

da *IV. DOCUMENTACIÓN*

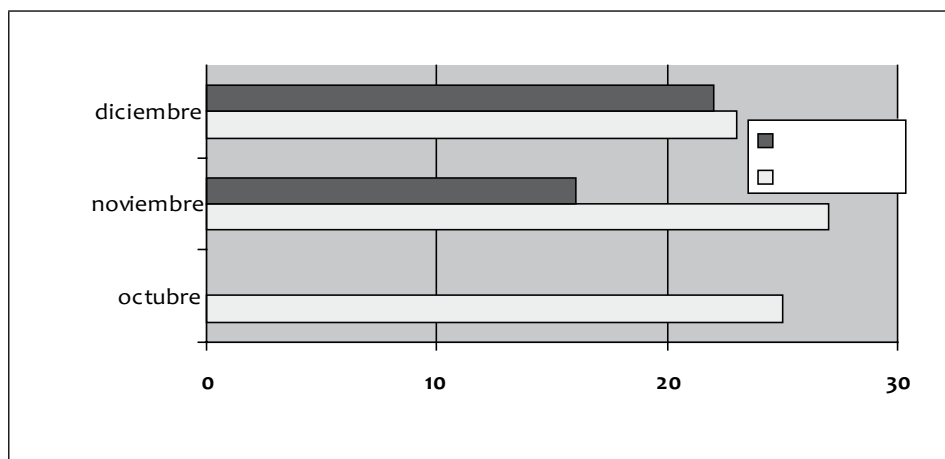


## Actividad del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales<sup>1</sup>

### A) Año 2010

En el año 2010, se presentaron 75 recursos. De ellos, un total de 14, se presentaron contra la resolución de adjudicación provisional, de la D.G. del Patrimonio del Estado, en la licitación convocada por la Subdirección General de Compras para adjudicar un acuerdo marco para la contratación de servicios de desarrollo informático.

*Recursos. Año 2010*

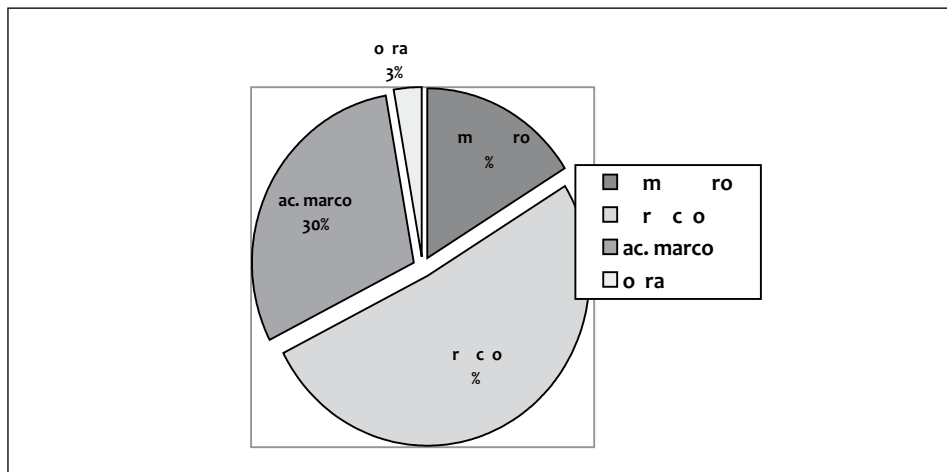


Otros 13 recursos se presentaron ante diversos órganos de contratación del Ministerio de Defensa.

Como se indicó antes, el Tribunal se constituyó a finales de octubre. En los últimos meses, resolvió 38 recursos. Quedó pues una pendencia de 37 recursos para el año 2011.

La mayor parte de los recursos resueltos se referían a contratos de servicios y al acuerdo marco indicado.

<sup>1</sup> De la Memoria de Actividades Año 2011.

*Tipo de contrato. Año 2010*

No fueron admitidos 21 de los recursos presentados por pretender la anulación de la, entonces, adjudicación provisional, contra la que no cabía recurso, de acuerdo también con el criterio expresado por la Junta Consultiva de Contratación (Informe 45/2010). Otros 9 recursos fueron desestimados. Los restantes fueron estimados parcial o totalmente (4 recursos contra acuerdos de exclusión).

