



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

MEMORIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE
CONTRATOS
PÚBLICOS DE ARAGÓN
(TACPA)

Marzo 2012 – Febrero 2013



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

ÍNDICE

	PÁGINA
1.- ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DEL TRIBUNAL	5
2.- ASPECTOS INSTITUCIONALES E INSTRUMENTALES EN LA ACTIVIDAD DEL TACPA	10
3.- LA DOCTRINA DEL TACPA Y SU INCIDENCIA PRÁCTICA	17
4.- ESTADÍSTICAS	48
 ANEXOS	
Por mes de presentación	53
Por órgano de contratación	54
Por tipo de contrato	55
Valor estimado de las licitaciones recurridas	56
Por acto recurrido	57
Por tipo de Acuerdo	58
Cumplimiento de plazos	59
Impugnación de Acuerdos en el contencioso	60



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

1.- ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DEL TRIBUNAL

La presente Memoria de actividades, comprende las actuaciones del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, TACPA, (creado mediante Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón) durante su segundo año de funcionamiento, y comprende el periodo de marzo de 2012 a febrero de 2013. La principal función de este Tribunal es la de asegurar 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, permitan resolver adecuadamente las cuestiones planteadas, y oír en el procedimiento a todos los interesados, tanto particulares como órganos de contratación.

Esta Memoria tiene por objeto, no sólo ofrecer una visión estadística de la actuación del Tribunal durante este periodo en el ejercicio de sus competencias, sino también —como ya se hiciera en la primera Memoria—, dar cuenta de la principal doctrina fijada, tanto respecto de cuestiones relativas a materias de fondo como procedimentales, con el objetivo de que se puedan corregir *ex ante* prácticas contrarias al marco normativo. Doctrina que se difunde en la siguiente página web: <http://www.aragon.es/trb>. Además se informa de otras actuaciones de carácter institucional.

La presente Memoria ha sido aprobada por el Tribunal de Contratos Públicos de Aragón en su sesión de 24 de abril de 2013.

a) Funciones del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Tal y como señala 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 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, resolverá las reclamaciones y cuestiones de nulidad que se interpongan 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 norma¹.

¹ La Disposición adicional primera de la Ley 3/2011 establece que los órganos competentes de las Cortes de Aragón, del Justicia de Aragón y de la Cámara de Cuentas establecerán, en su caso, un órgano común para conocer de las cuestiones previstas en el apartado 2 del artículo 17 de esta Ley, señalando que estas instituciones



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

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 ha ampliado 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 da nueva redacción al artículo 17 de la Ley 3/2011, relativo a la competencia del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, modificando el apartado 2.a) del mismo, que queda redactado en el sentido de declarar al Tribunal competente para:

podrán también, en su caso, atribuir al Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón la resolución de dichas cuestiones mediante la celebración del correspondiente convenio con el Gobierno de Aragón. La Mesa de las Cortes de Aragón, en sesión celebrada el día 13 de febrero de 2013, de conformidad con lo dispuesto en la Disposición adicional primera de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, para el conocimiento y la resolución de los recursos especiales en materia de contratación a que se refiere el artículo 310 de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público y el artículo 17 de la Ley 3/2011, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, ha acordado la constitución del Tribunal de Recursos Contractuales de las Cortes de Aragón, el Justicia de Aragón y la Cámara de Cuentas de Aragón. La justificación de esta opción ha sido: «La aplicación de un elemental principio de autonomía parlamentaria, y su reflejo en el ámbito organizativo y administrativo; la naturaleza de las funciones desarrolladas por las Cortes de Aragón, el Justicia de Aragón y la Cámara de Cuentas de Aragón; y las especiales características de los tres órganos de contratación correspondientes (Mesa de las Cortes de Aragón, Justicia de Aragón, Consejo de la Cámara de Cuentas de Aragón), hacen que se estime como la opción más adecuada la creación de un órgano especializado e independiente para el conocimiento y la resolución de estas reclamaciones contractuales derivadas de los procedimientos de licitación convocados».



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

«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, así como para los contratos de obras de importe superior a 1.000.000 de euros y de suministros y servicios superior a los 100.000 euros, en tanto se considera que tienen carácter transfronterizo».

Se amplía, por tanto, la aplicación del recurso especial a contratos no incluidos en el ámbito que define el artículo 40 TRLCSP, tal y como recoge además la Exposición de Motivos de la Ley 3/2012, lo que supone avanzar en la línea de suprimir la dualidad de regímenes de recurso, que actualmente existe en materia de contratos, y ello, porque la limitación de la aplicación del recurso especial a los contratos armonizados y a algunos contratos de servicios por encima del umbral de aplicación de las Directivas comunitarias, no tiene justificación alguna y causa importantes distorsiones².

b) Organización del TACPA.

Si bien el TACPA comenzó su funcionamiento con un modelo transitorio, en la actualidad se ha formalizado definitivamente su composición. Con la finalidad de cambiar el diseño inicial de la Ley, que prevé, cuando crea el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, que sus miembros desarrollen su actividad en régimen de dedicación exclusiva,

² Vid Circular 1/2012, de 11 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, sobre «modificaciones introducidas por la Ley 3/2012, de 8 de marzo, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón, en relación con el ámbito de aplicación del recurso especial en materia de contratación y con la publicidad de los modificados».



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

la Ley 10/2012, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón ha cambiado tal regulación. Como indica la Exposición de Motivos, *«Esta previsión, aunque se considera correcta en su planteamiento, se ha demostrado que no es la más conveniente en la actual coyuntura económica, no sólo por el incremento de gasto que conllevaría sino, sobre todo, por la importante disminución que se ha producido en el volumen de la contratación pública. Por ello, se ha optado por modificar la Ley para que las funciones de los miembros del Tribunal no se presten con carácter de exclusividad, sino que sean compatibles con sus respectivos puestos de funcionarios»*. En consecuencia, la retribución es por dietas, fijadas por Acuerdo del Consejo de Gobierno de Aragón.

El Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón está compuesto por un Presidente y dos vocales. El Secretario de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón ejercerá las funciones de Secretario del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, siendo el encargado 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.

La composición actual del TACPA (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^a Gimeno Feliú, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Zaragoza. Vocales: D. Jesús Colás Tenas, Oficial Mayor de la Diputación Provincial de Zaragoza y D.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Miguel Ángel Gil Condón, Jefe del Servicio de Asuntos Administrativos. Secretaría General Técnica de la Presidencia. Gobierno de Aragón. Secretaria: Ana Isabel Beltrán Gómez, Jefa del Servicio de Contratación Administrativa de la Dirección General de Contratación, Patrimonio y Organización. Departamento de Hacienda y Administración Pública. Gobierno de Aragón.

Esta composición cumple con las exigencias legales y comunitarias sobre independencia y profesionalidad, tal y como se acredita con la actividad ordinaria desde su funcionamiento. Y, su independencia y especialización es reconocida en los ámbitos profesionales.

La sede del TACPA se encuentra en la Plaza de los Sitios nº 7 de Zaragoza, 4ª planta y la dirección de correo electrónico es: tribunalcontratosaragon@aragon.es.

2.- ASPECTOS INSTITUCIONALES E INSTRUMENTALES EN LA ACTIVIDAD DEL TACPA

a) Publicidad institucional y de los Acuerdos.

En primer lugar ha seguido apostando por la transparencia y la función instructiva que implementa, como un valor añadido, las competencias legalmente atribuidas al mismo, por lo que considera de capital importancia el mantenimiento y constante actualización de su página web, en la que se publican 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



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

independencia funcional, estando ahora presente el enlace en la página home del Gobierno de Aragón.

b) Acuerdos institucionales de colaboración.

El TACPA ha suscrito un Convenio de colaboración con el Observatorio de Contratación Pública, que constituye un lugar de encuentro para los profesionales de la materia desde el que proceder al debate y análisis de las novedades introducidas en su ordenación jurídica, así como para la realización de nuevas propuestas de actuación para la modernización de la contratación pública y materializar en la misma los principios de eficiencia, integridad y buena administración, como resultado del Proyecto de investigación concedido por el Ministerio de Ciencia e Innovación para el período 2009-2011 sobre «*Nuevos escenarios de la contratación pública: Urbanismo, contratación electrónica y cooperación intersubjetiva*». En desarrollo de dicho acuerdo se ha participado en la Jornada celebrada en Cuenca por el obcp «*Nuevos retos de la contratación pública*», celebrado el día 31 de enero y 1 de febrero de 2013, que permitió exponer las actuaciones de cada uno de los Tribunales.

