



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

MEMORIA TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN (TACPA)

Marzo 2013 – Diciembre 2013



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

ÍNDICE

	PÁGINA
1.- ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DEL TRIBUNAL	5
2.- ASPECTOS INSTITUCIONALES E INSTRUMENTALES EN LA ACTIVIDAD DEL TACPA	11
3.- LA DOCTRINA DEL TACPA Y SU INCIDENCIA PRÁCTICA	16
I.- CUESTIONES PROCESALES	
1) Sobre la legitimación para interponer el recurso especial.	16
2) Existencia de prejudicialidad a favor de la jurisdicción contencioso-administrativa.	21
3) Cuestión de nulidad planteada sobre la cesión de un contrato.	22
4) Incidente de ejecución. Ejecutividad y ejecutoriedad de los Acuerdos del Tribunal.	28
5) Multas.	29
II.- EL OBJETO DEL CONTRATO	
6) La tipificación del contrato y sus consecuencias.	30
7) Principio de competencia y contrato reservado a Empresas de Inserción Social. Límites a la subrogación en los contratos reservados.	34
III.- LA MESA DE CONTRATACIÓN Y ACTUACIÓN EXIGIBLE A LA MISMA.	
8) Funciones de la Mesa de contratación.	44
9) La insuficiencia del poder para licitar como defecto subsanable.	45
IV.- VALORACION Y ACREDITACION DE SOLVENCIA	
10) Sobre la valoración de solvencia.	49
11) Compromiso de adscripción de medios, su relación con la solvencia y forma de acreditación.	50
12) Reglas aplicables a los contratos mixtos. Exigencia de solvencia técnica desproporcionada en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares.	54
V.- PROPOSICIONES DE LOS INTERESADOS	
13) La propuesta económica.	56
14) Exclusión de licitador, principio de « <i>non venire contra factum proprium</i> » y « <i>reformatio in peius</i> ».	60
15) No es posible subsanar un error material una vez conocidas las ofertas del resto de los licitadores.	63
VI.- CRITERIOS DE ADJUDICACION Y SU VALORACION	
16) Las mejoras.	66
17) Justificación de una oferta presentada por la recurrente, inicialmente considerada «anormalmente baja o desproporcionada», en relación a la obtención de una ayuda de estado como Centro Especial de Empleo.	67
VII.- CUMPLIMIENTO PRESCRIPCIONES TÉCNICAS	
18) Incumplimiento de las prescripciones técnicas de las prestaciones objeto del contrato. Interpretación y efectos.	73
19) Condiciones técnicas exigidas en el Pliego de prescripciones técnicas y principio de concurrencia.	78



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

4.- ESTADÍSTICAS 80

ANEXOS

Por mes de presentación	85
Por órgano de contratación	86
Por tipo de contrato	87
Valor estimado de las licitaciones recurridas	88
Por acto recurrido	89
Por tipo de Acuerdo	90
Cumplimiento de plazos	91
Impugnación de Acuerdos en el contencioso	92
Contratos de cuantía competencia del TACPA	93



1.- ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DEL TRIBUNAL

Esta Memoria de actividades comprende las actuaciones del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, TACPA, (creado mediante Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón) durante la mayor parte de su tercer año de funcionamiento, en concreto el periodo de marzo de 2013 a diciembre de 2013. Se ha optado, en esta ocasión, por no realizar un análisis de la actividad de doce meses, como en las dos Memorias anteriores, sino finalizar el análisis en el mes de diciembre, a fin de conseguir que las sucesivas sean coincidentes con el año natural, como lo son las del resto de Tribunales Administrativos de contratos.

La principal función de este Tribunal es la de asegurar que, en la preparación y adjudicación de los contratos del sector público en Aragón, se aplican correctamente las normas y principios que los disciplinan. Y hacerlo en plazos breves que interfieran lo mínimo imprescindible en el proceso de contratación, permitan resolver adecuadamente las cuestiones planteadas, y oír en el procedimiento a todos los interesados, tanto particulares como órganos de contratación.

Esta Memoria tiene por objeto, no sólo ofrecer una visión estadística de la actuación del Tribunal durante este periodo en el ejercicio de sus competencias, sino también —como ya se hiciera en las dos 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.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

La Memoria ha sido aprobada por el Tribunal de Contratos Públicos de Aragón en su sesión de 11 de marzo de 2014.

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 independencia funcional en el ejercicio de sus competencias, aunque, para garantizar su correcto funcionamiento, se encuentre adscrito orgánicamente al Departamento competente en materia de contratación pública, sin que esta adscripción suponga dependencia jerárquica en el ejercicio de sus competencias de revisión de los procedimientos de contratación promovidos por las entidades mencionadas en el artículo 2 de la Ley 3/2011.

Al TACPA le corresponde conocer y resolver los recursos especiales y cuestiones de nulidad en materia de contratación que se interpongan en el ámbito de los procedimientos de contratación de los poderes adjudicadores incluidos en el ámbito subjetivo de la Ley 3/2011: la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Aragón y los Organismos Públicos y demás entidades dependientes o vinculadas a la misma, la Universidad de Zaragoza, las Entidades Locales y sus entes dependientes, así como quienes celebren contratos subvencionados sujetos a regulación armonizada. Igualmente, resolverá las reclamaciones y cuestiones de nulidad que se interpongan en los procedimientos de adjudicación para la contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales tramitados por todas las entidades públicas descritas en la Ley estatal 31/2007,



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

incluyendo las entidades privadas que gozan de derechos especiales conforme al artículo 3.1 de dicha norma¹.

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

Sin embargo, se amplió el ámbito de este recurso especial por la Ley 3/2012, de 8 de marzo, de Medidas Fiscales y Administrativas de la

¹ La Disposición adicional primera de la Ley 3/2011 establece que los órganos competentes de las Cortes de Aragón, del Justicia de Aragón y de la Cámara de Cuentas establecerán, en su caso, un órgano común para conocer de las cuestiones previstas en el apartado 2 del artículo 17 de esta Ley, señalando que estas instituciones podrán también, en su caso, atribuir al Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón la resolución de dichas cuestiones mediante la celebración del correspondiente convenio con el Gobierno de Aragón. La Mesa de las Cortes de Aragón, en sesión celebrada el día 13 de febrero de 2013, de conformidad con lo dispuesto en la Disposición adicional primera de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, para el conocimiento y la resolución de los recursos especiales en materia de contratación a que se refiere el artículo 310 de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público y el artículo 17 de la Ley 3/2011, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, ha acordado la constitución del Tribunal de Recursos Contractuales de las Cortes de Aragón, el Justicia de Aragón y la Cámara de Cuentas de Aragón. La justificación de esta opción ha sido: «La aplicación de un elemental principio de autonomía parlamentaria, y su reflejo en el ámbito organizativo y administrativo; la naturaleza de las funciones desarrolladas por las Cortes de Aragón, el Justicia de Aragón y la Cámara de Cuentas de Aragón; y las especiales características de los tres órganos de contratación correspondientes (Mesa de las Cortes de Aragón, Justicia de Aragón, Consejo de la Cámara de Cuentas de Aragón), hacen que se estime como la opción más adecuada la creación de un órgano especializado e independiente para el conocimiento y la resolución de estas reclamaciones contractuales derivadas de los procedimientos de licitación convocados».



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

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

«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, por primera vez, el dato de los recursos planteados en el periodo frente a contratos que no serían susceptibles de recurso especial en el resto del territorio nacional. Estos recursos han supuesto un 17,33% 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



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

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. Desde febrero de 2013 se formalizó definitivamente su composición, por lo que esta Memoria comprende un periodo desarrollado íntegramente bajo el modelo definitivo.

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 actual del TACPA (Decreto 14/2013, de 5 de febrero, del Gobierno de Aragón, por el que se nombra a los miembros del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón) es la siguiente: Presidente: D. José M^a Gimeno Feliú, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Zaragoza. Vocales: D. Jesús Colás Tenas, Oficial Mayor de la Diputación Provincial de Zaragoza y D. Miguel Ángel Gil Condón, Jefe del Servicio de Asuntos Administrativos. Secretaría General Técnica de la Presidencia. Gobierno de Aragón. Secretaria: Ana Isabel Beltrán Gómez, Jefa del Servicio de Contratación Administrativa de la Dirección General de Contratación, Patrimonio y Organización. Departamento de Hacienda y Administración Pública. Gobierno de Aragón.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

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

La retribución de sus miembros es por dietas, fijadas por Acuerdo del Consejo de Gobierno de Aragón.

La sede del TACPA se encuentra en:
Plaza de los Sitios nº 7, 4ª planta,
50071, ZARAGOZA

Su dirección de correo electrónico: tribunalcontratosaragon@aragon.es





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

a) Publicidad institucional y de los Acuerdos.

En primer lugar se mantiene la política de transparencia y la función instructiva que implementa, como un valor añadido, las competencias legalmente atribuidas al mismo, por lo que considera de capital importancia el mantenimiento y constante actualización de su página web, en la que se publican todos los Acuerdos dictados por el Tribunal y las Resoluciones de especial trascendencia dictadas por el Presidente.

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

b) Acuerdos institucionales de colaboración.

A los Convenios de colaboración vigentes con el Observatorio de Contratación Pública y con el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas de la República de Panamá (TAdeCP), se ha sumado, en este periodo, el suscrito el 1 de junio de 2013 con la Universidad de Zaragoza, para la realización del *Practicum* en la titulación de Grado en Derecho. El acuerdo, vigente durante un año, prorrogable por otro, permitirá 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. Hasta el momento dos alumnos han realizado sus prácticas en el TACPA, y dos mas las están desarrollando en la actualidad.

c) Coordinación con los órganos de recursos contractuales.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Durante este periodo 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 celebrado un segundo encuentro de coordinación, para poner de manifiesto los principales problemas y cuestiones técnico-jurídicas que se han planteado en la experiencia de funcionamiento de los indicados órganos, así como los distintos criterios sentados por cada uno de ellos para su tratamiento o solución.

En esta ocasión ha sido la Presidenta del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía la que tomó la iniciativa de proceder a una convocatoria de los citados órganos estatal y autonómicos encargados de la resolución del recurso especial. Al efecto, se procedió a cursar invitación a los siguientes órganos:

- Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.
- Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid.
- Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid.
- Órgano Administrativo de Recursos Contractuales del País Vasco.
- Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.
- Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.
- Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de Cataluña. El presidente:
- Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

- Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra.

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

Como resultado de dicha reunión, se elaboró un documento de conclusiones se puede consultar en la página siguiente:

<http://www.obcp.es/index.php/mod.noticias/mem.detalle/id.542/relcat.egoria.118/reلمenu.2/chk.a9ec2b6701d083fbafa009d2a42d9654>



d) Recepción institucional Presidencia del Gobierno de Aragón.

El Tribunal de contratos fue recibido en audiencia por la Presidenta del Gobierno de Aragón, D^a Luisa Fernanda Rudi Úbeda, el día 13 de marzo de 2013. En dicha audiencia se manifestó el interés del Gobierno por el funcionamiento del TACPA y especialmente por la incidencia de la ampliación de competencias llevada a cabo por la Ley 3/2012, de 8 de marzo.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN



e) Celebración de la Jornada «Novedades en materia de contratación pública: la doctrina del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón y el nuevo paquete legislativo comunitario».

El 25 de junio de 2013 el TACPA, en colaboración con el IAAP, organizó la Jornada *«Novedades en materia de contratación pública: la doctrina del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón y el nuevo paquete legislativo comunitario»*, dirigida al personal de los distintos sectores de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón perteneciente a los Grupos A y B, preferentemente del área de contratación administrativa y de otras Administraciones Públicas en el territorio de esta Comunidad, perteneciente a grupos equivalentes.



