero que no han demostrado intención alguna de abrir sus mercados a las empresas de la UE, alentando a la vez a los socios de la UE a que ofrezcan a las empresas europeas condiciones de reciprocidad y proporcionales en el acceso al mercado, antes de proponer cualquier otro nuevo texto en el ámbito de la contratación pública. Asimismo, el Parlamento solicita a la Comisión que evalúe los problemas asociados con las ofertas extraordinariamente bajas y que proponga soluciones adecuadas; recomienda a las autoridades contratantes que faciliten información temprana y suficiente a otros licitadores en caso de ofertas anormalmente bajas, con el fin de que puedan valorar si existen motivos para iniciar un procedimiento de recurso; y considera urgente que la UE alcance una mayor coherencia entre su política comercial exterior común y la práctica existente en los Estados miembros de aceptar ofertas excepcionalmente bajas de empresas cuyos países de origen no son signatarios del Acuerdo de Contratación Pública (ACP), en perjuicio de empresas de la Unión Europea y de las normas laborales, sociales y medioambientales de los Estados miembros de la Unión¹⁶.

Por otra parte, en la lógica de una correcta transposición de las Directivas europeas de contratación, no puede desconocerse la existencia de un derecho pretoriano que vertebra el sistema¹⁷. En una

¹⁶ Con fecha 23 de marzo de 2013 la Comisión Europea presentó la propuesta para la decisión Consejo relativa a la conclusión formal del Protocolo que modifica el Acuerdo sobre Contratación Pública (ACP), el único acuerdo legalmente vinculante en la OMC relativa a la contratación pública. Por otro lado, en relación con la modernización de la política de contratación pública de la UE, apoya la petición de que se clasifiquen por prioridades las cuestiones tratadas en el Libro Verde y, en este sentido, pide a la Comisión que examine en primer lugar las cuestiones de la simplificación de las normas, el acceso equilibrado a los mercados del sector público, y la mejora del acceso de las PYME, y que emprenda como un segundo paso la revisión de la contratación pública y las concesiones, con el fin de obtener la necesaria y completa participación, no solo del Parlamento Europeo y los Estados miembros, sino también de los ciudadanos y las empresas. En fecha 7 de marzo de 2014 se ha publicado en el DOUE el Protocolo por el que se modifica el Acuerdo sobre Contratación Pública, hecho en Marrakech el 15 de abril de 1994. En concreto, reemplaza el Preámbulo, los artículos I a XXIV y los Apéndices del Acuerdo de 1994, por las disposiciones establecidas en su anexo.

¹⁷ Vid. J.M. GIMENO FELIU, "La "codificación" de la contratación pública mediante el derecho pretoriano derivado de la jurisprudencia del TJUE", REDA núm. 172, 2015, pp. 81-122. También I. GALLEGO CORCOLES, "Las relaciones "contractuales" entre entes



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

una materia tan sensible y a la vez tan cambiante, existe una importante “fuente de derecho”, ya que la jurisprudencia del TJUE de la Unión Europea ha conformado un sólido y coherente derecho pretoriano, que sirve de fuente interpretativa y que limita aquellas opciones que puedan contravenir las reglas de la Unión Europea. De hecho, son, en la práctica, una especie de codificación, que dota de coherencia y seguridad jurídica al sistema (tanto a nivel comunitario como de aplicación práctica en los ordenamientos nacionales). Así, los conceptos “comunitarios” deben ser interpretados de conformidad con la doctrina fijada por el TJUE¹⁸. Doctrina que debe ser conocida y respetada por los distintos intérpretes o aplicadores de las reglas de la contratación pública, lo que limita interpretaciones o prácticas nacionales que pretendan una visión “local” de las normas de contratos públicos¹⁹. Existe, en consecuencia, una “armonización” a escala de doctrina TJUE que impide que se laminen los principios de la contratación pública y que exige una interpretación funcional (y no formal)²⁰.

públicos no sometidas a la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública”, en libro colectivo dirigido por M. Almeida e I. Martín, *La nueva contratación pública, Actas del I Congreso de la Red Internacional de Derecho Europeo* (Toledo, 13 y 14 noviembre de 2014), pp. 111-116. En relación con el impacto de la jurisprudencia en el proceso de creación de las reglas sobre contratación pública, vid. COZZIO M., «La función de la jurisprudencia en el proceso de europeización de las reglas de contratación pública», en Gimeno Feliu (Dir.), *Observatorio de Contratos Públicos 2012*, Civitas, 2013; pp. 89-116. Más recientemente, el libro colectivo (A. Benachio, M. Cozzio y F. Titomanlio) *I contratti pubblici nella giurisprudenza dell’Unione Europea, Tomo I*, publicación del Osservatorio di Diritto comunitario e nazionale sugli appalti pubblici. Universidad de Trento, 2016.

¹⁸ Vid. CHINCHILLA MARÍN, C.: “La jurisprudencia del TJUE sobre contratos públicos (I). Ámbito subjetivo y objetivo de aplicación de las Directivas”, en la obra colectiva *El Derecho de los contratos públicos en la Unión Europea y sus Estados miembros*, Lex Nova, Valladolid, 2011, pp. 33-79; y M. SANCHEZ MORON, “La jurisprudencia del TJUE sobre contratos públicos (II). Adjudicación de los contratos y recursos en materia de contratación”, en la obra colectiva *El Derecho de los contratos públicos en la Unión Europea y sus Estados miembros*, Lex Nova, Valladolid, 2011, pp. 81-102..

¹⁹ Para conocer como se ha realizado la transposición de la normativa de contratación pública en los distintos Estados miembros es de especial interés la excelente monografía anteriormente citada, dirigida por M. SANCHEZ MORON: *El Derecho de los contratos públicos en la Unión Europea y sus Estados miembros*, Lex Nova, Valladolid, 2011.

²⁰ Como explica muy bien C. CHINCHILLA MARIN (“La jurisprudencia del TJUE sobre contratos públicos...”, ob. cit., pp. 38-39), la interpretación del derecho comunitario de los contratos públicos debe respetar tres reglas: a) se debe realizar desde la lógica del derecho comunitario y no desde los derechos nacionales, b) la interpretación debe tener un alcance funcional/finalista y c) debe practicarse una interpretación amplia del derecho comunitario cuando se pretende determinar, en clave positiva, el ámbito de aplicación de esta normativa y, por el contrario, estricta, si se trata de “excluir” su



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Finalmente, para una correcta contextualización de los cambios de la legislación nacional resultan convenientes, aun de forma sucinta, recordar algunas premisas de especial interés. La primera, que el objetivo principal de esta normativa comunitaria garantizar la eficiencia de los fondos públicos. A tal fin la obligación de transparencia es un instrumento principal que ha de garantizar, en beneficio de todo licitador potencial, una publicidad adecuada que permita abrir a la competencia el mercado de servicios y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación (STJUE de 7 e diciembre de 2000, ARGE). Este principio encuentra su principal manifestación práctica, en primer lugar, a través de una adecuada publicidad de los contratos adjudicables en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE) de las distintas ofertas de contratos públicos, presentando la misma una doble faceta: a) como mecanismo de fiscalización de la Administración, la publicidad constituye una magnífica ayuda para el juego limpio en la vida administrativa y una oportunidad de control a disposición de los administradores y de los candidatos contractuales; b) como medio de promoción de la concurrencia entre los agentes económicos implicados. Publicidad que debe generar competencia o concurrencia empresarial, como recuerda la STJUE de 15 de octubre de 2009, (Acosef), al afirmar que los principios de igualdad de trato y de no discriminación por razón de la nacionalidad implican en particular una obligación de transparencia, que permite que la autoridad pública concedente se asegure de que tales principios son respetados. La obligación de transparencia que recae sobre dicha autoridad consiste en garantizar, en beneficio de todo licitador potencial, una publicidad adecuada que permita abrir a la competencia la concesión de servicios y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación (véase en particular la STJUE de 6 de abril de 2006, ANAV apartado 21). Al respecto, es *leading case* la doctrina fijada por la STJUE de 16 de septiembre de 2013 (Comisión contra Reino de España), aplicable con carácter general a cualquier procedimiento de licitación pública:

aplicación. Es necesaria, en palabras de R. ALONSO GARCIA, una interpretación de la norma nacional conforme al Derecho europeo. , "La interpretación del Derecho de los Estados conforme al Derecho Comunitario: las exigencias y los límites de un nuevo criterio hermenéutico", Revista española de derecho europeo, núm. 28, 2008, pp. 385-410. También J.M. GIMENO FELIU, "La transposición de de las Directivas de contratación pública en España y el efecto directo por vencimiento del plazo de incorporación. Consecuencias prácticas", Revista Gallega de Administración Pública, núm. 52, 2016, pp. 265-317



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

«66 El principio de igualdad de trato entre licitadores, que no es más que una expresión específica del principio de igualdad de trato (véase, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de octubre de 2005, Parking Brixen, C-458/03, Rec. p. I-8585, apartados 46 y 48, y la jurisprudencia allí citada; sentencia del Tribunal General de 12 de marzo de 2008, European Service Network/Comisión, T-332/03, no publicada en la Recopilación, apartado 72) y que pretende favorecer el desarrollo de una competencia sana y efectiva entre las empresas que participan en una licitación, impone que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades al formular los términos de sus ofertas e implica, por tanto, que éstas estén sometidas a las mismas condiciones para todos los competidores (sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de abril de 2004, Comisión/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, Rec. p. I-3801, apartado 110). De este modo, la entidad adjudicadora está obligada a respetar, en cada fase del procedimiento de licitación, el principio de igualdad de trato de los licitadores (sentencia del Tribunal General de 17 de diciembre de 1998, Embassy Limousines & Services/Parlamento, T-203/96, Rec. p. II-4239, apartado 85), y éstos deben encontrarse en igualdad de condiciones tanto en el momento en que preparan sus ofertas como en el momento en que éstas se someten a la evaluación de la entidad adjudicadora (véanse, en este sentido, las sentencias del Tribunal de Justicia de 16 de diciembre de 2008, Michaniki, C-213/07, Rec. p. I-9999, apartado 45, y de 17 de febrero de 2011, Comisión/Chipre, C-251/09, no publicada en la Recopilación, apartado 39, y la jurisprudencia allí citada).

67 Por otra parte, el principio de igualdad de trato implica, en particular, una obligación de transparencia para permitir a la entidad adjudicadora garantizar su respeto (véanse las sentencias Lombardini y Mantovani, citada en el apartado 64 supra, apartado 38, y Comisión/Chipre, citada en el apartado 66 supra, apartado 38, y la jurisprudencia allí citada). **El principio de transparencia, que constituye el corolario del principio de igualdad de trato, tiene esencialmente por objeto garantizar que no exista riesgo de favoritismo y arbitrariedad** por parte de la entidad adjudicadora (sentencias Comisión/CAS Succhi di Frutta, citada en el apartado 66 supra, apartado 111) y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación (véase la sentencia Parking Brixen, citada en el apartado 66 supra,



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

apartado 49, y la jurisprudencia allí citada). Implica que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, con el fin de que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlos de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar que efectivamente las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trata (sentencia Comisión/CAS Succhi di Frutta, citada en el apartado 66 supra, apartado 111). Por último, los principios de igualdad de trato y de transparencia constituyen la base de las Directivas referentes a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos. En el deber que incumbe a las entidades adjudicadoras de garantizar la observancia de dichos principios reside la propia esencia de estas Directivas (véase la sentencia Michaniki, citada en el apartado 66 supra, apartado 45, y la jurisprudencia allí citada)».

Se trata, en definitiva, de prevenir la arbitrariedad de la decisión (STJUE de 2 de junio de 2016, *Pippo Pizzo*²¹).

Por otra parte, la contratación pública debe ser regulada desde la óptica de consecución efectiva y eficiente de la prestación demandada. Esto exige atender con especial interés la fase de

²¹ STJUE de 16 de julio de 2014, Asunto T-48/12, **Euroscript - Polska Sp. z o.o.**, que tiene por objeto un recurso de anulación de la decisión del Parlamento de 9 de diciembre de 2011, por la que se modifica la decisión de 18 de octubre de 2011 de clasificar a la demandante en primera posición en la lista de licitadores seleccionados y de adjudicarle el contrato principal en el marco del procedimiento de licitación PL/2011/EU, relativo a la prestación de servicios de traducción al polaco (DO 2011/S 56-090361), y, con carácter subsidiario, una pretensión de anulación de esta licitación. En esta sentencia, que anula una adjudicación de un contrato de servicios del Parlamento europeo por reevaluar la propuesta de la que resultó adjudicataria, recuerda que: "El principio de transparencia implica la obligación del órgano de contratación de hacer pública toda la información precisa referente al desarrollo de todo el procedimiento. Los objetivos de publicidad que dicho órgano de contratación debe respetar en el marco de la obligación de transparencia son, por un lado, garantizar que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades y, por otro lado, proteger las legítimas expectativas de los licitadores seleccionados (véase, en este sentido, la sentencia del Tribunal de 28 de enero de 2009, *Centro Studi Manieri/Consejo*, T-125/06, Rec. p. II -69, apartados 86 a 89)." Por ello, al reevaluar una sola de las ofertas presentadas, y no todas las que habían sido presentadas, lo que ocasionó un trato desigual de la oferta de uno de los licitadores, en violación del principio de igualdad de trato.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

ejecución del contrato, que debe ser comprendido desde esta perspectiva del fin derivado de concreta prestación que se demanda. Aquí radica el cumplimiento de los fines públicos que debe prestar la Administración Pública. Por ello, la normativa de los contratos debe tener una “visión completa” de todas las fases del contrato. Y las nuevas Directivas fijan ahora su atención en esta cuestión, regulando la modificación del contrato, la subcontratación o la resolución y fijando que sus principios despliegan efectos en todas las fases del contrato (artículo 18 de la Directiva 2014/24).

Por último, conviene recordar que la contratación pública -y su fundamento- ha cambiado de forma muy notable en los últimos años. De una visión burocrática de la compra pública, diseñada desde una perspectiva hacendística y con escasa prospectiva se ha evolucionado hacia la idea la contratación pública como “herramienta jurídica al servicio de los poderes públicos para el cumplimiento efectivo de sus fines o sus políticas públicas”²². Esto significa que la contratación pública puede -y debe, insistimos- ser una técnica que permitiera conseguir objetivos sociales, ambientales o de investigación, en la convicción de que los mismos comportan una adecuada comprensión de cómo deben canalizarse los fondos públicos. Se impone, pues, una visión estratégica de la contratación pública alejada de la rígida arquitectura del contrato administrativo y de planteamientos excesivamente burocráticos o formales. El principio de eficiencia, inherente a la contratación pública, no puede ser interpretado desde modelos exclusivamente economicistas, sino que debe velarse por el adecuado estándar de calidad en la prestación del servicio²³. Es decir,

²² Me remito a mi trabajo “Compra pública estratégica”, en libro colectivo *Contratación pública estratégica*, coord. por J. Pernas García, Aranzadi, 2013, Cizur Menor, págs. 45-80. Este carácter instrumental de la contratación pública es expresamente reconocido en el Informe 6/2014, de 1 de octubre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón sobre Incorporación en los Pliegos de los contratos de una entidad local de determinadas cláusulas sociales, y consecuencias de su eventual incumplimiento y en el Informe 1/2014 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Canarias, sobre calificación de contratos típicos y la libertad de pactos.

²³Sobre el significado de la eficiencia —y su no vinculación a una idea economicista de menor precio— me remito a mi estudio “Reglas básicas para mejorar la eficiencia y la transparencia en la contratación pública”, número monográfico de la revista *Presupuesto y Gasto Público sobre Calidad institucional, transparencia y buen gobierno*, núm. 82, 2016, pp. 137-158. También. T. MEDINA ARNAIZ, “Más allá del precio: las compras públicas con criterios de responsabilidad”, *Papeles de relaciones ecosociales y cambio global*, núm. 121, 2013, págs. 87-97 y M. VAQUER CABALLERIA, “El criterio de la eficiencia en el Derecho administrativo”, *Revista de Administración Pública*, 186, 2011, pp. 91 y ss.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

el principio de eficiencia se debe articular atendiendo a objetivos sociales, ambientales o de investigación, en la convicción de que los mismos comportan una adecuada comprensión de cómo deben canalizarse los fondos públicos²⁴.