Por otra parte, con fecha de 21 de junio de 2012 se suscribió un Acuerdo de colaboración con el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas de la República de Panamá (TAdeCP), que es una entidad pública independiente e imparcial, con competencias establecidas en la Ley 22 de 27 de junio de 2006, «que regula la contratación pública», con jurisdicción en todo el territorio nacional. En este sentido, el TAdeCP tiene el rol institucional de examinar y resolver las controversias suscitadas en ocasión de la celebración de los actos de selección de contratista o de resolución de contratos administrativos



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

por incumplimiento del contratista, entre otras razones. El acuerdo firmado por José María Gimeno, como Presidente del TACPA y por Manuel Cupas Fernández, Magistrado Presidente del Tribunal, permitirá durante los próximos cuatro años, entre otras actividades, promover publicaciones conjuntas sobre temas de interés común para ambas instituciones, organización de actividades de especialización, el intercambio de información y la organización de seminarios, jornadas o congresos internacionales.

c) Coordinación con los órganos de recursos contractuales.

En distintos contactos mantenidos entre los diferentes órganos encargados de la resolución del recurso administrativo especial y la cuestión de nulidad se ha manifestado la conveniencia, e incluso la necesidad, de establecer un encuentro de coordinación, para poner de manifiesto los principales problemas y cuestiones técnico-jurídicas que se han planteado en la experiencia de funcionamiento de los indicados órganos, así como los distintos criterios sentados por cada uno de ellos para su tratamiento o solución.

Atendiendo a dicha necesidad, la Presidenta del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, tomó la iniciativa de proceder a una convocatoria de los citados órganos estatal y autonómicos encargados de la resolución del recurso especial, así como al órgano autonómico creado para la resolución de los recursos contractuales en la Asamblea de Madrid. Al efecto, se procedió a cursar invitación a los siguientes órganos:

- Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales
- Tribunal de Contratación Pública de la Asamblea de Madrid



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

- Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía
- Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón
- Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de Cataluña
- Órgano Administrativo de Recursos Contractuales del País Vasco
- Tribunal de Contratación Pública de Castilla y León

No se cursó invitación a los órganos de las Comunidades Autónomas que, sin constituir un órgano *ad hoc*, tienen también encargada la competencia de la resolución de un recurso especial, como son la Comunidad Foral de Navarra, que encomienda tal función a la Junta Consultiva de Contratación, y la Comunidad de las Islas Baleares, que también encomienda esta competencia a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa para el recurso creado por su propia Ley de contratos, habiendo firmado un Convenio con el TCRC para el recurso especial del TRLCSP.

Por parte del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón asistió su Presidente.

Previamente a la reunión se elaboró por el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, como organizador del encuentro, un dossier con material de trabajo que incluía documentación relacionada con cada uno de los asuntos a tratar, según el orden del día elaborado de acuerdo con las propuestas recibidas por los diferentes órganos participantes. En dicha documentación figuran una serie de Resoluciones de los distintos órganos encargados de la resolución del recurso especial que se



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

consideran relevantes en relación a los temas que figuran en el orden del día, así como un estudio elaborado por el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid en relación al cómputo del plazo para la interposición del recurso en los supuestos de notificaciones defectuosas o en los supuestos en que se ha producido la formalización del contrato.

Como resultado de dicha reunión, se elaboró un documento de conclusiones y de propuestas para la nueva normativa en materia de contratación pública que está en marcha. Entre dichas propuestas de modificación de la normativa reguladora del procedimiento especial en materia de contratación podemos destacar brevemente las siguientes:

- a) Propuesta de modificación de la Ley por lo que a la ordenación de la planta de los órganos encargados de la resolución del recurso especial se refiere. Se considera conveniente que no exista una proliferación excesiva de órganos encargados de la resolución del recurso más allá del nivel estatal y autonómico, que puede condicionar la imparcialidad y eficacia, características del recurso. Asimismo se considera conveniente que se regule la estructura que han de tener los órganos que se creen, siendo condición indispensable el carácter colegiado de los mismos que, de una parte, es garantía de imparcialidad y de otra de calidad de las resoluciones al tener el control interno de los propios miembros del órgano.
- b) Propuesta de regulación de forma más clara la necesidad de motivación de las adjudicaciones y el contenido de sus notificaciones a efectos de evitar que los órganos de



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

contratación puedan no incluir en sus notificaciones la información suficiente para que los interesados, en su caso, puedan interponer el correspondiente recurso, señalando expresamente el contenido que han de tener y las consecuencias de su ausencia para que una conducta obstinada del órgano de contratación no impida el derecho a un recurso rápido y eficaz.

- c) Propuesta de supresión del anuncio previo de interposición del recurso. Puesto que la finalidad del mismo es prevenir al órgano de contratación de la impugnación de algún acto del procedimiento de adjudicación y el procedimiento de recurso establece como especialidad la obligación de presentar el mismo exclusivamente bien ante el órgano de contratación bien ante el órgano que debe resolverlo para evitar la formalización del contrato, cuando el recurso se interpone ante el órgano de contratación con la presentación del recurso dentro de plazo éste ya conoce su existencia y, en su caso, los efectos suspensivos automáticos que lleva aparejados. Cuando la interposición se hace ante el órgano encargado de resolver el recurso, los plazos breves de resolución del mismo y la obligación de ponerlo en conocimiento del órgano de contratación, que normalmente se hace el mismo día de su recepción por medios electrónicos, cumple la misma función preventiva, lo que demuestra su innecesaridad. Así lo han venido manteniendo, por otra parte, distintas Resoluciones de los órganos encargados de la resolución del recurso, con lo cual el incumplimiento del trámite ni siquiera se ha considerado que precise ser objeto de subsanación.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

- d) Propuesta de aclaración de la posibilidad de presentación de documentación distinta al propio recurso en otros registros distintos al del órgano de contratación o al del órgano encargado de resolverlo. De la literalidad del artículo 46.1 TRLCSP en cuanto al procedimiento de tramitación de los recursos especiales en materia de contratación este se registrará por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, RJAP-PAC, con las especialidades que se recogen. De ello se desprende que la particularidad de tramitación del recurso en cuanto al lugar de presentación se refiere, de manera expresa, exclusivamente a la presentación del mismo recurso, no haciendo referencia a los sucesivos trámites de alegaciones, prueba, etc., regulándose, en consecuencia, por la citada Ley 30/1992.
- e) Propuesta de introducción entre los actos susceptibles de recurso especial, recogiendo el contenido de los proyectos de Directivas de contratos, de las modificaciones de los contratos.

El índice de los temas a tratar y el resultado del encuentro en cada uno de ellos se puede consultar en la página siguiente:<http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.89/relcategoria.208/relmenu.3/chk.35ada9a51e889d2cbf6915d1752c770b>

d) Interesa destacar por último la **propuesta de Reglamento de Funcionamiento del TACPA**, preparada y ya en tramitación y que tiene por principal objetivo regular el funcionamiento del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, y desarrollar las normas procedimentales de los distintos recursos de su competencia, con el fin de establecer normas de actuación precisas y concretas al Tribunal, y a



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

quienes hayan de acudir a él, en el ejercicio de la defensa de sus intereses o derechos.

3.- LA DOCTRINA DEL TACPA Y SU INCIDENCIA PRÁCTICA

Siguiendo la opción de la Memoria 2011-12, parece oportuno sistematizar la principal doctrina del TACPA durante este segundo año, 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.

Los asuntos principales se pueden sistematizar en los siguientes epígrafes y apartados.

I.- CUESTIONES PROCESALES

a) Plazos para la impugnación de pliegos.