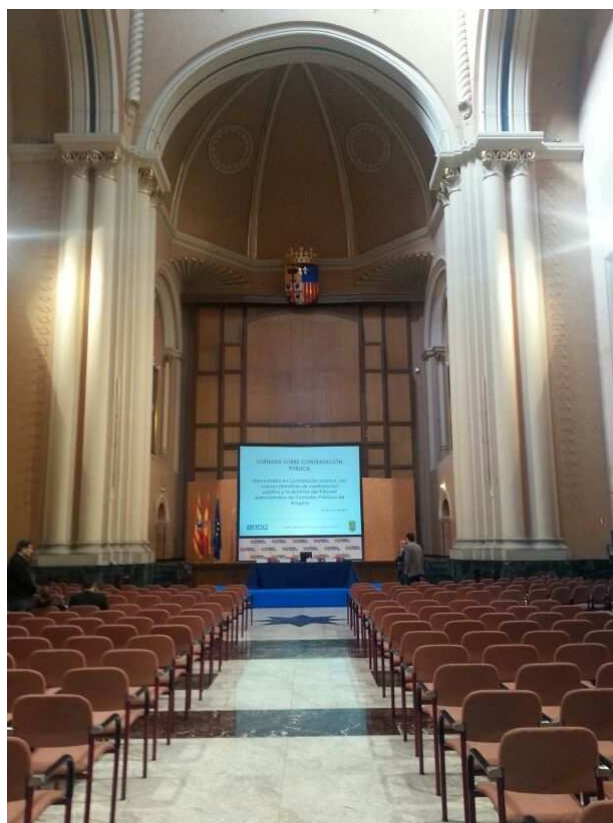
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

El objetivo de la Jornada era dar a conocer las novedades y nuevas Directivas en contratación pública y la doctrina del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

El programa desarrollado fue el siguiente:

- I. «El Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón. Su segundo año de funcionamiento. Estadísticas». Ana Isabel Beltrán Gómez, Secretaria del TACPA
- II. «La doctrina del TACPA de marzo de 2012 a febrero de 2013». Jesús Colás Tenas y Miguel Ángel Gil Condón, Vocales del TACPA
- III. «Perspectivas en la contratación pública: las nuevas Directivas». José María Gimeno Feliú, Presidente del TACPA

Acudieron 200 participantes, el máximo previsto, que valoraron muy positivamente el contenido de la Jornada.





3.- LA DOCTRINA DEL TACPA Y SU INCIDENCIA PRÁCTICA

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

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

I.- CUESTIONES PROCESALES

1) Sobre la legitimación para interponer el recurso especial.

El TACPA continua manteniendo un concepto amplio —Acuerdo 45/2013, de 2 de septiembre, en relación al Colegio Oficial de Arquitectos de Madrid; el Acuerdo 54/2013, de 23 de septiembre, en relación a la Asociación de Empresas de Mantenimiento Integral y Servicios Energéticos; y el Acuerdo 57/2013, de 7 de octubre, respecto de la Federación de Empresas de Transportes de Mercancías de Zaragoza, respecto de asociaciones o colegios profesionales—, que se extiende a los concejales —Acuerdos 66/2013, de 15 de noviembre, en relación con un concejal del Ayuntamiento de Calatayud y en el Acuerdo 79/2013, de 23 de diciembre, en relación a una concejal del Ayuntamiento de Utebo—, si bien con el matiz de que, con independencia de que exista legitimación para interponer el recurso, este mecanismo de tutela no debe ser utilizado para trasladar el debate político, que tiene sus propios ámbitos de actuación, a una instancia



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

que debe dedicarse al examen de los actos susceptibles de recurso especial en materia de contratación.

El Acuerdo 38/2013, de 11 de julio, analiza la legitimación de unos recurrentes, que no participaron en la licitación —ni impugnaron el Pliego, ni el anuncio—, considerando que la regla general ex artículo 42 TRLCSP excluiría tal posibilidad, con la salvedad de que se acreditasen variaciones del contenido de las previsiones del Pliego que, desnaturalizando el objeto o el régimen jurídico, implicasen una alteración indebida, que de haber sido conocida, hubiera permitido presentar una oferta.

Los recurrentes intentan justificar su legitimación en el hecho de una nueva licitación efectuada una vez finalizado el plazo de presentación de propuestas, de reparación de una primera fase de las obras, que, en su opinión, altera el objeto de la licitación y el acto de adjudicación que se recurre, quebrando el principio de igualdad de trato, que exige que el objeto de la licitación sea cierto y no se altere posteriormente.

El Tribunal considera que de los elementos fácticos que constan en el expediente, justificados por el órgano de contratación en sus informes a los recursos y avalados por una Sentencia de la Audiencia Provincial de 2013, se acredita que el objeto inicial de la licitación que se recurre no ha sido objeto de modificación posterior, como intentan demostrar los recurrentes. Se trata de un contrato que si bien está relacionado con el objeto del contrato recurrido, encuentra fundamento en la ejecución subsidiaria por incumplimiento de la obligación de reparación de la Fase I por parte de la UTE recurrente.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Esta contratación, en modo alguno puede entenderse que afecta al procedimiento recurrido, pues ni se incluyó en el mismo, ni debió estarlo, pues corresponde a la primera fase de la licitación del contrato. Y, en consecuencia, no puede ser la causa de no concurrir por parte de las recurrentes —u otras empresas— a la licitación recurrida. Como es sabido, antes de la ejecución de las obras debe realizarse el acto de replanteo de la obra, con la finalidad de fijar correctamente la ejecución del contrato. Y resulta evidente que el adjudicatario de la Fase II podría exigir en ese momento la reparación de los defectos de esa Fase I, que eran notorios y conocidos por todos los posibles licitadores, y las distintas proposiciones se han realizado en base a esas condiciones, cumpliendo las exigencias del artículo 139 TRLCSP.

Por otra parte, en modo alguno puede la UTE recurrente justificar ahora una alteración del contrato por desconocimiento, cuando ellos, como contratistas de la Fase I, son directamente implicados y conocen bien la realidad del asunto debatido, que tiene su origen en su incumplimiento en la obligación de reparar los defectos de la obra inicial. Actitud que obliga al Departamento, con el fin de dar cumplimiento a las finalidades del contrato de la Fase II y evitar dilaciones indebidas de indudable impacto ambiental y social, a ejecutar subsidiariamente dichas obras —que debió ejecutar la UTE recurrente— para que el contratista adjudicatario pueda cumplir correctamente y sin incidencias la Fase II del contrato.

En conclusión, la actuación administrativa se considera por el Tribunal correcta y diligente, y en modo alguno puede inferirse de la misma la pretendida vulneración del principio de igualdad y de transparencia, dado que no se ha alterado ni modificado el objeto, ni las reglas de la



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

licitación, de las que, por su propia experiencia profesional, son buenos conocedores. No hay, en consecuencia, interés legítimo en este caso para recurrir un acto de adjudicación por quien no participó en la licitación, por lo que, se carece de legitimación activa, y procede la inadmisión de los recursos.

En el Acuerdo 60/2013, de 28 de octubre, el TACPA aborda de nuevo la problemática de la legitimación desde una perspectiva distinta, la interposición del recurso especial por un grupo de trabajadores incluidos en la relación de personal a subrogar.

Se recuerda en este Acuerdo que el interés legítimo se caracteriza como una relación material unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión, de tal forma que su anulación produzca automáticamente un efecto positivo o negativo actual o futuro, pero cierto, debiendo entenderse tal relación referida a un interés en sentido propio, cualificado y específico, actual y real. Se trata de la titularidad potencial de una ventaja o de una utilidad jurídica, no necesariamente de contenido patrimonial, por parte de quien ejercita la pretensión, que se materializaría de prosperar ésta (por todas, Sentencias 52/2007, de 12 de marzo, FJ 3 y 119/2008, de 13 octubre).

Existe, pues, un concepto amplio de legitimación para poder utilizar los mecanismos de recursos administrativos y jurisdiccionales y, por supuesto, del recurso especial en materia de contratación, siempre con el límite de no habilitar una acción pública justificada en el derecho formal a la defensa de la legalidad, en tanto tal acción no encuentra en estos momentos apoyo legal. Interpretación similar es la mantenida por otros órganos de recursos contractuales.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Sentadas las consideraciones generales sobre la legitimación, y teniendo presente que la legitimación debe interpretarse de forma amplia, pero siempre en función de cada supuesto en particular, dos son las cuestiones que se analizan en el recurso y que son, por un lado la legitimación de los trabajadores individualmente considerados y, por otro, si el interés por ellos alegado responde al concepto de «*interés legítimo*» que se deriva de la doctrina de este Tribunal y de la Jurisprudencia analizada, concretándose por tanto dicho derecho o interés legítimo perjudicado o afectado.

Aún manteniendo un concepto amplio de legitimación, con independencia de que el recurso sea interpuesto por los trabajadores individualmente considerados, por el comité de empresa, o por los sindicatos representativos de los trabajadores, la decisión final se adopta en función de si existe realmente ese interés legítimo en el sentido visto. Y en el caso de un grupo de trabajadores por si mismo, el Tribunal entiende que carece de legitimación para poder interponer recurso especial, pues de lo contrario se convertiría en una acción pública, no prevista en la Ley, que exige, además, un interés legítimo vinculado a la prestación del contrato.

Los recurrentes fundamentaban su legitimación en que el PCP y el PPT determinan los requisitos, derechos y obligaciones de la empresa que en su día resultará adjudicataria del contrato, que podrían repercutir directamente en las condiciones laborales de los recurrentes, en tanto que trabajadores de la empresa que ha venido prestando el servicio.

Esta motivación de la legitimación, que mueve a los recurrentes a interponer el recurso, es ciertamente de una gran generalidad, y está basada en hipotéticas condiciones futuras, careciendo de la precisión y



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

rigor necesarios, en orden a la interpretación y aplicación de las normas jurídicas que abren el procedimiento del recurso especial en materia de contratación. Para que pudiera considerarse que existe un interés legítimo, la anulación de las cláusulas del PCP requeridas por los recurrentes, deberían repercutir de manera efectiva y acreditada en la esfera jurídica de los mismos, pero en ningún caso de un modo hipotético, potencial y futuro, como se deriva de sus alegaciones.

Con base en esta doctrina, la conclusión del TACPA es que los recurrentes carecen de la legitimación activa exigida para interponer el recurso especial en tanto que no acreditan el efecto cierto (positivo o negativo, actual o futuro), que la anulación, en su caso, de las cláusulas del PCP tendría para los mismos, ni la titularidad potencial de una ventaja o utilidad jurídica vinculada al objeto del contrato, y no a expectativas particulares o profesionales.

2) Existencia de prejudicialidad a favor de la jurisdicción contencioso-administrativa.

En el Acuerdo del TACPA 1/2014, de 13 de enero, se advierte tal situación al existir un recurso contencioso, se afirma que *«Existe, pues, una cuestión incidental, a modo de prejudicialidad, que —desde el respeto a la lógica de la arquitectura institucional de la jurisdicción contencioso-administrativa— obliga a que este Tribunal administrativo no deba resolver el recurso, ya que la resolución y decisiones del referido proceso contencioso pueden, además de influir en la cuestiones de fondo del recurso especial, producir una interferencia indebida en la competencia revisora del orden contencioso, y en los efectos de su fallo»*.



3) Cuestión de nulidad planteada sobre la cesión de un contrato.

En el Acuerdo 59/2013, de 28 de octubre, analizó el Tribunal si la cesión de un contrato ya existente es un supuesto en el que resulta posible interponer la cuestión de nulidad.

Para ello, el Tribunal recuerda que la cuestión de nulidad, distinta de la acción de nulidad, es un mecanismo de recurso contractual frente a la celebración de contratos sin procedimiento de licitación, en quiebra de los principios de concurrencia e igualdad de trato. La cuestión de nulidad —introducida por la Directiva 2007/66/CE— tiene por finalidad reforzar los mecanismos del recurso especial, para matizar la regla tradicional de indiferencia del Derecho europeo en relación con la suerte que habría de correr el contrato adjudicado con vulneración de las normas europeas sobre contratación pública. La actual Directiva de recursos pretende incorporar una sanción efectiva, proporcionada y disuasoria que funcione como mecanismo de cierre del sistema, que garantice el cumplimiento de todo el sistema de garantías de las normas sustantivas sobre contratación (de hecho, en la propuesta original de la Comisión la ineficacia era una posibilidad sólo en la circunstancia de que el período de suspensión no se observase por parte de la entidad contratante). De esta forma, el Derecho de la Unión Europea obliga ahora a los Estados miembros a sancionar con «ineficacia» lo que la norma considera violaciones más groseras del Derecho de la Unión europea. Estos supuestos de especial gravedad son dos: las llamadas adjudicaciones directas —es decir, las adjudicaciones de contratos sin publicación previa de un anuncio de licitación en el Diario Oficial de la Unión Europea, siempre que ello sea preciso— y los casos en los que, además de haberse producido una



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

infracción de una norma sustantiva que hubiese impedido al recurrente obtener la adjudicación a su favor, no se respete el periodo de suspensión previo a la formalización del contrato, o la suspensión automática de la adjudicación en los supuestos de interposición del recurso, establecidos en nuestro ordenamiento en los artículos 40.3 y 45 TRLCSP, respectivamente.

