



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

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

**Enero 2015 – Diciembre 2015**



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN**



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

### ÍNDICE

	PÁGINA
<b>1.- ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DEL TRIBUNAL</b>	5
<b>2.- ASPECTOS INSTITUCIONALES E INSTRUMENTALES EN LA ACTIVIDAD DEL TACPA</b>	10
<b>3.- LA DOCTRINA DEL TACPA Y SU INCIDENCIA PRÁCTICA</b>	14
<b>I.- Acuerdo 10/2015</b> , de 20 de enero de 2015. Confidencialidad de las propuestas. Alcance de los secretos técnicos o comerciales.	14
<b>II.- Acuerdos 28/2015 y 30/2015</b> , de 3 de marzo. Legitimación de los partidos políticos.	17
<b>III.- Acuerdo 36/2015</b> , de 27 de marzo. Desaparición del objeto de un recurso. Subrogación de trabajadores y sucesión de empresas.	20
<b>IV.- Acuerdo 60/2015</b> , de 15 de mayo. Compromiso de adscripción de medios materiales confuso o erróneo. La exigencia de lotes como regla general.	25
<b>V.- Acuerdo 76/2015</b> , de 20 de julio. Previsión que exige que un licitador asuma el impacto económico de una modificación, si ésta no supera determinado porcentaje.	27
<b>VI.- Acuerdo 83/2015</b> , de 3 de agosto. Funciones y actuaciones de la Mesa de contratación. Asesoramiento externo.	32
<b>VII.- Acuerdo 85/2015</b> , de 10 de agosto. Ampliación del objeto del contrato previsto en el PCAP por el PPT.	34
<b>VIII.- Acuerdo 94/2015</b> , de 26 de octubre. Fórmula de valoración del criterio precio, de la que no se obtiene la oferta económicamente más ventajosa.	38
<b>IX.- Acuerdo 95/2015</b> , de 30 de octubre. Plazo de presentación de ofertas. Publicación posterior en el Perfil de contratante de la fórmula aplicable al criterio precio y al resto de fórmulas o métodos de reparto de la puntuación de los criterios evaluables de forma automática.	43
<b>X.- Acuerdo 98/2015</b> , de 13 de noviembre. Alcance de la denominada discrecionalidad técnica de la Administración	46
<b>XI.- Acuerdo 104/2015</b> , de 9 de noviembre. Carácter de Mercazaragoza como poder adjudicador.	53
<b>XII.- Acuerdo 106/2015</b> , de 16 de diciembre. Consideración del IVA en la valoración del precio ofertado.	56
<b>4.- ESTADÍSTICAS 2015</b>	65
Por mes de presentación	69
Por órgano de contratación	70
Por tipo de contrato	71
Valor estimado de las licitaciones recurridas	72
Por acto recurrido	73



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Por tipo de acuerdo	74
Contratos de cuantía competencia del TACPA	75



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

### 1.- ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DEL TRIBUNAL

La principal función 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) es 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 el año 2015, en el ejercicio de sus competencias, sino también —como ya se hiciera en las anteriores— 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 Memoria ha sido aprobada por el Tribunal de Contratos Públicos de Aragón en su sesión de 25 de mayo de 2016.

#### **a) Funciones del 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



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

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, resuelve las reclamaciones y cuestiones de nulidad que se interponen en los procedimientos de adjudicación para la contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales tramitados por todas las entidades públicas descritas en la Ley estatal 31/2007, incluyendo las entidades privadas que gozan de derechos especiales conforme al artículo 3.1 de dicha norma.

El objeto del recurso tiene una doble vertiente. Así, por una lado, se mantuvo inicialmente su aplicación a los contratos sujetos a regulación armonizada, incluidos los contratos subvencionados, los contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

TRLCSP) de cuantía igual o superior a 200 000 euros, y los contratos de gestión de servicios públicos en los que el presupuesto de gastos de primer establecimiento sea superior a 500 000 euros y el plazo de duración superior a cinco años.

Sin embargo, se amplió el ámbito de este recurso especial por la Ley 3/2012, de 8 de marzo, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón, que dio nueva redacción al artículo 17 de la Ley 3/2011, relativo a la competencia del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, modificando el apartado 2. a) del mismo, que quedó redactado en el sentido de declarar al Tribunal competente para:

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

Se extendió, 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 distorsiones.

En esta Memoria se incluye nuevamente el dato de los recursos planteados en el periodo frente a contratos que no serían susceptibles



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

de recurso especial en el resto del territorio nacional. Estos recursos han supuesto un 23,89% de los presentados en el periodo.

### **b) Organización del TACPA.**

Si bien el TACPA comenzó su funcionamiento con un modelo transitorio, por Ley 10/2012, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón, se modificó la regulación inicial, que preveía que sus miembros desarrollaran su actividad en régimen de dedicación exclusiva. En febrero de 2013 se formalizó definitivamente su composición.

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 ejerce 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 del TACPA en 2015 (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<sup>a</sup> 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. Miguel Ángel Gil Condón, Jefe del Servicio de Asuntos Administrativos. Secretaría General Técnica de la Presidencia. Gobierno de Aragón. Secretaria: D<sup>a</sup> Ana Isabel Beltrán Gómez, Jefa del Servicio de





## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Contratación Administrativa de la Dirección General de Contratación, Patrimonio y Organización. Departamento de Hacienda y Administración Pública. Gobierno de Aragón.

Por Decreto 199/2014, de 2 de diciembre, del Gobierno de Aragón, publicado en BOA nº 243, de 12 de diciembre, se nombró a D<sup>a</sup> Ana Isabel Beltrán Gómez Vocal suplente del Tribunal, para garantizar la colegialidad en casos de abstenciones o ausencias de los Vocales titulares.

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 retribución de sus miembros es por dietas, fijadas por Acuerdo del Consejo de Gobierno de Aragón. Durante 2015, el importe de las dietas devengadas ascendió a 39.525 euros, lo que supone un coste medio de resolución de recurso de 349,77 euros.

La sede del TACPA se encuentra en:  
Plaza de los Sitios nº 7, planta primera.  
50071, ZARAGOZA

Su dirección de correo electrónico: [tribunalcontratosaragon@aragon.es](mailto:tribunalcontratosaragon@aragon.es)



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN



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

#### **a) Publicidad institucional y de los Acuerdos. Implementación de un buscador.**

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

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



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Hasta el mes de octubre de 2015, los Acuerdos aparecían publicados por orden de adopción, con una breve reseña de su contenido. El importante volumen de Acuerdos adoptados desde 2011 (347), hacía que ese sistema fuera insuficiente para garantizar la adecuada difusión de la doctrina.

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

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

El buscador está disponible en:

[http://www.aragon.es/trb/ci.BD\\_Acuerdos.detalleDepartamento](http://www.aragon.es/trb/ci.BD_Acuerdos.detalleDepartamento)

La imagen muestra una captura de pantalla de la página web del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón (TACPA). En la parte superior, se ve el logo del Gobierno de Aragón y el navegador. El título principal es "Acuerdos del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón (TACPA)". Debajo, hay un apartado "Buscador de Acuerdos" que incluye un campo de "Texto libre" para búsquedas avanzadas, un campo para el "Número del Acuerdo", un menú desplegable para el "Tipo de contrato", otro para el "Sentido del Acuerdo" y un rango de "Año del Acuerdo" desde 2011 hasta 2016. Hay botones para "BUSCAR" y "BORRAR". A la izquierda, un menú de enlaces ofrece opciones como "Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales", "TACPA", "Acuerdos del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón (TACPA)", etc. En la parte inferior, se encuentran logos de la Unión Europea y el Gobierno de Aragón, junto con información de contacto y derechos reservados.

El número de visitas a la página del TACPA en el mes de diciembre de 2015 fue de 30.368.



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

### **b) Acuerdos institucionales de colaboración.**

Siguen vigentes los Convenios de colaboración suscritos con el Observatorio de Contratación Pública, con el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas de la República de Panamá (TAdeCP) y con la Universidad de Zaragoza, para la realización del *Practicum* en la titulación de Grado en Derecho. Este último acuerdo permite que en cada curso académico cuatro alumnos de la titulación de Grado en Derecho o del Programa conjunto Derecho/ADE realicen sus prácticas en el Tribunal. Durante 2015 cuatro alumnos han realizado sus prácticas en el TACPA.

### **c) Coordinación con los órganos de recursos contractuales.**

En 2015 se han mantenido los contactos entre los diferentes órganos encargados de la resolución del recurso administrativo especial y la cuestión de nulidad, y se ha convocado y organizado un cuarto encuentro de coordinación, con el objeto de establecer criterios y actuaciones comunes en el ejercicio de la competencia de resolución de recursos.

A la reunión, celebrada los días 23 y 24 de junio en Madrid, y organizada por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, asistieron el Presidente y la Secretaria del TACPA, representantes del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, del Tribunal de Contratos Públicos de Andalucía, del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales del País Vasco, del Órgano de Recursos Contractuales de Cataluña, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, y Tribunal Administrativo de Contratos



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Públicos de la Comunidad Autónoma de Canarias, el último de los creados.

Las conclusiones de la reunión de coordinación pueden consultarse en <http://www.obcp.es>.



### 3.- LA DOCTRINA DEL TACPA Y SU INCIDENCIA PRÁCTICA

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

En esta ocasión se ha optado por destacar únicamente la doctrina novedosa respecto a Memorias anteriores. En concreto, la contenida en doce Acuerdos, pues el buscador facilita a los operadores la localización de materias en todo el cuerpo doctrinal del Tribunal.

Los Acuerdos a destacar en 2015, por orden cronológico de adopción, son los siguientes:

#### **I.- Acuerdo 10/2015, de 20 de enero de 2015. Confidencialidad de las propuestas. Alcance de los secretos técnicos o comerciales.**

No es la primera vez que el TACPA analiza aspectos relativos a la confidencialidad de las ofertas, y al no siempre sencillo equilibrio entre ésta y el derecho a la transparencia de los procedimientos, pero sí la que el análisis se centra en el alcance de los secretos técnicos y comerciales contenidos en las propuestas.

La recurrente sostiene que se le ha impedido revisar y verificar la información en la que se sustenta la valoración realizada por el órgano de contratación, al denegarse el acceso a una información considerada «*supuestamente confidencial*» por la finalmente adjudicataria. Entiende que en el contenido del artículo 140.1 TRLCSP prevalece el principio de publicidad y transparencia, que solo puede



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

ser desplazado por el de confidencialidad en el caso de que las licitadoras hayan calificado previamente como confidencial una información, que debe ser así tratada únicamente cuando afecte a secretos técnicos o comerciales, o a aspectos confidenciales de las ofertas.