II.- LAS PRINCIPALES NOVEDADES DE LA LEY 9/2017, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO: UNA VISION “RAPIDA”

El texto aprobado (con un título excesivamente extenso al citar a las Directivas que se transponen), que toma como punto de partida el vigente TRLCSP de 2011 (como consecuencia de esta decisión hay un “arrastre” de preceptos de la Ley derogada), “renuncia”, tanto formal como materialmente, a la idea de un “Código de Contratos Públicos”, con partes diferenciadas en función del objeto: contratos públicos, concesiones, contratos excluidos²⁵. Se trata de un texto extenso y prolijo -son 347 artículos y 53 Disposiciones Adicionales (muchas de estas Disposiciones, en adecuada técnica normativa, deberían formar parte del articulado) y 16 Disposiciones Finales-. Y en ciertas ocasiones tiene un marcado carácter reglamentario que puede complicar la aplicación.

Es cierto que puede parecer un texto “continuista” o, en palabras de S. DEL SAZ, en relación a Ley de 2007, “un mismo traje con distintas rayas”²⁶. Sin embargo, existen notables diferencias, principalmente porque, tras el debate parlamentario, se han dado importantes pasos para intentar solucionar problemas estructurales de transparencia y de prevención de la corrupción, en especial derivados de la dualidad de regímenes jurídicos en función de la consideración o no de Administración pública, o de debilidad del control, lo que ponía en cuestión el objetivo inicial de impulsar una diferente “gestión práctica” de la contratación pública²⁷. Y pretende, además, un cumplimiento de

²⁴ J. PONCE, *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido. Las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad*, Lex Nova, Valladolid p. 479.

²⁵ Así lo propuse en mi trabajo “La necesidad de un Código de Contratos Públicos en España. La contratación pública y las PYMES como estrategia de reactivación económica”, en libro col. *Observatorio de los Contratos Públicos 2011*, Civitas, Cizur Menor, 2012, pp. 25-84.

²⁶ S. DEL SAZ, “La nueva Ley de Contratos del Sector Público ¿un nuevo traje con las mismas rayas?”, RAP núm. 174, 2007.

²⁷ Interesa recordar que algunos de los compromisos del Pacto PP-CIUDADANOS para la investidura de Mariano Rajoy como Presidente del Gobierno, de 28 de agosto de 2016 «150 compromisos para mejorar España» iban en esta línea, abogando por reforzar la competencia y la transparencia en la contratación pública. La medida 109 en concreto recoge lo siguiente: “Impulsar, de forma inmediata, una reforma de la Ley



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

las exigencias europeas, así como una reorientación de la contratación pública desde la perspectiva de estrategia para implementar políticas públicas²⁸.

La sistemática formal no resulta innovadora, pues la opción adoptada es “respetar en lo posibles” la estructura del TRLCSP de 2011 (por eso se prevé una Ley de Contratación en sectores especiales). El articulado de esta Ley se ha estructurado en un Título preliminar dedicado a recoger las disposiciones generales en esta materia y cuatro Libros sucesivos, relativos a la configuración general de la contratación del sector público y los elementos estructurales de los contratos (Libro I), la preparación de los contratos administrativos, la selección del contratista y la adjudicación de estos contratos, así como los efectos, cumplimiento y extinción de estos contratos (Libro II), los contratos de otros entes del sector público (Libro III), y, por último, la organización administrativa para la gestión de la contratación (Libro IV).

Sin embargo, desde el contenido, el texto final es distinto del presentado para su tramitación en las Cortes Generales. Son muchas las novedades y ajustes técnicos efectuados²⁹. Enumeraremos alguna de las principales:

de Contratos del Sector Público que incorpore las las Directivas UE 2014/2023 (LA LEY 4612/2014), 2014/2024 y 2014/con el objetivo de incrementar los controles y cerrar cualquier espacio a irregularidades en las fases de preparación, adjudicación y ejecución. En especial, se limitarán los supuestos de modificación y fraccionamiento de los contratos, sin perjuicio del establecimiento de lotes para favorecer el acceso de las PYMES a la contratación pública, de acuerdo con las mencionadas directivas; así como los del procedimiento negociado sin publicidad. Se reforzará la independencia de los órganos técnicos y profesionales que intervienen en el procedimiento. con el objetivo de incrementar los controles y cerrar cualquier espacio a irregularidades en las fases de preparación, adjudicación y ejecución. En especial, se limitarán los supuestos de modificación y fraccionamiento de los contratos, sin perjuicio del establecimiento de lotes para favorecer el acceso de las PYMES a la contratación pública, de acuerdo con las mencionadas directivas; así como los del procedimiento negociado sin publicidad. Se reforzará la independencia de los órganos técnicos y profesionales que intervienen en el procedimiento”.

²⁸ El anteproyecto de Ley incluía las referencia expresas a los preceptos de las Directivas que se transponen en cada artículo de la Ley, lo que puede ayudar a una mejor interpretación de la nueva regulación y, en consecuencia, de mayor seguridad jurídica y predictibilidad en un sector de tanta trascendencia económica y social.

²⁹ Agunos de ellos, y los principales cambios, fueron ya sugeridos desde el Observatorio de la contratación pública. En especial, resulta de interés el documento “Propuesta de modificaciones y mejora al Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público, por el que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo, 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (Publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados 2 de diciembre de 2016)”, publicado en www.obcp.es.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

1.- Se incorpora el principio de integridad con la idea de poner de relieve que la voluntad del legislador es laminar al máximo cualquier conducta corrupta o clientelar³⁰. El objetivo de integridad - reconocido en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción- forma parte del derecho a una buena administración que se garantiza en el artículo 41 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea (incorporada ya al ordenamiento español en virtud de la Ley Orgánica 1/2008, de 31 de julio). Y por integridad habrá que entender *“el uso de los fondos, los recursos, los activos y las autorizaciones es conforme a los objetivos oficiales inicialmente establecidos, y a que de dicho uso se informa adecuadamente, que es conforme al interés público y que está debidamente armonizado con los principios generales del buen gobierno”* (Recomendación del Consejo OCDE sobre contratación pública [C (2015)2]).

El artículo 1 LCSP incluye la referencia a este principio (aunque pasa un tanto desapercibido, lo que aconsejaría una redacción del artículo 1 distinta y “más didáctica”). No es una mera cuestión formal, pues amén del efecto didáctico de su inclusión, se refuerza la idea de que la integridad (la honradez), no es un simple principio ético, sino que tiene efectos jurídicos³¹. Y se adoptan medidas adecuadas a tal fin (aunque no se extiende la aplicación de la norma a partidos políticos y sindicatos y organizaciones profesionales cuando hay financiación pública mayoritaria, como era la opción inicial), con la intención de eliminar (o, al menos reconducir) prácticas que permitían la opacidad.

2.- Se refuerza la “visión estratégica de la contratación pública”. El artículo 1.3 LCSP supone una clara “innovación” sobre la comprensión práctica de la contratación pública, renunciando a una filosofía burocrática formal y excesivamente economicista para incorporar, de forma preceptiva, la visión estratégica de la contratación pública, incluyendo referencias expresas al valor social y ambiental y la protección de las PYMES. Se abandona así una visión presupuestaria de

³⁰ Vid. A. CERRILLO I MARTINEZ, *El principio de integridad en la contratación pública: mecanismos para la prevención de los conflictos de interés y la lucha contra la corrupción*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014. La OCDE, en 2012 (*Progress Made in Implementing the OECD Recommendation on Enhancing Integrity in Public Procurement*, París) ha propuesto un conjunto de normas y reglas de integridad así como instrumentos para su análisis y evaluación. Asimismo, ha impulsado diversos procesos de evaluación de varios países para ayudarles a adoptar buenas prácticas e implementar los principios de integridad.

³¹ Vid. J. M. GIMENO FELIU, “La reforma comunitaria en materia de contratos públicos y su incidencia en la legislación española. Una visión desde la perspectiva de la integridad”, en libro colectivo *Las Directivas de Contratación Pública*, número monográfico especial *Observatorio de los Contratos Públicos 2014*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 37-105.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

la contratación pública, que se reorienta a una perspectiva instrumental de implementación de políticas públicas³². En especial, se refuerza la posición de los trabajadores en los contratos, estableciendo obligaciones esenciales relativas a la calidad de las condiciones de empleo y de retribución, cuyo incumplimiento puede justificar la resolución del contrato. Y se elimina la posibilidad de “dumping” social mediante precarización de condiciones laborales al establecer la obligación de respetar los convenios sectoriales.

Como complemento a esta visión estratégica de la contratación pública destaca también la previsión respecto a las especialidades de contratación pública en los servicios sanitarios, sociales y educativos dirigidos a las personas, lo que facilita una mejor respuesta jurídica a prestaciones alejadas a la lógica del mercado. Esto significa que un contrato de prestaciones personales de carácter sanitario o social, podría estar excepcionado de las reglas de concurrencia propias de un contrato típico de servicios o productos, dado el marcado carácter estratégico, desde la perspectiva de correcta prestación, del mismo³³. Se habilita que pueda existir un régimen no contractual para la prestación de estos servicios, así como que se diseñe un régimen singular de contratación³⁴.

3.- En relación **al ámbito subjetivo** de aplicación, la principal novedad es que frente a la opción del texto que se remitió a las Cortes Generales de diferenciar el régimen jurídico de los contratos no armonizados en función de su consideración o no de Administración pública (se mantenía así las instrucciones de los entes no Administración pública para los contratos no armonizados)³⁵, se decide la uniformidad

³² Se avanza, pues, en la cultura de la contratación socialmente responsable. Cuestión en la que ya se había venido trabajando desde el Foro de contratación socialmente responsable (<http://www.conr.es>)

³³ Esta opción ha sido «validada» por las Sentencias TJUE de 11 de diciembre de 2014, *CroceRossa Italiana y otros* (asunto C-113/13) y de 28 de enero de 2016, *CASTA y otros*, Asunto C-50/14, que reconocen incluso la posibilidad de adjudicación directa. Opción adoptada, por ejemplo, en Aragón por la Ley 11/2016, de 15 de diciembre, de acción concertada para la prestación a las personas de servicios de carácter social y sanitario y por Valencia Ley 7/2017, de 30 de marzo, sobre acción concertada para la prestación de servicios a las personas en el ámbito sanitario).

³⁴ Me remito a mi trabajo “*Servicios de salud y reservas de participación ¿una nueva oportunidad para la mejora del SNS? (Análisis de los artículos 74 a 77 de la nueva Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública)*”, Revista Derecho y Salud, Vol. 26, núm. 2 de 2015, pp. 65-85.

³⁵ No es esa la opción del Proyecto de Ley de Contratos Públicos de Navarra (tramitación iniciada Orden Foral 22/2015, de 29 de enero, de la Consejera de Economía, Hacienda, Industria y Empleo y actualmente en proceso de participación), que ha uniformizado las reglas de la contratación pública en todas las fases con



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

de régimen jurídico, siendo indiferente el carácter o no de Administración pública del poder adjudicador para la aplicación de las reglas de contratación pública en los contratos de importe no armonizado. Desaparece, pues la posibilidad de regulación mediante Instrucciones internas propias en los procedimientos de importe no armonizado (estas solo quedan para entes del sector público que no sean poder adjudicador –artículo 321 LCSP- o los partidos políticos, sindicatos y organizaciones empresariales -ex artículo 3 LCSP-) ³⁶.

Se pone fin a una «deslegalización procedimental» que, como se ha venido advirtiendo desde hace tiempo, ha resultado claramente distorsionadora, pues ha permitido la proliferación de distintos y variados procedimientos (distintos plazos, distinta documentación, etc.) que se han convertido en una barrera de entrada para los operadores económicos, a la vez que introducía innecesarias dosis de inseguridad jurídica que favorecían una fragmentación del mercado, la cual, a su vez, favorecía la aparición de prácticas de naturaleza clientelar, que impedían el efectivo funcionamiento —por inadecuada concurrencia— de las economías de escala. No hay nada más contrario a la efectividad del principio de transparencia que la dispersión normativa y el «caos» regulatorio de los distintos procedimientos de licitación ³⁷. De ahí que se pueda considerar esta uniformidad jurídica en las reglas procedimentales como la principal novedad del nuevo texto de contratos públicos ³⁸. Esta uniformidad no se ha extendido, sin embargo

independencia de la naturaleza como Administración pública, o no, del poder adjudicador.

³⁶ No es que desaparezcan las instrucciones internas, sino que estas tendrán una función “ad intra” para regular los aspectos organizativos de la contratación.

³⁷ Sobre esta patología vengo insistiendo desde mi trabajo “El nuevo ámbito subjetivo de aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público: luces y sombras”, RAP núm.176, 2008, pp. 9-54 en la que he insistido en el estudio “La corrupción en la contratación pública...”, ob.cit., pp. 258-262. Igualmente, B. NOGUERA DE LA MUELA, “La transparencia en la contratación pública: entre las reglas europeas y el ordenamiento jurídico español”, en libro homenaje al profesor L. Cosculluela, *Régimen jurídico básico de las Administraciones Públicas*, Iustel, Madrid 2015, pp. 948-950. Afirmación que entiendo queda avalada por la propia realidad por cuanto el número de entes existentes considerados poderes adjudicadores no administración pública (más de diez mil), *per se*, conlleva a tal dispersión de reglas distintas (de difícil localización, por lo demás) que hace inviable que los licitadores puedan conocer los distintos procedimientos, lo que conduce a un mercado “cerrado” claramente ineficiente y alejado del objetivo de efectiva transparencia.

³⁸ No puede olvidarse que en el “océano proceloso” de entes diversos la confusión jurídica derivada de la multiplicidad de Instrucciones internas, ha permitido, quizá sin pretenderlo, la proliferación de redes clientelares y de prácticas que han podido facilitar la captación de financiación ilegal que se ha derivado, directa o indirectamente a las organizaciones políticas.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

(a diferencia del Proyecto de Ley de Contratos Públicos de Navarra), al régimen jurídico de los contratos, cuando la causa de interés público que justifica un régimen exorbitante se encuentra en todos ellos, al margen de la naturaleza, pública o privada, del ente contratante.