Esto significa que esta cuestión de nulidad tiene una función específica, de complementariedad del recurso especial y que su objeto, por tanto, queda constreñido a los supuestos concretos reflejados por la norma comunitaria y su concreta trasposición al ordenamiento jurídico español, que condicionan la competencia de este Tribunal administrativo.

Por su parte, la cesión de un contrato público implica una novación modificativa subjetiva no extintiva del contrato, en cuanto que éste continúa desplegando sus efectos, si bien con sustitución del contratista. Es decir, se trata de un incidente relativo al cumplimiento de un contrato válidamente celebrado, donde, mediante un contrato privado entre empresas, una sustituye a la otra en el cumplimiento del contrato público que se cede. No es, por sí, un supuesto de modificación contractual ex artículo 105 TRLCSP, como bien explica el Informe 12/2012, de 23 de mayo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Aun siendo un negocio jurídico privado, dada la incidencia que este tipo de operaciones tiene sobre las reglas de selección de contratistas, el TRLCSP, como venían haciendo las normas precedentes, articula una serie de precauciones dirigidas a salvaguardar la idoneidad del cesionario. Así, se exige, en primer lugar, que la razón determinante de la adjudicación del contrato al cedente no hayan sido sus cualidades



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

técnicas o personales. En segundo lugar, dado el carácter personalista de los contratos públicos, que se celebran con una determinada persona física o jurídica por reunir unos determinados requisitos de capacidad y solvencia, y tras haberse seguido un procedimiento publico en el que se garantiza el respeto de los principios de igualdad y libre concurrencia, la cesión de los contratos aparece condicionada por el artículo 226 TRLCSP (que reproduce análoga regulación a la contenida en el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas) al cumplimiento de una serie de requisitos estrictos:

- a) Que el órgano de contratación autorice expresamente y con carácter previo la cesión.
- b) Que el cedente tenga ejecutado al menos un 20 por 100 del importe del contrato, o realizada la explotación al menos durante el plazo de una quinta parte del tiempo de duración del contrato si éste fuese de gestión de servicios públicos.
- c) Que el cesionario tenga capacidad para contratar con la Administración y la solvencia que resulte exigible, debiendo estar debidamente clasificado si tal requisito ha sido exigido al cedente, y no esté incurso en una causa de prohibición de contratar.
- d) Que se formalice la cesión, entre el adjudicatario y el cesionario, en escritura pública.

Por lo demás, el artículo 226.3 TRLCSP recuerda que el cesionario quedará subrogado en todos los derechos y obligaciones que corresponderían al cedente.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Pues bien, el control de los requisitos enunciados se lleva a cabo a través de la preceptiva autorización previa y expresa del órgano de contratación. Como ha señalado desde ya hace tiempo el Consejo de Estado (Dictamen 36898/1970, de 9 de julio), *«dicha autorización debe entenderse no como un nuevo otorgamiento discrecional, sino como un mero control de la regularidad de la transmisión»*, de lo cual se infiere un cierto carácter reglado en el otorgamiento de la autorización, sin perjuicio del matiz discrecional que implica la valoración de las cualidades técnicas y personales del cedente como determinantes, o no, de la adjudicación del contrato. En cualquier caso, la autorización del órgano de contratación reviste carácter preceptivo, sin la cual la cesión (insistimos, que es un negocio privado entre empresas) carece de efectos jurídicos frente a la Administración. En consecuencia, la respuesta de la Administración a la cesión contractual solo podrá ser negativa si, de forma motivada, se argumenta que el cesionario no acredita la solvencia y capacidad adecuadas para sustituir al contratista originario.

Este carácter de negocio privado de la novación subjetiva en un contrato público, explica el porqué respecto de la autorización de la cesión de un contrato público no se extiende la función de control interno de la Intervención, no estando sometida al régimen de fiscalización previa preceptiva, pues como ha manifestado la Intervención General de la Administración del Estado en su Informe de 29 de abril de 1996 *«el negocio jurídico de cesión celebrado entre el adjudicatario cedente y un tercero cesionario, no implica para la Administración la asunción de ningún derecho ni obligación de contenido económico»*. En consecuencia, puede afirmarse que en la formación de la voluntad del órgano de contratación sobre la decisión



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

de autorizar o no la cesión, la Intervención no participa, por lo que, cumplidos los requisitos exigidos por la normativa de contratación pública, la cesión se entenderá válidamente constituida y producirá sus efectos desde ese momento. No obstante, lo dicho se refiere exclusivamente al ámbito de decisión sobre la autorización, pues la actuación de la Intervención deviene necesaria en el momento de la toma de razón contable de la cesión ajustando los documentos contables a la nueva situación.

En consecuencia, la cesión de un contrato es un negocio privado sometido, como garantía del interés público causa del contrato, a la preceptiva autorización de carácter constitutivo.

Habría una nueva adjudicación, y ésta sería ilegal, si tal posibilidad, en tanto modificación del elemento personal del contrato, no se encontraba expresamente prevista. Pero en el supuesto objeto del recurso, tal cesión sí se encontraba prevista tanto en el Pliego como en la ley, por lo que la cesión del contrato, por sí, no puede considerarse una modificación sustancial de la licitación, ni un fraude a los principios de la contratación pública. La cesión del contrato es, en definitiva, una cuestión de ejecución del contrato, y no una nueva adjudicación, por lo que no existe objeto para la cuestión de nulidad.

Solo el incumplimiento manifiesto de los requisitos exigidos para «validar» la cesión podría posibilitar la existencia de un nuevo contrato ilegal.

Del expediente se constata que los requisitos exigidos por el artículo 226 TRLCSP se han cumplido por el Ayuntamiento al conceder la preceptiva autorización, no observando fraude procedimental. Se cumple el plazo y el porcentaje de ejecución del contrato. Y se cumplen los elementos



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

personales de solvencia exigibles al cesionario, que deben ser los que se exigió al cedente al celebrar el contrato público.

No procede, como pretenden los recurrentes, alterar ahora esos criterios subjetivos con la alegación de una indebida tipificación del contrato, que consideran que debería ser de servicios y no contrato administrativo especial. Resulta evidente por mor de los principios de seguridad jurídica y confianza legítima, que no es jurídicamente posible en este cauce procedimental revisar la tipificación de un contrato público válidamente celebrado.

Es cierto que una indebida tipificación no impide que el Tribunal pueda entrar en el fondo de un recurso, ya que las consecuencias de la tipificación deben ser interpretadas sistemáticamente en el contexto del derecho comunitario. Por ello, la consideración como contrato administrativo especial no impide, por sí —en tanto «especialidad» de normativa nacional— que pueda existir recurso especial o cuestión de nulidad, pues a estos efectos debe primar la tipificación de la prestación conforme al Derecho de la Unión europea. Y la prestación recurrida, por su objeto, sí se encontraría sometida a la competencia de este Tribunal administrativo, pues otra interpretación sería contraria al efecto útil de los recursos especiales en materia de contratación habilitando una puerta de escape al control, contraria al propio fundamento del sistema.

Pero si la tipificación no puede limitar la competencia de este Tribunal, existe el límite de no alterar las condiciones de la licitación en tanto no hubieran sido expresamente cuestionadas en el recurso (como sucede en este supuesto de impugnación). En consecuencia, la solvencia exigible al cesionario debe ser la prevista en el pliego originario, que



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

calificaba como contrato administrativo especial a la prestación (de forma correcta con el bloque normativo vigente en dicho momento), sin que pueda pretenderse ahora un régimen distinto por su nueva conceptualización como contrato de servicios, pues, como ya se ha dicho, se quebraría el principio de seguridad jurídica y de confianza jurídica.

Y la empresa cesionaria cumple con la solvencia exigida en el pliego, como bien explica el Informe del Ayuntamiento a la cuestión de nulidad, y se constata en el expediente. La empresa cesionaria tiene experiencia equivalente para la correcta prestación del contrato originario y suficiente solvencia económica, por lo que la actuación del Ayuntamiento, regida por los principios de una potestad reglada, ha sido correcta y no se observa fraude procedimental.

Por ello, el Tribunal consideró que no existe una adjudicación ilegal, sino una cuestión incidental de ejecución de un contrato válidamente celebrado, que cumple las reglas de cesión del contrato reguladas en el TRLCSP, y de un acto administrativo del Ayuntamiento de autorización a la misma, no impugnado y firme, y en consecuencia procede inadmitir la cuestión planteada por carecer de competencia el Tribunal, sin necesidad de otro tipo de argumentación formal o sustantiva.

4) Incidente de ejecución. Ejecutividad y ejecutoriedad de los Acuerdos del Tribunal.

En el Acuerdo 72/2013, de 11 de diciembre, el Tribunal vuelve a pronunciarse sobre la ejecución de sus Acuerdos por los órganos de contratación, y reitera que sus actos son inmediatamente ejecutivos y ejecutorios. Frente a ellos, solo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo (44.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Jurisdicción Contencioso-administrativa, en adelante LJ), en el plazo de dos meses, a contar desde la notificación del mismo, ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Aragón (artículo 10 k) LJ), todo ello de conformidad con el artículo 49 TRLCSP.

Este carácter ejecutivo y ejecutorio, ex artículo 56 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, supone que despliegan eficacia en todo caso, salvo que el Tribunal jurisdiccional competente, de conformidad con las previsiones sobre tutela cautelar contenidas en los artículos 126 y ss LJ, acuerde una medida de suspensión de efectos.

5) Multas.

En cuanto a la imposición de sanciones, interesa lo acordado por el TACPA en su Acuerdo 38/2013, de 11 de julio, donde se impone la multa máxima de 15 000 euros en base a lo siguiente:

«Este Tribunal entiende que los motivos de la UTE recurrente no han tenido por finalidad la depuración jurídica de una actuación que pudiera resultar controvertida. La estrategia procesal utilizada ha pretendido, en definitiva, paralizar unas obras de gran impacto económico, «extendiendo» de forma indebida las controversias que tienen su origen en la ejecución de la Fase I. Tal proceder va más allá de los límites de buena fe, e incurre en manifiesta temeridad, que se agrava por la ocultación de hechos jurídicos relevantes que pretenden la confusión de este Tribunal administrativo, con el fin de satisfacer de forma indebida sus intereses empresariales.

Es evidente que la ejecución subsidiaria por SARGA de las obras de reparación de la Fase I no ha condicionado la estrategia empresarial de los recurrentes, ya que no implica una alteración indebida del objeto y condiciones de la licitación inicial, que puedan falsear las reglas de competencia en la adjudicación.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Por ello, ya que existe una finalidad ajena a la lógica del respeto al principio de legalidad en la presentación del recurso, que ha causado indudable perjuicios por la suspensión de la obra, este Tribunal, de conformidad con la previsión del artículo 47.5 TRLCSP impone la sanción máxima de 15 000 euros a la UTE recurrente, atendiendo no solo al perjuicio sobre la ejecución del contrato, sino también a la evidente mala fe en la estrategia procesal, ajena a lo que debe ser un uso correcto de los instrumentos de control».

II.- EL OBJETO DEL CONTRATO

6) La tipificación del contrato y sus consecuencias.

Como ya se ha venido reiterando por el Tribunal, la cuestión sobre la tipificación contractual no es meramente dogmática, sino que resulta de especial interés práctico en tanto de la incorrecta tipificación de todo contrato público, pueden alterarse las normas y principios esenciales en una licitación pública.

Interesa la posición que se adopta por el TACPA en el Acuerdo 52/2013, de 11 de septiembre, que califica como contrato de servicios la prestación de hemodiálisis —calificado en el pliego como gestión de servicios públicos—, por no existir riesgo. Criterio confirmado por Acuerdo 55/2013, del TACPA, al calificar como servicios y no de servicios públicos la explotación de una residencia de ancianos, por no existir transferencia de riesgos. El argumento, desde el respeto a los principios y doctrina del TJUE es el siguiente (Acuerdo 55/2013):

«Si bien conforme a la legislación anterior de contratos era habitual tipificar los contratos como el presente, como contrato de gestión de servicios públicos, en la actualidad es claramente un contrato de servicios del artículo 10 TRLCSP. En concreto incluido en la categoría 25 «Servicios Sociales y de Salud» del Anexo II TRLCSP, CPV 85312100-0.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Conviene insistir en la doctrina fijada en nuestro citado Acuerdo 52/2013, que concilia el marco normativo español con la normativa y jurisprudencia comunitaria, de directa aplicación en nuestro ordenamiento jurídico. Para que exista un contrato de concesión (de gestión de servicios públicos) es necesario que se transfiera el riesgo operativo de la explotación, lo que no sucede —ni se alega o argumenta por el IASS— en el contrato ahora recurrido.