El Tribunal recuerda que, como indica la Directiva 2014/24/UE, de contratación pública, es importante proteger adecuadamente la confidencialidad de las ofertas a fin de preservar los legítimos intereses empresariales (artículo 21). Y que ello exige adoptar medidas e interpretaciones que preserven, de modo útil, su contenido, lo que limita el derecho al libre acceso a toda la documentación de las ofertas de los licitadores competidores; como advierte la Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea (Sala Segunda), de 29 de enero de 2013, Cosepuri Soc. Coop. p.A. contra Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria (EFSA), la materia de contratos públicos se fundamenta en una competencia no falseada. *«Y para alcanzar dicho objetivo, es necesario que las entidades adjudicadoras no divulguen información relativa a procedimientos de adjudicación de contratos públicos cuyo contenido pueda ser utilizado para falsear la competencia, ya sea en un procedimiento de adjudicación en curso o en procedimientos de adjudicación ulteriores. Además, tanto por su naturaleza como conforme al sistema de la normativa de la Unión en la materia, los procedimientos de adjudicación de contratos públicos se basan en una relación de confianza entre las entidades adjudicadoras y los operadores económicos que participan en ellos. Éstos han de poder comunicar a tales entidades adjudicadoras cualquier información útil en el marco del procedimiento de adjudicación, sin miedo a que éstas*



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

*comuniquen a terceros datos cuya divulgación pueda perjudicar a dichos operadores».*

Así, en el recurso, la respuesta del Tribunal parte de esta doctrina, aplicando, además, los criterios interpretativos contenidos en el Informe 15/2012, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón y en la jurisprudencia del TS, que ha concretado el concepto de secretos técnicos o comerciales como el conjunto de conocimientos que no son de dominio público y que resultan necesarios para: la fabricación o comercialización de productos; la prestación de servicios; y/o la organización administrativa o financiera de una unidad o dependencia empresarial, y que por ello procura a quien dispone de ellos de una ventaja competitiva en el mercado que se esfuerza en conservar en secreto, evitando su divulgación.

Concluye el TACPA que, en el procedimiento, ante la solicitud de la recurrente de acceso a la propuesta técnica de la adjudicataria, el órgano de contratación pudo valorar el carácter confidencial ex artículo 153 TRLCSP, que prevé la posibilidad de que éste atribuya el carácter de confidencial a aspectos no indicados por los licitadores cuando, a su juicio, tal información pueda perjudicar los intereses comerciales legítimos de aquel, o a la leal competencia que ha de regir las relaciones entre las empresas licitadoras. En su lugar —en una actuación prudente y conforme a la norma— optó por trasladar a la finalmente adjudicataria la solicitud, para que manifestara su consentimiento, o acreditara el carácter confidencial de la documentación, por afectar a secretos técnicos o comerciales. Ésta contestó indicando qué parte de su





## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

documentación técnica era confidencial y su motivación, así como la parte en la que consentía el acceso a la misma.

En conclusión, la confidencialidad deriva del hecho de que la información afecte, en particular, a los secretos técnicos o comerciales y/o a los aspectos que el órgano de contratación considere confidenciales, por la posibilidad de que se perjudiquen intereses legítimos o a la competencia leal entre empresas, según el artículo 21 Directiva 2014/24/UE; y, como se ha señalado, el artículo 153 TRLCSP regula la posibilidad, del órgano de contratación (que no del licitador) de no dar a conocer cierta información contractual. Y este es el caso que se planteó en el recurso, desestimado por el TACPA.

### **II.- Acuerdos 28/2015 y 30/2015, de 3 de marzo. Legitimación de los partidos políticos.**

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

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



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

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

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

Existe un voto particular del Presidente, que estima que sí existe legitimación, pues entiende que *«no hace una mera defensa de la legalidad, sino que explica su oposición a la licitación de la construcción del Hospital de Alcañiz bajo la modalidad de concesión de obra pública, por entender que, al margen de anomalías desde la*



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

*perspectiva de participación en la tramitación del procedimiento, su configuración —en lo que consideran de forma errónea como una «privatización de servicios sanitarios», pues el objeto del contrato no es sino una obra pública (con sistema de financiación por explotación)— tendrá consecuencias presupuestarias que, desde la lógica jurídico-política, de forma razonable, pretenderían evitar. Los motivos, por lo demás, no parecen espurios, ni una estrategia de mera contienda político-ideológica (nada impide, y creo que es lo que aquí sucede, que una pretensión política se defienda desde la perspectiva estrictamente legal, y merezca y requiera la necesaria respuesta jurídica).*

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



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

### **III.- Acuerdo 36/2015, de 27 de marzo. Desaparición del objeto de un recurso. Subrogación de trabajadores y sucesión de empresas.**

En este recurso, aborda el Tribunal la decisión sobre si existe causa de inadmisión por pérdida de objeto como consecuencia de su Acuerdo 35/2015, de 27 de marzo, que anula el pliego de la licitación del contrato, por la estimación del recurso especial planteado por CASTA GUADARRAMA, S.A, frente a la misma.

La desaparición del objeto del recurso ha sido considerada, en nuestra jurisprudencia, como uno de los modos de terminación del proceso; tanto cuando lo impugnado eran disposiciones generales, en que la ulterior derogación de éstas, o su declaración de nulidad por sentencia anterior, ha determinado la desestimación del recurso, no porque en su momento no estuviere fundado, sino porque la derogación sobrevenida de la norma priva a la controversia de cualquier interés o utilidad real; como en recursos dirigidos contra resoluciones o actos administrativos singulares, en los que se ha considerado que desaparecía su objeto cuando circunstancias posteriores les privaban de eficacia, hasta el punto de determinar la desaparición real de la controversia.

Como es sabido, la «pérdida de objeto» es una figura jurisprudencial que tiene anclaje en la aplicación supletoria de la regulación del artículo 22 la Ley de Enjuiciamiento Civil, como explica la STS de 3 de Diciembre de 2013:

*«Seguimos de esta forma el criterio mantenido en sentencias anteriores, de fechas 29 de enero de 2013 (recurso 2789/2010), 7 de octubre de 2013 (recurso 247/2011) y las que en ellas se citan, que señalan que “el artículo 22 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aplicable con carácter supletorio al proceso contencioso administrativo según la disposición final primera de la Ley 29/1998,*



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

*de 13 de julio, no identifica la carencia sobrevenida de objeto con la satisfacción extraprocesal de las pretensiones ejercitadas, sino que ambas son manifestaciones diferentes de que el proceso ha perdido su interés al objeto de obtener la tutela judicial pretendida, que no sólo deriva de haberse obtenido extraprocesalmente la satisfacción de dicho interés sino de "cualquier otra causa", como es el caso contemplado en este recurso, en el que la nulidad del procedimiento expropiatorio, incluido el acto impugnado, derivada de la desaparición de la causa expropiandi, lo que hace que pierda su razón de ser la discusión o conflicto sobre la determinación del justiprecio y su cuantificación, que constituía el objeto del proceso».*

La Sentencia añade que *«la razón de la desaparición del proceso es ajena a la voluntad de las partes y obedece a las estrictas razones de orden público que justifican la existencia misma del proceso como mecanismo de satisfacción de pretensiones sustentadas en intereses legítimos, por lo que desaparecidos estos el proceso carece de sentido».*

La STC 102/2009, de 27 de abril afirmó que *«...la causa legal de terminación anticipada de un proceso por pérdida sobrevenida de su objeto, de conformidad a lo establecido en el artículo 22, se conecta con la pérdida del interés legítimo en obtener la tutela judicial en relación a la pretensión ejercitada, y precisamente por ello su sentido es evitar la continuación de un proceso...».*

Y en la misma sentencia, el Tribunal Constitucional declara que, para que la decisión judicial de cierre del proceso, por pérdida sobrevenida del objeto, resulte respetuosa con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, es necesario que la pérdida del interés legítimo sea completa.

Llegando el Tribunal a la conclusión que desde la doctrina expuesta, se comprueba que en el caso planteado no hay pérdida completa del interés legítimo, pues la pretensión y motivación de anulación es distinta.



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

En este Acuerdo 36/2015, la recurrente fundamenta el recurso entre otras cuestiones en la no subrogación del personal establecida en el PCAP, y manifiesta que el artículo 44 TRLET, —en cuanto pilar del principio de estabilidad en el empleo del artículo 35.1 CE—, impone la subrogación del nuevo cesionario en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior cedente, con la consiguiente continuación de las relaciones laborales vigentes en los supuestos de cambio de la titularidad de una empresa, de un centro de trabajo, o de una unidad productiva autónoma.

Reconoce la recurrente, que las situaciones laborales creadas como consecuencia de la externalización de servicios son muy complejas, pero tal y como se desprende de la doctrina comunitaria, no es preciso para la existencia de un vínculo jurídico-laboral de sucesión de empresas que se produzca ninguna vinculación contractual, ni haya una transmisión de elementos patrimoniales entre las mismas, ni que venga establecido en el Convenio Colectivo de aplicación. Destaca que existe ese fenómeno jurídico-laboral de la transmisión de empresas cuando lo que se transfiere es una entidad económica que mantenga una identidad, entendida como un conjunto de medios organizados, a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuere esencial o accesoria, como recoge el artículo 1 b) de la Directiva 2000/23. Y, finalmente, considera que en el contrato licitado, atendiendo a las necesidades que el Gobierno de Aragón va a satisfacer, y a la puesta a disposición por la Administración de los bienes inmuebles y muebles y medios auxiliares precisos para la prestación del servicio (apartado 2.6.5 PCAP y Anexo X del PCAP), la empresa a la que se le adjudique el servicio debe subrogarse en los contratos de trabajo vigentes, en aplicación del artículo 44 TRLET por transposición de la normativa



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

comunitaria, estando ante un supuesto de sucesión empresarial, tal como ya admite la jurisprudencia del TS, tras la Sentencia del 27 de octubre de 2004.