En relación **al ámbito subjetivo** de aplicación, la nueva Ley intenta aclarar el concepto poder adjudicador y las categorías de Administración pública/no administración pública: párrafo 1 se mantiene para definir que es sector público. El párrafo 3 indica quien es poder adjudicador y su utiliza el sistema de lista, aunque no se precisa el concepto conforme a los criterios ya fijados por el TJUE. El párrafo 2 se indica quien tiene consideración de Administración Pública. Se suprime la mención a que las Entidades Públicas Empresariales (EPE) no se comportan como Administración Pública y se acuerda que solo las entidades de derecho público que sean efectivamente de mercado serán no Administración Pública a efecto de esta Ley (opción ya implantada tras la entrada en vigor de la Ley 40/2015, lo que obliga a "revisar" la categorización como EPE y el régimen jurídico que le resulta de aplicación)³⁹. Además, en todo caso, cualquier ente considerado como medio propio (en tanto cumpla las exigencias auto-organizativas que justifica su creación), serán, en todo caso, poder adjudicador, sin

³⁹ Ver J.M. GIMENO FELIU, "La incidencia de la nueva Ley de Régimen Jurídico del Sector Público en el régimen de contratación de ciertos poderes adjudicadores y de la Ley de Procedimiento Administrativo Común en la posibilidad de control", Revista Contratación Administrativa Práctica núm. 147, 2017, pp. 6-9. En esta línea se ha manifestado el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón 20/2016, donde recuerda que "El cambio operado en la Ley 40/2015, que aunque no es básica en la definición del concepto de entidad pública empresarial, debe ser considerado a efectos de interpretar el art. 3.2.e) TRLCSP (precepto que sí es básico) que alude a las «Entidades Públicas Empresariales estatales y sus análogas autonómicas y locales», obliga a revisar la conclusión alcanzada en la antecitada Circular. Así, para afirmar ahora que las Entidades Públicas Empresariales estatales y sus análogas autonómicas y locales no tendrán la consideración de Administración pública a efectos de contratación debe atenderse a la circunstancia de que se financien «mayoritariamente con ingresos de mercado» como dato relevante para determinar su régimen de contratación. Si la financiación de una entidad autonómica no procede «mayoritariamente de ingresos de mercado» no cabrá entonces afirmar su naturaleza análoga a las Entidades Públicas Empresariales, y por tanto, su contratación quedará sometida íntegramente a las disposiciones del TRLCSP, sin que resulte admisible que la adjudicación de sus contratos no sujetos a regulación armonizada se regule en unas instrucciones internas de contratación (...)Y, para delimitar cuándo se entenderá que se financian mayoritariamente con ingresos de mercado, deberá estarse a su consideración, o no, de productor de mercado de conformidad con el Sistema Europeo de Cuentas (SEC 2010), regulado en el Reglamento (UE) nº 549/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativo al Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Unión Europea, de directa aplicación".



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

que sea posible, mediante la “forma jurídica” huir de las reglas de la contratación pública⁴⁰.

Los órganos constitucionales y equivalente autonómicos, a los efectos de esta Ley, tienen consideración de Administración pública, tal y como se previene en la Disposición Adicional 44.

Sin embargo, y frente a la opción contenida en el proyecto en remisión a las Cortes Generales, se excluye a partidos políticos y sindicatos y organizaciones empresariales si hay financiación pública mayoritaria, limitando las exigencias a la aplicación de unas Instrucciones. Esta decisión, que es discutible técnicamente, no parece acertada en un contexto de regeneración democrática que debe ser liderada por las organizaciones políticas y cuestiona su propia

⁴⁰ Así se ha advertido, para la gestión de los mercados municipales a través de empresas públicas configuradas como medios propios (el caso MERCASA), en la Resolución 23/2015 del Órgano de Recursos Contractuales del País Vasco, el Acuerdo del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón 104/2015 y la Resolución 125/2016 Tribunal de Contratos Públicos de Madrid. Doctrina extensible a cualquier medio propio por exigencia del Derecho europeo, tal y como se argumenta en las Conclusiones del Abogado General M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA presentadas el 27 de abril de 2017 (asunto C-567/15) UAB “LitSpecMet”, se analizan los requisitos para la consideración de una entidad como poder adjudicador y, en especial, la configuración que al respecto debe hacerse de una entidad que sea calificada como medio propio. Y su conclusión es que “una sociedad cuya vinculación material y funcional con un poder adjudicador justifica la excepción in house para sus operaciones internas, está sometida a aquellas Directivas cuando contrata con terceros obras, suministros o servicios, a fin de cumplir la encomienda que le hubiera confiado el poder adjudicador”. Criterio confirmado en la STJUE de de 5 de octubre de 2017, UAB LitSpecMet, donde afirma que *“una sociedad que, por una parte, pertenece en su totalidad a un poder adjudicador cuya actividad consiste en satisfacer necesidades de interés general y que, por otra parte, lleva a cabo tanto operaciones para dicho poder adjudicador como operaciones en el mercado competitivo, debe calificarse de «organismo de Derecho público» en el sentido de esta disposición, siempre que las actividades de dicha sociedad sean necesarias para que ese poder adjudicador pueda ejercer su actividad y que, para satisfacer necesidades de interés general, la referida sociedad se guíe por consideraciones que no sean económicas, extremo que ha de verificar el órgano jurisdiccional remitente. Carece de pertinencia a este respecto el hecho de que el valor de las operaciones internas pueda representar, en un futuro, menos del 90% del volumen de negocios global de la sociedad o una parte no esencial de éste”*.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

legitimidad⁴¹. Por ello sería oportuno revisar esta decisión y “volver a la opción inicial” e incluirlos en el concepto de poder adjudicador⁴².

4.- En negocios excluidos se mejora la sistemática, con varios preceptos distintos que contengan una materia idéntica y un último “cajón de sastre”. En cuestión de convenios (se introduce el término de “cooperación”), se sustituye “naturaleza” por contenido y causa (se pretende evitar fraudes y favorecer control y que bajo subterfugios formales se esconda una relación que es un contrato público). La letra d) se cambia la mención de Administración Pública por la de poder adjudicador.

Asimismo, se da sustantividad a compra pre-comercial, si bien aquí convendría insistir en la diferenciación de adquisición de servicios de I+D en régimen de ayudas públicas (negocio excluidos), de la compra pública pre-comercial en la que debe existir un reparto de beneficios y riesgos y, obviamente, un procedimiento público. La compra pública pre-comercial, como procedimiento de licitación, permite la financiación europea, pero no así si se configura como ayuda pública. Este punto me parece muy relevante y de especial atención para no perjudicar la estrategia de impulso de innovación en España (conviene recordar que se introduce un nuevo procedimiento para la compra de innovación: la asociación para la innovación).

Los contratos celebrados en el ámbito de la Defensa y Seguridad, seguirán rigiéndose por su correspondiente Ley específica (Ley 24/2011, de 1 de agosto, de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad), en los supuestos en ella determinados. Se delimita en el texto, así mismo, la aplicabilidad de la presente Ley o de la ley específica, según los distintos supuestos posibles en el caso de contratos referidos a los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.

⁴¹ Se ajustan, igualmente, ciertas previsiones relativas a la Administración local, tanto en materia de organización, cuantías de contrato menor en función de población y de elementos de control. Sobre la incidencia de la Directiva 2014/24 en la Administración local resulta de especial interés el trabajo de M. A. BERNAL BLAY, “La contratación de las Entidades Locales en el nuevo paquete legislativo europeo sobre contratación pública”, REALA núm. 2, nueva época, 2014.

⁴² Me remito a mi trabajo “Medidas de prevención de corrupción y refuerzo de la transparencia en la contratación pública”. REALA, núm. 7, 2017. Esta “publicación” de la actividad contractual es necesaria tanto para conocer las necesidades de obras, servicios y suministros de los partidos políticos, así como para la selección de los proveedores en régimen de concurrencia, lo que dificultaría actuaciones irregulares en la financiación indirecta de los partidos políticos. Vid. mi trabajo “Medidas de prevención de corrupción y refuerzo de la transparencia en relación con la financiación de partidos políticos”, libro *Observatorio de los Contratos Públicos 2016*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 27-44.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

5.- Se regula **la cooperación vertical y horizontal** (los medios propios y convenios). Se opta por utilizar las categorías y conceptos comunitarios, con el fin de favorecer la predictibilidad. Así, no se habla de encomiendas sino de encargos⁴³. Encargos que deben ser objeto de publicidad con el fin de garantizar, mediante el control, la idoneidad de cada encargo. Los entes que tengan consideración de medios propios deben contar con los medios idóneos⁴⁴. En todo caso, cien por cien capital públicos. Son necesarios, además, otros requisitos: que la empresa que tenga el carácter de “medio propio”; disponga de medios suficientes para cumplir el encargo que se le haga; que haya recabado autorización del poder adjudicador del que dependa; que no tenga participación de una empresa privada y que no pueda realizar libremente en el mercado más de un 20% de su actividad. Obviamente, cualquier ente considerado como medio propio, es, en todo caso, poder adjudicador. Así se ha advertido, para la gestión de los mercados municipales a través de empresas públicas configuradas como medios propios, en la Resolución 23/2015 del Órgano de Recursos Contractuales del País Vasco, el Acuerdo del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón 104/2015 y la Resolución 125/2016 Tribunal de Contratos Públicos de Madrid. Sin embargo, la posibilidad de contratar hasta un 50 por ciento de las prestaciones resulta claramente excesiva y puede no corregir un uso indebido de esta técnica (como ya ha denunciado el Tribunal de Cuentas)⁴⁵. Resultaría más lógico limitar esta opción al 20 por ciento de la cuantía del encargo, y sin afectar al contenido esencial de la prestación.

La Disposición Adicional 24 contiene una regulación extensa del grupo empresarial TRAGSA, al que se permite tener la consideración de

⁴³ Criterio ya aplicado por el Tribunal de Contratos Públicos de Aragón en su acuerdo 75/2017, de 4 de julio, donde se aplica la jurisprudencia del TJUE sobre cooperación vertical y cooperación horizontal, para poder decidir la anulación de una “remunicipalización” incorrectamente instrumentada bajo la justificación de encomienda de gestión a medios propios.

⁴⁴ Criterio defendido en el Informe 65/07, de 29 de enero de 2009 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado -«Consideración de medio propio de un Ayuntamiento y de sus organismos autónomos de una sociedad municipal y procedimiento de encomienda de gestión»-, añade a los requisitos mencionados el de la idoneidad del ente para recibir y prestar el encargo afirmando: “Habrá que añadir un último requisito, como es la idoneidad para ejecutar la encomienda de gestión y en tal sentido debe disponer de personal y medios materiales y técnicos necesarios para ejecutar la encomienda.”

⁴⁵ Vid, por todos, el reciente Informe del Tribunal de Cuentas nº 1197/2016, de 22 de diciembre, de fiscalización sobre la utilización de la encomienda de gestión, regulada en la legislación de contratación pública aplicable, por las entidades del sector público autonómico español durante el ejercicio 2013.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

medio propio incluso de Diputaciones y Cabildos (siempre que se cumplan los requisitos legales –interpretados de conformidad a la jurisprudencia del TJUE–, lo que no parece sencillo).

6.- En la tipología de contratos hay ajuste de definiciones de obras y servicios y se opta por el concepto funcional de obras: que exista influencia en la decisión final (STJUE 30 octubre 2009, Comisión/Alemania) y de concesión de obras y de concesión de servicios. Desaparece, por ello, el tipo contractual de servicios públicos⁴⁶. Lo que no impide un régimen jurídico “más intenso” en prestaciones de servicio público (lo que explica el régimen especial de servicios a las personas que contiene la Ley en el artículo 312, que recoge el “régimen de servicio público” en estas actividades esenciales)⁴⁷.

El artículo 29 LCSP regula los plazos de los contratos y opta por qué plazo el de contratos de servicios y concesiones sea común a todo poder adjudicador con excepciones justificadas (como el retorno de las inversiones, complejidad del servicio, etc.)⁴⁸. El plazo ordinario de duración de los contratos de servicios y concesión de servicios es de 5 años (porque es el que referencia la Directiva concesiones). Desaparece, el tipo de contrato de colaboración público-privada (pero se mantiene, mediante la previsión de la Disposición Adicional 22, la posibilidad de sociedad de economía mixta en tanto fórmula de CPPI tanto para obras como servicios⁴⁹). Esta decisión está motivada en la

⁴⁶ Frente a la opinión en este aspecto del Consejo de Estado. La tesis a favor de la supervivencia del contrato de gestión de servicios públicos ha sido defendida y argumentada por J.L MARTINEZ ALONSO en su trabajo “Modificación de la Ley de Contratos del Sector Público y gestión de servicios públicos locales: propuestas y alternativas”. *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 40, octubre 2015. También F. HERNANDEZ GONZALEZ propone reajustar la categoría del contrato de gestión de servicios públicos y mantener el modelo de conciertos. “La controvertida supresión del contrato de gestión de servicios públicos”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 60, 2016, pp. 50-57.

⁴⁷ No comparto la crítica a este opción de transposición formulada por el profesor J.L. MARTINEZ LOPEZ-MUÑIZ en su estudio “Sentido y alcance de la transposición de las directivas de la Unión Europea (análisis particular en materia de contratación pública)”, *RAP* núm.202, 2017, pp. 13-41. El modelo propuesto preserva las notas de garantía, continuidad y acuidad de los servicios públicos, y la homogeneidad de tipo, en un contexto globalizado de la contratación pública, favorece una mejor interpretación y aplicación de los principios europeos de la contratación pública.

⁴⁸ Sobre el significado de la nueva regulación europea de la colaboración público-privada me remito al libro *Servicios públicos e ideología. El interés general en juego* (F. CAAMAÑO, J.M. GIMENO, P. SALA y G. QUINTEROS), ob.cit., pp. 57-83..

⁴⁹ A favor de esta eliminación de contrato CPP del artículo 11 TRLCSP se puede ver la opinión de M. MAGIDE HERRERO, “Marco legal de la colaboración público-privada; algunas referencias particulares al ámbito de la defensa”, en libro col. *El futuro de la*



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

experiencia práctica y se pretende evitar confusiones o incorrecto uso. En todo caso, la opción de realizar CPP (desde de la perspectiva de SEC 2010) se encuentra en la regulación de concesiones. Se incorpora, por lo demás, una definición contrato servicios conforme al Derecho de la Unión Europea y la interpretación dada por el TJUE. Así, se incluye contrato concesión de servicios, que se caracteriza por la transferencia de un riesgo operacional. Ya no hay contrato de gestión de servicios públicos y se eliminan formalmente las figuras del concierto y de la gestión interesada (aunque la una se mantiene como contrato de servicios y la otra se engloba en el nuevo concepto de concesión). Interesa recordar que en la tipificación de una prestación como contrato de servicios o como contrato de concesión se exige, por exigencia de la jurisprudencia europea⁵⁰, una interpretación funcional, corrigiendo prácticas que eludan la aplicación de las Directivas (STJUE de 29 de octubre de 2009 (Comisión/Alemania)⁵¹.

colaboración del sector privado con el sector público, ed. AESMIDE/Fundación Areces, Madrid, 2012, pp. 68-69. Ciertamente, como bien ha sistematizado, en un análisis exhaustivo, son muchas las variables y complejidades de este tipo contractual "específicamente español" y, quizá, por ello convenga su eliminación para uniformizar las categorías y conceptos en un marco normativo europeo. Máxime, como indica M. HERNANDO RYDINGS, en contratos de estas características, que aconsejan la mayor certeza del entramado jurídico y económico. *La colaboración público privada. Fórmulas contractuales*, Civitas, 2012, pp. 534-541. También M. A. FERNÁNDEZ SCAGLIUSI, "El necesario cambio de configuración del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado ante su escaso empleo en la práctica", REDA núm. 167, 2014, pp. 293-326.

⁵⁰ Sentencias del TJUE de 10 de septiembre de 2009, Wasser, 10 de marzo de 2011, Privater Rettungsdienst, y 10 de noviembre de 2011, Norma-A, SIA.