La calificación del objeto del contrato como de gestión de servicio público exige, como condición sine qua nom, la transferencia del riesgo al contratista, tal y como se mantiene por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en jurisprudencia consolidada (hecha propia y citada por los órganos consultivos de contratación en España; en especial, para Aragón, la Recomendación 1/2011 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa). Así, el TJUE, en Sentencia de 10 de septiembre de 2009 (Asunto Wasser) afirma que:

“De la comparación de ambas definiciones se desprende que la diferencia entre un contrato de servicios y una concesión de servicios reside en la contrapartida de la prestación de servicios. Un contrato de servicios requiere una contrapartida pagada directamente por la entidad adjudicadora al prestador de servicios (véase, en este sentido, la sentencia Parking Brixen, antes citada, apartado 39) mientras que, en el caso de una concesión de servicios, la contrapartida de la prestación de servicios consiste en el derecho a explotar el servicio, bien únicamente, bien acompañado de un pago.

De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que, cuando la modalidad de retribución convenida consiste en el derecho del prestador a explotar su propia prestación, esta modalidad de retribución implica que el prestador asume el riesgo de explotación de los servicios (véanse, en este sentido las sentencias Parking Brixen, apartado 40; de 18 de julio de 2007, Comisión/Italia, apartado 34, y de 13 de noviembre de 2008, Comisión/Italia, apartado 29, antes citadas). A este respecto procede señalar que el riesgo es inherente a la explotación económica del servicio.

Ante la inexistencia absoluta de transmisión al prestatario de los riesgos relacionados con la prestación del servicio, la operación



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

en cuestión constituye un contrato de servicios (véase, en este sentido, las sentencias de 27 de octubre de 2005, Contse y otros, C-234/03, Rec. p. I-9315, apartado 22, y de 18 de julio de 2007, Comisión/Italia, antes citada, apartados 35 a 37, así como, por analogía, respecto de una concesión de obras, la sentencia de 13 de noviembre de 2008, Comisión/Italia, antes citada, apartado 30 y 32 a 35). Tal como se afirma en el apartado 51 de la presente sentencia, en este último caso, la contrapartida no consiste en el derecho a explotar el servicio.

Las cuestiones planteadas parten de la premisa de que la prestación de servicios de que se trata en el asunto principal implica riesgos económicos muy limitados, incluso en el caso de que sea la entidad adjudicadora quien presta dicho servicio y ello se debe a la aplicación de la normativa propia del sector de actividad de que se trata.

Ahora bien, según algunas de las alegaciones presentadas ante el Tribunal de Justicia, en tales circunstancias, para que la operación de que se trata constituya una concesión es necesario que el riesgo que el concedente transmite al concesionario sea un riesgo considerable.

En todo caso, incluso si el riesgo que corre la entidad adjudicadora es muy limitado, es necesario que transfiera al concesionario la totalidad, o al menos una parte significativa, del riesgo de explotación que corre para que se considere que existe una concesión de servicios.

En consecuencia, procede responder a las cuestiones primera y segunda que, el hecho de que, en el marco de un contrato de servicios, la otra parte contratante no obtenga el pago de una remuneración directa por parte de la entidad adjudicadora sino que obtenga el derecho a recaudar una remuneración de terceros, basta para que dicho contrato se califique como «concesión de servicios», en el sentido del artículo 1, apartado 3, letra b), de la Directiva 2004/14, siempre que la otra parte contratante asuma la totalidad, o, al menos, una parte significativa, del riesgo de explotación que corre la entidad adjudicadora, incluso si dicho riesgo es, desde el inicio, muy limitado debido a la configuración jurídico-pública de los servicios”



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Por su parte, la Sentencia del TJUE, de 10 de marzo de 2011 (Asunto Privater), define de manera precisa qué debe entenderse por riesgo de explotación económica del servicio:

“El riesgo de explotación económica del servicio debe entenderse como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado que puede traducirse en el riesgo de enfrentarse a la competencia de otros operadores, el riesgo de un desajuste entre la oferta y la demanda de los servicios, el riesgo de insolvencia de los deudores de los precios por los servicios prestados, el riesgo de que los ingresos no cubran íntegramente los gastos de explotación o incluso el riesgo de responsabilidad por un perjuicio causado por una irregularidad en la prestación del servicio”.

Finalmente, la Sentencia del TJUE de 10 noviembre de 2011 (Asunto Norma-A y Dekom), se refiere a la transferencia del riesgo como factor determinante para la calificación del objeto del contrato, y su diferenciación entre contratos de servicios y de gestión de servicios:

“Si bien el modo de remuneración es uno de los elementos determinantes para la calificación de una concesión de servicios, de la jurisprudencia se desprende además que la concesión de servicios implica que el concesionario asuma el riesgo de explotación de los servicios de que se trate. La inexistencia de transmisión al prestador del riesgo relacionado con la prestación de los servicios indica que la operación en cuestión constituye un contrato público de servicios y no una concesión de servicios (véase, en particular, la sentencia Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler [TJCE 2011, 52], antes citada, apartado 26).

Por consiguiente, es preciso comprobar si el prestador asume el riesgo de explotación del servicio en cuestión. Si bien este riesgo puede ser ciertamente muy limitado desde el primer momento, la calificación de concesión de servicios exige que la entidad adjudicadora transfiera al concesionario la totalidad o, al menos, una parte significativa del riesgo que corre (en este sentido véase, en particular, la sentencia Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler [TJCE 2011, 52] antes citada, apartado 29».



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

En cuanto a la configuración del contrato, en el Anexo XIII del PCAP, «Régimen jurídico. Disposiciones especiales» se señala: «por lo que se refiere a la regulación de las tarifas a abonar por los usuarios y su revisión, dicha regulación no debe recogerse en los pliegos del contrato, dado que se regula por su normativa específica y no incide en el importe a percibir por el adjudicatario. En concreto, la facturación por el adjudicatario siempre responderá a una cantidad fija, con independencia de las aportaciones de los usuarios. De dicha cantidad se deducirá lo efectivamente aportado por éstos (sea cual sea dicho importe), procediendo el IASS a abonar la diferencia, sin que, en ningún caso, el adjudicatario del contrato cobre otro importe, en total que el que corresponda en función de la oferta que hubiera realizado y de la consecuente adjudicación». No hay, en consecuencia, transferencia del riesgo de la explotación al contratista, sino pago de una cantidad fija mensual por la prestación de unos servicios a unos usuarios que el propio IASS designa (cláusula 5.1.2.1 del Pliego de Prescripciones Técnicas).

De acuerdo con la jurisprudencia y con los criterios de los órganos consultivos citados, este Tribunal entiende que tal y como está configurado el contrato objeto de recurso, no hay transferencia del riesgo de la explotación al contratista, ni se deja indeterminada la demanda del servicio. En consecuencia, el presente contrato debe ser calificado como contrato de servicios».

7) Principio de competencia y contrato reservado a Empresas de Inserción Social. Límites a la subrogación en los contratos reservados.

En el Acuerdo 57/2013, de 7 de octubre, el TACPA aborda la problemática de los contratos reservados y el principio de competencia. El acuerdo da principio, en su fundamentación jurídica, afirmando que el principio de apertura a la competencia, puede y debe ser limitado sobre la base de razones de interés general, como la protección del medio ambiente, la salud pública, o, como en este caso, la inserción laboral de personas con dificultades de acceso al mercado



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

de trabajo, siempre que estas actuaciones sean proporcionadas y no vulneren el principio de igualdad de trato.

La apertura al libre mercado de la contratación pública no impide a los Estados la posibilidad de establecer ciertas excepciones a favor de un porcentaje de contratación pública para favorecer la consecución de políticas sociales.

Esta excepción se expresa, entre otros cauces, a través de una reserva de contratos públicos en favor de empresas de integración social. Son los llamados «talleres protegidos» en terminología europea (artículo 19 de la Directiva 2004/18/CE), o los «contratos reservados» a los que se refiere la Disposición adicional quinta TRLCSP.

La Directiva 2004/18/CE afirma en su expositivo 28 que *«el empleo y la ocupación son elementos clave para garantizar la igualdad de oportunidades en beneficio de todos y contribuyen a la inserción en la sociedad. En este contexto, los programas de talleres y empleos protegidos contribuyen eficazmente a la inserción o reinserción de personas con discapacidad en el mercado laboral. Sin embargo, en condiciones normales de competencia, estos talleres pueden tener dificultades para obtener contratos. Conviene, por tanto, disponer que los Estados miembros puedan reservar a este tipo de talleres el derecho a participar en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos o reservar su ejecución en el marco de programas de empleo protegido»*.

La Directiva prevé en su artículo 19, en efecto, la potestad de los Estados de reservar, sin que la norma delimite cuantitativamente la reserva, a talleres protegidos el derecho a participar en los



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

procedimientos de adjudicación de contratos públicos o su ejecución en el marco de programas de empleo protegido, pero siempre que se respete el Derecho comunitario y, en particular, los principios de igualdad y transparencia. Como ha recordado el TJCE, para los contratos públicos no regulados por la Directiva 2004/18 resultan admisibles regulaciones estatales o prácticas de reserva de contratos en favor de ciertas grupos de personas como los discapacitados, siempre que no supongan una discriminación directa o indirecta en relación con empresas de otros Estados miembros, ni constituyan una restricción injustificada de los intercambios.

La reserva de contratación pública abierta a los talleres protegidos de todos los Estados miembros, si respeta el principio de transparencia resulta, en principio, admisible y así se reconoce en la STJCE de 18 de noviembre de 1999, Asunto *Unitrom* (C—275/98) y en la Sentencia de 7 de diciembre de 2000, Asunto *Telaustria* (C—324/98).

Por su parte, la Disposición adicional quinta TRLCSP, bajo el título «contratos reservados», establece la posibilidad de reservar a Centros Especiales de Empleo la participación en procedimientos de adjudicación de contratos. También se prevé la posibilidad de reservar la ejecución de contratos públicos en el marco de programas de empleo protegido cuando, al menos, el 70 por 100 de los trabajadores afectados sean personas con discapacidad que, por la índole o la gravedad de sus deficiencias, no puedan ejercer su actividad profesional en condiciones normales. La publicidad de esta disposición se garantiza a través de su inserción en el anuncio de licitación.

El fundamento de esta regulación, en el vigente TRLCSP, no tiene su origen, de modo exclusivo, en la incorporación al Derecho nacional, en



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

sus propios términos y sin reserva, de las directrices de la Directiva 2004/18/CE; sino que engarza, directamente, con la proclamación de España, en el artículo 1 de la Constitución de 1978, como un Estado social, otorgando especial relevancia a los llamados principios rectores de la política social y económica, a los que sitúa en el Capítulo III del Título I —dedicado a los derechos y deberes fundamentales—. Esta posición singular de los artículos 39 a 52 de la Constitución es reconocida por el Tribunal Constitucional (STC 45/1989, de 20 de febrero). En concreto, el artículo 40 CE aboga por la redistribución de las rentas y las políticas tendentes al pleno empleo, en tanto que el 45 CE se ocupa del medio ambiente y calidad de la vida, y el artículo 49 CE insta a los poderes públicos a velar por la atención a los discapacitados.

Estos artículos constitucionales, se configuran como principios rectores de la política social y económica del Estado español, e informan la legislación positiva y la actuación de todos los poderes públicos, tal y como dispone el artículo 53.3 CE, cuyo contenido y significado entronca de manera directa con los valores o principios de justicia e igualdad material y de solidaridad.

Estos principios se traducen en el deber de los poderes públicos de corregir positivamente las situaciones de desigualdad e indefensión efectiva que soportan los ciudadanos, bien en virtud de sus circunstancias personales específicas, bien, en general, como titulares de ciertos intereses legítimos.

Queda por considerar, si a la vista del tenor literal del Disposición Adicional quinta TRLCSP, es posible la reserva de contratos a «*Empresas de inserción*», toda vez que no existe una mención nominativa de las mismas en dicha norma.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

La mencionada Disposición parece limitar la posibilidad de reservar la participación, en procedimientos de adjudicación de contratos, únicamente a los Centros Especiales de Empleo. Sin embargo, esta interpretación, que pudiera extraerse de una primera lectura, debe ser matizada a la luz de la Directiva 2004/18/CE, tanto del su artículo 19, como de su expositivo 28.