No obstante, se reafirma el Tribunal en la doctrina consolidada de los Tribunales administrativos de contratos sobre la subrogación de trabajadores, en el sentido de que no puede constituir una de las obligaciones que se imponen en el pliego de cláusulas administrativas particulares al adjudicatario del contrato, dado que estaríamos ante una estipulación que afectaría a terceros ajenos al vínculo contractual, como son los trabajadores de la anterior empresa adjudicataria. Por todas basta citar la Resolución número 879/2014, de 28 de noviembre del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante TACRC), que comparte este Tribunal, pues como afirma la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón —en sus Informes 6/2012, de 7 de marzo y 7/2014, de 2 de abril— *«La obligación de subrogación en un contrato público es una cuestión de ámbito laboral que procederá cuando así se prevea de forma expresa en el convenio colectivo de referencia y en las condiciones allí recogidas, debiendo el pliego referenciar esta obligación a efectos meramente informativos, con el fin de que las ofertas presentadas tengan en cuenta entre los costes esta eventualidad»*. Y como recuerda el Informe 58/2009, de la Junta Consultiva de la Administración del Estado, el hecho de no incluir en los pliegos, que deban regir la adjudicación y ejecución de un contrato, la obligación que pueda afectar a la empresa adjudicataria de subrogarse, en las relaciones de trabajo preexistentes, para la ejecución del contrato de cuya adjudicación se trate, no es obstáculo para la



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

exigencia del cumplimiento de la misma cuando esté establecida en normas o convenios que sean de aplicación al sector.

En el mismo sentido cabe citar el informe de la Abogacía General del Estado de 29 de junio de 2005, que considera que del cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones de carácter laboral no corresponde conocer a la Administración contratante, ni a la Jurisdicción contenciosa, siendo que el PCAP tiene su contenido limitado a la regulación de la relación jurídico administrativa, y no la laboral de las relaciones existentes entre el adjudicatario y sus trabajadores.

En el caso objeto de recurso, el propio recurrente reconoce que no existe tal subrogación, en el Convenio colectivo de aplicación.

En lógica consecuencia de lo hasta aquí expuesto, el Departamento no puede incluir en los pliegos que rigen la contratación la obligación de subrogación de los trabajadores, que no existe en el convenio colectivo de aplicación. Y ello porque, en puridad, tal subrogación no puede constituir, si hemos de observar correctamente el sentido de los preceptos legales que la regulan, una de las obligaciones que se imponen en el pliego de cláusulas administrativas particulares al adjudicatario del contrato.

Por lo expuesto, procede el Tribunal a desestimar el recurso, pero añade que no es menos cierto, sin embargo, y este Tribunal no puede omitir hacer referencia a la circunstancia, de que no nos encontramos ante un supuesto de licitación de un contrato público, por extinción de un contrato anterior al llegar el término de su vencimiento, sino que se trata de suceder en la prestación de servicio, a una entidad que ha venido





## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

prestando, hace más de veinte años, el servicio en virtud de un convenio administrativo.

En estos supuestos, el órgano de contratación debe considerar si se encuentra, o no se encuentra, ante el fenómeno conocido en el Derecho laboral como «sucesión de empresas», circunstancia que si se produce, obligará al nuevo contratista adjudicatario a asumir los trabajadores de la anterior entidad que venía prestando el servicio, y respetarles los derechos de todo tipo que tuviesen.

Es decir, el órgano de contratación debe plantearse si el nuevo adjudicatario deberá subrogarse en la posición jurídica del anterior empleador, a fin de que no se produzca un fraude a la legislación laboral y por tanto, a los derechos de los trabajadores. Toda vez que no es competencia del TACPA entrar a valorar cuestiones que corresponden al ámbito de la jurisdicción laboral. En todo caso, por si así fuera, pese al criterio contrario que pueda tener el órgano de contratación, deberá tenerlo previsto, a la hora de establecer el presupuesto de licitación.

También valora el Tribunal la toma en consideración de la fuerza vinculante de los Convenios en la determinación del presupuesto de licitación.

### **IV.- Acuerdo 60/2015, de 15 de mayo. Compromiso de adscripción de medios materiales confuso o erróneo. La exigencia de lotes como regla general.**

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



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

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

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



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

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

**V.- Acuerdo 76/2015, de 20 de julio. Previsión que exige que un licitador asuma el impacto económico de una modificación, si ésta no supera determinado porcentaje.**

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

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



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

*deberá tener en cuenta a la hora de calcular el valor estimado, pues, sólo así, se garantiza una adecuada visión del verdadero «objeto del contrato».*

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

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

El Tribunal advierte que la imprevisión debe referirse a imprevisibilidad en sentido estricto y no a la mera imprevisión aún por falta de diligencia, como recuerda la referida STJUE de 29 de abril, de 2004, *Succhi di Frutta «un poder adjudicador diligente que desempeñe normalmente su actividad debería haber previsto atenerse a las condiciones para su adjudicación»* (apartados 116-118).



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

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

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

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

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

b) Que sean jurídicamente inevitables para el contratista y no obedezcan, o se hayan producido, como consecuencia de imprevisión, negligencia o impericia, en el momento de la redacción del proyecto o en cálculo de los costes del mismo.



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

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

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

*«Es ilegal que un licitador asuma el impacto de una modificación contractual, porque se rompe con el principio esencial de equivalencia del contrato, sin que se pueda encajar en los parámetros del riesgo empresarial (o riesgo y ventura). La incertidumbre del mayor costo de un contrato público de obra resulta contraria al propio sistema de retribución que el TRLCSP establece de forma obligatoria.»*

*Es bien conocido que en el contrato administrativo se da una fuerte vinculación entre el objeto contractual y la satisfacción de los intereses públicos (artículo 19.1.b) TRLCSP), lo que lleva en ocasiones a preservar tal vinculación mediante la modificación del contrato, con la finalidad de evitar que una excesiva rigidez en la aplicación de lo acordado lleve a la frustración de los intereses públicos perseguidos. Por ello, la Administración Pública dispone de prerrogativas, como es el caso de la potestas variandi —el tradicionalmente denominado ius variandi— o prerrogativa de modificación unilateral del contrato, por motivos de interés público, mediante compensación (por ejemplo, TRLCSP artículos 209 a 211). Como contrapartida del otorgamiento de tales prerrogativas (con independencia de su efectivo ejercicio) y como consecuencia de la configuración del contratista como un colaborador de la Administración en la realización de los intereses públicos perseguidos con el contrato, el Derecho administrativo también garantiza al contratista una remuneración suficiente. La denominada «honesta equivalencia de prestaciones» entre lo que el contratista da y lo que recibe a cambio, (formulación doctrinal perfectamente interiorizada por la jurisprudencia), se quiebra con la cláusula objeto de impugnación, ya que en todo contrato público debe garantizarse, durante su ejecución, el respeto de las reglas de retribución, como un deber del poder*



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

*adjudicador concedente y un derecho del contratista. Y, por ello, debe ser declarada ilegal.*

Asimismo, la previsión del pliego impugnada —a diferencia de lo que sostiene el órgano gestor— es manifiestamente contraria al principio de eficiencia. Este principio, de fundamento constitucional —artículo 31.2 CE— obliga a que en cualquier gasto público se realice una asignación equitativa de los recursos públicos y su programación y ejecución respondan a los criterios de eficiencia y economía. Principio igualmente recogido en el artículo 7 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.

Este principio tiene aquí por función intrínseca determinar cuando un gasto es no sólo eficaz, sino eficiente desde una perspectiva de rentabilidad. Y la previsión impugnada en modo alguno es compatible con este principio, pues a lo que conduce —o puede conducir—, es a que los licitadores, en su oferta, incluyan ya como gasto tal posibilidad, lo que incrementará el precio ofertado. Y de no haber modificaciones se estaría retribuyendo de forma manifiestamente ineficiente.

La posibilidad de que algún licitador asuma ese riesgo rompe con la regla de igualdad de trato, y es una condición que no encuentra cobertura legal y que puede, además, ocultar o amparar ofertas que pueden resultar anormales o desproporcionadas, lo que pone en riesgo la correcta ejecución del contrato (que es la auténtica causa del procedimiento de licitación).

En la gestión de la contratación pública no basta con realizar una tramitación que sea, aparentemente, conforme al principio de legalidad. Además, es necesario que se respete, junto al principio de estabilidad presupuestaria, el principio de eficiencia. Y la previsión



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

impugnada rompe esta máxima, por lo que incurre en manifiesta ilegalidad.

Y en modo alguno puede justificarse por el dato de que haya sido utilizada en anteriores licitaciones y no se haya impugnado. El principio dispositivo de los interesados en impugnar un pliego no puede quedar condicionado por anteriores precedentes. Y, mucho menos, esos precedentes pueden servir de argumentación para validar una actuación como la impugnada.

### **VI.- Acuerdo 83/2015, de 3 de agosto. Funciones y actuaciones de la Mesa de contratación. Asesoramiento externo.**

En el Acuerdo 83/2015, de 3 de agosto, se distingue entre las funciones de la Mesa de contratación y la actuación exigible a la misma, y la naturaleza del Comité de expertos. El artículo 320.1 TRLCSP, dispone que en los procedimientos abiertos y restringidos, y en los negociados con publicidad, salvo que la competencia para contratar corresponda a una Junta de Contratación, los órganos de contratación de las Administraciones Públicas estarán asistidos por una Mesa de contratación que será competente para la valoración de las ofertas. En igual sentido se manifiesta el artículo 21.1 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la anterior Ley (en adelante, RPLCSP). La Mesa de contratación es un órgano colegiado de carácter técnico, establecido legalmente al objeto de auxiliar al órgano de contratación en la adjudicación del contrato. Debido a su carácter técnico, sus funciones legal y reglamentariamente se circunscriben a llevar a cabo las actuaciones precisas para ayudar a que el órgano de contratación forme su voluntad en cuanto a la





## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

adjudicación del contrato, entre ellas la valoración de las propuestas (artículo 21.1 RPLCSP).

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

La Mesa de contratación es la que actúa durante todo el procedimiento como órgano de asistencia al órgano de contratación. Cuestión distinta es, que en el uso de sus facultades, y en ejercicio de la previsión contenida en el artículo 160.1 TRLCSP, la Mesa solicitara asesoramiento técnico especializado.

Y en el procedimiento analizado quedaba claro que, la Mesa de contratación, plenamente facultada para ello, contó con el asesoramiento de técnicos especializados, que actuaron asistiéndola en la elaboración del informe de valoración de las propuestas en cuanto a los criterios sometidos a un juicio de valoración, y en ningún caso, tuvieron la naturaleza del Comité de expertos previsto en el artículo



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

150.2 TRLCSP. Dicho informe fue asumido, como propio, por la Mesa de contratación en su sesión correspondiente.

### **VII.- Acuerdo 85/2015, de 10 de agosto. Ampliación del objeto del contrato previsto en el PCAP por el PPT.**

En el Acuerdo 85/2015, alega la recurrente, para fundamentar su recurso, que el PCAP y el anuncio de licitación, definen el objeto del contrato de una forma y alcance, que se ve ampliada en el PPT. Es decir, que la verdadera definición del objeto del contrato se halla en el PPT y no el PCAP.