⁵¹ Según esta doctrina consolidada, existirá un «contrato de servicios» en el sentido de las Directivas en un contrato mediante el cual un contratante, en virtud de las normas de Derecho público y de las cláusulas contractuales que regulan la prestación de estos servicios, no asume una parte significativa del riesgo que corre el poder adjudicador. Así, por ejemplo, el transporte de pacientes en ambulancias no será un contrato de gestión de servicios públicos sino de servicios, tal y como se advierte en la STJUE de 18 de diciembre de 2007 (Comisión/República Irlanda). Con matices a tal calificación puede verse la STJUE de 29 de abril de 2010 (Comisión/República de Alemania). En esta Sentencia se recuerda que los servicios de transporte sanitario de urgencia o de transporte especial de enfermos, sobre los que versa el presente asunto, se incluyen a la vez en la categoría 2 o 3 del anexo I A de la Directiva 92/50 o del anexo II A de la Directiva 2004/18, y en la categoría 25 del anexo I B de la Directiva 92/50 o del anexo II B de la Directiva 2004/18, de modo que los contratos que tienen por objeto tales servicios están sujetos a la aplicación del artículo 10 de la Directiva 92/50 o del artículo 22 de la Directiva 2004/18 (véase, en este sentido, la sentencia de 24 de septiembre de 1998, Tögel, C-76/97, Rec. p. I-5357, apartado 40). Doctrina aplicada por el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón en su Acuerdo 52/2013 de 11 de septiembre, que califica como contrato de servicios la prestación de hemodiálisis, por no existir riesgo (criterio confirmado por Acuerdos 55/2013 7 37/2014,



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Se adopta el criterio del riesgo operacional (lo que no implica traspasar todo el riesgo, pero tampoco reconducirlo a la mera idea de riesgo y ventura) como elemento para delimitar concesión de contrato, lo que supone un cambio, pues bastara con que se transfiera el riesgo de suministro de oferta o el riesgo de suministro de demanda para que exista una concesión (criterio aplicable por igual a concesiones de obras o concesiones de servicio)⁵². Se considerará que el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes que haya contraído para explotar las obras o los servicios que sean objeto de la concesión. La parte de los riesgos transferidos al concesionario supondrá una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable *“Un riesgo operacional debe derivarse de factores que escapen al control de las partes. Los riesgos vinculados, por ejemplo, a la mala gestión, a los incumplimientos de contrato por parte del operador económico o a situaciones de fuerza mayor, no son determinantes a efectos de la clasificación como concesión, ya que tales riesgos son inherentes a cualquier tipo de contrato, tanto si es un contrato público como si es una concesión. Un riesgo operacional debe entenderse como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado, que puede consistir en un riesgo de demanda o en un riesgo de suministro, o bien en un riesgo de demanda y suministro. Debe entenderse por «riesgo de demanda» el que se debe a la demanda real de las obras o servicios objeto del contrato. Debe entenderse por «riesgo de oferta» el relativo al suministro de las obras o servicios objeto del contrato, en particular el riesgo de que la prestación de los servicios no se ajuste a la demanda. A efectos de la evaluación*

del TACPA). También por el TACRC, que en su Resolución 134/2013 de fecha 19 de septiembre de 2014 hace suya la distinción entre el riesgo propio de todo contrato y el riesgo específico de los contratos de gestión de servicios públicos que hace el TJUE en la sentencia 348/10 Norma-A y Dekom (en las Resoluciones 154 y 220/2011 declara que la asunción de riesgo por parte del concesionario es lo que caracteriza al contrato como concesión de servicios). Este mismo criterio ha sido compartido por el órgano de recursos contractuales de Cataluña (Resoluciones 24/2013, de 28 de enero, 50/2013, de 25 de marzo y 19 de septiembre de 2013) y Tribunal de Contratación Pública de Madrid (Resolución 48/2014, de 19 de marzo).

⁵² Existen problemas derivados de SEC 2010: ahora es transferencia de riesgo de demanda, o riesgo de oferta, o de ambo (son, pues, distinto a criterios de SEC 95). Sobre la incidencia del nuevo sistema de cómputo de déficit en SEC 2010 puede consultarse el trabajo de A. B. MACHO PEREZ y E. MARCO PEÑAS, “El impacto de las colaboraciones público-privadas en los niveles de déficit y deuda pública: análisis de los criterios de EUROSTAT”, RAP núm. 194, 2014, 437-474.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

del riesgo operacional, puede tomarse en consideración, de manera coherente y uniforme, el valor actual neto de todas las inversiones, costes e ingresos del concesionario” (Considerando 20 de la Directiva de concesiones)⁵³.

Es preciso comprobar, por tanto, si el modo de remuneración acordado consiste en el derecho del prestador a explotar un servicio (u obra) e implica que éste asume el riesgo de explotación del servicio (u obra) en cuestión. Si bien este riesgo puede ser ciertamente muy limitado desde el primer momento, la calificación de concesión requiere no obstante que la entidad adjudicadora transfiera al concesionario la totalidad o, al menos, una parte significativa del riesgo que corre⁵⁴. Obviamente, no resulta razonable exigir a la autoridad pública concedente transferir riesgos económicos superiores a las que existe en el sector de acuerdo con la normativa aplicable (sobre los que la entidad adjudicadora carece de margen de decisión)⁵⁵.

El plazo concesiones queda vinculado al plazo necesario de retorno de las inversiones (como plazo ordinario, se fija el de cinco años que exige la Directiva de concesiones). Es decir, no hay discrecionalidad en la decisión del plazo concesional de tal manera que los plazos máximos que ofrece la LCSP no son de directa aplicación. El plazo es un elemento esencial, que debe ser ajustado al reparto de riesgos y que no puede favorecer de forma desproporcionada al concesionario por excesiva duración, pues – además de ayuda estatal ilegal conforme a las previsiones del artículo 107 TFUE- puede implicar una retribución indebida (en más)⁵⁶.

⁵³ Para determinar la existencia, o no, de riesgo operacional, debe tenerse en cuenta los criterios del TJUE sobre este asunto.

⁵⁴ Como bien ha recordado M. FUERTES, el TJUE ha admitido las peculiaridades que algunas prestaciones tienen, que la regulación puede limitar los riesgos, que la Administración contratante pueda estar atenta a las vicisitudes... para reconocer que no se trata de un contrato de servicio. Así, por ejemplo, en la sentencia que resuelve el conflicto del servicio de abastecimiento de aguas en la comarca de Gotta (de 10 de septiembre de 2009, C-206/08) y en la que resuelve la cuestión prejudicial relativa a los contratos de transporte de asistencia médica y urgencias en Baviera (de 10 de marzo de 2011, C-274/09. “Los riesgos del riesgo de explotación”, en libro colectivo *Observatorio de los Contratos Públicos 2012*, Aranzadi, 2013p. 235.

⁵⁵ Como bien advierte la STJUE de 10 de septiembre de 2009, *Eurawasser*, apartados 77 y 80. El matiz es importante, pues solo así se consigue no desincentivar la iniciativa privada (vid. X. LAZO VITORIA, “El futuro del mercado concesional en Europa” REVISTA CEFLEGAL. CEF, núm. 154 (noviembre 2013), 154; L. MIGUEZ MACHO), “Fórmulas de colaboración público-privada contractual y crisis financiera del sector público”, en FERNÁNDEZ ACEVEDO, R., y VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P., *La contratación pública a debate: presente y futuro*, Civitas, Cizur Menor, 2014, pp. 181-185).

⁵⁶ Esta es una cuestión en la que la Directiva 2014/23 insiste, de tal manera que se fija un plazo orientativo de cinco años, que solo podrá ser mayor respetando la regla de



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

La eliminación del tipo de contrato de gestión de servicios públicos no implica una involución desde la perspectiva de la mejor prestación de los servicios de interés general, pues en modo alguno se diluye el “régimen de servicio público”, dado que las notas propias de regularidad, continuidad y equidad se pueden incluir tanto en el tipo de contrato de servicios como de concesión de servicios.

Se regula el contrato mixto, conforme a la jurisprudencia del TJUE, atendiendo a regla general de valor estimado de la prestación principal (artículo 13 LCSP). Se aclara que los contratos administrativos/privados son, en esencia, “régimen jurídico” y no, por tanto, tipo de contratos (artículos 24 a 26 LCSP).

En todo caso, conviene insistir en que el debate sobre la forma de prestación de los servicios públicos, en sentido estricto, debe pivotar sobre la esencia de la propia idea y función del servicio público⁵⁷, es decir, la regularidad, continuidad y neutralidad en la prestación,

que “la duración máxima de la concesión no podrá exceder el tiempo que se calcule razonable para que el concesionario recupere las inversiones realizadas para la explotación de las obras o servicios, junto con un rendimiento sobre el capital invertido, teniendo en cuenta las inversiones necesarias para alcanzar los objetivos contractuales específicos” (artículo 18). Este plazo se explica, en el considerando 52 de la Directiva, de la siguiente manera: “La duración de una concesión debe limitarse para evitar el cierre del mercado y la restricción de la competencia. Además, las concesiones de muy larga duración pueden dar lugar al cierre del mercado, obstaculizando así la libre circulación de servicios y la libertad de establecimiento. Ahora bien, tal duración puede estar justificada si resulta indispensable para permitir que el concesionario recupere las inversiones previstas para la ejecución de la concesión y obtenga además un beneficio sobre el capital invertido. Por lo tanto, para las concesiones de duración superior a cinco años la duración ha de estar limitada al período en el que resulte razonablemente previsible que el concesionario pueda recuperar las inversiones realizadas para explotar las obras y servicios, más un beneficio sobre el capital invertido en condiciones normales de explotación, teniendo en cuenta los objetivos contractuales específicos que haya asumido el concesionario a fin de satisfacer exigencias tales como la calidad o el precio para los usuarios. Esta previsión ha de ser válida en el momento de la adjudicación de la concesión. Debe ser posible incluir las inversiones iniciales y posteriores consideradas necesarias para la explotación de la concesión, como gastos de infraestructura, derechos de propiedad intelectual, patentes, equipo, logística, contratación, formación del personal y gastos iniciales. La duración máxima de la concesión debe estar indicada en los documentos relativos a la misma, a menos que la duración constituya un criterio para la adjudicación del contrato. Los poderes y entidades adjudicadores siempre deben poder adjudicar una concesión por un período inferior al necesario para recuperar las inversiones, siempre y cuando la compensación correspondiente no elimine el riesgo operacional”.

⁵⁷ Concepto de servicio público de difícil delimitación conceptual, como ya ha advertido la STC 127/1994, de 5 de mayo, al afirmar que “la idea de servicio público no constituye una noción unívoca y sí un concepto muy debatido por la doctrina jurídica - con detractores y valedores-, sujeto a distintas elaboraciones y utilizado en diversos momentos históricos con finalidades también distintas”.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

garantizando la mejor calidad del servicio a los ciudadanos. No interesa tanto que sea gestión directa o indirecta como la mejor prestación (también en parámetros de eficiencia) de la actividad⁵⁸. Es decir, debe prevalecer la idea del nivel óptimo de gestión. El alcance sobre las fórmulas de colaboración público privadas y su función en la consecución del interés público, más allá de las personales posiciones ideológicas, exige una respuesta en clave jurídica, que concilie de forma adecuada los distintos principios e intereses en juego, y que preserve, en su decisión final, la esencia del derecho a una buena administración. Hay que evitar el maniqueísmo sobre quien presta mejor el interés general y, para ello, hay que garantizar el equilibrio entre lo público y lo privado y preservar, por supuesto, los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima en inversiones de larga duración, que no son contrarios, sino complementarios, con los de control de la prestación y de adecuada regulación de los servicios públicos, de los que nunca podrá abdicar una Administración diligente

7.- Como novedades de la solvencia de los licitadores, conviene advertir como en se aclara como condición de ejecución lo que es la adscripción de medios como complemento necesario a la solvencia que se exige. La clasificación empresarial se mantiene solo en contratos de obras de más de 500 000 euros.

Procede destacar la previsión del artículo 75 LCSP, que transpone el artículo 63 de la Directiva 2014/24/UE, que permite la integración de la solvencia con medios externos a la propia empresa licitadora (lo que viene a posibilitar que en fase de solvencia se concrete el nivel de "subcontratación" para la ejecución de un contrato) y que conforman el concepto funcional de operador económico⁵⁹. Este precepto legal permite que, para acreditar y completar su solvencia, los licitadores puedan basarse en la solvencia de otras empresas, independientemente de la naturaleza jurídica de los vínculos que

⁵⁸ El contrato público y la concesión son herramientas para la mejor satisfacción de necesidades de la ciudadanía, por lo que hay que preservar una gestión pública que preserve la idea del necesario equilibrio jurídico entre lo público y lo privado y la seguridad jurídica de las inversiones. Al respecto, *in totum*, me remito al estudio de J.M. GIMENO, P. SALA y G. QUINTEROS *El interés público y su satisfacción con la colaboración público-privada. Fundamentos, equilibrios y seguridad jurídica*, Cámara de Comercio de Barcelona, 2017.

⁵⁹ Este criterio, aunque la Directiva se encontraba en plazo de transposición, ya ha sido aplicado por la Audiencia Nacional, en su sentencia de 25 de febrero de 2015 (recurso 0000463 / 2013) anulando el criterio más formal y restrictivo del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, indicando que los "operadores económicos" pueden alegar la experiencia profesional de otras entidades -en esta línea de interpretación amplia también cabe citar la SAN 59 de 16 de marzo de 2011 (Rec. 71/2010) o la SAN 39 de 4 de noviembre de 2013 (Rec 444/2012)-.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

tengan con ellas (en el supuesto de personas jurídicas dominantes de un grupo de sociedades se podrán tener en cuenta las sociedades pertenecientes al grupo, siempre y cuando aquéllas acrediten que tienen efectivamente a su disposición los medios, pertenecientes a dichas sociedades, necesarios para la ejecución de los contratos). Se trata de un derecho de los potenciales licitadores que ni tiene que ser previsto, ni puede ser limitado mediante el pliego de la licitación. Y que no se limita, en modo alguno, a empresas de un mismo grupo empresarial.

Desde la perspectiva de simplificación destaca que se establece la declaración responsable como regla general de acreditación de la solvencia en los procedimientos abiertos. Y se regula el modelo de documento (el DOUE del día 6 de enero de 2016, serie L 3, publica el Reglamento de Ejecución (UE) 2016/7 de la Comisión de 5 de enero de 2016 por el que se establece el formulario normalizado del documento europeo único de contratación). Documento Único Europeo que, en tanto medida de simplificación, tiene por función que los pliegos no incluyan la exigencia de presentar la documentación administrativa en tanto carga para el licitador. Lo que significa, desde una interpretación sistemática, que los pliegos deben prever en contratos armonizados como única forma de acreditación en fase de solvencia de la licitación la necesaria presentación del Documento Único Europeo (resultaría coherente que tal decisión se extienda también a los contratos de importe no armonizado).

Asimismo, se incluye un precepto dedicado a Lucha contra la corrupción y prevención de los conflictos de intereses⁶⁰. Se establece un

⁶⁰ Sobre el conflicto de intereses el Acuerdo 108/2016, de 9 de noviembre de 2016 del Tribunal administrativo de Contratos Públicos de Aragón indica que *“Del Derecho europeo y de la Directiva 2014/24/UE se deduce, en relación al conflicto de intereses como causa de exclusión que: a) No se requiere que el conflicto sea «real» en cuanto que el interés particular influya de facto en el desempeño de la actividad pública, sino que pueda ser «percibido» como comprometedor de la objetividad, la imparcialidad y la independencia requerida en el procedimiento de contratación; b) No existe una obligación absoluta de los poderes adjudicadores de excluir sistemáticamente a los licitadores en situación de conflicto de intereses, dado que tal exclusión no se justifica en aquellos casos en que puede probarse que tal situación no ha tenido ninguna incidencia en su comportamiento en el marco del procedimiento de licitación, y que no supone un riesgo real de que surjan prácticas que puedan falsear la competencia entre los licitadores; c) La exclusión de un licitador en situación de conflicto de intereses resulta indispensable cuando no se dispone de un remedio más adecuado y menos restrictivo para evitar cualquier vulneración de los principios de igualdad de trato entre los licitadores y de transparencia.*

Esto significa que la existencia de un conflicto de intereses —que exige acreditación suficiente— no significa de modo automático la necesidad de su exclusión del procedimiento ni, mucho menos, la declaración de prohibición de contratar con



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

nuevo modelo prohibición de contratar, que es el mismo para cualquier poder adjudicador, sea o no Administración Pública. Se extiende el régimen de familia (la prohibición se extiende igualmente, en ambos casos, a los cónyuges, personas vinculadas con análoga relación de convivencia afectiva, ascendientes y descendientes, así como a parientes en segundo grado por consanguinidad o afinidad de las personas a que se refieren los párrafos anteriores, cuando se produzca conflicto de intereses) y se ajusta la prohibición al "contrato". Se regula un nuevo sistema y procedimiento de determinación de las prohibiciones de contratar (vinculado a cada contrato), que no incluye la opción de "clemencia" que figura de forma clara y precisa en la Directiva 2014/24 lo que supone una contravención de esta norma europea.