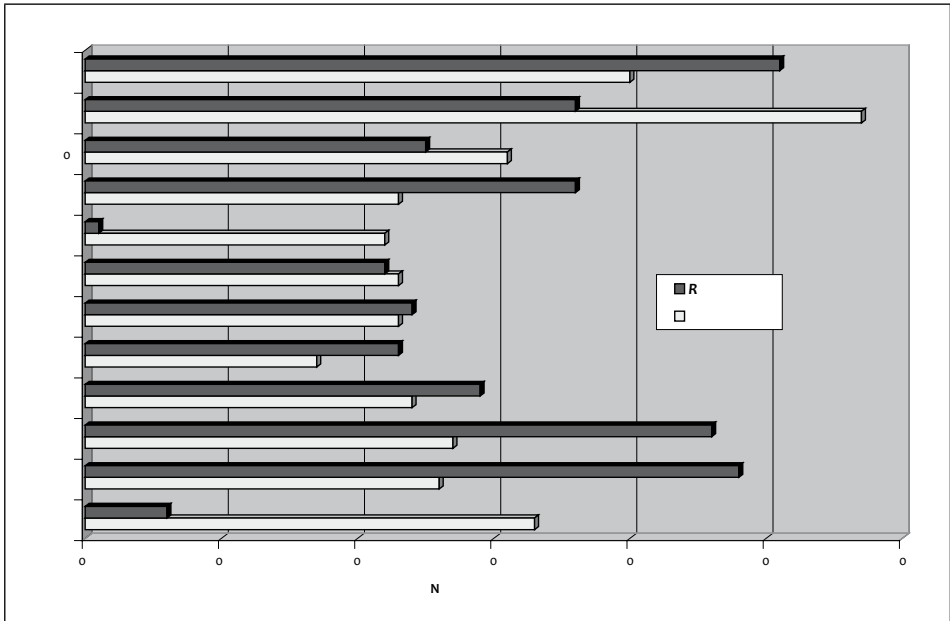
**B) Año 2011**

En el año 2011, se presentaron 346 recursos. En el gráfico adjunto, se observa que la media de 29 recursos/mes, se supera ampliamente en los meses finales del año (57 recursos en noviembre y 40 en diciembre).

Al finalizar el ejercicio, se habían resuelto 347 recursos, con lo que, habida cuenta de los pendientes de 2010, quedaron tan sólo para 2012, 36 recursos sin resolver.

Solo tres recursos se presentaron por vía electrónica, utilizando el formulario de propósito general para la presentación de escritos (FOGE) del Ministerio, al que se accede a través del portal del departamento o de la subsección electrónica del TACRC. En dos de ellos fue el recurrente quien utilizó esta vía. En el otro, fue el órgano de contratación (Fundación Centro Nacional de Investigaciones Cardiovasculares Carlos III) quien remitió electrónicamente recurso, informe y expediente.

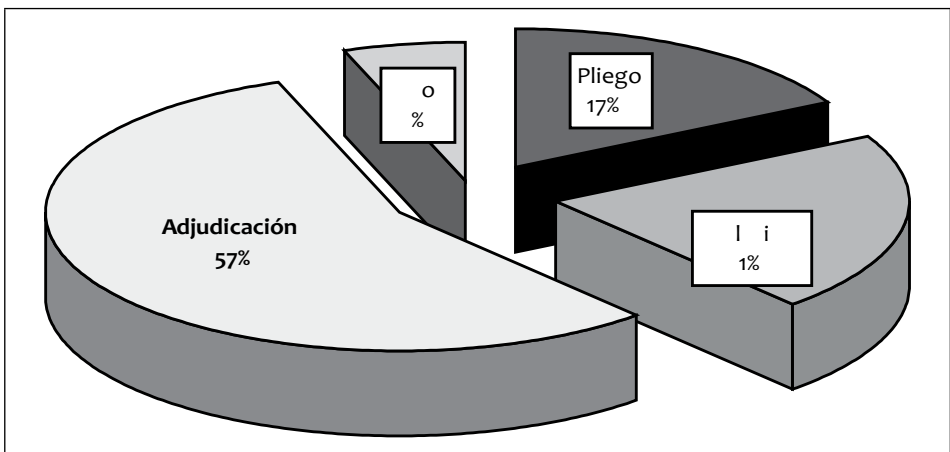
*Recursos. Año 2011*



**Tipo de acto impugnado**

La mayor parte de los recursos (un 57%) se presentan contra el acuerdo de adjudicación y, en menor medida, impugnan acuerdos de exclusión o los pliegos de la licitación.