A este respecto, señala el Tribunal, que el ordenamiento jurídico de la contratación pública, establece que los pliegos de cláusulas administrativas particulares, según dispone el artículo 67.2 del RGLCAP, serán redactados por el servicio competente y deberán contener con carácter general para todos los contratos los siguientes datos: «a). *Definición del objeto del contrato, con expresión de la codificación correspondiente...».*

El objeto de los contratos son las obligaciones que él crea, y esas obligaciones, a su vez, tienen por objeto prestaciones (sea de dar cosas, de hacer o de no hacer) que constituyen el objeto de la ejecución del contrato. Esta es la razón de que todas las entidades comprendidas dentro del ámbito de aplicación de la legislación de contratos del sector público, tengan la obligación de determinar y dar a conocer de forma clara las prestaciones que serán objeto de adjudicación. Cualquier acepción genérica o confusa, comporta para el licitador inseguridad jurídica. De este modo, en función de la descripción utilizada por la Administración para definir las prestaciones que



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

comprende el negocio jurídico a celebrar, los empresarios advierten su capacidad para concurrir a la licitación, a través de relación entre el objeto del contrato y el objeto social del licitador.

En este sentido, en el anuncio de licitación y en los pliegos de condiciones, siempre se debe señalar con la mayor exactitud posible el objeto y alcance de las prestaciones que se desean contratar, de forma que los operadores económicos puedan identificarlas correctamente y en su caso, decidir presentar sus ofertas. Y es por ello que el objeto del contrato, conforme al artículo 115.2 TRLCSP, debe contenerse en el PCAP, como recuerda el Informe 35/08, de 25 de abril de 2008, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado — «Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre contenido básico de los pliegos de cláusulas administrativas particulares comunes para todo tipo de contratos administrativos»—, pues el PCAP constituye la *lex contractus*, con fuerza vinculante entre las partes y sólo limitado por la observancia de las normas de derecho necesario, de modo que una vez aprobados y no habiendo sido impugnado su contenido en el momento oportuno para ello, los pliegos no podrán ser modificados y, por lo tanto, salvo que existan vicios de nulidad de pleno derecho, el licitador o el contratista y la Administración, deberán pasar por su contenido, aunque el mismo contravenga algún precepto legal o reglamentario. Y de ahí que el artículo 68.3 RGLCAP prohíbe que los PPT contengan declaraciones o cláusulas que deben figurar en el PCAP.

Este Tribunal se ha pronunciado en varias ocasiones sobre esta cuestión —Acuerdos 10/2011, de 6 de julio de 2011, 38/2012, de 10 de septiembre de 2012, y 39/2012, de 12 septiembre de 2012—, en el sentido de que



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

vulnerar el mandato del artículo 68.3 RGLCAP, en cuanto a la prohibición de que los PPT contengan declaraciones o cláusulas que deben figurar en el PCAP, supone la nulidad de los pliegos.

Posteriormente, analiza el Tribunal si la inclusión de ciertas prestaciones complementarias en el PPT comporta la financiación de determinadas prestaciones de la Administración de forma fraudulenta, y, además acarrear la indeterminación del objeto del contrato. El Tribunal, en relación con este tipo de contratos de carácter sanitario, tiene manifestado, en su Acuerdo 17/2014, de 25 de marzo de 2014, que:

*«Nos encontramos ante un contrato de suministros complejo, habitual en los Sectores sanitarios, en los que el objeto principal de la prestación consiste en el suministro de una serie de reactivos para laboratorios, distribuidos en diferentes lotes según su naturaleza, y cuyas ofertas económicas son las evaluadas en la licitación. Pero este objeto principal se complementa con los instrumentos o dispositivos necesarios para la realización de las técnicas analíticas (denominados en la documentación como «aparataje ofertado»), que los licitadores «ceden en uso» durante la duración del contrato «sin coste para el Hospital», y cuyas características técnicas son objeto de valoración en los criterios sometidos a evaluación posterior».*

Es decir, en este tipo de contratos, como el que constituye el objeto del recurso, se suele incluir en el objeto de los mismos, la cesión, el mantenimiento de los equipos, y la formación para quienes deben utilizarlos. Es decir, son contratos de objeto múltiple, de prestaciones complementarias, que derivan de la unidad funcional del servicio o suministro.

En consecuencia, son prestaciones complementarias que no tienen porqué constituir el objeto de un procedimiento de licitación distinto del de contratación en el que se incluyen, pues sí tienen que ver con la prestación concreta que constituye el objeto de la licitación; y existe



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

una vinculación directa de estas prestaciones con el objeto del contrato. En el mismo sentido, es posible que su valoración como criterio de adjudicación, pues constituyen cualidades intrínsecas de la propia prestación.

Es oportuno recordar, como ya hemos indicado con anterioridad, que el artículo 25.2 de TRLCSP, al regular el contrato mixto —y en este caso nos hallamos ante un contrato del tal naturaleza— establece dos requisitos fundamentales, por un lado la existencia de prestaciones que estén directamente vinculadas entre sí y, por otro, que a esa vinculación debe añadirse un elemento como es que esas prestaciones vinculadas puedan calificarse como complementarias, de modo que deban tratarse como una unidad funcional y que estén dirigidas a satisfacer una necesidad propia del órgano contratante.

Y, en este sentido, señala la Resolución 220/2015, de 15 de junio, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, y este Tribunal comparte, que esa vinculación debe ser una vinculación material, no meramente subjetiva, ni tampoco formal. Es decir, debe ser aquella en la que exista una relación material directa porque las materias a las que afecte versen sobre cuestiones muy próximas. Esta interpretación es la que se deduce de la parte final del precepto, cuando exige su consideración y tratamiento como una unidad funcional, pues para que se cumpla tal previsión esa complementariedad únicamente lo ha de ser desde el punto de vista material. Esa necesaria vinculación material exige que los límites establecidos en el mencionado artículo 25.2 TRLCSP no deban analizarse en términos económicos o de oportunidad, sino en términos



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

jurídicos, en el sentido expresado en el precepto de vinculación material y complementariedad.

### **VIII.- Acuerdo 94/2015, de 26 de octubre. Fórmula de valoración del criterio precio, de la que no se obtiene la oferta económicamente más ventajosa.**

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

El TACPA considera —por todos Acuerdo 20/2015, de 9 de febrero— que la valoración de la oferta económicamente más ventajosa supone apreciar, dimensionar y evaluar, el contenido de la misma. Y no es sencillo identificar esa oferta, pues requiere ponderar, sopesar y comparar todas las ventajas de diversa índole que las proposiciones presentadas puedan reportar. Hay que evaluar aspectos diversos, frecuentemente complejos y difícilmente mesurables, así como efectuar juicios valorativos impregnados de subjetividad. Lo que significa que el intérprete de este concepto jurídico indeterminado, que es la «oferta económicamente más ventajosa», dispone de un margen de apreciación —discrecionalidad— para determinar cuál sea la oferta económicamente más ventajosa.

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



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

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

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



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

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

En la licitación recurrida, una vez analizada la fórmula de valoración por Tribunal, se aprecia que la fórmula utilizada como norma de valoración del criterio precio es contraria a la legislación contractual, puesto que impide hallar la oferta económicamente más ventajosa, no respeta la ponderación establecida para las horas licitadas, y da lugar a que ofertas menos ventajosas en su conjunto puedan obtener mayor puntuación. Y considera que, procede en consecuencia, declarar la ilegalidad y la nulidad de la norma de valoración del criterio precio del PCAPE. Y anular la licitación, pues en aplicación de la doctrina de la STJUE de 4 de diciembre de 2003, —que se refiere a la hipótesis de la anulación de un criterio de adjudicación de forma previa a la adjudicación del contrato— procede declarar la anulación de todo el procedimiento.

Analiza también el Tribunal si procede la impugnación extemporánea de los pliegos, al haber transcurrido el plazo previsto en el art. 44.2 a) TRLCSP.

Es cierto que los Tribunales administrativos de recursos contractuales suelen inadmitir por extemporáneo, aquel recurso especial interpuesto





## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

contra un acto de exclusión o adjudicación, en el que se alegan cláusulas ilegales del PCAP o del PPT. Toda vez que la participación del recurrente en la licitación, supuso la aceptación incondicionada de dichos pliegos (artículo 145.1 TRLCSP). Y, por tanto, el recurso contra ellos debió interponerse en el plazo de 15 días hábiles, desde que se recibieron o fueron conocidos. Y no es posible recurrirlos cuando se notifica el acto de exclusión o adjudicación por haber transcurrido el plazo para hacerlo y tratarse de un acto consentido y firme. En este sentido, cabría citar múltiples pronunciamientos de los Tribunales de recursos contractuales, entre ellos la Resolución 600/2015, de 29 de junio de 2015, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, que menciona CLECE en su escrito de alegaciones.

El artículo 145.1 TRLCSP hunde su fundamento, en la regla del Derecho Romano «*nulla iniuria est, quae in volentem fiat*» (no es injusticia la que se comete contra el que la quiere). Sin embargo, la aplicación efectiva de la Directiva 89/665, de 21 de diciembre de 1989, de recursos en materia de contratos públicos, reformada por la Directiva 2007/66/CEE, de 11 de diciembre, que tiene como objetivo garantizar el correcto cumplimiento de la normativa comunitaria en materia de contratación pública, debe habilitar la interposición de un recurso especial contra el acto de adjudicación, o de exclusión como en este caso, en el que el recurrente alegue la infracción del ordenamiento jurídico en las regulaciones de los pliegos, cuando dicha infracción aún no le suponía una lesión directa que le excluía del procedimiento licitatorio. Pues, como pone de manifiesto la doctrina más autorizada, la negación general de la posibilidad de impugnar las bases una vez que se ha presentado la oferta no cohonesta con las Directivas de recursos. Lo que se explica porque no siempre es sencillo detectar las posibles



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

infracciones de las reglas del procedimiento antes de la presentación de las ofertas.

La efectividad de la Directiva de recursos, exige poder depurar las ilegalidades de los pliegos —que el licitador advierte en un momento posterior al conocimiento de éstos— cuando se valora la oferta y se aplican los criterios de adjudicación. Es entonces cuando se produce la lesión en sus derechos. Se trata, afirma la doctrina, de considerar que el efecto útil de la Directiva de recursos queda cercenado, si determinadas previsiones de un pliego —que aún no causan lesión efectiva en los derechos de los licitadores, ni impiden su participación en la licitación, pero que, efectivamente, son contrarias a los principios básicos de la contratación pública— no pueden ser recurridas cuando es notificado el acto de adjudicación, o el acto de exclusión, que es cuando se produce la lesión efectiva en los derechos del licitador.