8.- Con la nueva LCSP se introduce **más transparencia en los procedimientos, con exigencia de justificación y motivación de la necesidad y del procedimiento elegido** (artículo 116.4 LCSP). Se exige, además, una detallada información que se debe publicar en los perfiles de contratante. Perfiles de contratante que, como indica el artículo 347 LCSP deberán alojarse de manera obligatoria en la Plataforma de Contratación del Sector Público, gestionándose y difundándose exclusivamente a través de la misma. En las páginas web institucionales de estos órganos se incluirá un enlace a su perfil de contratante situado en la Plataforma de Contratación del Sector Público (la publicidad en el Boletín oficial no es ya obligatorio y será gratuito)⁶¹. Y lo que es más importante, desde la perspectiva de cumplimiento de esta obligación, es que el apartado 3 de este precepto obliga a que la publicación de anuncios y otra información relativa a los contratos en los perfiles de contratante surtirá los efectos previstos en la presente Ley cuando los mismos estén alojados en la Plataforma de Contratación del Sector Público o en los servicios de información similares que se establezcan por las Comunidades Autónomas o las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla. Y la no publicación en la Plataforma comportará la existencia de un vicio de nulidad de pleno derecho (supuesto regulado de forma expresa en el artículo 39.2 c) LCSP).

El acceso a los pliegos y demás documentación complementaria debe ser por medios electrónicos a través del perfil de contratante,

alcance general. La proporcionalidad exigible a esta decisión impone a la Administración la obligación de justificar de forma indubitada que es la única opción jurídica posible para proteger adecuadamente los intereses públicos en juego".

⁶¹ La nueva redacción de la función del perfil de contratante ex artículo 63 LCSP indica claramente la vocación de los mismos para conseguir una efectiva transparencia y rendición de cuentas de la actividad contractual.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

acceso que será libre, directo, completo y gratuito, y que deberá poder efectuarse desde la fecha de la publicación del anuncio de licitación o, en su caso, del envío de la invitación a los candidatos seleccionados.

9.- Se mejora también la transparencia en los procedimientos. En el procedimiento “simplificado” del contrato menor se rebajan cuantías y se imponen ciertas reglas con el fin de evitar su indebida utilización (ahora muy “intensiva” en algunas administraciones) para evitar que sirva de cobertura en la práctica de fragmentación del objeto para eludir los controles (artículo 118 LCSP). Asimismo, se obliga a reportar la información de los contratos menores asociado a cada contratista, con el fin de “descubrir” actuaciones irregulares.

Existe, además, una novedosa regulación del procedimiento negociado con más detalle (artículos 166 a 168 LCSP). Así, se advierte que existe obligación de negociar, delimitando la ponderación de los distintos aspectos a negociar. Pero lo más destacado es que desaparece el supuesto de procedimiento negociado sin publicidad por la cuantía (con la evidente intención de evitar opacidad y los supuestos de corrupción).

Existe, además, una novedosa regulación del procedimiento negociado con más detalle (artículos 164 a 169). Así, se advierte que existe obligación de negociar, delimitando la ponderación de los distintos aspectos a negociar (y la ausencia de negociación se considera causa de nulidad, como ha indicado Acuerdo del TACPA 8/2015). Pero lo más destacado es que desaparece el supuesto de procedimiento negociado sin publicidad por la cuantía (con la evidente intención de evitar opacidad y los supuestos de corrupción). Opción que se explica de forma expresa en la Exposición de Motivos:

“Con independencia de las normas llamadas a facilitar la lucha contra el fraude y la corrupción, se incluyen nuevas normas tendentes al fomento de la transparencia en los contratos. Así, debe mencionarse, entre otras cuestiones, la introducción de una novedad significativa: la supresión del supuesto de aplicación del procedimiento negociado sin publicidad por razón de cuantía.

Dicho procedimiento, muy utilizado en la práctica, resultaba muy ágil, pero adolecía de un déficit de transparencia, al carecer de publicidad, corriendo el riesgo de generar desigualdades entre licitadores. Para paliar estas deficiencias, se crea en la Ley un nuevo procedimiento de adjudicación, el denominado Procedimiento Abierto Simplificado, ya citado anteriormente al aludirse a los procedimientos de adjudicación, en el que el proceso de contratación está concebido para que su duración sea muy breve y la tramitación muy sencilla, pero



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

sin descuidar, sin embargo, las necesarias publicidad y transparencia en el contrato”⁶².

Interesa destacar que el artículo 159 LCSP introduce el procedimiento abierto con tramitación simplificada (muy similar al de la Ley 3/2011 de Aragón). Los umbrales para su utilización son los no armonizado en suministros y servicios y 2 millones en obras. (salvo poder adjudicador no Administración pública, que lo puede utilizar para todo importe). Este procedimiento, llamado a convertirse en el procedimiento ordinario en estos umbrales, sólo se podrá emplear si los criterios de adjudicación dependientes de juicios de valor no alcanzan determinado porcentaje de la valoración final⁶³. Este procedimiento, contempla, además, en su apartado 6, una tramitación “sumaria” en importes inferiores a 80 000 euros en obras y 35 000 euros en servicios⁶⁴. Con este procedimiento, y sus exigencias formales de presentación en el registro del órgano de contratación y de estar inscrito en el Registro de contratistas se ofrece un ámbito de aplicación más favorable a las PYMEs.

⁶² Esta opción de eliminar la posibilidad de negociación por la cuantía, ha sido implantada en Cataluña mediante el Decreto Ley 3/2016, de 31 de mayo, de medidas urgentes en materia de contratación pública (artículo 7). Este Decreto Ley tiene por objeto establecer medidas en relación con la aplicación de determinadas disposiciones de la Directiva 2014/23/UE, del Parlamento y del Consejo, de 26 de febrero, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, y la Directiva 2014/24/UE, del Parlamento y del Consejo, de 26 de febrero, sobre contratación pública y por la cual se deroga la Directiva 2004/18/CE. Como consecuencia de la Recomendación de Decisión del Consejo de la Unión Europea de 27 de julio de 2016, por la que se formula una advertencia a España para que adopte medidas dirigidas a la reducción del déficit, se ha presentado la proposición de Ley de medidas para promover la transparencia en la contratación pública -Grupo Parlamentario Popular-, en el Congreso-, 21 octubre de 2016.

⁶³ Esta opción, cuestionada por algunos, encuentra justificación en el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón 15/2011 de 8 de junio, donde, al analizar el procedimiento con tramitación simplificada introducido por la Ley aragonesa 3/2011, de medidas de Contratos del Sector Público, opina que los criterios de valoración, atendiendo a la finalidad de esta tramitación simplificada, deben ser preferentemente de aplicación matemática, pues el “simplificado” no es más que el procedimiento abierto descargado de algunos trámites procedimentales, por lo que a juicio de la citada Junta no cabría utilizar esta tramitación simplificada en contratos de compleja valoración.

⁶⁴ No podrá adjudicarse a través de esta modalidad de procedimiento los contratos que tengan por objeto prestaciones de carácter intelectual, lo que resulta totalmente coherente con limitación de la utilización de criterios dependientes de juicios de valor. Como dispone el artículo 159.6 b) LCSP, se eximirá a los licitadores de la acreditación de la solvencia económica y financiera y técnica o profesional. Ahora bien, lo que no se exige de forma expresa es la obligación de acreditar la personalidad, representación y declaración de no incursión en prohibición de contratar, compromiso de constitución de UTE y sometimiento a fuero español.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

10.- Los criterios de adjudicación se vinculan a la lógica de calidad-precio. Los artículos 131.2 145.1 LCSP indican que la adjudicación se realizará ordinariamente utilizando una pluralidad de criterios de adjudicación basados en el principio de mejor relación calidad-precio y desaparece la mención de la “oferta económicamente más ventajosa”. Se utiliza, por tanto, el componente cualitativo de la prestación como elemento para decidir la oferta más ventajosa. El cambio es de gran relevancia y explica la nueva regulación del artículo 146 ya no incluya el concepto precio como concepto principal sino el de costes o rentabilidad, así como que se ponga en valor los servicios intelectuales (opción reclamada desde los servicios de ingeniería y arquitectura).

Se precisa (artículo 145.5 LCSP) que los criterios de adjudicación, que deben cumplir los siguientes requisitos: a) deberán estar vinculados al objeto del contrato; ser formulados de manera objetiva, con pleno respeto a los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad; no conferirán al órgano de contratación una libertad de decisión ilimitada; y deberán garantizar la posibilidad de que las ofertas sean evaluadas en condiciones de competencia efectiva.

Hay una doble distinción de criterios: Criterios relacionados con coste (se incluye mejor relación coste-eficacia) y criterios cualitativos que permitan identificar la oferta que presenta la mejor relación calidad-precio.

Se limita el uso criterio mejoras, pues no podrá asignársele una valoración superior al 2,5% y se definen con claridad, para evitar un “uso incorrecto”, como las prestaciones adicionales a las que figuraban definidas en el proyecto y en el Pliego de Prescripciones Técnicas, sin que aquéllas puedan alterar la naturaleza de dichas prestaciones⁶⁵.

Entre los criterios adjudicación se incluye, además, la definición y cálculo del coste del ciclo de vida⁶⁶.

⁶⁵ En todo caso, en el diseño o aplicación de estos criterios deberá analizarse la existencia de prácticas calificadas como *red flags*, tales como que exista un único licitador (criterio aplicado por el Tribunal de Contratos Públicos de Aragón en su Acuerdo 60/2015, de 15 de mayo), que podrán justificar la anulación de la licitación.

⁶⁶ Vid. R DELGADO FERNANDEZ, “El cálculo del coste del ciclo de vida en la contratación administrativa”, Revista *Gabilex* núm. 7, 2016, pp. 116-152. Como destaca esta autora, “Su aplicación práctica presenta ciertamente problemas, que disminuirán según se avance en su aplicación y aumenten los conocimientos al respecto de los gestores de contratación y que solo se podrán resolver con la voluntad decidida de las administraciones contratantes. Sin duda dicha aplicación experimentará un estímulo importante si se aprueban normas de cálculo generales en el ámbito de toda la UE. Ya existen antecedentes (sobre todo en la industria militar y



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Se regulan criterios de desempate (conforme a criterios sociales). Se recuerda la obligación de establecer la ponderación relativa atribuida a cada uno de los criterios de valoración, que podrá expresarse fijando una banda de valores con una amplitud máxima adecuada (la elección de las fórmulas se tendrá que justificar en el expediente. La regulación de la anormalidad de oferta (artículo 149 LCSP) permite poner en valor la calidad de la prestación (y evitar precarización de las condiciones laborales). Anormalidad que supone en todo caso una presunción que debe decidirse posteriormente sobre el criterio de riesgo de incorrecta ejecución de la prestación del contrato. Se exige, pues, de un debate contradictorio a fin de que el licitador pueda probar que su oferta es viable y está destinada a evitar la arbitrariedad del poder adjudicador y garantizar una sana competencia entre las empresas (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 29 de marzo de 2012, *SAG EV Slovensko a.s.*)⁶⁷.

La nueva regulación permite adoptar una visión distinta sobre la posibilidad de incorporar criterios sociales como criterios de valoración de las proposiciones. En la consideración de la vinculación de los criterios sociales resulta de especial interés la doctrina recogida en la STJUE de 10 de mayo de 2012, en el Asunto C-368/10, que señala que “no es necesario que un criterio de adjudicación se refiera a una característica intrínseca de un producto, es decir, a un elemento incorporado materialmente en este”, y que concluye que “nada se opone, en principio, a que dicho criterio se refiera al hecho de que un producto proceda del comercio justo⁶⁸. En todo caso, debe exigirse tanto que la elección de los criterios esté presidida por la satisfacción del interés público que persigue todo contrato, de manera que los mismos han de ser coherentes con el objeto, las características y la propia naturaleza del contrato, como que no se desvirtúen los propios principios de la contratación pública.

de la construcción) de dicho cálculo y normas internacionales que analizan y calculan el ciclo de vida desde diferentes aspectos y pueden ayudar a la aplicación del mismo como criterio de valoración así como proyectos en marcha sobre este aspecto”.

⁶⁷ En el supuesto de presunción de anormalidad se debe solicitar a la empresa afectada una aclaración de los elementos en que el licitador fundamentó su oferta y en la verificación de que, conforme a dicha aclaración, la misma es viable, de forma que la ejecución de la prestación que constituye el objeto del contrato queda garantizada, en el modo y manera establecidos en los pliegos de condiciones. Por todos, Acuerdo 9/2017 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

⁶⁸ Vid. T. MEDINA, “La contratación pública socialmente responsable a través de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, *REDA*, núm. 153, 2012, pp. 213-240.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

En ciertas ocasiones la estrategia social del contrato aconseja prestar especial atención a la fase de ejecución, **mediante condiciones especiales de ejecución (artículo 202 LCSP)** que serán obligatoria para todo licitador que aspire a la adjudicación. Regular las retribuciones mínimas del personal y su forma de acreditación periódica, prever la obligación de subcontratación de ciertos elementos del contrato con determinados colectivos sociales (como empresas de iniciativa social), imponer penalidades contractuales que “estimulen” el correcto cumplimiento de la sensibilidad social del contrato, son, entre otras, previsiones muy eficaces en la consolidación de una contratación socialmente responsable eficaz (sin obviar el importante efecto didáctico para extender estas propuestas al sector privado).

Las condiciones especiales de ejecución pueden ser el “vehículo” más idóneo para implementar políticas sociales o ambientales, tal y como ya ha advertido el Tribunal de Contratos Públicos de Aragón en su Acuerdo 72/2016, donde, con relación a la exigencia de mantener la retribución de los trabajadores durante la ejecución del contrato, este Tribunal administrativo considera legal tal opción, ya que entiende que *“no limita la competencia ni interfiere en la opción de gestión del contrato, y que pretende dotar de calidad a la prestación del contrato, evitando la precarización de condiciones laborales como justificación de rebaja de precios en las ofertas, lo que casa mal con la obligación de calidad/precio que refiere el artículo 67 de la Directiva 2014/24/UE, de contratación pública. Justifica su argumento en la citada Sentencia TJUE de 17 de noviembre, Regio Post (asunto C-115/14), en tanto permite garantizar la correcta prestación del contrato. Y recuerda que el licitador que oferta conforme a las condiciones de un convenio colectivo, está obligado a mantener esas condiciones por cuanto la oferta es parte del pliego y los pliegos son lex contractus que vinculan durante su ejecución conforme al principio pacta sunt servanda, sin que la ultraactividad de los convenios pueda interferir en la ejecución de un contrato ya adjudicado, pues se quebraría el principio de equivalencia de las prestaciones, así como el principio de igualdad de trato entre licitadores, al alterarse las condiciones de la adjudicación”*⁶⁹.

⁶⁹ No es posible una cláusula social, ni como condición de ejecución, que prevea que una empresa adjudicataria repercuta los beneficios derivados del contrato (o tribute por ellos) en un concreto territorio, por ser claramente discriminatoria (Informe 15/2016, JCCA de Aragón). Ni tampoco son admisibles los criterios de arraigo (el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado 9/2009, de 31 de marzo, advierte de la no validez). El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en su Resolución 130/20154, ha declarado la nulidad del criterio social, porque precisaba que las personas desempleadas fueran demandantes de empleo en oficinas concretas circunscritas a una Comunidad Autónoma.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

11.- El régimen de **modificación del contrato** (artículos 203 a 206 LCSP), que mantiene la distinción entre modificados convencionales y supuestos no previstos en el pliego, **es** más restrictivo que el que establecen las nuevas Directivas comunitarias, con la finalidad de evitar prácticas irregulares (no en vano el considerando 107 de la Directiva de contratación pública recuerda que es de directa aplicación la jurisprudencia europea sobre esta materia)⁷⁰. Se introduce por ello adverbio “solo”, con la finalidad de remarcar el carácter excepcional de la modificación y se limitan ciertas posibilidades⁷¹. No hay modificados de “*minimis*”. En todo caso, la jurisprudencia del TJUE sobre esta materia sigue siendo de aplicación (considerando 107 de la Directiva 2014/24).