*Tipo de acto impugnado*



**Procedencia de los recursos**

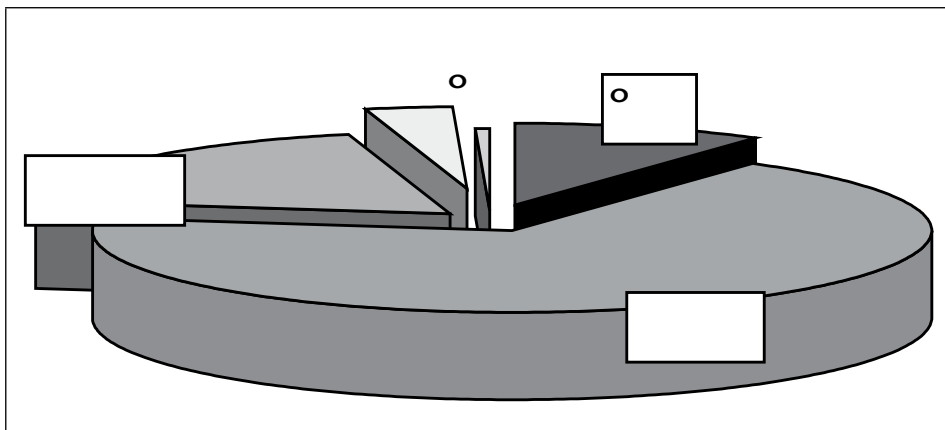
El detalle de la procedencia de los recursos se detalla en el Anexo, donde como datos más significativos se aprecia que, de los 347 recursos resueltos en 2011:

- Se plantearon contra actos de los **departamentos de la Administración General del Estado y organismos públicos adscritos** ..... **287 recursos**
  - Defensa ..... 48
  - Economía y Hacienda..... 43<sup>2</sup>
  - Fomento..... 38
  - Trabajo e Inmigración ..... 28
  - Interior..... 27
  - Industria, Turismo y Comercio ..... 26
  - Sanidad, Polít. Soc. e Igualdad ..... 17
  - Ciencia e Innovación ..... 16
  - Medio Ambiente y Medio Rural y Marino..... 11
  - Resto de departamentos..... 33
- Correspondían a **empresas públicas** ..... **24 recursos**
- Correspondían a **Mutuas de Accidentes de Trabajo** ..... **21 recursos**
- Hubo también un recurso relativo a un contrato del Consejo Gral. del Poder Judicial.
- Por último, hubo 14 recursos contra actos de las administraciones territoriales, que no fueron admitidos por no ser competencia del TACRC.

**Tipo de contrato**

Según el tipo de contrato, la mayor parte de los recursos presentados en 2011, se refieren a contratos de servicios (un 67%) y, en menor medida, de suministros (el 19%).

<sup>2</sup> De los que 11 corresponden a la Agencia Tributaria y otros 22 a la licitación convocada por la Subdirección General de Compras para adjudicar un acuerdo marco para la contratación de servicios de desarrollo informático.



### ***Fundamentos de los recursos***

Los fundamentos más frecuentes en los recursos, se refieren a:

- La infracción del principio de transparencia en la adjudicación, por falta de motivación en la notificación.
- La exclusión por razones de solvencia económico-financiera o técnica.
- Discrepancias en la adjudicación.

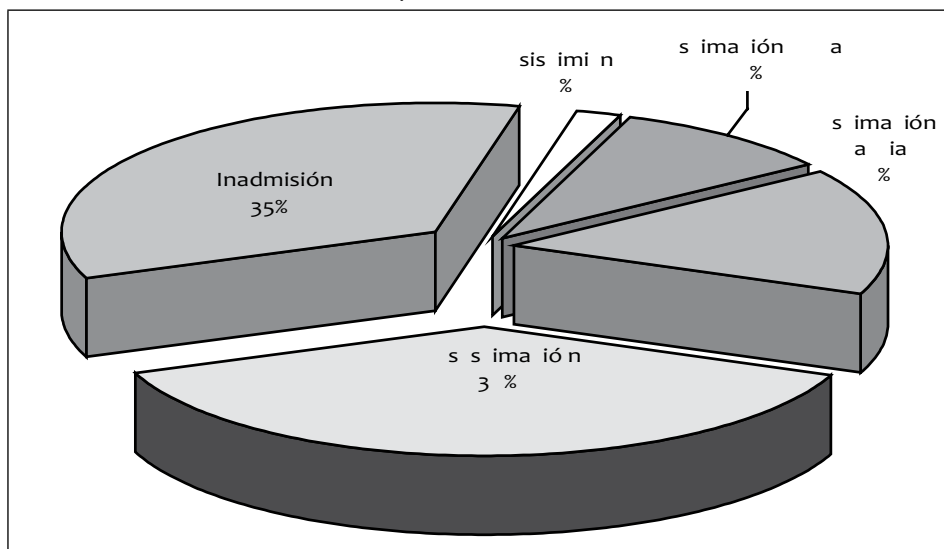
Entre los errores encontrados con más frecuencia están, además de la falta de motivación en la notificación, las exclusiones indebidas y deficiencias en la redacción de los pliegos.