De manera que no es admisible, en contra del efecto útil de la Directiva de recursos, una interpretación del artículo 145.1 TRLCSP que supone consentir causas de nulidad de pleno derecho, o infracciones de los principios básicos de la contratación pública, por presumir el consentimiento o aquiescencia del licitador, por su mera participación en la licitación sin recurrir el pliego.

Además, en el supuesto objeto del recurso, hay que recordar la jurisprudencia del TC, en su Sentencia 144/2008, de 10 de noviembre, FJ 4º, que literalmente dice: *«...hemos sostenido la impugnabilidad de un acto o resolución, aunque no lo hubieran sido las bases de la convocatoria, si concurre un supuesto de nulidad radical conforme a la legislación aplicable (así, SSTC 193/1987, de 9 de diciembre; FJ 2; 200/1991, de 28 de octubre, FJ 3; 93/1995, de 19 de junio, FJ 4; 16/1998,*



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

de 26 de enero, FJ 2; y 107/2003, de 2 de junio, FJ 2)». Y aquí concurre un supuesto de nulidad radical.

### **IX.- Acuerdo 95/2015, de 30 de octubre. Plazo de presentación de ofertas. Publicación posterior en el Perfil de contratante de la fórmula aplicable al criterio precio y al resto de fórmulas o métodos de reparto de la puntuación de los criterios evaluables de forma automática.**

Se analiza por el Tribunal, en el Acuerdo 95/2015, si se ha producido un incumplimiento de los plazos de publicación y una reducción del tiempo de preparación de ofertas. Se debe tener en cuenta que el apartado 1 del artículo 159 TRLCSP permite reducir en cinco días el plazo ordinario de 52 días para presentar proposiciones en los contratos sujetos a regulación armonizada, cuando se ofrezca acceso por medios electrónicos a los pliegos y a la documentación complementaria. Dicho plazo se puede reducir en siete días más cuando los anuncios se preparen y envíen por medios electrónicos, como sucede en este caso.

Por ello, el plazo ordinario de 52 días se puede reducir hasta 40, siempre que además de lo anterior, se respete la cautela del inciso final del apartado 1 del artículo 159, que exige que la publicación de la licitación en el Boletín Oficial del Estado se haga con una antelación mínima equivalente al plazo fijado para la presentaciones en los contratos no sujetos a regulación armonizada (quince días desde la publicación del anuncio, en este procedimiento).

El otro aspecto relevante del Acuerdo, radica en que en el procedimiento de contratación el Pliego de condiciones determinaba los criterios que iban a ser evaluados de forma automática, pero no se incluían las fórmulas o parámetros que permitían valorar y ponderar las



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

ofertas. Y fue después, mediante una «Nota informativa» publicada en el Perfil de contratante, donde se recoge tanto la fórmula a aplicar al criterio precio, como el resto de fórmulas o métodos de reparto de la puntuación de los criterios evaluables de forma automática.

El Tribunal precisa en su Acuerdo que las exigencias de publicidad establecidas en el TRLCSP se acomodan a los diferentes tipos contractuales, siendo especialmente rigurosas en contratos, como el que constituye objeto de este recurso, sujetos a regulación armonizada.

Pues bien, la indebida configuración de los criterios de adjudicación, al no incluir las fórmulas aplicables podrían alterar los principios inherentes a toda licitación pública de igualdad de trato y transparencia, e implicaría un vicio de nulidad de pleno derecho ex artículo 62.1.a) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Y ello porque el artículo 150 TRLCSP impone, como uno de los requisitos de los «criterios evaluables de forma automática», el de que puedan valorarse mediante cifras o porcentajes obtenidos a través de la mera aplicación de las fórmulas establecidas en los pliegos. En estos casos, los criterios tienen una concreta ponderación, lo que supone fijar la horquilla de asignación máxima de puntuación por cada criterio, y, para su determinación, debe fijarse el sistema de puntuación, que debe descansar en reglas o parámetros de medición previamente explicitados.

Debe quedar claro que, ni el artículo 150.2 del TRLCSP, ni el artículo 67.2.i) del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP), imponen que el



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Pliego exprese, en términos de una fórmula matemática, las reglas de distribución de puntuación de los criterios de adjudicación. Pero sí es necesario que se haga constar la forma en que se llevará a cabo dicha operación. Pues, para formular la oferta, el licitador necesita conocer el método de valoración de modo que pueda redactarla, no solo atendiendo al coste real de la prestación, sino también haciendo lo posible para que, de la valoración de los distintos criterios, su oferta resulte ser la mejor puntuada y, consecuentemente, la seleccionada.

El conocimiento de qué fórmula será utilizada por el órgano de contratación al valorar las ofertas, es un elemento decisivo que debe conocer el licitador, en el momento de preparar la oferta, puesto que la oferta económica puede variar mucho en función del sistema de reparto de los puntos, con independencia de que se conozca la ponderación que tiene el criterio relativo al precio —apreciación extensible al resto de criterios evaluables de manera automática—. Y, el desconocimiento de la fórmula matemática, o las reglas de distribución de puntuación de los criterios de adjudicación, conlleva una vulneración del principio de igualdad que genera indefensión para los licitadores, en tanto en cuanto éstos a la vista de los pliegos no pueden conocer de antemano los criterios que el órgano de contratación tendrá en cuenta para la valoración de sus ofertas (obviamente no es lo mismo una fórmula de reparto en proporción lineal que progresiva, o con coeficientes de corrección).

El principio de igualdad y su vertiente del principio de transparencia, requiere que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones. Y, entre ellas, la



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

fórmula matemática o las reglas de distribución de puntuación de los criterios de adjudicación.

Es evidente, en este caso, que la publicación en el Perfil de contratante, de la Nota informativa de la Mesa general de contratación, por la que se da publicidad a los métodos de reparto proporcional de valoración de las propuestas para cada uno de los criterios evaluables automáticamente, supone una modificación del Pliego, desde el momento que incluye aspectos claves para la licitación y para la determinación de la oferta económica más ventajosa, que no se recogían en el inicialmente publicado.

Y en ningún caso se puede considerar que la publicación posterior en el Perfil de contratante de las fórmulas aplicables convalide su ausencia inicial. Para ello habría resultado necesario, dada la magnitud del error, otorgar la misma publicidad que se dio al inicio de la licitación, debiendo haber ampliado además el plazo de presentación de proposiciones.

En conclusión, la omisión inicial en el Pliego de condiciones de las fórmulas a aplicar para la valoración de los criterios evaluables de forma automática, vicia de nulidad el procedimiento de licitación.

### **X.- Acuerdo 98/2015, de 13 de noviembre. Alcance de la denominada discrecionalidad técnica de la Administración.**

Trae a colación el TACPA en este Acuerdo la doctrina más reciente del Tribunal Supremo en relación con el alcance de la denominada discrecionalidad técnica, en la que se ha llegado a afirmar que en procesos selectivos de personal —prototipo de la discrecionalidad



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

técnica— la valoración de los méritos y capacidad de un opositor ya no es campo vedado a los Tribunales de Justicia, ni la opinión del órgano calificador goza de la presunción de infalibilidad (STS 31 de julio de 2014 en los Recursos de casación 2001/2013). Sobre esta cuestión resulta paradigmática la Sentencia de 24 de septiembre de 2014 (Recurso Casación 1375/2013), pues da cuenta de la evolución jurisprudencial del alto Tribunal en esta materia y fija las condiciones y límites de la discrecionalidad técnica —doctrina que se asume también en la STS de 16 de Diciembre de 2014 (Recurso de casación 3157/2013)—.

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

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

*«Pero no puede olvidarse tampoco que ese control puede encontrar en algunos casos límites determinados. Así ocurre en cuestiones que han de resolverse por un juicio fundado en elementos de carácter exclusivamente técnico, que sólo puede ser formulado por un órgano especializado de la Administración y que en sí mismo escapa por su propia naturaleza al control jurídico, que es el único que pueden ejercer los órganos jurisdiccionales, y que, naturalmente, deberán ejercerlo en la medida en que el juicio afecte al marco legal en que se encuadra, es decir, sobre las cuestiones de legalidad, (...).»*



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

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

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

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

El primero estaría representado por el estricto dictamen o juicio de valor técnico, y los segundos (los aledaños) comprenderían, de un lado, las actividades preparatorias o instrumentales que rodean a ese estricto





## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

juicio técnico para hacerlo posible y, de otro, las pautas jurídicas que también son exigibles a dichas actividades.

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

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

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

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

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



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

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

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

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

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

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

Y a este respecto se ha declarado que ese contenido debe cumplir al menos estas principales exigencias: (a) expresar el material o las fuentes de información sobre las que va a operar el juicio técnico; (b) consignar los criterios de valoración cualitativa que se utilizarán para emitir el juicio técnico; y (c) expresar por qué la aplicación de esos criterios conduce



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

al resultado individualizado que otorga la preferencia a un candidato frente a los demás.

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

En todo caso, un límite infranqueable a la discrecionalidad técnica es que con la misma no se quiebren los principios de igualdad de trato y de transparencia. El TACPA, en el Acuerdo 23/2011 de 3 de octubre, advirtió que «*La discrecionalidad técnica no puede servir, amparar, ni ocultar, una contratación directa en clara vulneración de los principios*



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

*de concurrencia y eficiencia en la gestión de los fondos públicos, amén de resultar ajena a lo que es una actuación conforme al derecho a una buena administración».* Por ello, como ya se dijo en nuestro Acuerdo 34/2013, los informes de valoración han de contener las razones por las que determinadas condiciones de los criterios de adjudicación son tomadas en consideración o no se aceptan y valoran, pues lo contrario no puede ser admitido resultando imposible de revisar. Exigencia de explicación todavía más necesaria cuando el criterio de valoración se comporta, al exigir un umbral mínimo de puntuación, como criterio de exclusión.

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

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

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

La actividad discrecional de la Administración no ha de ser caprichosa, ni arbitraria, ni ser utilizada para producir una desviación de poder, sino, antes al contrario, ha de fundarse en una situación fáctica probada,



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

valorada a través de informes previos que la norma jurídica de aplicación determine, e interpretados y valorados dentro de la racionalidad del fin que aquélla persigue.

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

Desde esta perspectiva jurídica se analiza la cuestión objeto de recurso, pues el TACPA no puede ser ajeno a los nuevos criterios jurisprudenciales del Tribunal Supremo.