Un aspecto de interés es el relativo al sistema del cómputo del plazo en la impugnación de pliegos. La doctrina administrativa dictada ha interpretado de forma favorable este plazo. La recuerda el Acuerdo 36/2012, de 21 de agosto de 2012, del TACPA:

«En cuanto al plazo de interposición del recurso, cuando se impugnan pliegos, el Acuerdo 19/2011 de 11 de agosto de 2011, de este Tribunal, tiene sentado que cuando el acceso a los pliegos, como ocurre el presente recurso, se facilite por medios electrónicos, concretamente a través del perfil de contratante, y no conste que se haya hecho notificación expresa al recurrente (en cuyo caso el plazo de 15 días hábiles comenzará a contar desde el día hábil siguiente a este momento), debe entenderse, como considera el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante TACRC), «que el plazo de interposición del recurso no puede comenzar a computarse sino a partir de la fecha en que concluye el de presentación de las



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

proposiciones por parte de los licitadores, y ello porque cuando el artículo 314.2, letra a) [artículo 44 TRLCSP] se refiere a la cuestión lo hace mencionando el artículo 142 de la LCSP [artículo 158 TRLCSP], el cual se refiere a la obligación que incumbe a los órganos de contratación de suministrar los pliegos y demás documentación complementaria a quienes lo solicitaran, pero sin hacer mención alguna al supuesto contrario. En concreto el citado precepto establece que «cuando no se haya facilitado acceso por medios electrónicos, informáticos o telemáticos a los pliegos y a cualquier documentación complementaria, éstos se enviarán a los interesados en un plazo de seis días a partir de la recepción de una solicitud en tal sentido, siempre y cuando la misma se haya presentado, antes de que expire el plazo de presentación de las ofertas». La aplicación de este precepto en relación con el 314.2 [artículo 44 TRLCSP] nos llevaría a entender que el plazo para interponer el recurso cuando el pliego no se haya facilitado por medios electrónicos comenzará a partir de la fecha en que se hayan recibido éstos por el interesado que los solicitó, fecha que muy bien puede coincidir o incluso ser posterior a la de finalización del plazo de presentación de las proposiciones. Precisamente por ello, debe entenderse con respecto a aquellos supuestos en que los pliegos y demás documentación complementaria se haya puesto a disposición de los posibles licitadores a través del perfil de contratante debe aplicarse analógicamente el citado precepto».

Y concluye el TACRC en la resolución antes mencionada, cuya argumentación comparte este Tribunal, que “ante la imposibilidad de acreditar de forma fehaciente el momento a partir del cual los licitadores o candidatos han obtenido los pliegos cuando a éstos se acceda por medios electrónicos, la única solución, entiende este Tribunal, es considerar como fecha a partir de la cuál comienza a computarse el plazo para recurrir los pliegos el día hábil siguiente a la fecha límite de presentación de las proposiciones, momento a partir del cual ya no podrá alegarse desconocimiento del contenido de los pliegos”».

**b) Sobre la legitimación para interponer el recurso especial:
interpretación amplia.**



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

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, conforme al cual hay que reconocer la legitimación de la recurrente.

Legitimación que incluso se ha extendido a un grupo municipal. Así la Resolución 2/2012, de 18 de enero, del TACP (Madrid), en recurso especial contra una adjudicación, admite esta legitimación argumentando que *«Constituyendo los grupos parlamentarios una agrupación de miembros de la Corporación Local sin personalidad jurídica, y desde la óptica del respeto del principio favor acti, este Tribunal considera que el Grupo recurrente está legitimado, en tanto en cuanto en última instancia corresponde a los miembros de las corporaciones locales, como representantes de sus ciudadanos, la defensa de los intereses de las mismas, a través del sistema establecido de aprobación de acuerdos»*.

Esta tesis ha sido confirmada por el Acuerdo del TACPA 44/2012, de 9 de octubre, reconociendo la legitimación del concejal por tal condición:

«el recurrente, en su condición de concejal, tiene legitimación para impugnar mediante recurso especial ex artículo 42 TRLCSP y 63 LBRL los Pliegos que rigen esta licitación, aprobados por un órgano del que no forma parte y, por ello, sobre los que no pudo expresar su voto contrario, en defensa de los intereses que representa, y desde la propia singularidad de un contrato complejo, en el que la configuración del Pliego — fundamentalmente en lo que se refiere al objeto del contrato, sus posibles modificaciones y los criterios de adjudicación—, puede condicionar la posibilidad de que se satisfagan los intereses generales de la ciudad y de los ciudadanos a obtener unos servicios públicos de calidad prestados de forma eficiente».



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

En definitiva, se acepta una configuración muy amplia de la posibilidad de recurrir exenta de formalidades y centrada en la posible lesión de la posición jurídica-subjetiva del particular o de su esfera de intereses. Además, el TRLCSP no se refiere literalmente a los licitadores sino a cualquier persona física o jurídica cuyos intereses se vean afectados o perjudicados por las decisiones impugnadas, lo que justifica un necesario abandono de la jurisprudencia más restrictiva en torno a la legitimación en materia contratación.

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

En el citado Acuerdo 25/2012, de 11 de julio, se declaró ya lo siguiente:

«Así, de conformidad con lo establecido en los artículos 42 a 50 TRLCSP, interpuesto el recurso, el Tribunal lo notificará en el mismo día al órgano de contratación —caso de no haberse depositado el recurso en el registro del mismo— con remisión de la copia del escrito de interposición y reclamará el expediente de contratación a la entidad, órgano o servicio que lo hubiese tramitado, quien deberá remitirlo dentro de los dos días hábiles siguientes acompañado del correspondiente informe. Dentro de los cinco días hábiles siguientes a la interposición del recurso, dará traslado del mismo a los restantes interesados, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, y, de forma simultánea a este trámite, decidirá, en plazo de cinco días hábiles, acerca de las medidas cautelares si se hubiese solicitado la adopción de alguna en el escrito de interposición del recurso, o se hubiera procedido a la acumulación prevista en el párrafo tercero del artículo 43.2 LCSP. Este trámite es de indudable interés práctico, pues es aquí donde los interesados, de conformidad con el principio dispositivo que rige en todo recurso, alegan y



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

presentan sus pretensiones, sobre las que, en virtud del principio de congruencia, resolverá el Tribunal. Una vez concluido este trámite, el procedimiento del recurso especial finaliza con la resolución. Y contra la misma solo procederá recurso ante la jurisdicción contencioso-administrativa».

En consecuencia, el recurso presentado, en tanto tenga por finalidad cuestionar lo que ya fue —o pudo ser— objeto de tratamiento en el Acuerdo 20/2012 debe ser inadmitido, por cuanto existe ya cosa juzgada en vía administrativa. Y solo será posible, ex artículo 49 TRLCSP, recurso ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Así lo hemos declarado en el Acuerdo 12/2011, de 12 de julio, al manifestar que tras la existencia de un recurso administrativo especial previo no es posible sino la fiscalización ante la jurisdicción contencioso-administrativa, pues otra «interpretación generaría una clara inseguridad jurídica, al reabrirse un procedimiento ya concluido que cumplió las formalidades jurídicas exigidas, sin que las mismas puedan ser objeto de revisión por este Tribunal».

Y es que, la propia especialidad de este sistema de recursos impide interpretaciones ajenas a su propia naturaleza y, sobre todo, que se pueda generar una segunda instancia administrativa, como, en la práctica, pretende el recurrente. Criterio que también aplica el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, por ejemplo, en su Resolución 196/2012, de 12 de septiembre.

Nada altera este razonamiento, frente a lo que expone el recurrente, el criterio adoptado por el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid en su Resolución 39/2012, de 19 de abril, que admite la legitimación para interponer recurso especial ante una nueva adjudicación, tras la estimación de un recurso especial, por quien fuera inicialmente propuesto como adjudicatario, siempre que no se aprecie del examen de las alegaciones efectuadas en el recurso, que en general las mismas se refieran a cuestiones ya examinadas por el Tribunal, lo que constituiría un fraude procedimental determinante de la inadmisión del recurso.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Además, la existencia de recurso contencioso-administrativo interpuesto por DAKO contra el Acuerdo 20/2012 conlleva, por el propio carácter de este recurso, la imposibilidad de que este Tribunal administrativo pueda, en su caso, analizar los motivos que ahora están en conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa.

En definitiva, siendo posible un recurso especial en estos supuestos, su objeto, lógicamente, debe ser distinto, y justificarse en las actuaciones posteriores adoptadas en cumplimiento de la resolución del Tribunal administrativo, por el órgano de contratación, sin que puedan ahora alegarse supuestas ilegalidades del procedimiento inicial.