Sólo 32 de las resoluciones dictadas por el TACRC en 2011 se han recurrido ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Es decir, que el 91% de las resoluciones han sido aceptadas por las partes, sin acudir a la vía jurisdiccional. Aún no se dispone de ninguna sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional.

### ***Sentido de la resolución***

Un 26% de los recursos resueltos en 2011 fueron estimados total o parcialmente. En la gran mayoría de las decisiones estimatorias del TACRC se acuerda anular los actos del órgano de contratación impugnados.

*Tipo de resolución*



En el cuadro, se aprecia que un importante número de recursos no fueron admitidos (el 35%). Se debe en buena parte a que, como se indicó antes, se pretendía la anulación de la adjudicación provisional, contra la que no cabe recurso de acuerdo con el criterio del TACRC. Al suprimir este trámite con la modificación de la LCSP de 2010, se trata de una situación ya extinguida.

No ha existido ninguna resolución en la que se imponga indemnización a la entidad contratante.

Hasta la fecha, en las resoluciones desestimatorias, únicamente en tres casos se ha impuesto multa económica al recurrente por temeridad o mala fe.

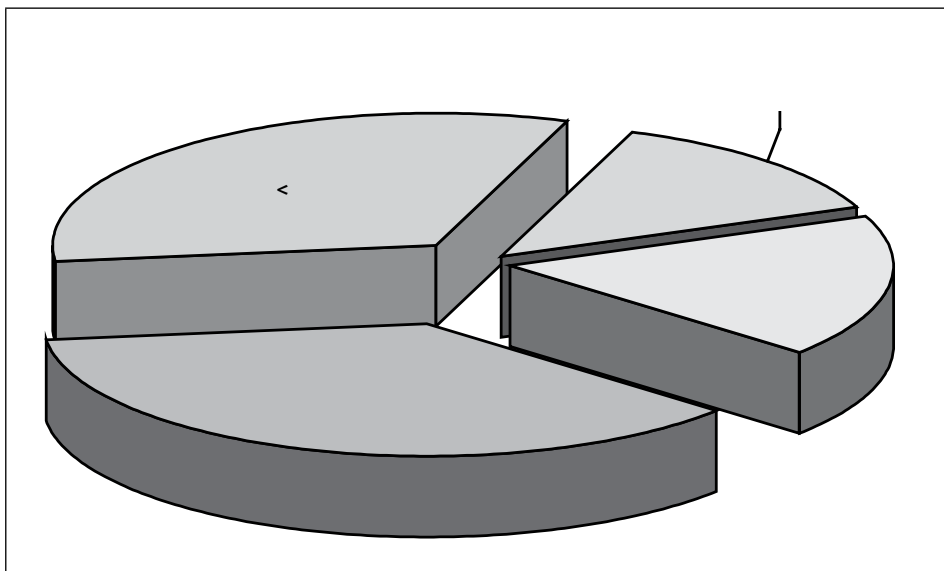
**Plazo de resolución**

El plazo medio de resolución de los recursos fue de 26,9 días. Hay que tener en cuenta que en los primeros meses el TACRC todavía no estaba conformado totalmente y que, además, hubo que dar salida a los recursos pendientes de 2010. Por otra parte, en dicha media se computa también el mes de agosto.

Si se excluyen los recursos que entraron en los tres primeros meses del año y los que entraron de 15-VII a 25-VIII, el plazo medio se reduce sensiblemente: **21,5 días** naturales, es decir aproximadamente tres semanas. La distribución de estos recursos según el plazo de resolución es la que se muestra en el gráfico: el 69% de los recursos, se resolvieron en menos de 23 días naturales.