### **XI.- Acuerdo 104/2015, de 9 de noviembre. Carácter de Mercazaragoza como poder adjudicador.**

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



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

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

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

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



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

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

*«...los contratos que deban celebrarse por las entidades que tengan la consideración de medio propio y servicio técnico para la realización de las prestaciones objeto del encargo quedarán sometidos a esta Ley, en los términos que sean procedentes de acuerdo con la naturaleza de la entidad que los celebre y el tipo y cuantía de los mismos, y, en todo caso, cuando se trate de contratos de obras, servicios o suministros cuyas cuantías superen los umbrales establecidos en la Sección 2.a del Capítulo II de este Título Preliminar, las entidades de derecho privado deberán observar para su preparación y adjudicación las reglas establecidas en los artículos 137.1 y 190».*

Esta disposición disciplina el régimen de contratación con terceros que deben aplicar los medios propios, y que, en definitiva, no es otro que el régimen previsto en el TRLCSP para las Administraciones públicas, o bien para los poderes adjudicadores cuando se trate de entidades de naturaleza privada, como es el caso de las Sociedades mercantiles (de ahí la referencia «a la naturaleza de la entidad»). No es admisible,



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

desde la previsión legal, la posibilidad de considerar que un medio propio se califique, a efectos de los contratos que celebre con terceros, como una entidad del sector público que no tenga la consideración de poder adjudicador.

Esta argumentación ha sido también la utilizada por el órgano de recursos contractuales del País Vasco en su Resolución 23/2015, de 24 de febrero, en relación a la tramitación de un contrato de MERCABILBAO, donde se concluye que esta entidad tiene la condición de poder adjudicador, al realizar funciones de interés general (aunque puedan ser también de interés industrial o mercantil) y que, sobretodo, la propia condición de medio propio avoca a MERCABILBAO a la condición de poder adjudicador.

En consecuencia, Mercazaragoza tiene la condición de poder adjudicador no Administración Pública (artículo 3.3 b) TRLCSP) y, por ello, sus contratos, pueden ser objeto de control mediante recurso especial, ante este Tribunal administrativo.

### **XII.- Acuerdo 106/2015, de 16 de diciembre. Consideración del IVA en la valoración del precio ofertado.**

El Acuerdo 106/2015, contiene una interesante doctrina sobre si la valoración del precio se debe hacer sin tener en cuenta el IVA que recae sobre el mismo, o si por el contrario, cuando concurren empresas o entidades exentas de IVA, la comparación de las ofertas con el IVA incluido es correcta, dado que en otro caso, el precio del contrato resultante sería más gravoso para el poder adjudicador, al no poder deducirse el IVA.





## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Es esta una cuestión que ha sido objeto de consideración, de manera reiterada, por las Juntas Consultivas de Contratación Administrativa, por los Tribunales Administrativos de Contratos, por la Abogacía del Estado y, más recientemente, por la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia.

En todos los casos, las Juntas Consultivas y los Tribunales Administrativos de contratos públicos, han considerado que la valoración del precio debe hacerse sin tener en cuenta el IVA.

La Abogacía del Estado se ha referido a esta cuestión, entre otras, en su Circular de 30 de julio de 2008, en relación con el IVA y el importe de los umbrales de los contratos públicos menores, en el que concluye no se incluye el Impuesto sobre el Valor Añadido en el precio.

Entre los informes de las Juntas Consultivas de los últimos años, pueden mencionarse: el Informe 7/08, de 29 de septiembre de 2008, de la Junta Consultiva del Estado —en el que fundamenta el recurso la recurrente—; el Informe 25/2011, de 23 de noviembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón; y el Informe 25/13, de 26 de febrero de 2015; de la Junta Consultiva del Estado.

Entre las resoluciones de los Tribunales Administrativos de contratos, pueden mencionarse: la Resolución 20/2012, de 16 de octubre, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León; la Resolución 186/2013, de 23 de mayo, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante TACRC); la Resolución 80/2013, de 30 de mayo, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid; la Resolución 118/2014, de 14 de febrero, del



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

TACRC; la Resolución 41/2015, de 6 de marzo, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid; y la Resolución 607/2015, de 29 de junio, del TACRC, en relación a la adjudicación del servicio de teleasistencia de la Diputación de A Coruña, en idéntico motivo del recurso.

En el mismo sentido la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, Sentencia 100/2010, de 10 de marzo, que declara, entre otros argumentos, que los preceptos en que la parte recurrente funda su pretensión —artículo 88 de la Ley del IVA y artículo 78.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas—, no contienen mandato imperativo de considerar tal impuesto en los precios aludidos.

Y la STS 6 de julio de 2011, afirma que:

*«la sentencia recurrida, ha estimado que al haber concurrido dos empresas exentas del IVA con otras que no lo están, ello ha originado una ruptura del equilibrio que debe presidir la concurrencia en toda licitación, que mermaba la igualdad, es claro, que no se puede haber vulnerado o aplicado indebidamente el artículo 11.1, pues el hecho de que el importe del concurso incluyera para todos el IVA, no altera la realidad de que unas empresas tuvieran que abonarlo y otras no, con lo que obviamente no estaban en situación de igualdad, que es lo que la sentencia recurrida valora y declara (...) (la sentencia) anula el concurso por la discriminación participativa entre las sociedades concurrentes al concurso, y es sabido, que el principio de igualdad en la licitación está protegido por el artículo 14 de la Constitución y por reiterada doctrina de esta Sala, sentencias de 30 de junio de 1997, 22 de septiembre de 1997, 27 de noviembre de 2001 y 19 de julio de 2002».*

Finalmente, en el Informe de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, de 29 de mayo de 2014, sobre la posibilidad de incluir el IVA en el precio de los procedimientos de contratación pública cuando intervengan licitadores exentos del impuesto (INF/DP/0006/14), se analiza la propuesta de incluir en el precio de los procedimientos de



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

contratación pública el IVA, cuando intervengan licitadores exentos del impuesto, exclusivamente desde el punto de vista de su afectación al mantenimiento de la competencia efectiva y la regulación económica eficiente, en la medida en que supuestas diferencias de trato entre operadores pueden afectar al principio de neutralidad competitiva de las diferentes ofertas presentadas en una licitación pública. La CNMC concluye, que desde el punto de vista de la competencia y regulación económica eficiente, si bien una aproximación teórica y formalista al problema que pretende solucionarse con esta medida pudiera aconsejar una hipotética homogeneización de las ofertas sobre la base de correcciones en la regulación tangencialmente afectada (de naturaleza fiscal, de fomento de actividades económicas...), no se comparte, la puesta en práctica de una medida como la propuesta en relación con el IVA, entre otras, por las siguientes razones:

- a) La asimetría entre operadores se da, con carácter general, en todos los mercados, no únicamente en el de la contratación pública. En cada operador están presentes múltiples diferencias fácticas (tamaño de la empresa, lugar de establecimiento, volumen de negocio...) y jurídicas (regímenes fiscales diversos y situación concreta ante distintos tributos, posible recepción de ayudas públicas, exigencias derivadas de la legislación laboral...) que influyen de forma decisiva en la presentación de su oferta. En estas circunstancias, intentar corregir una sola de ellas (la derivada de las exenciones del IVA) no conseguirá el pretendido objetivo de homogeneizar todas las ofertas.
- b) Porque las obligaciones tributarias de los operadores no derivan del contrato, sino de la normativa fiscal aplicable, por lo que no



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

son cuestiones sobre las que los operadores puedan negociar, ni van a formar parte de su oferta económica.

Así pues, salvo la Recomendación 1/2009, de 28 de mayo, de la Junta Consultiva de Contratación del Gobierno de Canarias, que examina entre otras cuestiones la adjudicación cuando se presentan licitadores exentos de Impuesto General Indirecto Canario (IGIC) frente a licitadores gravados, y cuyos argumentos y conclusiones podrían considerarse aplicables al IVA —en función de la Disposición Adicional Decimotercera TRLCSP—, toda la doctrina administrativa, en materia de contratación pública, se pronuncia en el sentido de que la valoración del precio debe hacerse sin tener en cuenta el IVA que recae sobre el mismo.

Es oportuno recordar, como hace la Circular de la Abogacía General del Estado referida, que en el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (TRLCAP), existía un precepto que expresamente indicaba que, en la referencia que ese texto legal hacía al importe de los contratos, se entendía incluido en el mismo el IVA. El artículo 77 TRLCAP disponía que: *«siempre que en el texto de esta Ley se haga alusión al importe o cuantía de los contratos, se entenderá que en los mismos está incluido el Impuesto sobre el Valor Añadido, salvo indicación expresa en contrario»*.

Esta previsión no pasó a la LCSP, ni al TRLCSP, pues ni se recoge en el artículo 88 TRLCSP, ni en artículo 87.2, relativo a las modalidades de formulación de precios, que se limita a establecer en su inciso final que *«en todo caso se indicará, como partida independiente, el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido que deba soportar la Administración»*,



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

previsión esta última que, ni por su contenido, ni por su formulación, puede considerarse equivalente a la del artículo 77 del derogado TRLCAP.

Todo ello pone de manifiesto, según concluye la Abogacía General del Estado, y este Tribunal comparte, que mientras la regla del artículo 77 del TRLCAP era una norma procedimental, la regla del artículo 87.2 TRLCSP es una norma sustantiva de entronque fiscal (cfr. artículo 88 Uno de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido), por lo que no cabe entender que el artículo 87.2, inciso final, TRLCSP sea una norma homóloga del artículo 77 del derogado TRLCAP.

En realidad la cuestión que se plantea pertenece, estrictamente, al campo de la interpretación de las normas jurídicas, de la indagación del verdadero sentido y alcance de éstas.