En consecuencia, este Tribunal, en tanto reiteración de un objeto de recurso anterior, no puede variar el Acuerdo inicialmente adoptado, sin que obste, lógicamente, la posibilidad de que se pueda recurrir ante la jurisdicción contencioso-administrativa. El Acuerdo ya adoptado es cosa juzgada formal y por ello no es posible dictar una nueva resolución que vaya en contra de lo ya decidido, siendo ésta una causa de inadmisión recogida en artículo 21.2 c) Ley 3/2011 de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón».

c) 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 absoluta³.

³ La STJUE de 4 de diciembre de 2003, as. C-448/01, EVN AG, se refiere a la hipótesis de



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

d) Ámbito del recurso especial. Los contratos de gestión de servicios públicos.

Los contratos de gestión de servicios públicos son susceptibles de recurso especial, previo a la interposición del contencioso administrativo, cuando el presupuesto de gastos de primer establecimiento, excluido el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido, sea superior a 500 000 euros y el plazo de duración superior a cinco años, no porque sean contratos sujetos a regulación armonizada, sino porque el legislador español los ha incluido en el ámbito del recurso. En la práctica existe un problema para determinar los citados gastos de primer establecimiento. Y se fija la doctrina al respecto en el Acuerdo 44/2012, de 9 de octubre, que por su indudable interés se transcribe:

«El TRLCSP utiliza el concepto presupuesto de gastos de primer establecimiento en tres ocasiones. En el artículo 40.1.c) para establecer un límite a partir del cual pueden ser objeto de recurso

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

especial los contratos de gestión de servicios públicos; en el artículo 154, a efectos de señalar la obligatoria publicidad de su formalización cuando iguallen o superen los 100 000 euros; y, por último, en el artículo 172 b) como techo o límite máximo para poder utilizar el procedimiento negociado, por razón de la cuantía, para su adjudicación.

No existe, sin embargo, en nuestro ordenamiento jurídico de la contratación pública ninguna referencia específica a la regulación de qué debe entenderse por presupuesto de gastos de primer establecimiento. Esta ausencia o carencia normativa, motiva la necesidad de realizar una labor interpretativa para averiguar la voluntad de legislador al hacer depender, de la cuantificación de dicho presupuesto, notables consecuencias jurídicas.

Se alega, de la parte municipal, que debe acudir a la normativa contable para determinar cuales son los gastos de primer establecimiento, ya que el TRLCSP utiliza este concepto en sentido contable. Y para apoyar tal afirmación, se aportan y citan determinadas referencias legales a la normativa contable, consultas e informes —entre ellos el Informe de la Junta Consultiva de Contratación de Galicia de 11 de junio de 2008—. Y se parte de la equiparación de presupuesto de gastos de primer establecimiento a los gastos que resultan indispensables para crear una empresa.

Este Tribunal considera, sin embargo, que no puede equipararse el concepto de presupuesto de gastos de primer establecimiento, a que se refiere el TRLCSP, con el concepto contable que se contenía en la normativa contable anterior (actualmente derogada), por varias razones.

En primer lugar porque la normativa contable actual (vigente) no regula los gastos de primer establecimiento. De manera que no puede integrarse el concepto de presupuesto de gastos de primer establecimiento de la normativa contractual, apelando a una normativa contable derogada. Para atender al criterio contable deberíamos acudir a la normativa precedente, pues el actual Plan General de Contabilidad (PGC/2007), aprobado mediante Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, al ordenar que la contabilización de los gastos de establecimiento se realice con cargo a la cuenta de pérdidas y ganancias como



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

gastos del ejercicio en el que se incurran, elimina la especificidad prevista en los dos planes anteriores hoy derogados (1973 y 1990) para los gastos de primer establecimiento, y con ello toda referencia a su tratamiento particular.

En segundo lugar, porque si hubiese de acudirse a la normativa del Plan General de Contabilidad de 1990 (aprobado por Real Decreto 1643/1990, de 29 de diciembre, hoy derogado), como mantiene el Ayuntamiento, únicamente se considerarían gastos de primer establecimiento los gastos necesarios hasta que la empresa inicie su actividad productiva, al establecerse aquélla o con motivo de ampliaciones de su capacidad: honorarios, gastos de viaje y otros para estudios previos de naturaleza técnica y económica; publicidad de lanzamiento, captación, adiestramiento y distribución de personal, etc., ocasionados con motivo del establecimiento. Tales gastos de establecimiento, que debían amortizarse sistemáticamente en un plazo no superior a cinco años (todo ello de acuerdo con la definición de la cuenta 201, en relación con la norma de valoración 6ª), eran gastos intangibles, como se señala tanto en la legislación contable precedente y en la Norma Internacional de Contabilidad número 38 (NIC 38). En consecuencia, no se trataba, en ningún caso de gastos imprescindibles y absolutamente necesarios para iniciar una empresa: edificios, obras, maquinaria, etc. (que formarían parte del activo material). Por este motivo, estos gastos, tomados desde la perspectiva estrictamente contable, carecen de relevancia. De manera que, de aplicar tal concepto contable, nunca o casi nunca, se alcanzarían las cuantías a las que se refiere el TRLCSP, de donde resultaría que a los contratos de gestión de servicios públicos les estaría vedado el recurso especial (y, a contrario sensu, se podrían adjudicar prácticamente todos los contratos de gestión de servicios públicos por el procedimiento negociado, pues casi nunca alcanzarían esa cifra de 500 000 euros), y no parece que esa sea la voluntad del legislador.

En tercer lugar, porque no es posible afirmar que el legislador de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, atendiese al concepto de gastos de primer establecimiento del Real Decreto 1643/1990, de 29 de diciembre, de manera que tal concepto se asentase sobre el concepto contable de gastos de primer establecimiento. Entre otras razones, porque el concepto de presupuesto de gastos de primer establecimiento aparece, al menos ya, en el Decreto 923/1965, de 8 de abril, por el que se



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

aprueba el texto articulado de la Ley de Contratos del Estado, que establecía en su artículo 69, que los contratos de gestión de servicios se adjudicarían ordinariamente mediante concurso, pudiendo, no obstante, adjudicarse directamente cuando su presupuesto de gastos de primer establecimiento no se previera superior a 1.500.000 pesetas ni su plazo de duración fuera superior a dos años. De manera que puede afirmarse que el concepto legal, de presupuesto de gastos de primer establecimiento, nace bastante antes de que se hubiese dictado la primera disposición legal normalizadora de la contabilidad.

En cuarto lugar, y finalmente, porque si se admitiese que el TRLCSP alude al concepto contable de gastos de primer establecimiento tendríamos que concluir que el órgano de contratación no podría establecer, ni conocer su cuantía y alcance, pues dichos gastos son diferentes para cada licitador, en función de las circunstancias de cada empresa, de donde vendría a resultar que la posibilidad de recurso especial en los contratos de gestión de servicios públicos, la posibilidad de su adjudicación mediante procedimiento negociado, e incluso la publicidad de su formalización, dependería de un dato incierto, aleatorio y ambiguo. Y, no es posible entender que el legislador anude consecuencias jurídicas de tanta relevancia a un concepto tan impreciso.

El recurrente, por su parte, y con fundamento en la Resolución 30/2011, de 29 de junio, del Tribunal Administrativo de la Comunidad Autónoma de Madrid —de la que parece deducirse que determinadas inversiones son gastos de primer establecimiento—, considera que el contenido del presupuesto de gastos de primer establecimiento viene determinado en el estudio económico que debe preceder a la celebración de todo contrato de gestión de servicios públicos. En consecuencia, y a la vista del Estudio económico financiero para la modificación del modo de gestión del servicio de saneamiento y depuración de Zaragoza de 10 de julio de 2012, sostiene el recurrente que el presupuesto de gastos de primer establecimiento supera ampliamente los 500 000 euros que fija el artículo 40.1.c) TRLCSP.

A juicio de este Tribunal, el origen del concepto de presupuesto de gastos de primer establecimiento se encuentra en el artículo 126.2 y 129.2 del Decreto de 17 de junio de 1955, por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Locales. Ambos preceptos han sido recogidos, casi con idéntica trascrición literal, en los artículos 274.2 b) y 280.3 del Decreto 347/2002, de 19 de noviembre, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes, Actividades, Servicios y Obras de las Entidades Locales de Aragón (en adelante RBASO).

