

& Análisis - Contratación pública

MADRID

Castellana, 216
28046 Madrid
Tel.: (34) 91 582 91 00

BARCELONA

Diagonal, 640 bis
08017 Barcelona
Tel.: (34) 93 415 74 00

BILBAO

Alameda Recalde, 36
48009 Bilbao
Tel.: (34) 94 415 70 15

MÁLAGA

Marqués de Larios, 3
29015 Málaga
Tel.: (34) 952 12 00 51

VALENCIA

Gran Vía Marqués
del Turia, 49
46005 Valencia
Tel.: (34) 96 351 38 35

VIGO

Colón, 36
36201 Vigo
Tel.: (34) 986 44 33 80

BRUSELAS

Avenue Louise, 267
1050 Bruselas
Tel.: (32) 231 12 20

LONDRES

Five Kings House
1 Queen Street Place
EC 4R 1QS Londres
Tel.: +44 (0) 20 7329 5407

LISBOA

Avenida da Liberdade, 131
1250-140 Lisboa
Tel.: (351) 213 408 600

ANÁLISIS DE LA «JURISPRUDENCIA» DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

Miguel Ángel García Otero

Abogado
Área de Derecho Público

Blanca Lozano Cutanda

Catedrática de Derecho Administrativo en la Universidad del País Vasco
Consejera académica de Gómez-Acebo & Pombo

La Ley 34/2010, de 5 de agosto, "de modificación de las Leyes 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para adaptación a la normativa comunitaria de las dos primeras", creó el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC).

Desde el inicio de su funcionamiento en 2010 hasta hoy, el TACRC ha dictado unas trescientas resoluciones, de muy variada índole y contenido, cuyo análisis nos permite ya indagar sobre la línea seguida por este órgano de resolución de controversias en los principales conflictos que enfrentan a poderes adjudicadores con licitadores, y a estos entre sí, en los procedimientos de contratación pública.

Procedemos a continuación a exponer los criterios que el TACRC ha adoptado a la hora de resolver las cuestiones que se le han planteado que revisten mayor interés, a nuestro juicio, por su carácter novedoso o controvertido y que pueden tener una aplicación general.

1. Resoluciones de inadmisión del Recurso. Los actos de trámite cualificados

Llama la atención el elevado número de resoluciones en las que el TACRC inadmite el recurso planteado.

En un buen número de casos, la inadmisión se debe a que el recurso fue interpuesto fuera de plazo o a la incompetencia del TACRC, por tratarse de actos dictados por entidades de alguna Administración autonómica con la que la Administración central no ha suscrito el oportuno convenio de sumisión a este órgano.

Pero la gran mayoría de resoluciones de inadmisión -casi el 90% de ellas- traen su causa del hecho de que el recurso se interpone frente a actos no susceptibles de Recurso Especial en materia de Contratación. Ello se debe la mayoría de las veces a que el acto administrativo no es susceptible de recurso al no haberse dictado en el marco de un expediente de licitación de un contrato de los tipos enumerados en el artículo 310.1 de la 30/2007, de Contratos del Sector Público (LCSP).

Pero es en relación a la recurribilidad de los actos de trámite donde nos encontramos con la doctrina del TACRC más interesante. El artículo 310.2 de la LCSP dice que serán recurribles aquellos actos de trámite que "decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos", teniendo en cuenta que la propia Ley considera como actos de trámite que impiden la continuación del procedimiento



los actos de la Mesa de contratación por los que se acuerda la exclusión de los licitadores. Este precepto debe interpretarse, a juicio del TACRC, de forma conjunta con el precepto del que trae su origen, es decir el artículo 107 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Según el TACRC, del análisis conjunto de ambos preceptos se desprende, en primer lugar, que los licitadores únicamente podrán recurrir aquellos actos de trámite que les perjudiquen de forma directa. No ocurre así, por ejemplo, en relación a la admisión de otro licitador, pues su no exclusión del procedimiento no prejuzga el contenido de la adjudicación y, además, de resultar adjudicatario el licitador que debiera haber sido excluido, siempre quedará la posibilidad de que los restantes licitadores recurran el acto de adjudicación en base a la circunstancia que debió motivar su exclusión.