Dos son las normas que aparecen en colisión, o en contradicción literal. De una parte el artículo el artículo 88 Uno de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido (en adelante LIVA), que formalmente no ha sido derogado. Este precepto dispone:

*«Uno. Los sujetos pasivos deberán repercutir íntegramente el importe del impuesto sobre aquel para quien se realice la operación gravada, quedando éste obligado a soportarlo siempre que la repercusión se ajuste a lo dispuesto en esta Ley, cualesquiera que fueran las estipulaciones existentes entre ellos.*

*En las entregas de bienes y prestaciones de servicios sujetas y no exentas al impuesto cuyos destinatarios fuesen entes públicos se entenderá siempre que los sujetos pasivos del impuesto, al formular sus propuestas económicas, aunque sean verbales, han incluido dentro de las mismas el Impuesto sobre el Valor Añadido que, no obstante, deberá ser repercutido como partida independiente, cuando así proceda, en los documentos que se presenten para el cobro, sin que el importe*



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

*global contratado experimente incremento como consecuencia de la consignación del tributo repercutido».*

De otra parte, el artículo 87.1 y 2 del TRLCSP establece que:

*«1. En los contratos del sector público, la retribución del contratista consistirá en un precio cierto que deberá expresarse en euros, sin perjuicio de que su pago pueda hacerse mediante la entrega de otras contraprestaciones en los casos en que ésta u otras Leyes así lo prevean. Los órganos de contratación cuidarán de que el precio sea adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato mediante la correcta estimación de su importe, atendiendo al precio general de mercado, en el momento de fijar el presupuesto de licitación y la aplicación, en su caso, de las normas sobre ofertas con valores anormales o desproporcionados.*

*2. El precio del contrato podrá formularse tanto en términos de precios unitarios referidos a los distintos componentes de la prestación o a las unidades de la misma que se entreguen o ejecuten, como en términos de precios aplicables a tanto alzado a la totalidad o a parte de las prestaciones del contrato. En todo caso se indicará, como partida independiente, el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido que deba soportar la Administración».*

En principio, de una interpretación literal, es evidente que el artículo 87 TRLCSP se refiere al precio sin contemplar el IVA, que, en todo caso, se debe indicar como partida independiente. Y, de otra parte, del artículo 88 LIVA, parece deducirse lo contrario.

Ahora bien, la interpretación de estas normas debe hacerse atendiendo al marco de la contratación pública en el Derecho de la Unión Europea y, en este sentido, es claro y meridiano, que el Derecho europeo, para determinar la oferta económica más ventajosa, se centra en el valor de la prestación objeto del contrato, excluyendo el IVA, puesto que éste es un elemento a añadir al valor de la prestación, variable (según los sujetos o los países) y cuya valoración como coste resulta de difícil cuantificación a priori.



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Es suficiente leer los artículos 7, 8 y 9 de la Directiva 2004/18/CE y los artículos 16 y 17 de la Directiva 2004/17 (ambas ya derogadas); o los artículos 4, 5 y 6 de la Directiva 2014/24/UE; artículos 15, 16 y 17 de la Directiva 2014/25/UE y artículos 8 y 9 de la Directiva 2014/23/UE, para advertir que las reglas de valoración de los contratos, establecidas por las Directivas comunitarias, explícitamente excluyen el IVA en la valoración de los contratos.

Y así lo reconoce la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, que en su Disposición Adicional vigésima encomienda al Gobierno la elaboración de un Informe sobre inclusión del IVA en los procedimientos de contratación pública, y para ello establece:

*«El Gobierno elaborará un informe en un plazo de tres meses en el que analice la posibilidad, en el marco de la normativa comunitaria, de incluir en el precio de los procedimientos de contratación pública el IVA cuando intervengan licitadores exentos del impuesto, en particular entidades del Tercer sector, teniendo en cuenta el principio de adjudicación de los servicios a la oferta económicamente más ventajosa para la Administración Pública, así como los demás principios que deben regir la contratación pública».*

Luego, desde un punto de vista de *«interpretación auténtica»* de la ley, de la interpretación que lleva a cabo el propio legislador, es evidente que el precio en los procedimientos de contratación no incluye el IVA, precisamente por aplicación de la normativa comunitaria.

La *«interpretación auténtica»* se contrapone a la *«interpretación no-auténtica»*, siguiendo la doctrina jurídica, se entiende por interpretación auténtica aquella llevada a cabo por los órganos de creación y aplicación del Derecho (legislador y jueces, ambos en sentido amplio). Por su parte, la interpretación no-auténtica, es la realizada por las



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

personas no autorizadas por el propio Derecho. La interpretación auténtica es la única, o, al menos, la más relevante para el Derecho.

Y frente a la interpretación auténtica del legislador, nada puede oponer el TACPA.

Y en la normativa comunitaria la exclusión del IVA, en la valoración del precio, encuentra su razón de ser, según se dice en el Informe del Gobierno remitido a la CNMC —y así se afirma en el propio Informe de la CNMC referido en este acuerdo—, entre otras razones:

a) Porque la inclusión del IVA en el procedimiento de valoración de las ofertas puede provocar una discriminación en las entidades no exentas, discriminación no querida por el Derecho de la Unión Europea en materia de contratación, ya que supone la toma en consideración de elementos basados en las condiciones de los licitadores, no teniendo en cuenta los elementos económicos relacionados con la prestación objeto del contrato.

b) Porque cuando se quiebra la neutralidad del IVA por la vía de la exención es imposible establecer un mecanismo objetivo (aunque lo permitiese la normativa comunitaria) en los procesos de contratación que, teniendo en cuenta las características de los licitadores, permitiera homogeneizar las ofertas a efectos de garantizar que el impacto del IVA es neutral en el proceso y asegurar así el cumplimiento del principio de igualdad de trato.





#### 4.- ESTADÍSTICAS

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

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

Un dato destacable es el del valor estimado global de las licitaciones que han sido impugnadas en el periodo, y que asciende a más de novecientos sesenta millones de euros, en concreto, 961.427.865,2 €, con la distribución por tipo de contrato que se contiene en el Anexo correspondiente.

Sobre el cumplimiento de plazos, hay que señalar que el TRLCSP establece unos plazos muy breves para dictar resolución en los recursos que regula, plazo que varía en función de los trámites del procedimiento, pero que por regla general deberían tener una duración de 15 a 20 días hábiles. En 2015, el plazo medio que el TACPA ha empleado para la tramitación completa de los recursos, cuestiones de nulidad y reclamaciones que se han sustanciado ante el mismo es



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

de 20,33 días naturales<sup>1</sup>. Además, en el 60% de los casos los recursos se han resuelto por el TACPA dentro de los plazos legales, en el restante 40% la mayoría de las demoras se sitúan entre 1 y 7 días, siendo absolutamente excepcionales demoras mayores, que en ningún caso superaron los 18 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 pese a que el volumen de reclamaciones no ha dejado de incrementarse desde 2011. La actividad del Tribunal, como en años anteriores, no se ha suspendido durante el mes de agosto.

El total de reclamaciones presentadas durante 2015 ha sido de 113. Esta cifra supone una disminución de 18 respecto del año anterior (131). Pero es preciso tener en cuenta que en marzo de 2014 se presentaron 33 recursos idénticos, por lo que si se consideran como un único recurso, a efectos de no distorsionar los resultados, resulta un incremento del 14,1% respecto al año anterior.

De las 113 reclamaciones, el 84% tenían como objeto un contrato de servicios o suministros.

Sobre el sentido de los Acuerdos del Tribunal, destaca un repunte de las estimaciones (35,40%), que rompe una tendencia a la baja en el transcurso de los años (en los cuatro años anteriores de actividad del Tribunal, se había bajado del 45,10% del total de Acuerdos recogido en la Memoria del año 2011, al 25,37% en 2012, 25,33% en 2013, y 20,61%).

---

<sup>1</sup> Tomando como referencia la fecha de entrada del recurso en el registro, bien del TACPA, bien del órgano de contratación, y como fecha final, aquélla en que se dicta el Acuerdo.



## **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN**

Durante el periodo que comprende esta Memoria se han impuesto tres multas por mala fe o temeridad en la interposición del recurso, al amparo de la previsión contenida en el artículo 47.5 TRLCSP, por un importe total de 3.000 euros.

El análisis del número de recursos de los que conoce el TACPA en función de la reducción de cuantías en los contratos recurribles, arroja como dato que del total de reclamaciones interpuestas ante este Tribunal (113) son 27 los que recibe el TACPA por dicha especialidad, un 23,89% del total.

En siete ocasiones en este periodo los Acuerdos del TACPA han sido impugnados ante la jurisdicción contencioso-administrativa, sin que haya recaído sentencia hasta la fecha. Sí que se han dictado cuatro Sentencias frente a Acuerdos del TACPA de 2012, una de ellas desestimatoria del recurso contencioso interpuesto y las tres restantes estimatorias.



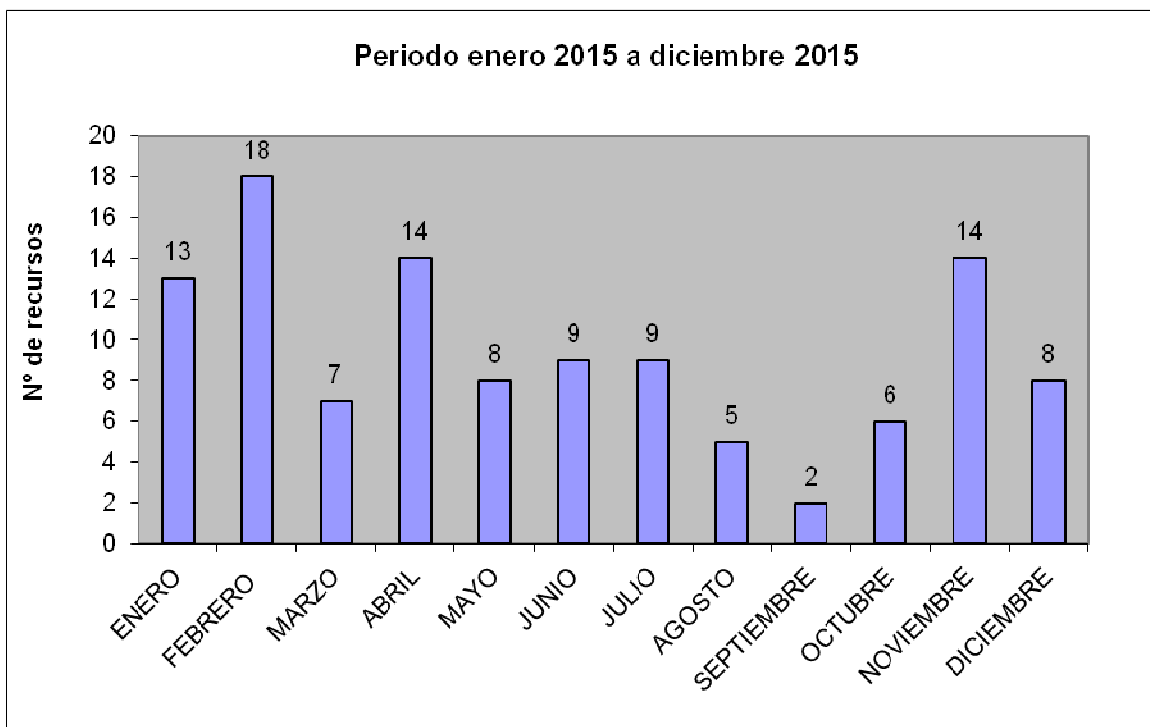
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