Se regula la cesión del contrato con el fin de evitar que se considere modificación contractual. Interesa destacar que toda modificación debe publicarse (artículos 203.3 y 205 LCSP) y notificarse los acuerdos de modificación (opción ya incorporada en Aragón y Navarra) y que, como ya se ha visto, la modificación puede ser objeto de recurso especial⁷². Esta regulación debe interpretarse conforme a los principios de la contratación pública y, para su correcto funcionamiento, parece conveniente, amén de avanzar en la idea de una adecuada planificación y gestión pausada del proyecto que posteriormente favorezca su rápida ejecución sin incidentes, que se regule mejor la responsabilidad de los autores de proyectos y directores de obras –exigiendo el replanteo previo antes de la aprobación del

⁷⁰ La efectividad del principio de concurrencia exige una interpretación restrictiva a esta posibilidad –entendida como una potestad condicionada– en la que, en tanto parte del procedimiento de adjudicación, debería darse trámite de audiencia a todos los licitadores interesados en ese contrato, dando posibilidad a su impugnación en caso de entenderse incorrecta la modificación efectuada. Vid. J.L. MEILAN GIL, *La estructura de los contratos públicos*, ob. cit., p. 243. También BAÑO LEON, “Del ius variandi a la libre concurrencia: la prohibición de modificación como regla general de los contratos públicos”, *Anuario de Gobierno Local 2012*, IDP, Barcelona, 2013, pp. 142-145.

⁷¹ En ningún caso los órganos de contratación podrán prever en el pliego de cláusulas administrativas particulares modificaciones que puedan alterar la naturaleza global del contrato inicial. En todo caso, se entenderá que se altera ésta si se sustituyen las obras, los suministros o los servicios que se van a adquirir por otros diferentes o se modifica el tipo de contrato. No se entenderá que se altera la naturaleza global del contrato cuando se sustituya alguna unidad de obra, suministro o servicio puntual (204.2 LCSP).

⁷² Sobre esta cuestión me remito a J.M. GIMENO FELIU, “Presente y futuro de la regulación de la modificación de los contratos del sector público”, libro col. *Observatorio de los Contratos Públicos 2015*, Aranzadi. Cizur Menor, pp. 31-138.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

proyecto- y, en general, de todo personal responsable de la ejecución del proyecto⁷³.

Hay que resaltar que se ha eliminado la posibilidad del Proyecto de Ley de "libre" modificación en los contratos no armonizados para los poderes adjudicadores no Administración pública –coherente con la regulación del TRLCSP 2011, que obliga con indiferencia del importe-, lo que lamina la posibilidad de descontrol en los sobrecostes y, también, que exista un "incentivo" a crear entes instrumentales para alejarse del control y reglas públicas. Esta decisión incluida ahora en el artículo 317 LCSP de "no facilitar" la modificación contractual en contratos no armonizados de poderes adjudicadores no Administración pública, supone un claro "impulso" en la lógica de uniformidad jurídica y, sobre todo, de la regeneración democrática y la prevención de la corrupción⁷⁴.

12.- En el régimen de **contratos administrativos** existen ajustes técnicos (por ejemplo, mayor plazo garantía en los contratos de obras), más importantes en la regulación de las concesiones: donde se incluye el concepto de la Tasa Interna de Rentabilidad o Retorno (TIR). Se confirma la actual regulación de la responsabilidad patrimonial administrativa en los casos de resolución de las concesiones (RPA), que es un elemento de seguridad importante, que funciona como efecto llamada en los inversionistas al garantizar parte del negocio más allá del riesgo lógico de la gestión de la concesión. La RPA se comporta como un elemento de aseguramiento de ciertos riesgos, pero no puede ser regulada o configurada de modo absoluto pues se diluiría el elemento del riesgo operacional⁷⁵. Esta RPA se limita, para la resolución por causa

⁷³ Vid. J.M. GIMENO FELIU, "Presente y futuro de la regulación de la modificación de los contratos del sector público", *ob.cit.*, pp. 131-135.

⁷⁴ Sin embargo, al Consejo de Estado en su Dictamen al ALCSP de marzo de 2016, de forma sorprendente, le convence esta opción y declara que "Por lo tanto, en comparación con el TRLCSP en vigor, la aplicación de este régimen de modificación contractual está más acotada. En efecto, ya no afecta a todos los contratos del sector público, sino solamente a aquellos sujetos a las directivas europeas. Esta solución resulta razonable y plenamente acorde al origen comunitario de dicho régimen." La visión de la modificación limitada a una mera exigencia europea y no al ejercicio correcto de los principios de integridad, eficiencia y buen gobierno pone en cuestión una adecuada solución del problema de los sobrecostes en la contratación pública. La dicotomía de regímenes, en función del importe, no parece una solución correcta, en tanto se crean dos regulaciones distintas para situaciones que exigirían una misma solución jurídica.

⁷⁵ Avala esta interpretación la nueva regulación del SEC (2010), aprobada por el Reglamento (UE) nº 549/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativo al Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Unión Europea. En relación a cómputo déficit de las operaciones de APP se indica que:



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

imputable al concesionario, la RPA atendiendo al nuevo criterio SEC 2010 (el pago de la concesión se realizará atendiendo al valor de mercado de la misma)⁷⁶. Se permite pagos por disponibilidad⁷⁷.

Interesa llamar la atención sobre el dato de que la retribución tendrá la condición de tarifa, tanto en los casos de concesión de obras

“Propiedad económica y asignación del activo 20.283 Al igual que sucede con los contratos de arrendamiento, para determinar quién es el dueño económico de los activos en una APP es preciso averiguar qué unidad asume la mayor parte de los riesgos y qué unidad se espera que reciba la mayor parte de los beneficios de los activos. Se asignará a esta unidad el activo, y por lo tanto la formación bruta de capital fijo. Los principales elementos de riesgo y beneficio que deben evaluarse son los siguientes:

a) Riesgo de construcción, que incluye los rebasamientos en los costes, la posibilidad de costes adicionales derivados de retrasos en la entrega, el incumplimiento de condiciones o códigos de construcción, y los riesgos ambientales y de otros tipos que exijan pagos a terceros.

b) Riesgo de disponibilidad, que incluye la posibilidad de costes adicionales, como los de mantenimiento y financiación, y las sanciones soportadas porque el volumen o la calidad de los servicios no cumple las normas especificadas en el contrato.

c) Riesgo de demanda, que incluye la posibilidad de que la demanda de los servicios sea mayor o menor de la esperada.

d) El riesgo de valor residual y obsolescencia, que incluye el riesgo de que el activo sea inferior a su valor esperado al final del contrato y el grado en que las administraciones públicas tienen opción a adquirir los activos.

e) La existencia de financiación del garante o de concesión de garantías, o de cláusulas de rescisión ventajosas sobre todo en caso de rescisión a iniciativa del operador”. Estos dos últimos apartados, en especial en los casos de resolución por causa imputable al contratista parecen aconsejar una “limitación” de la RPA en los modelos concesionales, tanto de obra como de servicios, pues de lo contrario puede entenderse que se ha excluido la transferencia de riesgos y, en consecuencia, los activos ya no estarían excluidos del perímetro de endeudamiento. Así, dentro del riesgo operacional debe entenderse la no existencia de RPA por incumplimientos o causas imputables al concesionario. Sobre la incidencia del nuevo sistema de cómputo de déficit en SEC 2010 puede consultarse el trabajo de A. B. MACHO PEREZ y E. MARCO PEÑAS, “El impacto de las colaboraciones público-privadas en los niveles de déficit y deuda pública: análisis de los criterios de EUROSTAT”, RAP núm. 194, 2014, 437-474.

⁷⁶ En todo caso, se entenderá que es imputable al concesionario la resolución del contrato cuando ésta obedezca a haber sido declarado aquél en concurso o insolvencia en cualquier otro procedimiento. Las concesiones que hayan sido adjudicadas con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley o cuyos expedientes de contratación se hayan iniciado con anterioridad a dicha fecha, se regirán por la normativa anterior, es decir, no se verán afectados por la nueva regulación de la RPA.

⁷⁷ Existen problemas derivados de SEC 2010: ahora es transferencia de riesgo de demanda, o riesgo de oferta, o de ambo (son, pues, distinto a criterios de SEC 95). Sobre la incidencia del nuevo sistema de cómputo de déficit en SEC 2010 puede consultarse el trabajo de A. B. MACHO PEREZ y E. MARCO PEÑAS, “El impacto de las colaboraciones público-privadas en los niveles de déficit y deuda pública: análisis de los criterios de EUROSTAT”, RAP núm. 194, 2014, 437-474.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

como de concesión de servicios (nuestros “servicios públicos”). Se acoge expresamente la tesis, defendida desde hace mucho tiempo por el profesor J. TORNOS MAS⁷⁸. Lo que obligará a reformular cierta jurisprudencia que, en servicios públicos, opta por la configuración de tasa⁷⁹. Y no es una cuestión sin efectos prácticos pues, como bien advierte J. TORNOS, “la tasa supone recaudación para un gasto público. Esto determinará que el servicio se convierte en un gasto que puede computar a efectos del déficit municipal. De acuerdo con los criterios EUROSTAT en relación con el tratamiento contable de los modelos concesionales, un cambio de modelo como el que se plantea (unido a otros datos adicionales como el compromiso de reversión de las instalaciones a la finalización del contrato), puede implicar que los compromisos de pago adquiridos por el Ayuntamiento por la duración total del contrato consoliden en su contabilidad, a efectos del cálculo del déficit y la deuda”. La opción de la Ley, por este motivo es clara: la retribución de la concesión tiene naturaleza jurídica de tarifa (y no puede ser ya de opción por la entidad contratante su configuración como tasa), pues la calificación como ingreso tributario diluye -o anula- la transferencia del riesgo operacional, con efectos desde la perspectiva de consolidación de déficit⁸⁰.

Por otra parte, al regular el reequilibrio económico de la concesión de obras y servicios se mantiene la redacción actual sobre el *factum principis* (decisión de la Administración pública concedente que incide de forma sustancial en concesión) y no se incorpora como causa de reequilibrio el riesgo imprevisible⁸¹. Se permite ampliar un 15 por

⁷⁸ “La tarifa como forma de retribución de los concesionarios: una figura constitucional y necesaria”, El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho, núm. 24, 2011, pp. 22-29

⁷⁹ Vid. J. TORNOS MAS, en su excelente artículo “Informe sobre la contraprestación del servicio de abastecimiento domiciliario de agua: La Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 2015 (RI§ 1151068)”, Revista Derecho Municipal, Iustel, 10 de marzo de 2016. El análisis de la evolución jurisprudencial y las consecuencias prácticas de la distinta calificación refuerzan las conclusiones que propone.

⁸⁰ La opción de configurar tasa supondría, de hecho, la imposibilidad de impulsar concesiones de servicios. Sirva de referencia el trabajo de J. GARCIA HERNANDEZ, “El fin de las concesiones administrativas de gestión de servicios públicos en los supuestos en los que la retribución que abonan los usuarios tengan naturaleza de tasa: ¿y ahora qué?”, Revista Derecho Local núm. 38, febrero de 2016.

⁸¹ Esta decisión de no “cambiar” la regulación del *factum principis* no parece una buena solución. En mi opinión, deben englobar cualquier decisión administrativa (o legislativa) que altere de forma imprevisible el adecuado reparto de riesgos y permita no distorsionar indebidamente la tasa interna de rentabilidad. La concesión se explota por el contratista a riesgo y ventura, de tal manera que el reparto de riesgos pactado no debe ser alterado ni modificado, lo que no impide –más bien lo contrario- el reequilibrio financiero, pues, como ya ha advertido el Consejo de Estado, a propósito



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

ciento de su duración inicial para restablecer el equilibrio económico del contrato. En el ámbito de los sectores públicos autonómico y local, deberán remitirse al Comité Técnico de Cuentas Nacionales o, todos los contratos de concesión de obras o de concesión de servicios adjudicados en sus respectivos ámbitos, cuyo valor estimado sea igual o superior a doce millones de euros, o cuando, en su financiación se prevea cualquier forma de ayuda o aportación estatal, o el otorgamiento de préstamos o anticipos.

13.- En las **prerrogativas de los contratos de concesión de obras y de servicio se mantiene la técnica del rescate** como privilegio unilateral de resolución anticipada (que no debe confundirse con supuestos de resolución por incumplimiento o concurso de la empresa concesionaria), si bien se exige que exista interés público y que se acredite que dicha gestión directa es más eficaz y eficiente que la concesional (artículos 279 c) y 294 c) LCSP, según sea concesión de obras o concesión de servicios)

Esta opción incumple formalmente la previsión del artículo 44 la Directiva de concesiones, que establece unos límites a la posibilidad de resolución anticipada por voluntad de la Administración, pues se desnaturaliza la filosofía del régimen de contratación en el ámbito de las concesiones, donde no tiene cobertura, con la extensión hasta ahora utilizada, de las prerrogativas públicas exorbitantes⁸². El interés

del principio de riesgo y ventura, «el fundamento de este principio es triple: en primer lugar, el principio de seguridad jurídica (Dictamen número 50.293, de 5 de noviembre de 1987); en segundo lugar, el principio de concurrencia y la necesidad de no desvirtuar las garantías presentes en la adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas (pues una erosión del principio de riesgo y ventura podría hacer ilusorias las garantías que en la licitación se ofrecieron a aquellos licitadores que no resultaron adjudicatarios), y en tercer lugar, la protección de los intereses de la Hacienda pública» (Dictamen de 13 de marzo de 2003 (Expediente 3.344/2002). No reconocer tal opción para el equilibrio del contrato conllevaría importantes dosis de inseguridad jurídica que condicionarán las inversiones en estos contratos. Y en nada se rompe el principio de igualdad o eficiencia pues permite dar seguridad para garantizar la correcta ejecución del contrato y su plan financiero con independencia de quien resulte adjudicatario. Igualmente debe regularse la cláusula de progreso y su concreto significado obligacional, pues la propia evolución técnica puede conducir a tal desequilibrio que haga inviable la gestión de la concesión, planificada en un entorno de la técnica distinta. Importa promover los avances tecnológicos a toda concesión, pero cuando al inversión afecta a la lógica sobre la que se planificó la inversión debería ajustarse la TIR. Por último, aunque se entienda ahora excluido bien podría regularse los efectos del riesgo imprevisible (lo que evitaría la posterior "judicialización", con las incertidumbres que comporta). Vid. J.M. GIMENO FELIU, *El nuevo paquete legislativo...*, ob. cit., pp. 148-150.