Y así, como se ha señalado, la Directiva 2004/18/CE, no establece limitación alguna, para la posibilidad de reservar la participación en procedimientos de adjudicación de contratos, en función de la tipología o forma de empresa.

La posibilidad de reservar un contrato, conforme a la Directiva comunitaria lo es no en función de la tipología, sino en función de que la reserva atienda a la finalidad de contribuir eficazmente a la inserción o reinserción de personas con discapacidad, o dificultades, en el mercado laboral. Es decir, al igual que en otros muchos campos del Derecho de la contratación pública comunitaria, procede una interpretación funcional y no formal.

En el mismo sentido, la Comunicación Interpretativa de la Comisión sobre las posibilidades de incorporar criterios sociales en los contratos públicos (COM (2001) 566 final, de 15 de octubre de 2001), hace únicamente referencia a una reserva general para personas desempleadas que, eso sí, debe respetar el principio de no discriminación a empresas de los países miembros de la UE.

Y más recientemente, la Dirección General de Empleo, Asuntos Sociales e Igualdad de Oportunidades de la Comisión Europea —en su publicación *«Adquisiciones Sociales. Una guía para considerar*



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

aspectos sociales en las contrataciones públicas» SEC (2010) 1258 final—, insiste en la misma argumentación, cuando en la compra pública social —que junto a la compra ética y verde, forma parte de lo que denomina *compra pública responsable*—, considera aspectos como la calidad en el empleo, la perspectiva de género, la contratación de personas con discapacidad y personas en situación o riesgo de exclusión social, o la subcontratación de empresas de inserción sociolaboral o centros especiales de empleo.

Y es que, la regulación de la tipología jurídica de empresas o personificaciones del *empleo protegido*, que puedan y deban ser beneficiarios de esa reserva contractual, en los procedimientos de adjudicación de contratos de los poderes adjudicadores, es una cuestión que compete a cada Estado de la Unión. Por esta razón, la Directiva Comunitaria no descende, ni puede hacerlo, a concretar las figuras jurídicas concretas beneficiarias de contratos reservados.

Finalmente, una interpretación sistemática de las Disposiciones Adicionales cuarta y quinta del propio TRLCSP, aboga por entender que la reserva de contratos, alcanza tanto a los Centros Especiales de Empleo, como a las Empresas de Inserción. Pues, tales empresas, son las únicas de carácter social que contempla nuestro ordenamiento jurídico nacional.

Y, así, el Real Decreto 2273/1985, de 4 de diciembre, regula los Centros Especiales de Empleo; y la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, las Empresas de Inserción. Ambas tipologías de empresas, tienen como finalidad propia el beneficio social, el principio de solidaridad y la ausencia de ánimo de lucro. Y, deben estar debidamente constituidas



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

e inscritas en los correspondientes registros, en aras de garantizar el cumplimiento de sus fines.

En la Comunidad Autónoma de Aragón, el artículo 7 de la Ley 3/2011, de 24 de febrero de Medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, establece que:

«1. La Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón y sus organismos públicos deberán reservar la participación en los correspondientes procedimientos de adjudicación de contratos de servicios, suministros y gestión de servicios públicos a centros especiales de empleo, cuando al menos el 70 por 100 de los trabajadores afectados sean personas con discapacidad que, debido a la índole o a la gravedad de sus deficiencias, no puedan ejercer una actividad profesional en condiciones normales, y a empresas de inserción, así como reservar su ejecución en el marco de programas de empleo protegido, en los términos establecidos en este artículo. En el caso de reservas de ejecución en el marco de programas de empleo protegido, dichas reservas se podrán efectuar igualmente en contratos de obras.

En todo caso, será necesario que las prestaciones se adecuen a las peculiaridades de tales entidades.

Los órganos de contratación podrán, en el ámbito de sectores objeto de contratación centralizada, contratar al margen de la misma si optan por reservar el contrato, siempre que los pliegos de cláusulas administrativas particulares del correspondiente procedimiento de contratación centralizada hayan previsto esta excepción.

2. La reserva podrá afectar al objeto íntegro del contrato o solo a uno o varios de los lotes del mismo.

3. Las entidades a las que se refiere el apartado 1 que quieran ser contratadas en cumplimiento de las medidas reguladas por este artículo deberán inscribirse previamente en el Registro de Licitadores de la Comunidad Autónoma de Aragón.

4. La reserva a centros especiales de empleo o para la ejecución en el marco de programas de empleo protegido podrá aplicarse a contratos de cualquier cuantía.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

En el caso de las empresas de inserción, la reserva únicamente se efectuará sobre contratos no sujetos a regulación armonizada, exceptuando los contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del anexo II de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, de cuantía superior a 193.000 euros o a la que resulte de aplicación por la normativa comunitaria.

5. Anualmente, la Ley de Presupuestos de la Comunidad Autónoma fijará los porcentajes mínimo y máximo del importe de estas reservas sociales a aplicar sobre el importe total anual de su contratación de suministros y servicios precisos para su funcionamiento ordinario realizada en el último ejercicio cerrado. Estos porcentajes podrán fijarse de manera diferenciada en función de los órganos de contratación o sectores materiales afectados.

A los efectos de elaborar el anteproyecto de Ley de Presupuestos, el Departamento competente en materia de inserción laboral de los colectivos beneficiarios de la reserva, previa consulta con las asociaciones empresariales representativas de dichos sectores, presentará al Departamento competente en materia de Economía la cifra de negocios correspondiente al año anterior de los distintos sectores empresariales beneficiarios de la reserva.

6. La concreción de los ámbitos, departamentos, organismos o contratos sobre los que se materializarán estas reservas se realizará mediante Acuerdo del Gobierno de Aragón, a propuesta conjunta del Departamento de Presidencia y del Departamento competente en materia de Economía.

7. En los anuncios de licitación correspondientes deberá hacerse referencia a la presente disposición.

8. Cuando, tras haberse seguido un procedimiento de un contrato reservado, no se haya presentado ninguna oferta o candidatura, o las ofertas no sean adecuadas, se podrá licitar de nuevo el contrato sin efectuar la reserva inicialmente prevista, siempre que no se modifiquen sustancialmente las condiciones iniciales del contrato. No obstante, el importe de dicho contrato computará a efectos de integrar los porcentajes mínimo y máximo citados en el apartado 5».

Es decir, el legislador aragonés ha optado por la obligación —no ya la posibilidad— de que la Administración de la Comunidad Autónoma de



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Aragón y sus organismos públicos reserven, bien la participación en sus procesos de adjudicación o bien determinados aspectos de la ejecución del contrato, a Centros Especiales de Empleo y a Empresas de Inserción.

Es así pues, que, en el contrato cuyo procedimiento es objeto de recurso, la reserva del Lote 2, *«Traslado de archivos, organización de almacenes y preparación de actos institucionales»*, a Empresas de Inserción Social, dentro de la licitación del contrato denominado *«Servicio de traslados de puestos de trabajo de unidades administrativas, su equipamiento y documentación y de traslado de archivos, organización de almacenes y preparación de actos institucionales en los edificios administrativos del Gobierno de Aragón»*; responde a un mandato del legislador aragonés. Y ese mandato se concreta en la exigencia de la calificación y registro de las empresas de inserción, conforme a los términos del Decreto 128/2009, de 21 de julio, del Gobierno de Aragón, por el que se regula el régimen de las empresas de inserción.

Y es que, la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción, a lo largo de todo su articulado, remite en varias ocasiones a las Comunidades Autónomas para que, en el ámbito de sus respectivas competencias, entren a regular cuestiones de tipo procedimental, así como aspectos relativos a la calificación y registro de las empresas de inserción. Dicha Ley exige, en su disposición transitoria primera, la adaptación a efectos de calificación y registro de las empresas de inserción de las normas autonómicas, entre las que se encuentra el Decreto 37/2006, de 7 de febrero, del Gobierno de Aragón. En este mismo orden de cosas, el número 3 de la disposición final segunda de la citada Ley dispone que las Comunidades Autónomas



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

podrán dictar las disposiciones necesarias para el desarrollo y aplicación de lo previsto en la misma, en el marco de sus competencias. En el ejercicio de esta labor de adaptación normativa, el presente Decreto acomoda los colectivos de trabajadores de inserción enunciados en el artículo 2 de la Ley 44/2007 a la normativa vigente en la Comunidad Autónoma.

Así pues, la Administración aplica en la licitación el ordenamiento jurídico vigente en Aragón, como es obvio, en cuanto a las empresas de inserción.

En cuanto a la subcontratación a terceros, en los contratos reservado, que, en el procedimiento objeto del recurso, el PCAP prevé la subcontratación de un 50% máximo, y ante la alegación del recurrente que tal previsión es contraria a la contenida en el artículo 226 TRLCSP: el Tribunal advierte que, nada dice el recurrente de la razón que le lleva a opinar en tal sentido, aunque manifiesta que si se adjudicara el contrato a una empresa que careciera de medios propios especializados y tuviera que subcontratarlo con empresas especializadas de mudanzas, el acto de adjudicación sería nula de pleno derecho.

En este punto el Tribunal considera, con el mismo criterio que el Informe 16/2011, de 8 de junio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón; que los contratos reservados están sometidos a las reglas generales de la subcontratación. De manera que el órgano de contratación, al preparar estos contratos reservados, puede eliminar, o no hacerlo, la posibilidad de la subcontratación. En todo caso, corresponde al órgano de contratación —cuando analice la parte del contrato que el licitador



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

tenga previsto subcontratar—, comprobar que la subcontratación no desvirtúa la finalidad de la reserva.

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

8) Funciones de la Mesa de contratación.

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

La Mesa de contratación es un órgano colegiado de carácter técnico, establecido legalmente al objeto de auxiliar al órgano de contratación en la adjudicación del contrato. Debido a su carácter técnico, sus funciones legal y reglamentariamente se circunscriben a llevar a cabo las actuaciones precisas para ayudar a que el órgano de contratación forme su voluntad en cuanto a la adjudicación del contrato, entre ellas la valoración de las propuestas (artículo 21.1 RPLCSP).

Y así, afirma el Tribunal Supremo —en su Sentencia de 7 de mayo de 1987—, que *sea la naturaleza que se quiera atribuir a la Mesa de contratación, lo que en ningún caso puede admitirse es que aquella sea un mero buzón colegiado para la recepción de ofertas y apertura de pliegos, y no puede limitar su función a recibir informes de manera*



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

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

9) La insuficiencia del poder para licitar como defecto subsanable.

El Acuerdo 65/2013, de 12 de noviembre, contiene una interesante doctrina en torno a un problema muy frecuente en la práctica administrativa del procedimiento licitatorio, la suficiencia o insuficiencia del poder, y su carácter subsanable o no. Para el TACPA, siguiendo la doctrina iusprivatista, la representación es aquella figura jurídica en cuya virtud se confía a una persona (representante) la facultad de actuar y decidir, dentro de ciertos límites, en interés y por cuenta de otra persona (representado). La representación es, pues, un negocio jurídico complejo, pues en su estructura interna se reúnen dos relaciones. La relación originante, la que fundamenta el actuar por otro (puede ser un contrato de mandato, de comisión, de sociedad, un simple apoderamiento, o incluso una gestión de negocios ajenos sin previo mandato); y la relación representativa, en la que intervienen tres sujetos: el sujeto representado —principal o dueño del negocio, es la persona cuyo interés gestiona el representante— y en quien han de recaer, en definitiva, directa o indirectamente, los efectos de la gestión representativa; el representante, gestor o agente, es la persona que actúa en interés o por cuenta del representado; y el tercero, con quien



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

o ante quien, se realiza la gestión representativa y que puede adquirir derechos y/u obligaciones, como consecuencia del acto que perfecciona con el representante. El CC español no contiene una regulación de la representación, pero a ella son aplicables las reglas del contrato del mandato (artículo 1709 y siguientes), en cuanto lo permita la especial naturaleza del poder.

La representación voluntaria exige, a su vez, la concurrencia de dos requisitos: la llamada *contemplatio domini*, o manifestación de quien es la persona del representado hecha por el representante; y el apoderamiento o declaración de voluntad unilateral y recepticia, por la que, el representado, concede a favor del representante, un poder de representación, que legitima la actuación de éste. En cuanto a la capacidad; el representado deberá tenerla para disponer del objeto del negocio, y el representante para emitir una declaración de voluntad válida. De ahí deviene que la falta de poder que acredite la representación, o el poder insuficiente, son causas de nulidad del contrato celebrado, conforme determina expresamente el artículo 1259 del CC, salvo ratificación.