IV. DOCUMENTACIÓN



*Plazo de resolución de los recursos***C) Criterios más significativos aplicados por el TACRC*****No admisión de los recursos***

La gran mayoría de resoluciones de inadmisión lo son porque el recurso se refiere a contratos de distinto tipo de los enumerados en el artículo 40.1 del TRLCSP. Pero es en relación a la posibilidad de recurrir los **actos de trámite**, antes de que haya tenido lugar la adjudicación, donde las resoluciones del TACRC contienen algunos pronunciamientos de interés. En tal sentido considera como **no recurribles**:

— **Los actos de trámite que no perjudiquen de forma directa al licitador que recurre**, como es el caso de los actos de la mesa de contratación acordando la admisión de los licitadores o de valoración de las ofertas cuando aún no se ha producido la adjudicación del contrato.

Basa su argumentación el TACRC en la interpretación conjunta de los artículos 40.2 del TRLCSP y 107 de la LRJPAC, pues se trata de actos que no deciden directa ni indirectamente la adjudicación del contrato -que tiene lugar en un momento procedimental posterior- no impiden la continuación del procedimiento -pues la oferta del recurrente no ha sido descartada definitivamente, pudiendo incluso resultar adjudicatario mientras no se resuelva sobre la adjudicación- y no produce indefensión ni perjuicio irreparable de derechos o intereses legítimos -pues el licitador podrá impugnar la adjudicación realizada. (Res. 59/2011 y 238/2011).

— **El acto de adjudicación provisional dictado con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 34/2010**, porque, a partir de esta Ley *“el acto de adjudicación recurrible como tal es la adjudicación definitiva”* (Res. 3/2010 e informe 45/10, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado). Al permitir la LCSP la interposición del recurso contra la adjudicación definitiva, el TACRC ha entendido que, para los contratos tramitados con el procedimiento anterior a la entrada en vigor de la Ley 34/2010, dejaba de tener justificación permitir el recurso contra la adjudicación provisional pues ésta sería ya un acto de mero trámite, prácticamente una simple propuesta de adjudicación, no cumpliéndose así los requisitos del acto de trámite cualificado antes citados.

### **Resoluciones en materia de exclusión de licitadores**

— Sobre la **exclusión de un licitador por incluir en el sobre de los criterios evaluables mediante juicio de valor información del sobre evaluable mediante fórmulas**. En estos casos, considera el TACRC, que de lo que se trata es de determinar si esta conducta supone o no un incumplimiento de los principios de secreto de las proposiciones, así como de igualdad de trato y no discriminación de los candidatos, contenidos, respectivamente, en los artículos 145.1 y 139 del TRLCSP, y en su caso de los requisitos formales establecidos para las proposiciones de los interesados. Así el TACRC considera que la exclusión sería procedente en caso de que el examen de la documentación técnica estuviera sujeta a evaluación mediante juicios de valor, pues la inclusión entre dicha documentación de información correspondiente a la oferta evaluable mediante fórmulas podría influir en la objetividad de la actuación a realizar por los técnicos encargados de la valoración. (Res. 299/2011 o 191/2011).

— *Sensu contrario, considera improcedente la exclusión de un licitador en los casos en que “en la proposición técnica -del expediente examinado- no se realiza una valoración de los criterios que deban servir de fundamento a la adjudicación del contrato, sino una verificación o comprobación de que su contenido se ajusta íntegramente a lo exigido en el Anexo de descripción técnica del suministro. Por tanto, esa información de la oferta económica -evaluable mediante fórmulas- contenida en la proposición técnica, no afecta a la objetividad de la actuación a realizar por los técnicos dado que en la fase de examen de la documentación técnica no existe valoración alguna (...),” añadiendo que “el conocimiento por parte de dichos técnicos de la información económica incluida en el sobre de documentación técnica, no afecta en absoluto a su actuación, esto es, verificar que la documentación técnica aportada se ajusta íntegramente a lo exigido en el Anexo de descripción técnica del suministro”.* (Res. 14/2010 y 233/2011).

— Sobre la **exclusión de un licitador por incluir una declaración responsable ante notario de no estar incurso en prohibición de contratar y al corriente de las obligaciones tributarias y con la Seguridad Social, realizada dos años y medio antes**

**del inicio de la licitación** el TACRC entiende (Resolución 114/2011) que no procede la aplicación analógica del art. 16.3 del RGLCAP -que concede un plazo de validez a las certificaciones de seis meses- pues no existe identidad de razón entre las certificaciones a que se refieren los arts 13 y 14 del RGLCAP y la manifestación de voluntad recogida en el acta notarial exigida por el artículo 146.1c) del TRLCSP.