⁸² Vid. J.M. GIMENO FELIU, "Remunicipalización de servicios locales y Derecho comunitario", *Revista el Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* núms. 58/59, 2016, pp. 50-71 (ibídem, "La remunicipalización de servicios públicos locales: la



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

público -al igual que sucede con la modificación contractual- ya no es título jurídico suficiente para ejercer potestades sobre el contrato. En este sentido resulta de interés la STJUE de 7 de Septiembre de 2016, *Frogne*, al afirmar que: “el artículo 2 de la Directiva 2004/18 debe interpretarse en el sentido de que, con posterioridad a la adjudicación de un contrato público, no es posible introducir en él una modificación sustancial sin abrir un nuevo procedimiento de adjudicación del contrato, ni siquiera en el supuesto de que esa modificación constituya, objetivamente, una solución de compromiso que implique renunciaciones recíprocas de ambas partes y pretenda poner fin a un conflicto de resultado incierto, nacido de las dificultades que la ejecución del contrato plantea. Sólo cabría una conclusión diferente en el caso de que la documentación de dicho contrato estableciera la facultad de adaptar determinadas condiciones del mismo, incluso importantes, con posterioridad a su adjudicación y determinara el modo de aplicar esa facultad”⁸³. Los ejes de la regulación europea no son las prerrogativas públicas, sino preservar el derecho de la competencia entre operadores y respetar el principio de seguridad jurídica que obliga a estar a lo pactado. El rescate, como tal, es ya expropiación forzosa y no privilegio contractual, y deberá sustanciarse conforme a las reglas y principios de esta potestad (así se reconoce en el Proyecto de Ley de Contratos Públicos de Navarra, en tramitación)⁸⁴.

La opción española, en todo caso, desde la perspectiva del resultado, viene a imposibilitar la práctica del rescate, pues la acreditación de mejor eficacia y eficiencia como condicionantes previo para adoptar la decisión se antoja de casi imposible cumplimiento (solo el coste indemnizatorio de la rescisión anticipada

necesaria depuración de conceptos y los condicionantes jurídicos desde la óptica del derecho europeo”, Cuadernos de Derecho Local núm. 43, 2017). Opinión que comparte el profesor J. TORNOS MAS, “La remunicipalización de los servicios públicos locales. Algunas precisiones conceptuales”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núms. 58-59, 2016, p. 49. Sobre esta cuestión es de especial interés el libro *Servicios Públicos e ideología. El interés público en juego* (F. CAAMAÑO, J.M. GIMENO, P. SALA y G. QUINTEROS), Profit, 2017, pp. 87-90.

⁸³ El Tribunal considera que es indiferente que la modificación se deba más a la voluntad de superar un conflicto que a la de renegociar las condiciones de la contratación. E insiste en la necesidad de respetar los principios de igualdad de trato y la obligación de transparencia.

⁸⁴ Sirva de ejemplo la Legislación de Puertos (Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante), donde al prever el rescate de las concesiones (de dominio público) se regula tal posibilidad no como prerrogativa sino como procedimiento ablativo (artículo 99).



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

impedirá en muchos casos que pueda existir una gestión directa más eficiente)⁸⁵.

14.- En materia organizativa destaca la previsión relativa a la mesa de contratación, que se define como órgano de asistencia técnica especializada (lo que supone que no puede tener componente político en las personas que se designan, tal y como advirtiera el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos en su Acuerdo 45/2013, de 7 de agosto). Se regulan los órganos de contratación de las entidades locales (sin especiales novedades). Debe mencionarse la nueva regulación de la figura del perfil de contratante, más exhaustiva que la anterior, que le otorga un papel principal como instrumento de publicidad de los distintos actos y fases de la tramitación de los contratos de cada entidad. Pero a efectos de publicidad/transparencia debe estarse a la publicidad en Portal Contratación Sector Público (o autonómicos, interconectados). Los plazos de presentación de solicitudes se inician en momento publicación en la Plataforma de Contratos del Sector Público. El Boletín oficial no es ya obligatorio y será gratuito. Existe, además, una nueva regulación del Registro de Contratos del Sector Público (que debe servir para mejorar no solo en simplificación, sino también en transparencia), en el que se inscribirán todos los contratos adjudicados por las entidades del sector público, siendo obligatoria, a dichos efectos, la comunicación de los datos relativos a todos los contratos celebrados por importe igual o superior a cinco mil euros.

15.- En relación al recurso especial conviene reseñar la extensión del recurso especial a cuantías inferiores a las del importe armonizado, es una decisión muy destacada, pues ha de ayudar corregir las debilidades detectadas de nuestro modelo de contratación pública⁸⁶. La opción contenida en el proyecto de Ley limitaba “en exclusiva” este recurso especial a los contratos de importe armonizado. Opción cuestionada por la doctrina de forma unánime⁸⁷. Y también por órganos

⁸⁵ Sobre la necesidad de adecuada motivación en estos procesos me remito a J. PONCE, “Remunicipalización y privatización de los servicios públicos y derecho a una buena administración. Análisis teórico y jurisprudencial del rescate de concesiones”, Cuadernos de Derecho Local núm. 40, 2016, p. 80. Por ello, no es aceptable, por ejemplo, que un simple cambio de mayorías políticas en un gobierno local conduzca a fundamentar el rescate por razones, digamos, ideológicas.

⁸⁶ Debe recordarse que la Resolución del Parlamento Europeo, de 25 de octubre de 2011, sobre la modernización de la contratación pública (2011/2048(INI)), subraya que se debe evitar la introducción de nuevas normas para los mercados de contratación pública que no alcancen los umbrales de la UE, ya que se puede poner en peligro la seguridad jurídica establecida a escala nacional.

⁸⁷ Conviene recordar el trabajo de J. A. MORENO MOLINA “Un mundo para SARA, una nueva categoría en el Derecho español de la contratación pública, los contratos



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

cualificados como el Consejo de Estado⁸⁸, Comité Económico y Social⁸⁹, Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia⁹⁰ o Transparencia Internacional España⁹¹. El cambio producido es muy relevante pues implica superar la visión del recurso especial como una

sujetos a regulación armonizada”, RAP núm. 178, 2009, pp. 175-213. Con la positivización de esta categoría se pretende, en suma, modelar la aplicación de las normas de la Directiva en los diferentes contratos del sector público, restringiéndola solo a los casos exigidos por dicha norma y diseñando para los demás, como declara la Exposición de Motivos un régimen par el que el legislador nacional tiene plena libertad. Y es que, como bien afirma J.M. BAÑO LEON, no cabe que un concepto de la legislación de contratos públicos se interprete de una forma cuando el contrato está condicionado por las Directivas comunitarias que cuando no lo está. “La influencia del Derecho comunitario en la interpretación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas”, RAP 151, 2000, p. 13. Opinión que comparte E. CARBONELL PORRAS en su trabajo “El título jurídico que habilita el ejercicio de la actividad de las sociedades mercantiles estatales de infraestructuras viarias. ¿Convenio o contrato administrativo?”, en libro col. Estudios de Derecho Público Económico, Civitas, Madrid, 2003, p. 392.

⁸⁸ Dictamen 514/2006, de 25 de mayo. Afirma lo siguiente: “La primera duda que plantea la regulación proyectada para el nuevo recurso especial y el nuevo sistema especial de medidas provisionales radica en su ámbito de aplicación. Con arreglo a los artículos 37.1 y 38.1 del anteproyecto, tales mecanismos son únicamente aplicables en los procedimientos de adjudicación de contratos sujetos a regulación armonizada, por lo que no se extenderán a los restantes contratos del sector público. A juicio del Consejo de Estado, esta distinción entre los mecanismos de control de uno y otro tipo de contratos no está suficientemente justificada y podría generar un cierto nivel de inseguridad jurídica, por lo que debería considerarse su extensión a todos los contratos. La finalidad que se persigue con el nuevo recurso y el sistema especial de medidas cautelares es, en último término, garantizar que el control del procedimiento de adjudicación sea rápido y eficaz, de modo que las incidencias que pueda plantearse se tramiten y resuelvan antes de adoptarse la decisión de adjudicación. Esa conveniencia de rapidez y eficacia en la resolución de las incidencias del procedimiento de adjudicación resulta extensible a cualquier tipo de contrato, esté o no sujeto a regulación armonizada. Así se ha hecho en el Derecho francés, cuyo *référé précontractuel*, aunque creado en cumplimiento de la normativa comunitaria, se extiende al control de la observancia de las reglas de publicidad y concurrencia de todos los contratos, estén o no en el ámbito de aplicación de las directivas. Frente al ejemplo francés, otros países, como Alemania, han optado por restringir la aplicación de esta vía especial de recurso a los contratos sujetos a la regulación comunitaria, una solución a la que nada hay que oponer desde el punto de vista del cumplimiento de las normas comunitarias, pero que sin duda resulta menos garantista para los administrados”.

⁸⁹ DICTAMEN núm. 8 2015, sesión ordinaria del pleno 25 de junio de 2015.

⁹⁰ IPN/CNMC/010/15 (Informes de Propuestas Normativas).

⁹¹ En el documento sobre Medidas de transparencia y prevención de la corrupción en Subvenciones, Licitaciones y Contratos públicos, de octubre de 2015 (medida III.- 2), se insiste en la necesidad de extender el recurso al margen del importe (<http://transparencia.org.es/ti-espana-propone-a-los-partidos-politicos-60-medidas-contra-la-corrupcion-en-subvenciones-licitaciones-y-contratos-publicos-2/>)



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

carga burocrática o “gasto” innecesario, para configurarse como un instrumento que permita garantizar la mejor transparencia mediante una estrategia del control preventivo que sea efectivamente útil, rápido, e independiente, vinculado al derecho a una buena administración y no a las prerrogativas de la Administración⁹². La opción de rebajar umbrales es, sin duda, un hito en la filosofía práctica de la contratación pública, y debe ser el inicio de un proceso para, tras dotar con medios y recursos a los órganos de recursos contractuales, extender al recurso especial a cualquier contrato al margen del importe⁹³. Por ello, resulta muy relevante la opción de ampliar por el importe el recurso especial frente a su limitación inicial a los contratos armonizados, que supera una extendida perspectiva de “gasto”, y no de inversión, cuando se analizan los escenarios preventivos de control eficaz⁹⁴. Se extiende el objeto del recurso contra modificaciones y encargos ilegales (lo que

⁹² Vid. J.M. GIMENO FELIU, *Sistema de control de la contratación pública en España. (cinco años de funcionamiento del recurso especial en los contratos público. La doctrina fijada por los órganos de recursos contractuales. Enseñanzas y propuestas de mejora)*. Número monográfico especial (2016) Observatorio de los Contratos Públicos, Aranzadi, Cizur Menor, 2016

⁹³ Como bien ha destacado el Profesor J.M. BAÑO LEON, el sistema de recursos administrativos ordinarios no está configurado en clave de protección de la legalidad, pues pretende proteger a la Administración. De hecho, como bien explica, el sistema de justicia administrativa es un ejemplo de la inercia autoritaria del Derecho Público español. Por ello, como bien afirma, “la mejor alternativa al recurso administrativo es un buen recurso administrativo, entendiendo por tal el que garantiza una revisión de la actuación administrativa eficiente por un órgano funcionalmente independiente”. “El recurso administrativo como ejemplo de la inercia autoritaria del Derecho Público español”, en libro colectivo *Las vías administrativas a debate*, INAP, 2016, p. 669. Con esta ampliación del ámbito del recurso especial desde la perspectiva del importe se avanza en la filosofía del régimen equivalente en el nivel de eficacia exigido por STJUE de 6 de octubre de 2015, *Orizzonte Salute*, C- 61/14.

⁹⁴ J. PONCE SOLE, *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido. Las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad*, Lex Nova, Valladolid 2001, p. 480. Este derecho fundamental a una buena administración se recoge también en la Ley Orgánica 1/2008, de 31 de julio, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en la capital portuguesa el 13 de diciembre de 2007 (artículo 41). Obviamente, las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de sus competencias de organización podrán extender el ámbito de este recurso especial a importes inferiores, pues el artículo 112 de la Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común (al igual que su predecesora Ley 30/1992, en su artículo 107) habilita tal posibilidad. Así se ha hecho en Aragón mediante la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público en Aragón, (en redacción dada por la disposición final segunda de la Ley 5/2017, de 1 de junio, de Integridad y Ética Públicas) que fija en 200 000 euros el umbral del recurso especial para el contrato de obras y en 60 000 euros para los contratos de servicios y suministros.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

supone que ya no es recurso precontractual)⁹⁵. Sin embargo, a mi juicio de forma errónea, no se incluyen en su objeto, pese a ser obligación europea, ni las alteraciones de las condiciones de subcontratación, así como los supuestos de resolución de los contratos (aunque se introduce dentro del objeto del recurso especial los rescates de concesiones). Esta limitación objetiva no es coherente con las obligaciones derivadas de las Directivas “recursos” vigentes en su nueva redacción derivada de la reforma de 2014. Previsiones que, por cierto, tienen efecto directo, como ha recordado la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 5 de abril de 2017, Marina del Mediterráneo SL y otros contra Agencia Pública de Puertos de Andalucía), que aplica un criterio amplio de “decisión” a efectos del ámbito material del recurso especial⁹⁶.

Además, se mantiene el modelo de los tribunales administrativos (cuyas ventajas ha destacado el profesor J. SANTAMARIA PASTOR⁹⁷). Este sistema de “justicia administrativa especial” ha sido reforzado por el hecho de que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea admitió a trámite la cuestión prejudicial presentada por el Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público en fecha 23 de julio de 2014 (asunto C-203/14), lo que presupone reconocer que estos Tribunales administrativos –con fundamento en la Directiva 89/665 y su reforma por Directiva 66/2007-, tienen la calificación de órganos jurisdiccionales por cuanto tienen origen legal, tienen carácter de permanentes, aplican un procedimiento contradictorio aplicando las normas jurídicas y son independientes (Sentencia de 17 de septiembre de 1997, asunto C-54/96 *Dorsch Consult*). Y así se ha declarado por la sentencia TJUE de 6 de octubre de 2015, *Consorti Sanitari del Maresme*, C-203/14, que reconoce las notas exigidas para tal consideración -carácter contradictorio del procedimiento, independencia, y carácter obligatorio de su jurisdicción- y declara que los órganos de recursos

⁹⁵ Sobre en carácter no precontractual del recurso especial puede verse mi trabajo La modificación de los contratos: Límites y derecho aplicable”, en libro col. *La contratación pública: problemas actuales*, Consejo Consultivo de Madrid, 2013, 99. 83-140.

⁹⁶ La Directiva de concesiones incorpora un supuesto tasado de causas de resolución anticipada cuyo no cumplimiento por una Administración o pider adjudicadoe abre la puerta al recurso especial. Me remito a mi trabajo “La remunicipalización de servicios públicos locales: la necesaria depuración de conceptos y los condicionantes jurídicos desde la óptica del derecho europeo”, Cuadernos Derecho Local núm. 43, 2017, pp. 50-71. También en el estudio *El interés público y su satisfacción con la colaboración público-privada. Fundamentos, equilibrios y seguridad jurídica*, Cámara de Comercio de Barcelona, 2017 /J.M. Gimeno, P. Sala y G. Quinteros).

⁹⁷ Lo explica de forma muy clara en su monografía *Los recursos especiales en materia de contratos del Sector Público*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, en especial, pp. 48-64.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

contractuales de España son órgano jurisdiccional en el sentido del artículo 267 TFUE⁹⁸.

Desde la perspectiva del procedimiento, se mejoran los aspectos de invalidez y desaparece cuestión de nulidad contractual que se integra en el recurso especial. Se reconoce una legitimación amplia conforme doctrina tribunales administrativos (se entiende que incluye doctrina del Tribunal Constitucional sobre la legitimación de concejales, tal y como contempla expresamente el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales⁹⁹. No obstante, esta ampliación no comporta el

⁹⁸ E. HERNÁEZ SALGUERO, ya había defendido este carácter "cuasijurisdiccional". "El recurso administrativo especial en materia de contratación a la luz de las resoluciones dictadas por el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid". Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid. Núm. 28, 28 de junio de 2013, p. 88. Igualmente, M.J SANTIAGO, "Los tribunales administrativos de recursos contractuales como mecanismos de control en la contratación pública. Perspectiva actual y de futuro", Revista Auditoría Pública, núm. 66, 2015, pp. 105-118. Este reconocimiento de órgano jurisdiccional a efectos del derecho comunitario, tiene especial consecuencia en lo relativo al obligado cumplimiento de sus Acuerdos o resoluciones, que tiene el carácter de ejecutivos y ejecutorios. Aspecto sobre el que interesa dar cuenta de la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 2014, en el recurso de casación núm. 3014/2013 (asunto de la Privatización Aguas Ter-Llobregat en Cataluña).