El poder debe, en consecuencia, contener las facultades para concurrir a una licitación con el alcance necesario, tanto por el contenido del contrato como por su cuantía, y encontrarse debidamente inscrito en el Registro mercantil, salvo que se trate de poderes especiales otorgados para el acto concreto de la licitación. Dado que la cuestión jurídica de la representación se fundamenta en el derecho privado, debe ser este el parámetro interpretativo para determinar si existe, o es suficiente, un determinado poder. Es decir, será el CC, y sus principios, como norma cabecera de grupo normativo en esta cuestión, los elementos



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

hermenéuticos de aplicación. Y en el derecho privado, la falta de presentación de poder suficiente, puede ser subsanada. El artículo 1892 CC afirma que *«La ratificación de la gestión por parte del dueño del negocio produce los efectos del mandato expreso»*, lo que de por sí habilita la subsanación de la falta de representación a favor del compareciente en el mismo, pues ello demuestra, al menos, la ratificación ulterior por la empresa de la gestión inicial de aquél.

Por otra parte, es cierto que la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado (en adelante JCCA) en su Informe 48/02, de 28 de febrero de 2003, doctrina dictada durante la vigencia del artículo 79 TRLCAP, de similar redacción al vigente 146 TRLCSP, declara que la falta de presentación del sobre que contiene los documentos que acreditan la capacidad de obrar no puede declararse subsanable. Son numerosas las ocasiones en que la JCCA se ha manifestado en relación con los defectos subsanables e insubsanables (informes de 18 de octubre de 1996, 14 de julio de 1997, dos de 10 de noviembre de 1997, 30 de junio de 1999, 11 de abril y 30 de octubre de 2000), manteniendo los criterios de que, sin ser posible realizar una lista exhaustiva de defectos subsanables y no subsanables, las expresiones utilizadas en el artículo 101 del Reglamento General de Contratación del Estado (hoy artículo 81 RGLCAP), dan pie para considerar insubsanables los defectos consistentes en la falta de requisitos exigidos, y, subsanables, aquéllos que hacen referencia a la simple falta de acreditación de los mismos. No menos revelador es el Informe 27/04, de 7 de junio de 2004, en el que la JCCA, recogiendo determinada doctrina del Tribunal Supremo, determina que la falta o inexistencia de poder en el momento de presentar la proposición es defecto insubsanable y, por el contrario, la



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

falta de acreditación de un poder existente no presentado por error, es un defecto subsanable.

El TACPA llega a la conclusión de que si la falta de bastanteo de un poder constituye un defecto subsanable, si se tiene en cuenta que tal falta no afecta a la existencia del poder y a su suficiencia —pues el poder puede existir y ser suficiente, aunque le falte el requisito meramente formal de su bastanteo, por lo que, subsanado éste, el poder puede y debe desplegar los efectos inherentes al mismo— que ya existían desde el momento de su otorgamiento; de la misma forma y manera, cuando el poder del representante de la persona jurídica es insuficiente —por no abarcar todas las actuaciones contenidas en la proposición, o por estar limitada la cuantía para celebrar contratos— estaremos ante un defecto subsanable, mediante la ratificación de quienes ostentan poder bastante en la empresa. Que nos encontramos ante un defecto subsanable, se deduce en primer lugar del hecho de la existencia previa del poder (no estamos ante la falta de existencia de un requisito, el de la representación), y en segundo lugar, porque así lo quiere y desea la ley. La subsanabilidad, en este caso, no depende del juicio de la Mesa de contratación, sino del propio régimen jurídico de la representación conforme a nuestro CC, que la deriva a la ratificación del poderdante.

La ratificación se encuentra prevista con carácter general para el mandato en el artículo 1727 CC, al señalar que, en lo que el mandatario se haya excedido del mandato, no queda obligado el mandante, sino cuando lo ratifica expresa o tácitamente; y, para los contratos, en el artículo 1259 CC, que determina que el contrato celebrado a nombre de otro, por quien no tenga la autorización o representación legal, será



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

nulo, a no ser que lo ratifique la persona que lo otorgue. Por tanto, la ratificación es un acto de declaración de conformidad, efectuado por quien tiene potestad para celebrar el negocio jurídico, con posterioridad a éste, para validar las actuaciones de quien carecía de poder u ostentaba un poder insuficiente, lo que le confiere efectos retroactivos referidos al momento de celebración del negocio ratificado.

IV.- VALORACION Y ACREDITACION DE SOLVENCIA

10) Sobre la valoración de solvencia.

La solvencia, cuando se licita en UTE, obliga a la admisión cuando una de sus integrantes cumple los requisitos exigidos. El Acuerdo del TACPA 76/2013, de 17 diciembre, anula una exclusión por no aplicar esta regla, afirmando lo siguiente:

«Es decir, la Mesa de contratación, en la primera reunión para valorar la solvencia, entendió que una de las empresas integrantes de la futura UTE ya cumplía los requisitos exigidos, motivo por el cual la debió dar ya por admitida, al ser conocido que basta que cumpla una de las empresas de la UTE las exigencias de solvencia. Basta recordar que la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2005, en la que, citando otras sentencias anteriores de 2 de julio de 1986 y 16 de noviembre de 1993, señala que «basta que una de las empresas que entra en la agrupación para optar a la adjudicación, cumpla los requisitos establecidos al efecto para que se entienda que dichos requisitos quedan cumplidos por la agrupación». Criterio aplicado también, entre otras, en la Resolución 44/2011, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid y en el Acuerdo 31/2012, de este Tribunal.

Examinada la documentación que obra en el expediente, se constata como hecho indubitado que los recurrentes, han concurrido a la licitación al amparo de la fórmula recogida en el



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

artículo 59 TRLCSP, que admite la posibilidad de concurrir a una licitación con el compromiso de constituir una unión de empresarios constituida temporalmente al efecto y que se formaliza, en su caso, tras la adjudicación. Posibilidad recogida expresamente en el PCAP en su cláusula 2.2.4.1.3ª».

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

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

Se comienza afirmando que el compromiso de adscripción de medios personales y/o materiales se configura en el artículo 64 TRLCSP como un «plus de solvencia», una obligación adicional —de posible exigencia por el órgano de contratación— de proporcionar unos medios concretos, de entre aquéllos que sirven para declarar a un licitador idóneo para contratar con la Administración.

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

De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, se desprende que el respeto del principio de igualdad de trato implica, no sólo la fijación de condiciones no discriminatorias para acceder a una actividad económica, sino también que las autoridades públicas



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

adopten las medidas necesarias para garantizar el ejercicio de dicha actividad. Principio de igualdad de trato, que es la piedra angular sobre la que descansan las Directivas relativas a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos, tal y como ponen de relieve las Sentencias del TJCE de 12 de diciembre de 2002, *Universale-Bau* y otro, y de 19 de junio de 2003, *GAT*.

La aplicación de este principio, en la fase de solvencia, es de gran importancia práctica. Y es que, lo que se pretende a la hora de valorar la aptitud de un contratista —u operador económico, en la terminología de la Directiva 2004/18—, es determinar la auténtica capacidad para hacer efectiva, en las condiciones pactadas, la prestación en cuestión que se demanda por el ente contratante, por cuanto lo importante, en la contratación pública, es la correcta ejecución del contrato adjudicado. En consecuencia, para contratar con los poderes adjudicadores, que deben aplicar el *TRLCSP*, los contratistas deben cumplir una serie de requisitos previos que hacen referencia a la capacidad de obrar, la solvencia económica y financiera y la solvencia técnica; debiendo estar únicamente, en cuanto a restricciones, a lo dispuesto por la normativa comunitaria, sin que puedan exigirse requisitos o medios de acreditación distintos de los previstos en aquélla.

Conforme al artículo 62 *TRLCSP*, los empresarios deben acreditar unas determinadas condiciones de solvencia económica y financiera y profesional o técnica, debiendo estar vinculadas a su objeto y ser proporcionales al mismo. Por su parte, el compromiso de adscripción de medios personales y/o materiales se configura en el artículo 64 *TRLCSP*, como hemos mantenido, como un «plus de solvencia», una obligación adicional —de posible exigencia por el órgano de contratación— de



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

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

A estos medios complementarios deben serles de aplicación los criterios generales que rigen el establecimiento de los medios para acreditar la solvencia. Esto es, que estén previstos expresamente en los pliegos, que guarden relación con el objeto del contrato, que, en ningún caso, dichos criterios puedan producir efectos discriminatorios, y que se respete el principio de proporcionalidad, de forma que no deberán exigirse requisitos de solvencia que no observen la adecuada proporción con la complejidad técnica del contrato y con su dimensión económica. Ni requisitos que, por su aplicación práctica, alteren de hecho la solvencia mínima exigida, desnaturalizando el propio procedimiento de licitación elegido. La adscripción de medios es, en suma, un complemento de cara a la efectiva disponibilidad de la solvencia requerida por el órgano de contratación al diseñar el objeto del contrato, y no una técnica adicional de restricción de la solvencia previamente elegida y exigida, tal y como previene el artículo 62 TRLCSP.

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

«Esta concreción de las condiciones de solvencia que se prevé en el artículo 64 del TRLCSP no puede confundirse con la



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

solvencia profesional o técnica contemplada en el artículo 62 del Texto Refundido. En este último artículo se contempla la solvencia como un requisito de admisión, es decir, como un requisito de carácter eliminatorio, no valorativo, en el sentido de que quienes no cumplan los requisitos exigidos en el pliego serán excluidos de la licitación. En cambio, el artículo 64 del TRLCSP sólo exige que los licitadores presenten un compromiso de adscripción a la ejecución del contrato de determinados medios materiales o personales, cuya materialización sólo debe exigirse al licitador que resulte adjudicatario del contrato. Es en este momento de la adjudicación cuando el órgano de contratación puede exigir al adjudicatario que acredite que realmente cuenta con los medios materiales o personales que se comprometió a adscribir a la ejecución del contrato.... Este Tribunal entiende que este último párrafo debe ser interpretado en el verdadero sentido que deriva de la naturaleza del requisito exigido: es decir que debe bastar, para admitir a licitación una determinada proposición, con que se incorpore a la misma el compromiso de adscripción de medios. De ello se deduce que el órgano de contratación debe admitir a todos los licitadores que simplemente se comprometan a adscribir a la obra los medios personales previstos en el apartado 7 de la cláusula 5ª, exigiéndose la acreditación de contar con el equipo humano únicamente al licitador que resulte adjudicatario. Solamente por tanto, el cumplimiento de los requisitos de solvencia previstos en el artículo 62 TRLCSP o, en su caso, la clasificación en el grupo, subgrupos y categorías adecuadas, pueden ser considerados como requisitos de admisión, pero no el compromiso de adscripción al que se refiere el apartado 7».

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



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

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

12) Reglas aplicables a los contratos mixtos. Exigencia de solvencia técnica desproporcionada en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares.

En el Acuerdo 54/2013, de 23 de septiembre, el TACPA, en un contrato mixto de suministro y servicios, en el que se exige clasificación y además una serie de requisitos de solvencia técnica, realiza una reflexión sobre las reglas a aplicar en los contratos mixtos para su adjudicación y respecto a su cumplimiento y extinción.

A estos efectos, el artículo 12 TRLCSP mantiene la regla de absorción, tradicional en la legislación de contratos públicos española, cuando dispone que:

«Artículo 12. Contratos mixtos

Cuando un contrato contenga prestaciones correspondientes a otro u otros de distinta clase se atenderá en todo caso, para la determinación de las normas que deban observarse en su adjudicación, al carácter de la prestación que tenga más importancia desde el punto de vista económico».

Esta regla no se mantiene para el cumplimiento, efectos y extinción en el artículo 115.2 TRLCSP, relativo al contenido de los Pliegos, cuando señala:



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

«2. En los pliegos de cláusulas administrativas particulares se incluirán los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes del contrato y las demás menciones requeridas por esta Ley y sus normas de desarrollo. En el caso de contratos mixtos, se detallará el régimen jurídico aplicable a sus efectos, cumplimiento y extinción, atendiendo a las normas aplicables a las diferentes prestaciones fusionadas en ellos».

En el supuesto analizado, la prestación de mayor importancia económica va referida a un contrato de suministro, siendo a las normas de esta figura a las que hay que estar para la adjudicación del contrato.