Señala el TACRC que el establecimiento de un plazo de validez para las certificaciones acreditativas de que una empresa está al corriente de sus pagos tributarios o relacionados con la Seguridad Social, tiene como fundamento que las circunstancias que soportan la veracidad de la certificación pueden variar con el transcurso del tiempo, por el contrario la declaración hecha en el sentido de que no se está incurrido en prohibición de contratar o de que se está al corriente del pago de determinadas obligaciones, en la medida en que no es un acto veraz sino meramente verosímil, no está sujeta, en cuanto a su validez, a ningún plazo temporal, dependiendo exclusivamente de la mera voluntad de quien la hace. En consecuencia, y mientras no exista una revocación de la declaración hecha ni una norma jurídica que establezca un plazo de vigencia para tales declaraciones, éstas, las relativas a las prohibiciones de contratar y pago de obligaciones mencionada en el artículo 146.1.c) del TRLCSP, debe considerarse vigente sin límite temporal.

— Sobre la **exclusión de un licitador cuya solvencia técnica, está fuera de toda duda, pero que no la ha acreditado en los términos exigidos en el pliego**, el TACRC (Res. 175/2011) ha confirmado la procedencia de la exclusión por entender que la participación en las licitaciones públicas comporta la asunción de una serie de cargas formales para todos los licitadores que tienen por objeto garantizar que la adjudicación se hace en condiciones de absoluta igualdad para todos los licitadores.

— Respecto a la **exclusión de una UTE porque el poder de uno de los representantes no es suficiente en relación con el importe total del contrato**, el TACRC ha confirmado igualmente la exclusión (Res. 331/2011) puesto que *“La proposición formulada por los licitadores se realiza sobre un contrato que es único y es por ello que de resultar adjudicataria la UTE sus miembros responden solidaria y no mancomunadamente de la ejecución del contrato, con independencia de cual sea la participación en la Unión. Así la voluntad de cada uno de los integrantes de la Unión debe abarcar la totalidad de la oferta, de modo que si el poder del representante de una empresa no es suficiente para comprometerla respecto de la totalidad del contrato, como es el caso, debe entenderse insuficiente el apoderamiento de una de las empresas participantes en la Unión Temporal de Empresas y por ende viciada su oferta”*.

— En cuanto al **suministro de material informático** el TACRC ha entendido que **dentro del término equivalente** (art. 117.8 TRLCSP) **no cabe entender incluidos a los suministros remanufacturados** (Res 155/2011). Considera el TARC que corresponde al órgano de contratación decidir si quiere productos nuevos o usados. Si no se dice nada en el pliego hay que entender que lo que se quiere es un producto nuevo, no uno remanufacturado en cuya elaboración se emplean piezas usadas.

### **Resoluciones de recursos frente a los pliegos**

— En diversas resoluciones del TACRC (49/2011 y 171/2011) se anulan en los **pliegos las cláusulas oscuras y difícilmente comprensibles**, por entender, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que tal oscuridad no puede favorecer a la parte que la ha ocasionado (en el caso enjuiciado el órgano de contratación).

— Sobre la **exigencia como criterio de solvencia de una póliza de responsabilidad civil** el TACRC ha señalado (Res. 130/2011) que solamente procede en aquellos casos en que sea de aplicación lo dispuesto en el artículo 75.2 del TRLCSP (“*Si, por una razón justificada, el empresario no está en condiciones de presentar las referencias solicitadas, se le autorizará a acreditar su solvencia económica y financiera por medio de cualquier otro documento que se considere apropiado por el órgano de contratación*”), lo cual excluye de forma implícita aquellos casos en que deba exigirse clasificación. En consecuencia, si la clasificación sustituye la acreditación de solvencia, no es posible exigir medios adicionales para acreditarla.