En particular el artículo 274.2 b) RBASO prevé que la retribución económica del concesionario cuyo equilibrio, de acuerdo con las bases tenidas en cuenta para su otorgamiento, deben mantenerse en todo caso, en función de la necesaria amortización, durante el plazo de aquélla, del «coste de establecimiento del servicio que hubiere satisfecho», de los gastos de explotación y del beneficio industrial normal.

Y el artículo 280.3 RBASO se refiere al «coste del establecimiento del servicio», a la hora del cálculo de la retribución prevista para el concesionario. De donde cabe deducir, que el presupuesto de gastos de primer establecimiento, a que se refiere el TRLCSP, está formado por todos aquellos necesarios para poner en funcionamiento el servicio público, que deben diferenciarse de los gastos de explotación. Sin ánimo de una lista exhaustiva, pueden citarse como conceptos a incluir los siguientes: gastos en obra de inversión que corran a cargo del contratista, gastos en instalaciones nuevas o de reposición existentes, inversión en maquinaria de todo tipo, etc. Es decir, se incluyen las inversiones precisas para poner en funcionamiento el servicio público, excluyendo los gastos de explotación futuros y las inversiones futuras.

Además, a juicio de este Tribunal, cabe argumentar que cuando la ley establece los importes requeridos a los contratos para ser objeto de recurso especial, se advierte que no es intención del legislador generalizar el recurso especial, sino reservarlo para aquellos contratos que tienen cierta importancia económica y, para ello, con carácter general, se remite, directa o indirectamente, a su valor estimado, es decir, al importe total susceptible de ser satisfecho por la Administración al contratista — lo que la Administración va a pagar por lo que recibe, incluyendo los posibles modificados y prórrogas—. Y, en definitiva, hay una conexión entre la posibilidad de recurso y el importe de lo que se recibe a precios de mercado. Sin embargo, frente al valor estimado como referente a tomar en cuenta en los contratos sujetos a regulación armonizada para ser objeto de recurso



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

especial, en el caso de los contratos de gestión de servicios públicos el TRLCSP establece una norma especial, la del presupuesto de gastos de primer establecimiento (igual o superior a 500 000 euros) como parámetro para abrir la vía del recurso especial, en lugar del valor estimado del contrato.

Esta especialidad del contrato de gestión de servicios públicos, responde a las peculiaridades del propio contrato. En primer lugar porque en el contrato de gestión de servicios públicos la prestación la recibe el usuario, o los usuarios —casi nunca la Administración—, a lo largo de un tiempo normalmente muy dilatado. En segundo lugar, porque la estimación del coste de la prestación del servicio público, se realiza en términos financieros relacionando un conjunto de datos reales (inversiones a realizar de manera inmediata, canon concesional, plazo...etc.) junto con diferentes hipótesis razonables, algunas realizadas a muy largo plazo, relativas a inversiones futuras, ingresos y gastos previsibles, modificación de las tarifas, inflación estimada, intereses financieros... etc. Y precisamente por ello, el legislador ha buscado una mayor concreción y ha utilizado el concepto de presupuesto de gastos de primer establecimiento, habitual en la normativa local de servicios públicos. Concepto que, como ya se ha señalado, difiere notablemente del tecnicismo contable, y cuya determinación y cuantificación debería venir dada en el anteproyecto de explotación que, con carácter preceptivo, exigen el artículo 133.2 TRLCSP y el artículo 183.1 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 consecuencia, y a la vista del conjunto de inversiones precisas para el establecimiento del servicio público de saneamiento y depuración de aguas residuales de la ciudad de Zaragoza, cuyo importe supera con creces el mínimo legal de 500 000 euros, y su prestación bajo la fórmula de Sociedad de Economía Mixta, hay que concluir que el contrato es susceptible de recurso especial en aplicación de lo dispuesto en el artículo 40.1 c) TRLCSP».

Por otra parte en este mismo Acuerdo se recuerda que el contrato de colaboración entre el Sector Público y el Sector Privado (artículo 11 TRLCSP), es siempre un contrato armonizado, por lo que su



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

consideración en el pliego como fórmula de CPPI haría que, por sí mismo, se encontrara ya en el ámbito objetivo del recurso especial.

II.- EL OBJETO DEL CONTRATO

e) La tipificación del contrato y sus consecuencias.

La cuestión sobre la tipificación contractual no es meramente dogmática, sino que resulta de especial interés práctico en tanto de la incorrecta tipificación de todo contrato público, pueden alterarse las normas y principios esenciales en una licitación pública. Especial interés tiene el Acuerdo 51/2012, de 27 de noviembre, donde se analiza la licitación de un contrato de mediación de seguros con retribución mediante participación de un porcentaje de la prima a satisfacer a las compañías de seguros y que se anula, principalmente, por confusión de la causa del negocio jurídico. Interesa destacar, en primer lugar, la doctrina sobre el contrato de servicios:

«La calificación como privado del contrato obliga a determinar si es, o no, un contrato objeto de recurso especial. Como es conocido, el artículo 10 TRLCSP define los contratos de servicios como los que tienen por objeto prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad, o dirigidas a obtener un resultado diferente de una obra o un suministro, y establece que, a los efectos de la aplicación de la misma Ley, estos contratos se dividen en las categorías enumeradas en el Anexo II del TRLCSP. Por otra parte, el artículo 20.1 TRLCSP determina que tienen la consideración de contratos privados—entendido como contrato público con régimen de derecho privado—, entre otros (y además de los contratos suscritos por los entes, organismos y entidades del sector público que no tienen la consideración de Administraciones Públicas), los contratos, incluidos los celebrados por las Administraciones Públicas, que tienen por objeto los servicios comprendidos en la categoría 6 del Anexo II del TRLCSP (artículo 19.1.a, último inciso, TRLCSP)».



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

En segundo lugar, en este Acuerdo se concluye que el contrato de corredor de seguros es un contrato cuyo objeto y causa consiste en la mediación entre las partes de un contrato de seguros, presentando al cliente al menos tres propuestas de distintas compañías de seguros, para que el tomador elija la que le parezca más conveniente. Como retribución por este servicio puede existir compensación económica, o participación sobre un porcentaje de la prima. Las Administraciones Públicas pueden, si así lo consideran oportuno y lo razonan suficientemente, celebrar este tipo de contratos (artículo 22 TRLCSP). Pero en este contrato ya no hay posterior licitación de cobertura de riesgos entre las distintas compañías del sector mediante procedimiento abierto (las propuestas las presenta el corredor de seguros a la Administración, por ejemplo, si la licitación se instrumenta mediante un procedimiento negociado por razón de la cuantía). De optarse por este modelo, sí son licitas como retribución los porcentajes sobre las primas, como ha reconocido el Tribunal Supremo.

Sin embargo en el pliego recurrido y anulado, se había prescindido de la función de mediación, que es la característica principal de la actuación del corredor de seguros. Lo que se ha licitado es un simple asesoramiento en materia de seguros —riesgos, coberturas, valoración de ofertas, etc.— que en modo alguno hacen de esta prestación una de las típicas del contrato de seguros. Estamos, por ello, en un contrato de servicios de asesoramiento técnico, distinto, tanto en la forma como en la causa, del de mediación de seguros. Y por ello, al no ser un contrato de seguros, será un contrato administrativo (artículo 20 TRLCSP) y la retribución, al no ser de aplicación la legislación de seguros, no podrá consistir en ningún caso en un porcentaje de las primas, al ser esta modalidad retributiva exclusiva del contrato de corredor de



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

seguros. Por este último motivo, a la vista del objeto de la licitación, resulta inválido el PCAPT y procede su anulación.

En todo caso, se insiste que no es un contrato privado, como equívocamente se recoge en el PCAPT, sino un contrato público de servicios (artículo 10 TRLCSP, en relación con el Anexo II, categoría 6) con régimen de derecho privado para las Administraciones Públicas (artículo 20 TRLCSP).