El Tribunal aclara que el TRLCSP no permite establecer en este punto una separación entre las reglas de «preparación» (posibilitando acudir a las que se aplicarían a cada una de las partes diferenciadas del contrato) y las de «adjudicación». Únicamente, como ya se ha señalado, el TRLCSP permite que en estos contratos el pliego de condiciones detalle el régimen jurídico aplicable a sus efectos, cumplimiento y extinción, atendiendo a las normas aplicables a las diferentes prestaciones fusionadas en ellos. Es decir, el pliego puede desarrollar *ad hoc* el régimen de ejecución del contrato, atendiendo a las distintas prestaciones integradas en el contrato mixto.

Como señala la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su informe 29/10, de 24 de noviembre, con argumentación que comparte el Tribunal:

«El artículo 6 de la antigua Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, equivalente al actual artículo 12 de la Ley de Contratos del Sector Público, supone que “en los contratos mixtos la prestación más importante desde el punto de vista económico determina la aplicación total de las normas que definen su régimen jurídico sin que quepa acudir a las relativas a otro tipo de contratos”.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Nótese que el ámbito del criterio de la prestación económicamente más relevante ha quedado limitado en el actual artículo 12 de la Ley de Contratos del Sector Público a la determinación del régimen jurídico aplicable a la adjudicación, debiéndose aplicar la denominada técnica de la yuxtaposición de regímenes jurídicos en lo que se refiere a la preparación y ejecución del contrato. Dentro de las normas que rigen el procedimiento de la adjudicación del contrato se encuentran aquéllas que regulan la clasificación de empresas contratistas. De lo que sigue que, tal y como se indica en los informes arriba reseñados - 24/96 y 31/04-, la clasificación o clasificaciones exigibles a los licitadores deberán determinarse con arreglo a ese único régimen jurídico. Así, de considerarse la aplicación de la normativa correspondiente a los contratos de servicios, en función de la importancia económica de sus prestaciones, la clasificación o clasificaciones que habría que exigirse a los licitadores sería la que resultara de lo establecido en el artículo 46, en relación con el artículo 36, ambos del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en función del importe que se atribuye a las diferentes prestaciones propias de los contratos de servicios».

La calificación como suministro del contrato controvertido obliga a aplicar las reglas de solvencia técnica recogidas en el artículo 77 TRLCSP. Lo que no procede, en ningún caso, es la exigencia de la clasificación señalada en el PCAP, al ser este medio de acreditación ajeno a los contratos de suministros, en virtud de lo señalado en el artículo 65.1 TRLCSP, que circunscribe la exigencia de la misma a los contratos de obras y servicios que superen los importes en cada caso establecidos.

V.- PROPOSICIONES DE LOS INTERESADOS

13) La propuesta económica.

En cuanto a la forma de la propuesta económica, que el supuesto objeto del recurso fue admitida, pese a no cumplir el formato exigido en el PCAP, el Tribunal considera necesario recordar la doctrina sentada en



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

sus Acuerdos 1 y 4 de 2011, y en el Acuerdo 20/2013. Según esta doctrina, el principio de igualdad de trato implica que todos los licitadores potenciales deben conocer las reglas del juego, y éstas se deben aplicar a todos de la misma manera. Además, el artículo 115.2 TRLCSP, en relación con los Pliegos de cláusulas administrativas particulares, establece que, *«en los pliegos de cláusulas administrativas particulares se incluirán los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes del contrato y las demás menciones requeridas por esta Ley y sus normas de desarrollo»*. Y en desarrollo de esta previsión, el artículo 145.1 TRLCSP, al regular las proposiciones de los interesados, dispone que *«las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a lo previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de dichas cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna»*. En este sentido, la necesidad de adaptar las proposiciones al contenido de los pliegos es evidente, y más en cuanto a la oferta económica se refiere.

La oferta económica está sujeta a dos requisitos, uno material, puesto que no puede exceder del presupuesto base de licitación, y otro formal, ya que debe atenderse al modelo establecido en los pliegos sin introducir en él variaciones sustanciales.

Las proposiciones que no respeten estos requisitos deben ser rechazadas por la Mesa en resolución motivada, según dispone el artículo 84 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP) cuando señala: *«Si alguna proposición no guardase concordancia con la documentación examinada y admitida, excediese del presupuesto base de licitación,*



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

variara sustancialmente el modelo establecido, o comportase error manifiesto en el importe de la proposición, o existiese reconocimiento por parte del licitador de que adolece de error o inconsistencia que la hagan inviable, será desechada por la mesa, en resolución motivada. Por el contrario, el cambio u omisión de algunas palabras del modelo, con tal que lo uno o la otra no alteren su sentido, no será causa bastante para el rechazo de la proposición». Además, el artículo 67 del RGLCAP, determina en su apartado 2 h) que los Pliegos de cláusulas administrativas particulares deberán contener «los documentos a presentar por los licitadores, así como la forma y contenido de las proposiciones». Forma y contenido son determinaciones de obligado cumplimiento para todos los licitadores.

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

Además, indica el Tribunal, hay que tener en cuenta, que el sistema de determinación del precio de la licitación lo era por precios unitarios de



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

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

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



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

proporcionalidad. Y así se recoge en el artículo 9 de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón.

Finalmente, es doctrina consolidada del Tribunal Supremo, y de los órganos encargados de la resolución de recurso especiales en materia de contratación, considerar que en los procedimientos de adjudicación debe tenderse a lograr la mayor concurrencia posible (STS de 21 de septiembre de 2004), siempre que los licitadores cumplan los requisitos establecidos como base de la licitación, de manera que atendiendo a tal objeto, el RGCAP determina las causas por las que la Mesa podrá desechar las ofertas, centrándolas en aquellos supuestos en que existan defectos que impliquen, o bien el incumplimiento de los pliegos, o bien inconsistencias en la oferta que no permitan tener a la misma por cierta.

14) Exclusión de licitador, principio de «non venire contra factum proprium» y «refomatio in peius».

El Acuerdo 21/2013, de 30 de abril, sienta una interesante doctrina sobre diversas cuestiones de interés. En primer lugar, la exclusión de un licitador, que es un acto de trámite, solo puede ser recurrida, de acuerdo con el régimen de impugnabilidad de dichos actos —regulada en el artículo 40.2.b) TRLCSP, en forma coincidente con lo dispuesto en el artículo 107 LRJPAC— cuando decida directa o indirectamente el fondo del asunto, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento, produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. De manera que sólo el licitador excluido puede impugnar su exclusión.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

En segunda lugar, la admisión de la oferta económica del licitador que incumplía los precios unitarios de los diferentes servicios fijados en el PCAP, por excederse de los mismos, es irregular y no puede ser objeto de protección jurídica en base a la simple aplicación del principio del «*non venire contra factum proprium*», pues este principio solo opera sobre la base de una apariencia seria de legalidad inicial que no existe en este supuesto. Pues una situación fáctica, inicialmente aceptada, no deviene en jurídicamente aceptable por el hecho de la mera aceptación inicial. La conservación de un acto depende de los efectos que éste pueda producir, pues la legitimidad o validez de sus efectos, es lo que determina que el ordenamiento garantice su mantenimiento en el mundo del Derecho.

El ordenamiento jurídico contractual demanda a la Administración un respeto escrupuloso de la legalidad formal y material, que se traduce en el cumplimiento de todos los requerimientos y requisitos establecidos en el PCAP (auténtica ley del contrato), pues, solo así, se asegura que la actuación del órgano de contratación haga efectivos los principios que fundamentan el régimen jurídico de la contratación del sector público (principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, recogidos en el artículo 1 TRLCSP).

Y, finalmente, en el caso concreto, la invocación del principio del *non venire* se realiza no por quien resultaría beneficiado directamente de su aplicación (que no lo invoca), sino del licitador que obtiene un efecto jurídico reflejo de una situación producida en relación a un licitador distinto.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

En tercer lugar, como ha señalado el Tribunal Constitucional, la interdicción de la *reformatio in peius*, por un lado, representa un principio procesal que forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva a través del régimen de garantías legales de los recursos, que deriva, en todo caso, de la prohibición constitucional de indefensión, y, por otro, es una proyección del principio de congruencia que impide al órgano judicial exceder los límites en que esté planteado el recurso, acordando una agravación de la sentencia impugnada que tenga origen exclusivo en la propia interposición de éste (entre las últimas, SSTC 204/2007, de 24 de septiembre, FJ 3; 41/2008, de 10 de marzo, FJ 2; 88/2008, de 21 de julio, FJ 2; y 141/2008, de 30 de octubre, FJ 5). De este modo, la denominada reforma peyorativa «tiene lugar cuando la parte recurrente, en virtud de su propio recurso, ve empeorada o agravada la situación jurídica creada o declarada en la resolución impugnada, de modo que lo obtenido con la decisión judicial que resuelve el recurso, es un efecto contrario al perseguido por el recurrente, que era, precisamente, eliminar o aminorar el gravamen sufrido con la resolución objeto de impugnación».

Finalmente, el TACPA sostiene que los principios de congruencia y de prohibición de la *reformatio in peius*, aparecen recogidos en los artículos 89.2 y 113.3 de la LRJPAC, en cuanto que la resolución será congruente con las peticiones formuladas por los interesados (principio de congruencia), sin que en ningún caso pueda la Administración agravar su situación inicial (principio de prohibición de la *reformatio in peius*), sea en la resolución del procedimiento o en la resolución del recurso. El procedimiento de contratación pública se desarrolla a lo largo de diferentes periodos como son: la convocatoria de licitación, la presentación de proposiciones por parte de los licitadores, la apertura



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

de las ofertas, la adjudicación, el perfeccionamiento contractual, y la ejecución del contrato con arreglo a lo convenido. Así, surgen derechos y obligaciones nuevas en cada fase del proceso, pero que no suponen una automática vinculación insuperable mientras no se alcance el fin propuesto, que es el perfeccionamiento del contrato perseguido. Precisamente por ello, la propuesta de adjudicación se configura jurídicamente como un mero acto de trámite, no como una resolución definitiva, pues no pone fin al procedimiento. Ese carácter de acto de trámite, se ve reforzado por lo dispuesto en el artículo 160.2 TRLCSP, conforme al cual la propuesta de adjudicación no crea derecho alguno a favor del licitador propuesto. La propuesta de resolución de un procedimiento de concurrencia (de la Mesa de contratación), como es el procedimiento objeto de impugnación, no constituye un acto declarativo de derechos ni define la situación jurídica de los participantes, sino que constituye un mero trámite del procedimiento contractual, que tiene por finalidad asegurar la más acertada resolución del mismo, y propicia la subsanación de las posibles deficiencias que puedan apreciarse, ya sea a instancia de los propios licitadores, ya sea de oficio por la propia Administración (en este caso Mesa de contratación), por ello, no pueden prosperar las alegaciones relativas a la infracción del principio de la *reformatio in peius* y de la doctrina de los actos propios, que se refieren a la alteración de una situación jurídica previamente declarada, lo que no se corresponde con el alcance del trámite de propuesta de resolución de la Mesa de contratación.

15) No es posible subsanar un error material una vez conocidas las ofertas del resto de los licitadores.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

En el Acuerdo 30/2013, de 24 de junio, el TACPA sostiene que la subsanación de un error material sufrido por el recurrente —que no sólo es tipográfico, pues implica la sustitución de una cifra por otra—, después de la solicitud de aclaraciones y una vez conocidas las ofertas de los restantes licitadores, vulneraría los principios de igualdad y concurrencia que rigen la contratación en el sector público. Sin que deba omitirse la circunstancia, que concurre en el recurrente —ser adjudicatario de la póliza en vigor del seguro de vehículos del Gobierno de Aragón—, que exigía una mayor diligencia en la formulación de la proposición. Y, además, tal pretensión es también contraria al principio general del Derecho según el cual nadie puede alegar en su provecho su propia torpeza (*«Nemo auditur propriam turpitudinem allegans»*). No se puede alegar el propio error como causa o vicio de anulabilidad, principio incorporado en el artículo 110 LRJPAC, y en nuestra jurisprudencia contencioso-administrativa, si bien con un sentido diferente al que esta regla ha tenido en el Derecho civil.