# ESTADÍSTICAS 2015



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

### Estadística de recursos presentados ante el TACPA, por meses

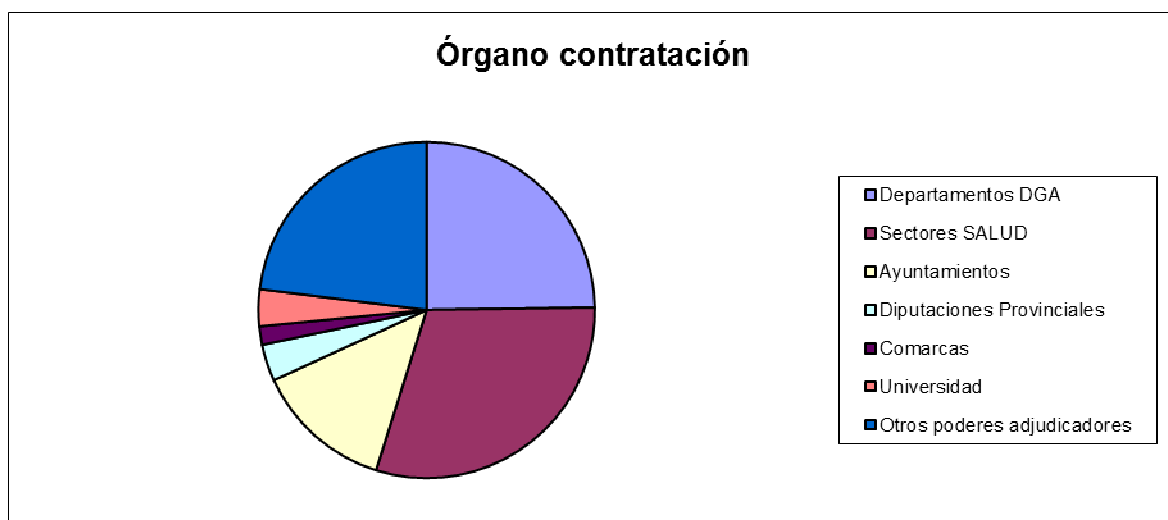




## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

### Estadística por órgano de contratación en las reclamaciones presentadas ante el TACPA desde el 1 de enero de 2015 hasta el 31 de diciembre de 2015

	Número	%
<b>Departamentos DGA</b>	28	24,78%
<b>Sectores SALUD</b>	34	30,09%
<b>Ayuntamientos</b>	15	13,27%
<b>Diputaciones Provinciales</b>	4	3,54%
<b>Comarcas</b>	2	1,77%
<b>Universidad</b>	4	3,54%
<b>Otros poderes adjudicadores</b>	26	23,01%
<b>Total</b>	<b>113</b>	<b>100,00%</b>

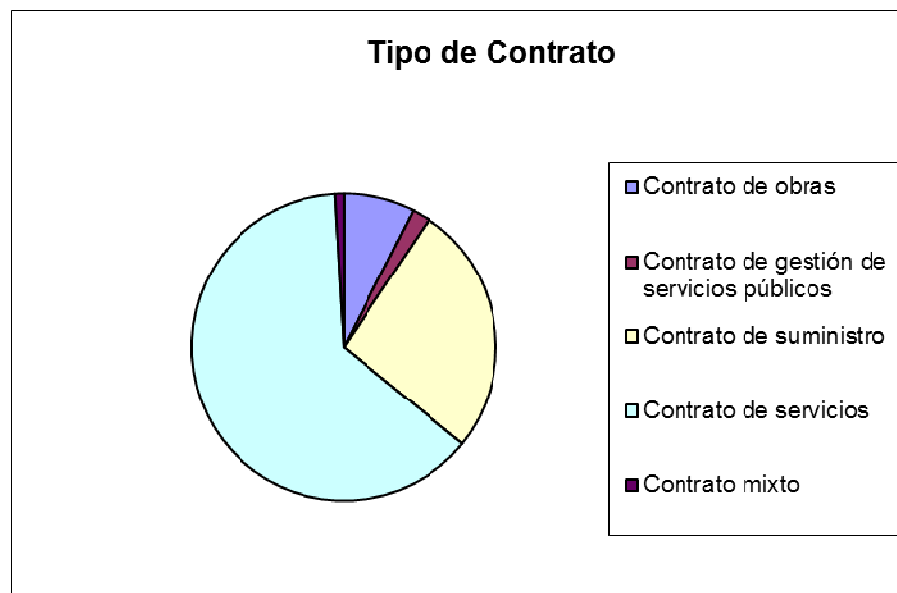




## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

### Estadística de tipo de contrato en los recursos presentados ante el TACPA desde el 1 de enero de 2015 hasta el 31 de diciembre de 2015

	Número	%
<b>Contrato de obras</b>	8	7,08%
<b>Contrato de gestión de servicios públicos</b>	2	1,77%
<b>Contrato de suministro</b>	28	24,78%
<b>Contrato de servicios</b>	67	59,29%
<b>Contrato mixto</b>	1	0,88%
<b>Patrimonial</b>	1	0,88%
<b>Contrato de concesión de obra</b>	6	5,31%
<b>TOTAL</b>	<b>113</b>	<b>100,00%</b>





## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

### Valor estimado de las licitaciones recurridas ante el TACPA desde el 1 de enero de 2015 hasta el 31 de diciembre de 2015

	Número	Valor estimado
<b>Contrato de obras</b>	8	103.691.496,05
<b>Contrato de gestión de servicios públicos</b>	2	5.441.671,95
<b>Contrato de suministro</b>	28	98.904.063,60
<b>Contrato de servicios</b>	67	280.354.680,71
<b>Contrato mixto</b>	1	240.000,00
<b>Patrimonial</b>	1	0,00
<b>Contrato de concesión de obra</b>	6	472.795.952,96
<b>Total</b>	<b>113</b>	<b>961.427.865,27</b>

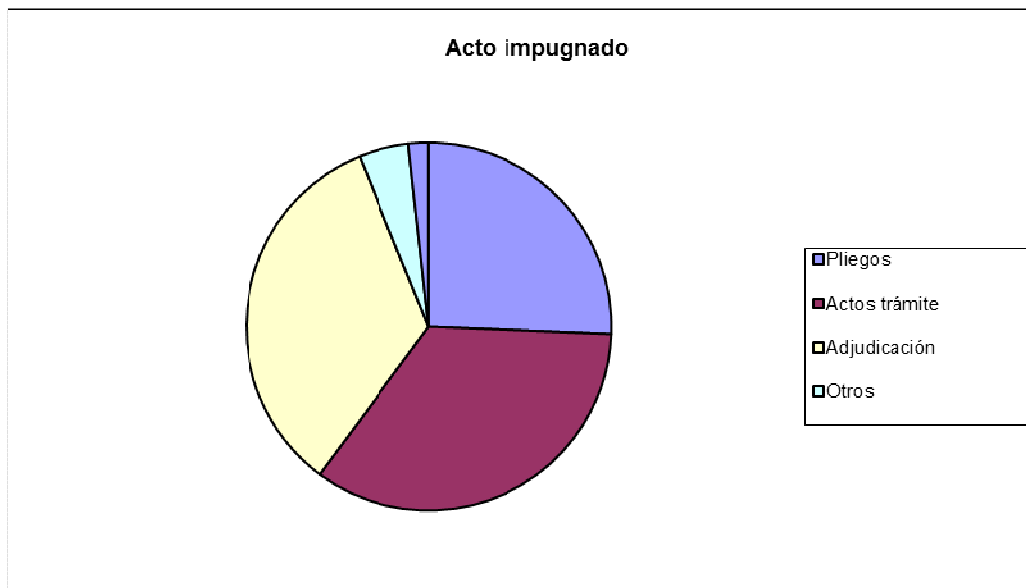




TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

**Estadística acto impugnado recursos presentados ante el TACPA desde el 1 de enero de 2015 hasta el 31 de diciembre de 2015**

	Número	%
<b>Pliegos</b>	29	25,66%
<b>Actos trámite</b>	39	34,51%
<b>Adjudicación</b>	38	33,63%
<b>Otros</b>	5	4,42%
<b>Recurso extraordinario de revisión</b>	2	1,77%
<b>Total</b>	<b>113</b>	<b>100,00%</b>

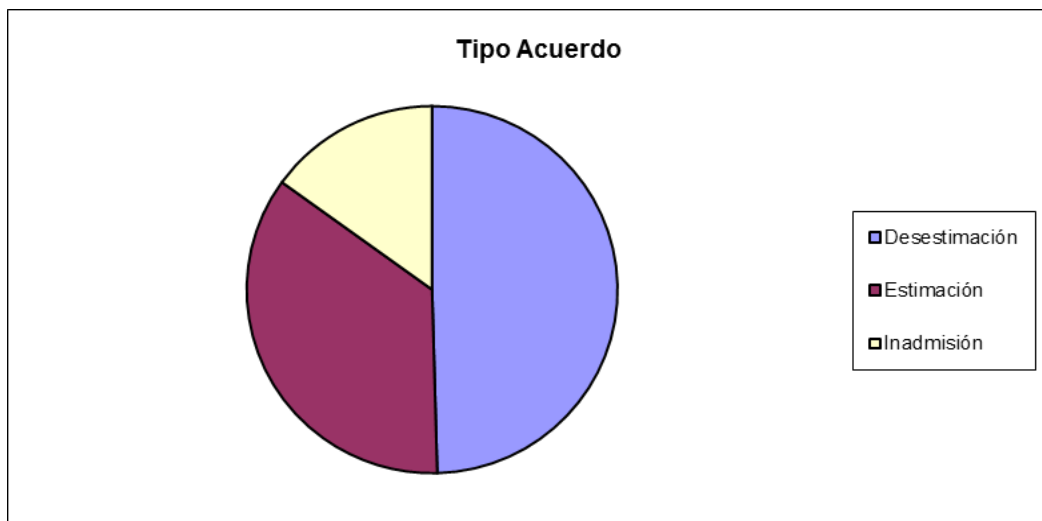




TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

**Estadística de tipo de acuerdo en los recursos presentados ante el TACPA desde el 1 de enero de 2015 hasta el 31 de diciembre de 2015**

	Número	%
<b>Desestimación</b>	56	49,56%
<b>Estimación</b>	40	35,40%
<b>Inadmisión</b>	17	15,04%
<b>Total</b>	<b>113</b>	<b>100,00%</b>





TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

**Recursos por cuya cuantía conoce el TACPA por la Ley 3/2012 de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón**

	Número	%
<b>Recursos cuantía TRLCSP</b>	86	76,11%
<b>Recursos cuantía especial Aragón</b>	27	23,89%
<b>Total</b>	<b>113</b>	<b>100%</b>