No obstante, el TACR analiza otras posibles consideraciones de la póliza de responsabilidad civil en el supuesto concreto examinado, señalando que puede cumplir la misma finalidad que la garantía definitiva pero, al no cumplir el requisito de limitación de su cuantía ni el de exigirla tan sólo al que haya de resultar adjudicatario del contrato debe entenderse como una exigencia no ajustada a la Ley y por este motivo debe ser excluida de los pliegos. Por el contrario, admite la posibilidad de su exigencia como condición de ejecución en los contratos que tengan por objeto prestaciones cuya ejecución implique un especial riesgo de que sufran daños las personas o las cosas, en este último caso, de modo muy especial las que constituyan el objeto mismo de la prestación.

— En cuanto a la **utilización como criterio de adjudicación en un contrato de seguridad, de la tenencia en propiedad de un centro de formación**, el TACRC (Res. 130/2011) ha considerado que tal criterio incumple el requisito exigido para los criterios de adjudicación, de estar directamente vinculados al objeto del contrato, pues según el criterio del Tribunal, es algo que no afecta a la mayor o menor calidad de la prestación del servicio, y además el hecho de valorar con mayor puntuación que el centro de formación sea de la titularidad/propiedad de la empresa licitadora o simplemente lo tenga a su disposición en virtud de algún otro título jurídico, es absolutamente irrelevante para la prestación del servicio y no debe valorarse como criterio de adjudicación.

### **Plazo para recurrir los pliegos**

De acuerdo con la Ley (art. 158 TRLCSP), el plazo de recurso contra los pliegos, es de quince días hábiles a partir del siguiente a aquél en que hayan sido recibidos o puestos a disposición de los licitadores o candidatos para su conocimiento.

El TACRC, ante el silencio de la Ley, ha venido interpretando que, **si en aquellos casos en que los pliegos se hayan puesto a disposición de los posibles licitadores por medios electrónicos no hay constancia del examen de éstos por el interesado, sólo se podrá presumir la existencia de dicho conocimiento desde la fecha límite de presentación de las proposiciones, comenzando a contar a partir de tal fecha el plazo para la interposición del recurso.**

### *Contenido de las notificaciones de adjudicación*

En cuanto al contenido de la notificación de adjudicación, la Ley dispone que ha de ser lo bastante explícito como para permitir al licitador interesado interponer recurso suficientemente fundado.

— EL TACRC ha interpretado que **la notificación debe contener toda la información necesaria (referida en el art. 151.4 TRLCSP)** para que, sin necesidad de hacer uso de ninguna facultad de pedir información adicional, el interesado pueda interponer el recurso. En tal sentido (Res. 214/2011) afirma que no se cumple con este criterio con la simple notificación de las puntuaciones obtenidas en la valoración de las ofertas.

— Para considerar que el escrito de **interposición del recurso** se ha **presentado fuera de plazo, es necesario**, según el TACRC, que previamente se haya cumplido el presupuesto imprescindible para que el plazo de interposición del recurso comience a correr. Tal requisito no es otro que el mencionado en el propio artículo 44.2 del TRLCSP, es decir **que la notificación del acto impugnado se haya remitido de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4 de la Ley** citada. Sólo a partir de este momento comienza a contar el mencionado plazo. (Res. 166/2011)

— El TACRC considera que el TRLCSP permite dos **posibilidades de recurso contra los actos de exclusión**: el recurso especial contra el **acto de trámite cualificado** (art. 44.2.b) TRLCSP), que podrá interponerse a partir del día siguiente a aquel en el que el interesado haya tenido conocimiento de la posible infracción, y el recurso especial contra el **acto de adjudicación** (art. 151.4.b) TRLCSP), que podrá interponerse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se notifique la adjudicación. Se trata de dos **posibilidades** que **no son acumulativas**, sino que **tienen carácter subsidiario**, de manera que en el supuesto de que la mesa de contratación no notifique debidamente al licitador su exclusión del procedimiento, éste podrá impugnarla en el recurso que interponga contra el acto de adjudicación (Res. 274/2011)

— **No admite el TACRC que se justifique una deficiente notificación sobre la base de confidencialidad de las ofertas** (Res. 199/2011). En este sentido el TACRC ha señalado que la obligación de confidencialidad no puede afectar a la totalidad de la oferta presentada por el adjudicatario ni a la totalidad del informe realizado por los servicios de la entidad adjudicadora a efectos de su valoración, habida cuenta de que

tanto el artículo 20.2 de la Ley 31/2007 como el artículo 140 del TRLCSP garantizan que este deber de confidencialidad no debe perjudicar el cumplimiento de las obligaciones en materia de información a candidatos y licitadores, obligaciones entre las que se encuentran incluidas las enumeradas en los artículos 84 de la Ley 31/2007 y 151 del TRLCSP.