Y es que en Derecho, los negocios jurídicos se definen por sus características de régimen jurídico y no por el nombre; y el pliego de la licitación no recoge —como de hecho reconoce el propio Informe del Ayuntamiento— el régimen del contrato de mediación. En definitiva, la calificación del contrato que haga el pliego, o incluso una norma legal, no vincula a efectos de la interposición del recurso especial, debiendo acudir —Resolución Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 154/2011— en primer lugar a la definición y configuración que de los mismos hacen los artículos 5 a 11 TRLCSP, que son los que incorporan a nuestro derecho las definiciones de la Directiva. Esa necesidad de comprobar la correcta calificación del contrato cuyas actuaciones son recurridas, ha sido señalada también por el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón en su Acuerdo 20/2011.

f) 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



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

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 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



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

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 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



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

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».

g) Recursos contra modificaciones ilegales.

Ya en nuestra Guía sobre procedimiento para la tramitación del recurso especial en materia de contratación se indica que «...Son impugnables... los actos de trámite siempre 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... En particular, a título de ejemplo, las decisiones o adjudicaciones adoptadas sin procedimiento formal -por ejemplo, los encargos de ejecución a medios propios o los modificados que no cumplen los requisitos legales-...»⁴. Además, la reciente modificación de la normativa autonómica aragonesa sobre contratos públicos (Ley 3/2011, de medidas en materia de contratos del

⁴ Esta guía se encuentra disponible en la web del Tribunal de Aragón: http://www.aragon.es/estaticos/GobiernoAragon/OrganosConsultivos/JuntaConsultaContratacionAdministrativa/Areas/Tribunal_admvo_contratos/Guia_procedimiento_recurso_especial_TRLCSP.pdf



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

sector público de Aragón, modificada por el artículo 33 de la Ley 3/2012, de 8 de marzo, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón), ha introducido una nueva disposición (artículo 12 bis) que, tras señalar la obligación de publicitar los acuerdos de modificación de los contratos, señala expresamente la posibilidad de interponer recurso contra tal acuerdo de modificación:

«Artículo 12 bis. Publicidad de los modificados.

1. El acuerdo del órgano de contratación de modificar un contrato se publicará, en todo caso, en el Boletín Oficial y perfil en que se publicó la adjudicación, figurando las circunstancias que lo justifican, su alcance y el importe del mismo, con el fin de garantizar el uso adecuado de esta potestad.

2. Igualmente, esta decisión se notificará a los licitadores que fueron admitidos, incluyendo, además, la información necesaria que permita al licitador interponer, en su caso, recurso suficientemente fundado contra la decisión de modificación de no ajustarse a los requerimientos legales»

La finalidad del referido artículo 12 bis es generar la transparencia adecuada sobre las causas y consecuencias de los modificados contractuales, así como posibilitar —en su caso—, una eventual impugnación por quienes estuvieran legitimados, si se acreditara que se han incumplido los límites legales a tal potestad de modificación, generando un acto nuevo de adjudicación ilegal⁵. Para ello estarán

⁵ El Informe 12/2012, de 23 de mayo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, sobre el régimen de publicidad, notificación y formalización de los modificados contractuales, analiza el significado de este nuevo precepto y su fundamento en la jurisprudencia del TJUE, concluyendo que *«ll. Contra los actos de modificación procederá potestativamente recurso especial ante el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón cuando se trate de modificaciones previstas en contratos de valor estimado superior a 1 000 000 € para los contratos de obras, y de 100 000 € para los contratos de suministros y servicios, o recurso contencioso-administrativo (artículo 46 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa). En el caso de modificaciones no previstas se aplicará el régimen ordinario de recursos»*.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

especialmente legitimados los licitadores no seleccionados ⁶. En consecuencia, el 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”».

III.- VALORACION Y ACREDITACION DE SOLVENCIA

h) 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

⁶ 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 si mismo un nuevo acto de adjudicación, y no una mera decisión de ejecución contractual. Opción que se justificaría en el dato de que no hay libertad para el «*ius variandi*» en la medida en que está juego la necesidad de que el objeto de la contratación-prestación sea reconocible y no altere las iniciales reglas de comparación de ofertas y, por ello, el principio de igualdad de trato. En consecuencia, el 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.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

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:

«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



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

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 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



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

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.

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



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

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 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».



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

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 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.



IV.- CRITERIOS DE ADJUDICACION Y SU VALORACION

i) 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 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



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

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 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:



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

«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)”.

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.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

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, 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».

j) 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 realizada⁷.

⁷ Acuerdo 42/2012 TACPA, de 27 de septiembre de 2012, en su fundamento de derecho segundo, párrafo tercero considera que «Dichos incumplimientos se refieren a aspectos técnicos, lo que lleva al órgano de contratación a cuestionar en su informe la competencia de este Tribunal para conocer del recurso, por cuanto a su entender el examen de los motivos no encajaría en la función que tiene encomendada. Y ello en base a anteriores pronunciamientos de este Tribunal, en el sentido de que su función es exclusivamente de control del cumplimiento de los principios y trámites legales, de tal manera que no es posible la sustitución del juicio técnico del que valora



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

El TACPA se ha pronunciado además sobre las ofertas anormales o desproporcionadas, en los Acuerdos⁸ 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 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

los distintos criterios de adjudicación, en tanto se cumplan las formalidades jurídicas, exista motivación y la misma resulte racional y razonable».

⁸Acuerdo TACPA 2/2013, de 16 de enero de 2013 interpuesto por Ibermática, S.A.

Acuerdo TACPA 5/2013, de 25 de enero de 2013, interpuesto por Lasasosa Productos Químicos, S.L.

Acuerdo TACPA 6/2013, de 30 de enero de 2013, interpuesto por FCC, S.A.

Acuerdo TACPA 8/2013, de 6 de febrero de 2013, interpuesto por FCC, S.A.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

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 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.

V.- PROPOSICIONES DE LOS INTERESADOS.

k) El principio de no venir contra propios actos.

EL TACPA ha analizado en dos ocasiones la aplicación del principio general de Derecho que veda a ir o contradecir los actos propios, como consecuencia de la buena fe y de la exigencia de una



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

coherente conducta dentro del tráfico jurídico, y que exige para su aplicación que tales actos sean inequívocos en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin duda alguna una determinada situación jurídica.

La primera de ellas (Acuerdo 41/2012) para entender que el principio de no contradicción de los actos propios está reservado a supuestos en los que existe una conducta, en el plano de los hechos, que refleja de forma clara, precisa y determinada a través de algún acto jurídico, que responden más que a una determinada forma de proceder jurídica, a una actitud, a una forma de actuar. Y, por la propia naturaleza de este principio, no puede extenderse ni derivarse de una mercantil, que actúa en un procedimiento, a la Asociación en la que se encuentra integrada. Pues se trata de personas jurídicas distintas.

En la segunda ocasión (Acuerdo 48/2012) para considerar que la pretensión de cuestionar los criterios contenidos en el PCAP no puede ser admitida, puesto que los Pliegos fueron aceptados y consentidos en su día por la parte recurrente, sin salvedad o reserva alguna, desde el momento de formular sus ofertas. Y no es posible, cuestionar la validez jurídica posteriormente, de forma y manera extemporánea, pues se produciría un quebranto del principio de seguridad jurídica, así como el principio del «*non venire contra factum proprium*».

4.- ESTADÍSTICA

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



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

resolución adoptada (tipo de Acuerdo), al cumplimiento de plazos, y al porcentaje de Acuerdos impugnados ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Un dato a destacar es el del valor estimado global de las licitaciones que han sido impugnadas en el periodo, y que asciende a más de dos mil millones de euros, en concreto 2 024 193 497,73 €, 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. Pues bien, en el 63% de los casos los recursos se han resuelto por el TACPA dentro de los plazos legales (en 21 ocasiones incluso antes de finalizar el plazo), en el restante 37% la mayoría de las demoras se sitúan entre 1 y 8 días, siendo absolutamente excepcionales demoras mayores, que en ningún caso superaron los 14 días, 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 teniendo en cuenta que el volumen de recursos se ha incrementado en un 100% en el segundo año de actividad respecto del primero; que el nombramiento de su Vocal D^o. Maria Asunción Sanmartín Mora, como Secretaria General Técnica del Departamento de Presidencia y Justicia, por Decreto 236/2012, de 6 de noviembre, del Gobierno de Aragón, y su consiguiente renuncia, con fecha 8 de noviembre de 2012, a su condición de vocal, determinó que durante tres meses el Tribunal tuviera que funcionar únicamente con tres



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

miembros; y que la actividad del Tribunal no se ha suspendido durante el mes de agosto, a diferencia de lo acordado en otros Tribunales.