En segundo lugar, el TACRC ha dictaminado que no son actos de trámite susceptibles de recurso especial en materia de contratación, los siguientes:

- El acto de la Mesa de Contratación de admisión de las ofertas presentadas: resoluciones número 59/2011 –especialmente interesante por el desarrollo doctrinal que contiene- y 238/2011.
- El acto en el que se determina la puntuación aplicable a una determinada oferta técnica. En palabras del propio TACRC (resolución número 255/2011), este acto “no decide directa ni indirectamente la adjudicación del contrato (que tiene lugar en un momento procedimental posterior), no impide 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)”.

No obstante, en la resolución número 178/2011, el TACRC tras declarar que la valoración de la oferta técnica no es susceptible de recurso especial en materia de contratación por tratarse de un acto de trámite que no reúne los requisitos del artículo 310.2.b., de forma indirecta parece indicar que sí procedería el recurso en caso de que el recurrente conociese la valoración completa de las ofertas (y no sólo de los criterios técnicos) con carácter previo a la interposición del recurso, siempre y cuando existiese legitimación del recurrente.

- El acto de adjudicación provisional dictado con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 34/2010: contra las adjudicaciones provisionales acordadas con posterioridad a la entrada en vigor de esta Ley (que tuvo lugar el 7 de septiembre de 2010), no cabe la interposición del recurso especial regulado en los artículos 310 y siguientes de la LCSP porque, a partir de esta Ley “el acto de adjudicación recurrible como tal es la adjudicación definitiva” (informe 45/10, de 28 de septiembre de 2010, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa).

Pero, además, la adjudicación provisional no reviste, por definición, ninguno de los tres requisitos requeridos por el artículo 310.2 LCSP para que se le considere como acto de trámite susceptible de recurso. Así lo declaró el TACRC en la resolución 3/2010: “la adjudicación provisional, una vez hecha, no podría subsumirse en ninguno de los supuestos anteriores pues ni decide sobre

& Análisis - Contratación pública

la adjudicación (ésta se acordará en la adjudicación definitiva), ni produce indefensión o perjuicio irreparable, porque el recurrente aún podría recurrir contra la adjudicación definitiva, ni finalmente determina la imposibilidad de continuar el procedimiento pues la oferta del recurrente aún no ha sido definitivamente descartada pudiendo ser adjudicatario mientras no se resuelva definitivamente sobre la adjudicación”.

2. Resoluciones en materia de exclusión de licitadores

- La Resolución 34/2010 analiza el artículo 45 de la LCSP, que prevé que no podrán participar en las licitaciones quienes hayan participado en la elaboración de las especificaciones técnicas o documentos preparatorios. A este respecto, el TACRC sentencia que no basta simplemente con participar en la elaboración de tales documentos para quedar excluido de la licitación, sino que es necesario que esa participación pueda provocar restricciones a la libre concurrencia o suponer un trato privilegiado.
- La Resolución 14/2010 aborda la exclusión de un licitador por incluir en la oferta técnica información correspondiente a la oferta económica. En estos casos, como resume el TACRC, se trata 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 129.1 y 123 de la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público, y en su caso de los requisitos formales establecidos para las proposiciones de los interesados”.

En el expediente de referencia, el TACRC considera la exclusión improcedente al no haberse vulnerado tales principios,

dado que “en la proposición técnica 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 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 (...)”. No se entiende, por ello, vulnerado el principio de igualdad de trato y no discriminación de los licitadores ni tampoco, por la misma razón, el del secreto de las ofertas, dado 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”.

Sensu contrario, debe entenderse que la exclusión sería procedente en caso de que del examen de la documentación técnica hubiera de desprenderse una valoración o puntuación de criterios subjetivos, en cuyo caso, la inclusión entre dicha documentación de información correspondiente a la oferta económica influiría en la objetividad de la actuación a realizar por los técnicos encargados de la valoración.

3. Resoluciones de recursos frente al acto de adjudicación del contrato

- Sobre la necesaria fijación en los pliegos de los criterios de valoración y otras cuestiones que determinen la selección de ofertas y la adjudicación. El TACRC ha abordado esta cuestión en numerosas resoluciones, en las que resuelve a



la luz de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en virtud de la cual el pliego de cláusulas administrativas debe considerarse como la ley del contrato, a la que deben ajustarse no sólo los licitadores al formular sus proposiciones sino también los órganos de contratación al proceder a seleccionar las ofertas consideradas como económicamente más ventajosas.