### ***Resoluciones de recursos frente al acto de adjudicación del contrato***

— Sobre **fijación en los pliegos de los criterios de valoración y otras cuestiones relacionadas con la selección de ofertas y la adjudicación**. El TACRC ha resuelto a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que el pliego de cláusulas administrativas debe considerarse como la ley del contrato, y a él deben ajustarse no sólo los licitadores al formular sus proposiciones sino también los órganos de contratación en la selección de las ofertas más ventajosas.

En diversas resoluciones relativas a una misma licitación, referida a un acuerdo marco (Res. 63, 74, 75, 76/2011, entre otras) el TACRC declara que el principio de transparencia **exige que los criterios de selección de las proposiciones sean conocidos** por los licitadores desde antes de presentarlas y obliga a que aquellos criterios que no figuren en el pliego no puedan utilizarse en la valoración de las ofertas. Entiende el Tribunal que no basta con que el órgano de contratación en la propia resolución impugnada, razone que *“la racionalidad y la exigencia de eficacia imponen establecer un límite por encima del cual resulten adjudicatarias las empresas que hubieran presentado oferta y descartadas aquellas que estuvieran por debajo”*, pues *“la argumentación prolija y sobradamente justificada no es suficiente para impedir la aplicación del criterio antes establecido en el sentido de que no cabe determinar qué proposiciones entran dentro de las seleccionadas como adjudicatarias en base a un criterio no establecido previamente en la documentación que contiene las condiciones de la adjudicación”*.

— Sobre la **valoración de mejoras sin apoyo en criterios previamente delimitados en el pliego** el TACRC considera que supone una infracción del principio de igualdad (Res. 189, 284 y 287/2011, entre otras). A tal efecto, no se considera suficiente una previsión genérica de que se pueden presentar mejoras sino que se exige una previsión concreta de qué mejoras se pueden presentar, relacionadas con el objeto del contrato, y cómo se van a valorar.

— En el **procedimiento negociado**, el TACRC (Res. 50/2011) considera que debe haber una efectiva negociación de los aspectos recogidos como negociables en el pliego. Esta cuestión que, a simple vista, puede parecer obvia, lo cierto es que resulta de importancia pues en ocasiones aspectos sujetos a negociación, de acuerdo con el pliego, se convierten en puros criterios de adjudicación, cuya valoración sin más trámites determina el adjudicatario del contrato, del mismo modo que ocurre en los procedimientos abierto o restringido. En los procedimientos negociados debe existir una verdadera negociación de los términos del contrato que se fijen en el pliego, y

debe haber al menos una fase de negociación, posterior a la apertura de las proposiciones de las empresas.

— El TACRC viene desestimando aquellos recursos en los que se pretende que la **oferta** seleccionada como adjudicataria sea **considerada anormal o desproporcionada** por ser inferior al coste fijado en el convenio colectivo del sector (Res. 228/2011, entre otras). Entiende el TACRC que el rasgo característico fundamental de la regulación de las ofertas anormalmente bajas es el de evitar el rechazo automático de las proposiciones incursas en presunción de anormalidad o desproporción efectuando, previamente a la adjudicación o rechazo, una verificación o comprobación de la susceptibilidad de cumplimiento y que la determinación inicial o presunta de la anormalidad o desproporción siempre ha de realizarse en comparación con las restantes proposiciones, bien con los criterios matemáticos del artículo 85 del RGLCAP en el caso de que el único criterio de valoración sea el precio, bien con arreglo a fórmulas o criterios incluidos en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, en el caso de varios criterios de valoración

— En cuanto a la **valoración de las ofertas** el TACRC, en línea con jurisprudencia ya consolidada reconoce la **discrecionalidad técnica** de la Administración. Así en la Resolución 42/2011 se señala que *“la Administración dispone de un cierto nivel de discrecionalidad en la apreciación de las cuestiones de carácter técnico que no son controlables desde el punto de vista jurídico. Ello no significa que en punto a los temas de carácter técnico la Administración pueda apreciarlos libremente, pero sí que el control de legalidad no puede ir más allá de determinar si en la apreciación y valoración de tales extremos se ha actuado sin discriminación entre los licitadores,... que no se haya incurrido en error patente ... y que, finalmente, no se haya producido ninguna infracción legal en el cumplimiento de los requisitos y trámites del procedimiento de valoración”*.