Destacar, por último, el dato de que únicamente en tres 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

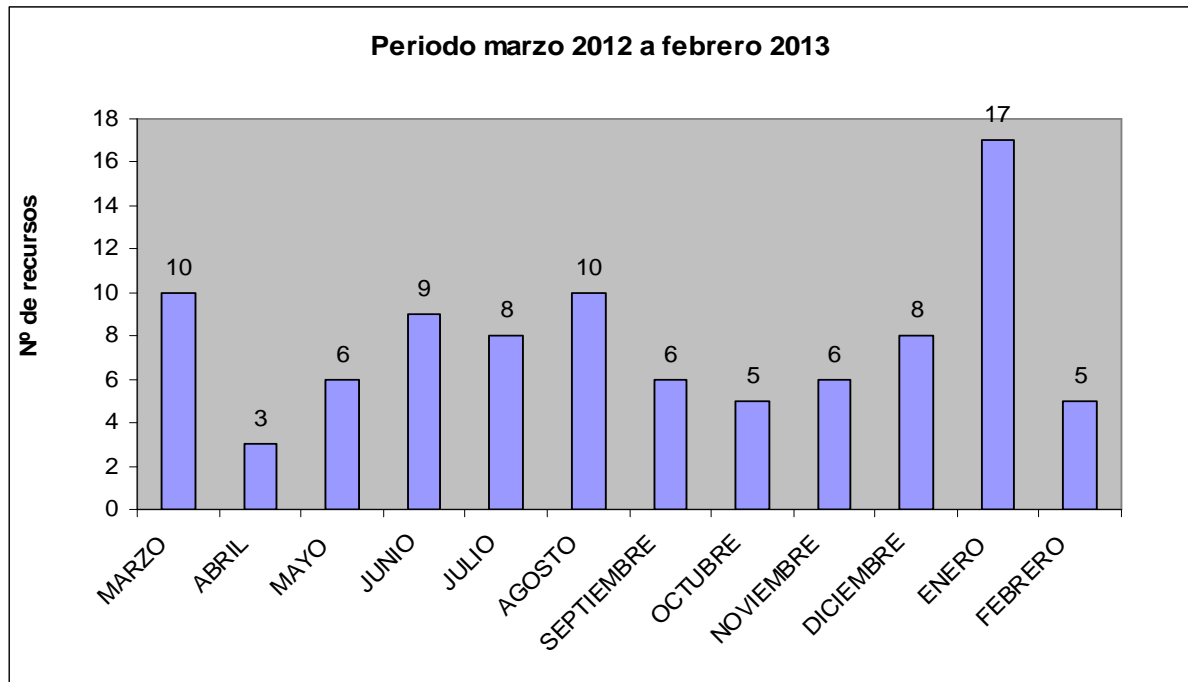


TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Estadística de recursos presentados ante el TACPA, por meses

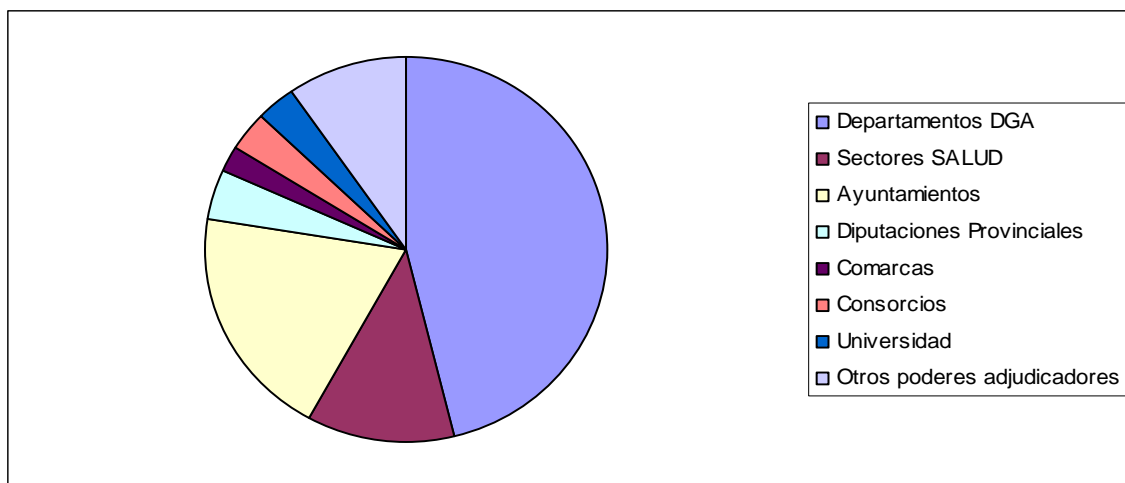




TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Estadística por órgano de contratación en los recursos presentados ante el TACPA desde el 1 de marzo de 2012 hasta el 28 de febrero de 2013

	Número	%
Departamentos DGA	43	46,24%
Sectores SALUD	11	11,83%
Ayuntamientos	18	19,35%
Diputaciones Provinciales	4	4,30%
Comarcas	2	2,15%
Consortios	3	3,23%
Universidad	3	3,23%
Otros poderes adjudicadores	9	9,68%
Total	93	100,00%

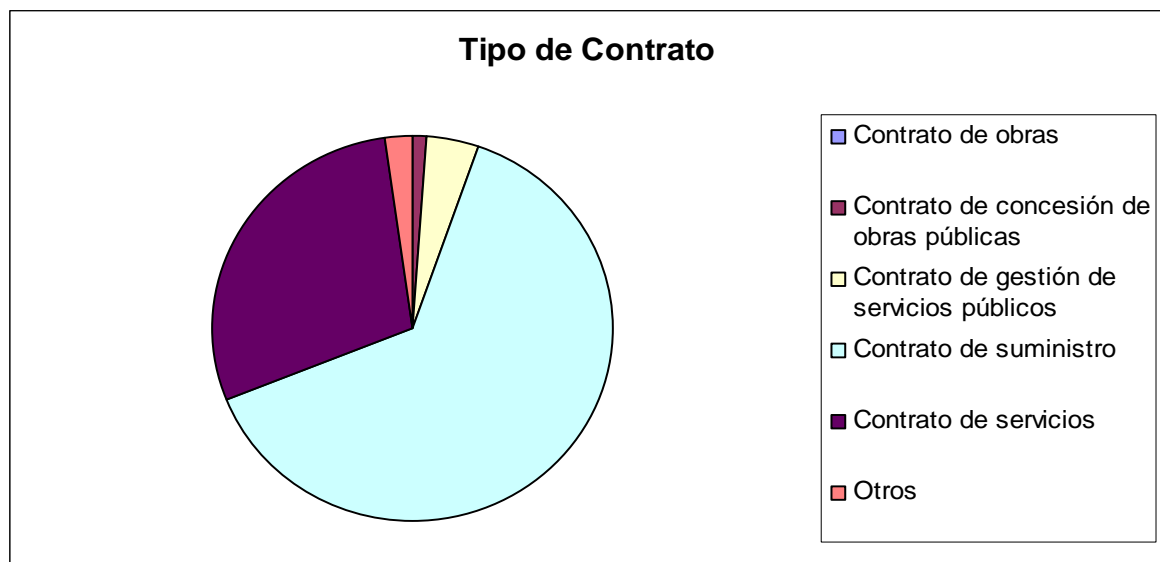




TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Estadística de tipo de Contrato en los recursos presentados ante el TACPA desde el 1 de marzo de 2012 hasta el 28 de febrero de 2013

	Número	%
Contrato de obras	0	0,00%
Contrato de concesión de obras públicas	1	1,08%
Contrato de gestión de servicios públicos	4	4,30%
Contrato de suministro	59	63,44%
Contrato de servicios	27	29,03%
Otros	2	2,15%
Total	93	100,00%





TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Valor estimado de las licitaciones recurridas ante el TACPA desde el 1 de marzo de 2012 hasta el 28 de febrero de 2013