Particularmente importantes resultan las resoluciones números 63/2011, 74/2011, 75/2011, 76/2011, y otras, recaídas todas ellas en el marco de una misma licitación, referida a un convenio marco. En dicha licitación, el órgano de contratación, al preverse así en los pliegos, decidió establecer un límite por debajo del cual quedarían excluidas todas las ofertas, que se fijó en el 40% de las presentadas que hubieran obtenido puntuación, sin acompañar justificación legal de dicho límite. Ante esta situación, 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, tal y como disponen los artículos 134.1 y 135.1 de la LCSP, y, del mismo modo, obliga a que aquellos criterios de valoración que no figuren en el pliego de cláusulas no puedan utilizarse en la valoración de las ofertas. Por esta razón, el TACRC anula el acuerdo de adjudicación del convenio marco, dado que "el criterio utilizado para seleccionar las ofertas más ventajosas, las incluidas en el 40% de las que hayan obtenido mejor puntuación, no figura ni en los pliegos ni en el anuncio del contrato por lo que claramente contradice el mandato de los artículos 134.1 y 135.1 inhabilitándolo para servir al fin que se propone". No basta, a estos efectos, 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, en palabras del propio tribunal "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".

En la misma línea, la Resolución 284/2011 se pronuncia sobre la valoración de mejoras presentadas por los licitadores, y resuelve que la existencia de una valoración de las mejoras sin apoyo en criterios previamente determinados en el Pliego de condiciones administrativas particulares supone una infracción del principio de igualdad. De acuerdo con el criterio del tribunal, *"no es suficiente una previsión genérica en el Cuadro Resumen del PCAP de que se pueden presentar mejoras sino que exige una previsión concreta de qué mejoras se pueden presentar y cómo se van a valorar"*.

- Contenido de la notificación de la adjudicación. El TACRC se pronuncia sobre esta cuestión, entre otras, en la resolución número 214/2011, en la que afirma que la notificación de la resolución de adjudicación sólo puede entenderse motivada cuando contenga la información que permita al licitador interponer reclamación de forma fundada, lo que no se cumple con la simple notificación de las puntuaciones obtenidas en la valoración de las ofertas.
- Procedimiento negociado. Necesidad de negociación. Particularmente interesante resulta la resolución número 50/2011, en la que el TACRC lleva a cabo una disertación sobre la necesidad de que en

& Análisis - Contratación pública

el procedimiento negociado haya una efectiva negociación de los aspectos recogidos como negociables en el pliego. Esta cuestión que, a simple vista, puede parecer obvia, no es sin embargo baladí, pues lamentablemente es práctica habitual de las Administraciones públicas españolas el convertir los procedimientos negociados en meros procedimientos restringidos, en los que las supuestas cuestiones negociables se convierten en puros criterios de adjudicación, cuya valoración sin más trámites determina el adjudicatario del contrato, como en los procedimientos abierto o restringido.

La Resolución afirma, en contra de lo alegado por el órgano de contratación en su informe, que la presentación de las ofertas por las empresas invitadas no puede ser considerada como una fase de negociación, pues "resulta obvio que la negociación de existir lo será con posterioridad a la presentación de las ofertas, no las ofertas en sí mismas, y más en un supuesto como en el expediente de

referencia, en el que el único aspecto a negociar, de acuerdo con lo previsto en el pliego será el precio".

Así, dado que en el expediente remitido no existe constancia de negociación por el órgano de contratación con los licitadores, el TACRC concluye que no ha existido negociación con ningún licitador de los aspectos susceptibles de la misma, en este caso del precio, de acuerdo con el contenido del pliego, y procede a anular la adjudicación y a ordenar la retroacción de las actuaciones hasta el momento de la negociación de los términos del contrato con las empresas licitadoras. Queda, pues, claro que en los procedimientos negociados debe existir una verdadera negociación de los términos del contrato que se fijen en el pliego como términos objeto de negociación, debiendo para ello el órgano de contratación prever en los pliegos y llevar a cabo al menos una fase de negociación, posterior a la apertura de las proposiciones de las empresas.