⁹⁹ La legitimación no puede ser un obstáculo para analizar la legalidad de un procedimiento contractual, siempre que se acredite un interés directo y no una mera expectativa. El recurso especial debe interpretarse desde la lógica del artículo 24 CE confiere a todas las personas -personas físicas o personas jurídicas-el derecho a acceder a un tribunal (u órgano independiente de control) para interesar la protección de sus derechos e intereses legítimos individuales o colectivos, lo que obliga a interpretar las normas procesales que regulan la atribución de legitimación de forma razonable, en sentido amplio y no restrictivo, con la finalidad de otorgar tutela judicial al administrado y de garantizar la fiscalización del cumplimiento de la legalidad por parte de la Administración (SSTC 28/2005, de 14 de febrero), y 139/2010, de 21 de diciembre). En todo caso, debería avanzarse hacia una legitimación amplia, dado que la verdadera finalidad del control debe ser garantizar el derecho a una buena administración -como recuerda la Directiva 2007/66-. Sobre la legitimación del concejal en el recurso especial, la sentencia del TSJ de Aragón 500/2015, ha recordado que la doctrina del TC es directamente aplicable a este supuesto afirmando que *"los razonamientos, que fundamentan la legitimación de los concejales para impugnar en la vía contencioso administrativa los acuerdos municipales en cuya adopción no intervino, sirven igualmente para avalar su legitimación para interponer el recurso especial en materia de contratación previsto en el artículo 40 TRLCSP; sin que su artículo 42, relativo a la legitimación, nos pueda llevar a otra conclusión, precisamente en atención al interés legítimo que ostentan, en los términos establecidos por la doctrina constitucional y jurisprudencial referida; interés -e incluso obligación-, distinto del interés abstracto en la legalidad, de controlar el correcto*



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

reconocimiento a la acción pública, a mi juicio justificada porque la contratación pública guarda directa relación con el derecho a una buena administración¹⁰⁰.

Hay un nuevo sistema de impugnación plazos de los pliegos (que incorpora la doctrina de la Audiencia Nacional). Las comunicaciones son electrónicas en todo caso. Se elevan las multas por temeridad o mala fe en la interposición del recurso a 30 000 euros¹⁰¹. Los diferentes órganos de recurso que sean creados acordarán las fórmulas de coordinación y colaboración más adecuadas para favorecer la coherencia de sus pronunciamientos y para la unificación de su doctrina en relación con las cuestiones que sean sometidas a su conocimiento. Dichos órganos podrán además proponer los ajustes normativos y recomendaciones que resulten pertinentes para un mejor funcionamiento de los mecanismos de recurso previstos en la normativa sobre contratos públicos (Disposición Adicional 24).

funcionamiento del Ayuntamiento, como único medio, a su vez, de conseguir la satisfacción de las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal que, como primera competencia, asigna a los Municipios el art. 25.1 LBRL”.

¹⁰⁰ J. PONCE, “La prevención de la corrupción mediante la garantía de un derecho a un buen gobierno y a una buena administración en el ámbito local”, en Anuario de Derecho Local 2012, IDP, Barcelona, 2013, pp. 136-137. Esta vinculación de la contratación pública al derecho a una buena administración fue expresamente advertida en el Acuerdo 44/2012, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

¹⁰¹ Como recuerda la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) en su Sentencia de 14 mayo 2014. JUR 2014\157183, el artículo 47.5º TRLCSP otorga la posibilidad de imponer una multa al recurrente cuando aprecie temeridad o mala fe en la interposición del recurso. La finalidad de esta facultad de imponer una multa no es otra que la de evitar que ese derecho al recurso especial no se utilice de manera abusiva con el fin de dilatar el procedimiento de contratación, teniendo en cuenta que la mera interposición del recurso contra el acto de adjudicación suspende la tramitación del expediente de contratación hasta que el mismo sea resuelto (art. 45 TRLCSP). Obviamente, la denominación de multa no implica que tenga naturaleza sancionatoria, pues su finalidad es de protección del uso adecuado del sistema del recurso especial para conciliar adecuadamente los distintos intereses públicos. Tendría su equivalente en la previsión del artículo 247 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, sobre respeto a las reglas de la buena fe procesal y multas por su incumplimiento, donde se dice que “ *si alguna de las partes ha actuado conculcando las reglas de la buena fe procesal, podrán imponerle, en pieza separada, mediante acuerdo motivado, y respetando el principio de proporcionalidad, una multa que podrá oscilar de ciento ochenta a seis mil euros, sin que en ningún caso pueda superar la tercera parte de la cuantía del litigio. Para determinar la cuantía de la multa el Tribunal deberá tener en cuenta las circunstancias del hecho de que se trate, así como los perjuicios que al procedimiento o a la otra parte se hubieren podido causar*”. Así, es una facultad de carácter procesal del Tribunal administrativo decidir si concurren estas circunstancias de mala fe y temeridad para imponer la multa.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Se indica expresamente que el recurso es gratuito (lo que elimina la posibilidad de imponer tasas por recurrir) y se mantiene el carácter potestativo. Este carácter potestativo genera evidentes disfunciones procesales, que eran corregidas mediante su consideración de recurso obligatorio en el Proyecto de Ley¹⁰². Además, la experiencia de independencia del sistema permite vencer la “resistencia” inicial a esta consideración de carácter potestativo, pues su actual funcionamiento ha acreditado que no es una “carga” para el recurrente, sino un remedio procedimental claramente eficaz¹⁰³.

16.- De forma acertada, se decide reformar **tema jurisdicción** superando la dualidad jurisdiccional. Todas las fases de preparación y adjudicación, al margen de importe y naturaleza poder adjudicador, se residencian en el orden contencioso-administrativo. Existe ahora coherencia con la solución adoptada por el actual artículo 2 b) LJ de 1998, que establece la regla (que no debería ser alterada por la legislación de contratos, en tanto legislación sectorial), de que todas las cuestiones de preparación y adjudicación de cualquier poder adjudicador se deben residenciar en sede contenciosa. Es –y debe ser– el criterio funcional de poder adjudicador y no formal de Administración Pública, el que determina ante qué orden jurisdiccional se residencia la competencia¹⁰⁴. Máxime cuando el artículo 2 LJ viene admitiendo la categoría de los actos “materialmente” administrativos. En definitiva, en una actividad como la de los contratos públicos tan sensible desde una perspectiva económica, es necesario dotar a la arquitectura jurídica del control de la necesaria coherencia, que garantice el máximo de seguridad jurídica y favorezca la predictibilidad. Y, por cuanto resulta evidente que en la fase de preparación y adjudicación de cualquier

¹⁰² Las explica bien G. MARTINEZ TRISTAN, “¿Es el recurso especial la solución o el problema?”, en libro col. La contratación pública: problemas actuales, Consejo Consultivo de Madrid, 2013, pp. 45-54 y P. VALCARCEL “Análisis de los rasgos y peculiaridades del recurso especial en materia de contratación pública: en la senda hacia el cumplimiento efectivo del derecho a una buena administración”, XI Congreso AEPDA, pp. 27 a 31 de su ponencia (el texto se puede ver en el libro *Las vías administrativas de recurso a debate*, INAP, Madrid, 2016 (pp. 303 y ss).

¹⁰³ J.M. GIMENO FELIU, *Sistema de control de la contratación pública en España. (cinco años de funcionamiento del recurso especial en los contratos público. La doctrina fijada por los órganos de recursos contractuales. Enseñanzas y propuestas de mejora)*. Número monográfico especial (2016) Observatorio de los Contratos Públicos, Aranzadi, Cizur Menor, 2016, p.187.

¹⁰⁴ Se explica de forma excelente en el trabajo de P. VALCARCEL FERNANDEZ y R. FERNANDEZ ACEVEDO, “Reivindicación de la competencia del orden contencioso-administrativo para el control jurisdiccional de la contratación del sector público”, en libro *Observatorio de los Contratos Públicos 2014*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 237-277.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

contrato público (incluyendo las modificaciones ilegales), sea o no realizado por una Administración pública, hay un interés público relevante, debe corresponder a la jurisdicción contencioso-administrativa su fiscalización¹⁰⁵. Desaparece la previsión a arbitraje para los contratos de las Administraciones públicas, para que sea decisión de cada Administración pública.

17.- Se diseña un **nuevo sistema de gobernanza**, del que deriva tanto de un nuevo rol de la Junta Consultiva Contratación Pública (se crea un Comité con representación CCAA) por exigencia del Derecho de la Unión Europea¹⁰⁶, como, principalmente, de la creación de un organismo independiente de supervisión y control es la bóveda de una nueva arquitectura institucional para promover las exigencias de gobernanza europea. La Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación está adscrita orgánicamente al Ministerio de Hacienda, pero formada por personal independiente (plazo de 6 años inamovibles), que asume las funciones de Gobernanza de las Directivas de contratación pública¹⁰⁷. Podrá dictar instrucciones, pero no se le reconocen competencias de “anulación” o sanción¹⁰⁸. Los

¹⁰⁵ Por otra parte, desde la lógica de la arquitectura de los principios procesales sobre los que se fija la competencia, básicamente sujetos y objeto, con causa de interés público, resulta incomprensible que el criterio cuantía pueda determinar un cambio de orden jurisdiccional, posibilidad contraria al buen funcionamiento del Estado de Derecho y de la necesaria seguridad jurídica pues la dualidad jurisdiccional en asuntos de misma materia y sujetos quiebra los mismos. Critican por ello, entre otros, la opción del artículo 21 TRLCSP los prof. GARCIA DE ENTERRIA y TR. FERNANDEZ (*Curso Derecho Administrativo*, Vol. II, 2013, p. 622).

¹⁰⁶ Cuestión en la que insiste la citada Recomendación de Decisión del Consejo de la Unión Europea de 27 de julio de 2016, por la que se formula una advertencia a España para que adopte medidas dirigidas a la reducción del déficit.

¹⁰⁷ En todo caso, como bien advierte J. PONCE, la creación de este tipo de unidades no es sino una más de entre las distintas medidas posibles para luchar contra la corrupción, piezas de un *puzzle* complejo que configura el sistema de integridad de un Estado y condiciona su buen gobierno y buena administración. “Las Agencias anticorrupción. Una propuesta de lista de comprobación en la calidad de su diseño normativo”, *Revista Internacional Transparencia e Integridad* núm. 3, 2017p. 8 de su trabajo. Como advierte, la posible creación de oficinas de este tipo debe ser contextualizada en una estrategia global contra la mala administración y la corrupción y a favor del buen gobierno y la buena administración.

La decisión sobre la creación de una oficina de este tipo debe ponderar, por exigencias del derecho a una buena administración, los costes y beneficios concretos, de todo tipo, que la misma pueda generar, y sólo crearla si los segundos superan a los primeros. Es preciso respetar los principios de buena regulación y la evaluación de impacto normativo exigido ahora por la ley 39/2015.

¹⁰⁸ El funcionamiento de la OLAF en la Unión Europea puede servir de ejemplo para su puesta en funcionamiento. Sobre ello resulta interesante el trabajo de M. FUERTES



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

poderes adjudicadores tendrán la obligación de transmitir el texto de los contratos celebrados referidos de forma que esta organismo podrá examinarlos y valorar si existen prácticas incorrectas -además de permitir a los interesados acceder a estos documentos, siempre que no resulten perjudicados intereses públicos o privados legítimos- lo que debe contribuir a reforzar la idea de integridad para prevenir supuestos de corrupción y/o clientelismo, que, a la vez que erosionan la idea de objetividad de las Administraciones públicas –que puede conducir a cuestionar su propia legitimidad democrática- conllevan claras y evidentes ineficiencias de los fondos pública¹⁰⁹. Esta Autoridad independiente se complementa con una Comisión Mixta con el Tribunal Cuentas, de seguimiento de la contratación pública¹¹⁰.

III.- CONCLUSIONES.

En el contexto de nuevos retos para la gestión de la contratación pública, configurada como principal herramienta para la implementación de las necesarias políticas públicas y orientada al objetivo de mayor eficiencia, visión estratégica e integridad en la adjudicación de contratos públicos, el legislador español ha acertado (no sin vacilaciones) al revisar en profundidad nuestro modelo jurídico y práctico de la contratación pública, evitando el riesgo de una oportunidad perdida, y apostando por una mejor y mayor transparencia¹¹¹.

LÓPEZ, "La necesidad de un procedimiento para combatir el fraude (A propósito de las actuaciones de la Oficina europea de lucha contra el fraude, OLAF)", Revista de Administración Pública. núm.175, 2014, pp. 269-301.

¹⁰⁹ El titular de la presidencia de la Oficina remitirá a las Cortes y al Tribunal de Cuentas un informe anual sobre las actuaciones y comparecerá en las Cortes para la presentación del informe anual y sus conclusiones.

¹¹⁰ Sin duda puede ser una importante herramienta de apoyo a la función fiscalizadora del Tribunal de Cuentas (y sus homólogos autonómicos), con el fin de controlar legalidad y eficacia (que incluye la fase de ejecución) evitando un incorrecto uso de fondos públicos, independientemente de la personificación pública o privada que licite en tanto sea poder adjudicador. Vid. A. PEÑA OCHOA, "El nuevo rol de los organismos de control externo frente a la corrupción", en libro col. *La corrupción en España*, ob. cit., pp. 83-108. En especial resulta de interés el estudio de J. A. FERNANDEZ ASENJO, *El control de las Administraciones públicas y la lucha contra la corrupción*, Civitas, Cizur Menor, 2011.

¹¹¹ La invisibilidad de las decisiones explica el fenómeno de la corrupción en un sector tan sensible como el de la contratación pública. Ya lo advertía Platón –cuyas reflexiones continúan siendo de actualidad- en el segundo libro de la República, expone el mito del pastor GIGES. (República, L. II, 359c-360d). En este mito se plantea el dilema moral del hombre, que en caso de poseer un anillo de invisibilidad que le brinda todo el poder para actuar en secreto y con total impunidad, va a actuar,



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

La nueva Ley de Contratos del Sector Público de 2017 es compleja y contiene “debilidades” (algunas por inercia). Pero es un avance para reconstruir las “murallas del Derecho Administrativo”, concebido como garante del interés general al servicio de los ciudadanos (y de la necesaria transformación social). Lo que puede ayudar a corregir el actual *gap* entre ciudadanía e instituciones públicas y para asentar el modelo institucional cimentado sobre el buen gobierno. La idea de *buen gobierno* va más allá de la ausencia de corrupción. Se refiere a unas instituciones transparentes, objetivas y con reglas predecibles para todos, que favorezcan la necesaria seguridad jurídica para que pueda emerger “una economía sana y competitiva”. Desde este contexto la nueva Ley de Contratos del Sector Público es una “ventana de oportunidad” para un nuevo liderazgo institucional público a través de una adecuada articulación de la política de contratación pública que, además, puede ayudar en la estrategia de mejorar la productividad de nuestro modelo económico¹¹².

José M.ª Gimeno Feliú

Presidente del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón

desafortunadamente según muestra la experiencia general, en beneficio propio y de forma deshonesto e injusta.

¹¹² Lo explican GARCÍA SANTANA y coautores, en el estudio *Growing like Spain*. http://www.garciasantana.eu/Home_files/mis_mar_2015-v20.pdf. Idea en la que se insiste en el el informe de Ernst & Young, *La crisis del sistema de contratación pública de infraestructuras en España. Razones para el cambio y 25 propuestas de actuación* (mayo de 2017), que tiene como objetivo promover un entorno jurídico estable y adecuado en la materia. El informe, identifica los problemas actuales de la contratación pública y advierte que la falta de transparencia y la corrupción están paralizando la inversión pública y dificultando la reactivación económica.