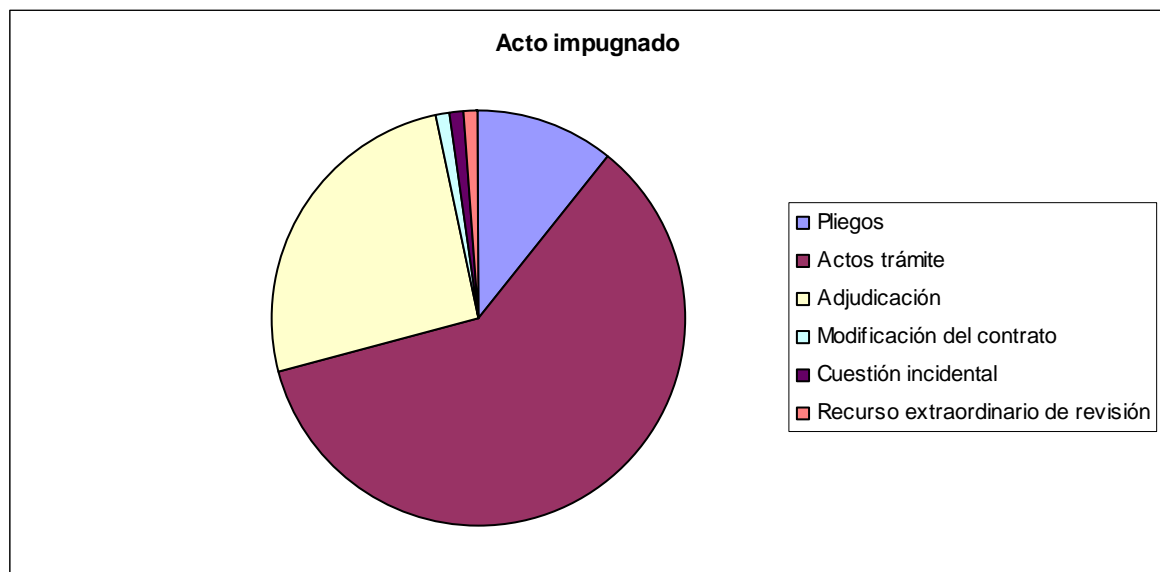
	Número	Valor estimado
Contrato de obras	0	0,00
Contrato de concesión de obras públicas	1	5.029.323,90
Contrato de gestión de servicios públicos	4	1.739.950.647,27
Contrato de suministro	59	85.605.422,37
Contrato de servicios	27	184.276.196,07
Otros	2	4.302.584,22
Total	93	2.024.193.497,73



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Estadística acto impugnado recursos presentados ante el TACPA desde el 1 de marzo de 2012 hasta el 28 de febrero de 2013

	Número	%
Pliegos	10	10,75%
Actos trámite	56	60,22%
Adjudicación	24	25,81%
Modificación del contrato	1	1,08%
Cuestión incidental	1	1,08%
Recurso extraordinario de revisión	1	1,08%
Total	93	100,00%

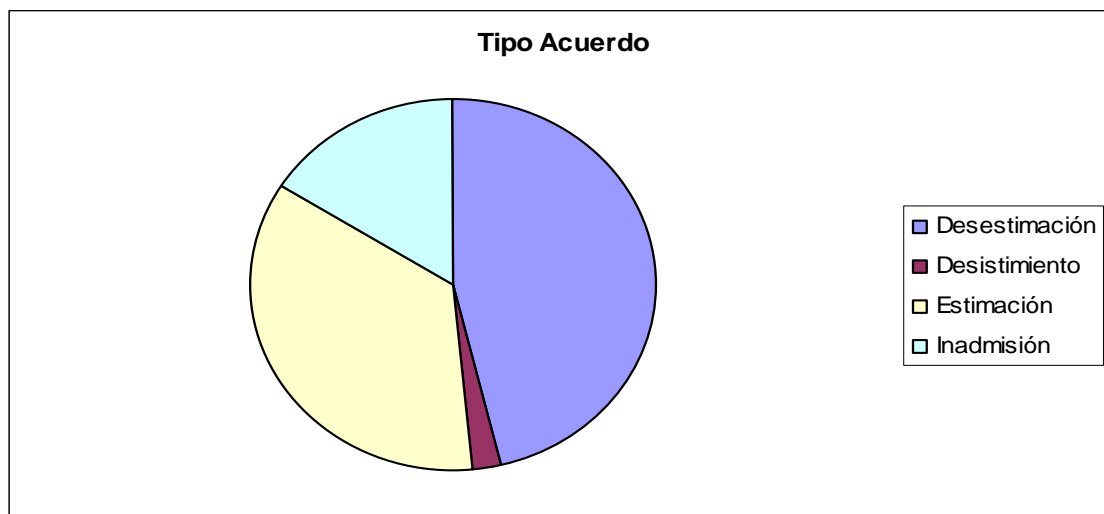




TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Estadística de tipo de Acuerdo en los recursos presentados ante el TACPA desde el 1 de marzo de 2012 hasta el 28 de febrero de 2013

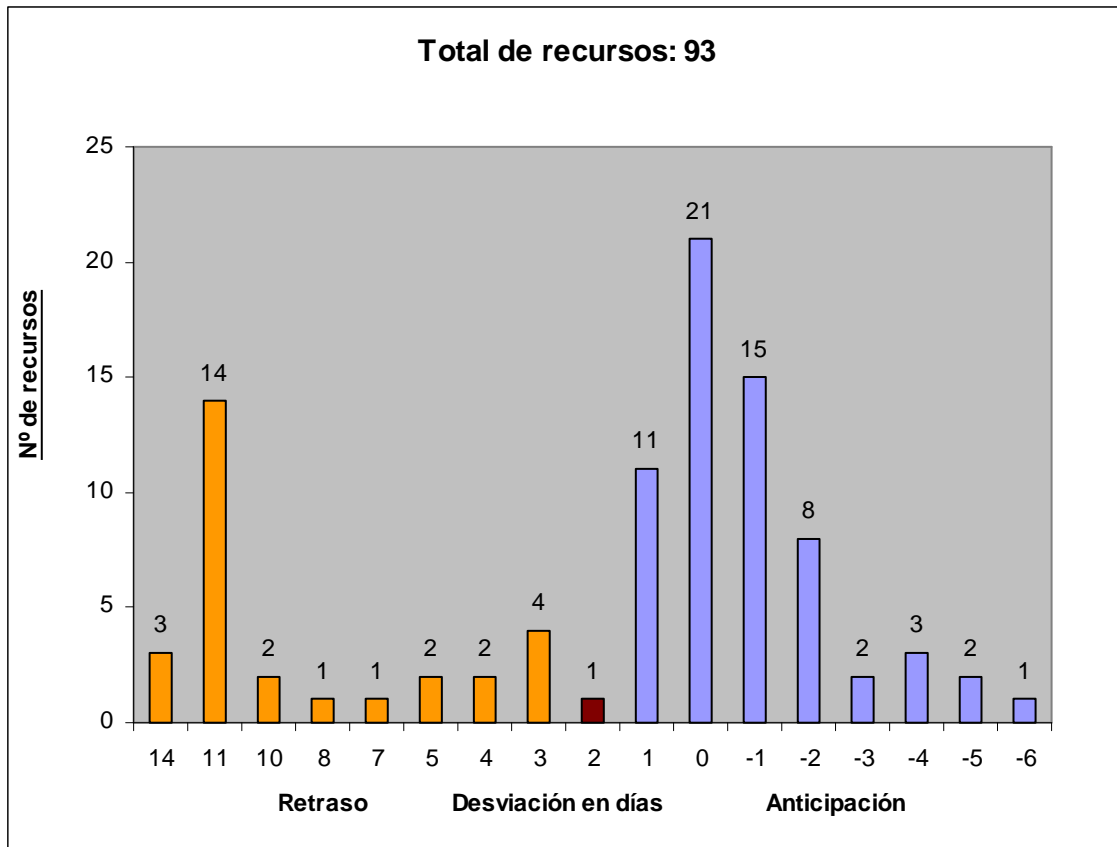
	Número	%
Desestimación	43	46,24%
Desistimiento	2	2,15%
Estimación	33	35,48%
Inadmisión	15	16,13%
Total	93	100,00%





TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Estadística de cumplimiento de plazos en la resolución de recursos por el TACPA





TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

**Recursos Contencioso-Administrativos contra Acuerdos del TACPA desde el
1 de marzo de 2012 hasta el 28 de febrero de 2013**

	Número	%
Recursos contencioso-advos ante el TSJA	3	3,23%
Recursos sólo ante el TACPA	90	96,77%
Total	93	100,00%