El TACPA advierte e insiste, en la relevancia del Pliego de Condiciones o Cláusulas Administrativas Particulares en la contratación administrativa, para resolver las cuestiones relativas al procedimiento, cumplimiento, inteligencia y efectos de los contratos públicos, pues ya sean jurídicos, técnicos o económico-administrativos, constituyen la «Ley del contrato», configurando un auténtico bloque normativo al que quedan sujetos tanto la Administración como los particulares. En este sentido, aduce, entre otras, las Sentencias del Tribunal Supremo, de 13 de abril de 1981, 10 de marzo de 1982, 20 de enero de 1985, 17 de febrero de 1987, 18 de noviembre de 1987, 6 de febrero de 1988, 20 de abril de 1992, 31 de diciembre de 1994 y 15 de febrero de 1999.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

En el caso, los licitadores aceptaron y asumieron como normas de obligado cumplimiento, derivadas de la presentación de la oferta económica en la forma y condiciones establecidas en el PCAP, la exclusión de las proposiciones de aquellos que ofertasen por encima del precio máximo de la licitación. Estas normas devinieron firmes e inatacables. Y, tal y como afirmamos en nuestro Acuerdo 48/2012 cuando los Pliegos son aceptados y consentidos, sin salvedad o reserva alguna, no es posible, cuestionar la validez jurídica de las actuaciones que derivan de su estricta aplicación, pues se produciría un quebranto del principio del *«non venire contra factum propium»*.

De manera que no cabe en este momento, reclamar la nulidad del acto de exclusión de la proposición, con fundamento en un error de cálculo del precio unitario ofertado por el recurrente —que asume el incumplimiento del PCAP en dicho precio que superaba el precio medio establecido en el mismo—, que la Mesa de contratación acordó con estricta sujeción a lo establecido en la ley del contrato de esta licitación.

Finalmente, el artículo 84 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), que regula el rechazo de las proposiciones, establece que: *«Si alguna proposición no guardase concordancia con la documentación examinada y admitida, excediese del presupuesto base de licitación, variara sustancialmente el modelo establecido, o comportase error manifiesto en el importe de la proposición, o existiese reconocimiento por parte del licitador de que adolece de error o inconsistencia que la hagan inviable, será desechada por la mesa, en resolución motivada. Por el contrario, el*



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

cambio u omisión de algunas palabras del modelo, con tal que lo uno o la otra no alteren su sentido, no será causa bastante para el rechazo de la proposición». De manera que la exclusión de la proposición es conforme a Derecho.

VI.- CRITERIOS DE ADJUDICACION Y SU VALORACION

16) Las mejoras.

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

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

Este Acuerdo 64/2013, insiste en la necesidad de que «los criterios deben ser suficientemente transparentes tanto en su finalidad y vinculación con el objeto del contrato, como con la fórmula de



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

puntuación, que debe ser previamente conocida por los licitadores. Esto supone que no es suficiente la simple determinación de la puntuación a otorgar a un criterio. Es necesario que los distintos coeficientes de ponderación y subcriterios relativos a los criterios de adjudicación se establezcan en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación de forma clara e indubitada, como bien advirtiera la STJUE 24 enero 2008 (Lianakis). De lo contrario, queda en entredicho el principio de transparencia en relación al principio de igualdad de trato, debiendo justificar su decisión sobre la base de criterios objetivos».

17) Justificación de una oferta presentada por la recurrente, inicialmente considerada «anormalmente baja o desproporcionada», en relación a la obtención de una ayuda de estado como Centro Especial de Empleo.

En el Acuerdo 69/2013, de 11 de diciembre, se aborda la reiterada problemática planteada en relación a las ofertas consideradas «anormalmente bajas o desproporcionadas», oferta condicionada en este recurso por la obtención de una ayuda de Estado como Centro Especial de Empleo.

Como tiene reiteradamente manifestado este Tribunal, entre otros, en sus Acuerdos 5/2013 y 8/2013, la técnica de baja anormal o desproporcionada se fundamenta en la previsión del artículo XIII.4 del Acuerdo sobre Contratación Pública de la Organización Mundial de Comercio. El artículo 55 de la Directiva 2004/18, contiene una previsión similar, y el TRLCSP advierte sobre la imposibilidad de adjudicar un contrato cuando *«el órgano de contratación presuma fundadamente que la proposición no pueda ser cumplida como consecuencia de la inclusión en la misma de valores anormales o desproporcionados»*.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

El artículo 152 TRLCSP, regula esta técnica distinguiendo en función de que exista un único criterio —precio— o varios, y en aplicación de dicho precepto, el PCAP estableció en este caso en concreto, en su cláusula decimocuarta, los parámetros objetivos en función de los cuales se consideraría, en principio, como desproporcionada o temeraria la baja. En dicha cláusula se señalaba expresamente que no se aceptará como justificación de poder realizar la prestación del servicio, a los efectos de la misma, aquellas ofertas en las que la baja derive del hecho de que se abone a los trabajadores de la empresa licitadora un salario inferior a lo estipulado en el convenio aplicable.

Sentado el parámetro objetivo, el TRLCSP obliga a dar audiencia al licitador que la haya presentado, y se abre un procedimiento de verificación contradictoria, con la finalidad de comprobar que la proposición no puede ser cumplida, como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados, o acreditar la viabilidad de la misma.

En todo caso, como es reiterada doctrina de los Tribunales Administrativos de Contratos, la apreciación de que una oferta contiene valores anormales o desproporcionados, es un mero indicio para establecer que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de ello y que, por tanto, no debe hacerse la adjudicación a quien la hubiera presentado.

Y, en este sentido, como también es doctrina consolidada de los Tribunales Administrativos de Contratos, la decisión sobre si una oferta, calificada inicialmente como desproporcionada, puede cumplirse o no corresponde al órgano de contratación, sopesando las alegaciones formuladas por la empresa licitadora, y los informes emitidos por los



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

servicios técnicos. Si bien, ni las alegaciones del licitador, ni los informes (que constituyen el asesoramiento técnico, y siempre que efectivamente respondan y sean reconocibles como informes técnicos) tienen carácter vinculante para el órgano de contratación, que debe valorar y sopesar adecuadamente ambos para adoptar su decisión, que deberá ser motivada, en base a ellos. De manera que, siempre y en todo caso, la decisión debe responder a parámetros de razonabilidad y racionalidad.

En el caso objeto del recurso que se analiza el procedimiento formal no se ha seguido en los términos ajustados a las exigencias legales, ya que a la vista del informe técnico, y a la vista de la nueva documentación solicitada, la Mesa de contratación, consideró insuficientemente justificada la oferta, acordó su exclusión y propuso la adjudicación del contrato a otro licitador.

Y es aquí, donde aparece la primera disfunción importante en el procedimiento, pues la consideración como injustificada de una oferta anormal no corresponde a la Mesa de contratación, sino al órgano de contratación (artículo 152.4 TRLCSP). Y, aunque en principio, dicha actuación sería una irregularidad no invalidante —en la medida que podría entenderse subsanada por convalidación del órgano de contratación—, no puede entenderse así, en este caso, pues aunque el procedimiento material ha seguido el camino establecido en la ley y, en consecuencia, ninguna objeción cabe plantear desde ese punto, se ha hurtado al órgano de contratación la posibilidad de requerir un mayor asesoramiento técnico, a la vista de las aclaraciones efectuadas por la empresa para justificar la oferta. Y, esa omisión, no puede considerarse una mera irregularidad.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Y ello porque el informe que puede considerarse a los efectos de motivación del rechazo de la proposición, se circunscribe a la literalidad de lo exigido, sin entrar a valorar las argumentaciones sobre el carácter de las ayudas de Estado en las que basa la viabilidad económica de su oferta.

En la documentación aportada por la recurrente se argumenta, entre otros extremos, que dispone de una subvención salarial mensual (del 50% del salario mínimo interprofesional por cada uno de los trabajadores del centro que tienen la minusvalía) proveniente de INAEM para la colaboración en el sostenimiento de los CEE, que se viene percibiendo desde hace mas de diez años, con cita y remisión a la normativa de aplicación. Se señala también que los trabajadores que empleará en la ejecución del servicio, caso de resultar adjudicataria, serán minusválidos (atendiendo a su finalidad, a su mantenimiento como CEE y a la propia exigencia del contrato licitado). A partir de las nuevas incorporaciones, la subvención que se solicitará al INAEM se incrementará en un mínimo de 1.850 euros mensuales, lo que supondrán 22.000 euros adicionales a lo que se facture por la prestación del servicio. Se acompaña, además, la última concesión de la ayuda salarial percibida (correspondiente al mes de febrero de 2013). Se señala, también, que el plazo medio de pago de estas ayudas es de 90 días desde su aprobación, y que el gasto financiero de este plazo de cobro ya se ha considerado en los gastos financieros. Se concluye con la expresión de que *«no se trata de una subvención que ya se encuentre concedida en estos momentos a nombre del CEE. Sino que es una parte mas de los ingresos recurrentes de ADOINTEGRA dentro de su actividad normal»*.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Las alegaciones de la recurrente para justificar la cuantía de la baja sobre el precio de licitación en su proposición económica, se fundan — básicamente, pero no «exclusivamente»— en el menor coste salarial que soportará en su condición de CEE, lo que conlleva que su plantilla esté permanentemente compuesta por, al menos, un 70% de personas discapacitadas.

Los CEE cuentan con un programa de ayudas y subvenciones públicas dirigidas a promocionar la integración de los trabajadores discapacitados en este tipo de Centros. Estas ayudas vienen a consolidar las políticas activas de empleo dirigidas a este colectivo para luchar contra su exclusión del mercado laboral y promocionar su inserción socio-laboral. Dentro de este programa se distinguen dos líneas de ayudas: las destinadas a financiar parcialmente proyectos generadores de empleo a través de la creación de nuevos centros o de la ampliación de las plantillas de los ya existentes, y la subvención del coste salarial.

En esta segunda línea de ayudas, la cuantía subvencionable por cada uno de los trabajadores discapacitados es del 50% del salario mínimo interprofesional, reducida proporcionalmente a la jornada laboral realizada en el caso de contratos a tiempo parcial. Como indicaba la ahora recurrente en su justificación, es la Orden de 16 de octubre de 1998 la que establece las bases reguladoras para la concesión de las ayudas y subvenciones públicas destinadas al fomento de la integración laboral de las personas con discapacidad en CEE. Por su parte, la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, establece en su artículo 22.2.c) un régimen excepcional de concesión directa (frente al ordinario de concurrencia competitiva) para ayudas



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

como las contempladas en la Orden de 1998, dado su interés público, económico y social, derivado de las particulares circunstancias económicas y sociales de los CEE y del colectivo de trabajadores con discapacidad que integran sus plantillas y que son los destinatarios finales de estas subvenciones.

Como señala la disposición adicional tercera de la Orden de 1998, las Comunidades Autónomas que hayan asumido los traspasos de servicios en materia de gestión del programa público de fomento de empleo autónoma podrán acomodar dicha normativa a las especialidades que se deriven de su propia organización. En concreto, en la Comunidad Autónoma de Aragón es el Instituto Aragonés de Empleo (INAEM) el Organismo que tiene atribuida la calificación, registro administrativo y control de las subvenciones de los CEE (artículo 2 del Decreto 82/2001, de 10 de abril, del Gobierno de Aragón).

Por ello, en la documentación aportada por la recurrente se incluyó la última concesión por el INAEM de la denominada «subvención del coste salarial» para los trabajadores incorporados, correspondiente al mes de febrero de 2013, tras la aportación por ésta de la documentación exigida en la Orden. Y ello porque resultaba de imposible cumplimiento la exigencia de un certificado de la subvención salarial «concedida» en 2013 por importe de 22.200 euros, ya que, como se ha señalado, la concesión de esta ayuda directa y reglada se realiza mes a mes, previa acreditación del abono del salario a los trabajadores (en este caso el de los siete que se asignan al proyecto). Mas imposible todavía era aportar un certificado correspondiente a la ayuda considerada para 2014, sin que ello suponga, a juicio de este Tribunal, *«una expectativa*



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

que se puede materializar o no», pues cumpliendo los requisitos, la ayuda va a percibirse, en 2013 y 2014.

El Tribunal entiende en este caso que una interpretación tan rigorista como la llevada a cabo por la Mesa de contratación supone desconocer el funcionamiento de los CEE, únicos posibles adjudicatarios de un contrato como el planteado, que si bien no está calificado como «contrato reservado» en los términos de la Disposición adicional quinta TRLCSP, su objeto «explotación operativa del Centro Provincial de Coordinación del Servicio de Extinción de Incendios con métodos y prácticas que fomente el acceso al mercado de trabajo a discapacitados» determina, en la práctica, que únicamente concurren al mismo CEE.

El Tribunal concluyó que no está justificada la exclusión de la empresa del procedimiento de licitación y admitió así el motivo de recurso.

VII.- CUMPLIMIENTO PRESCRIPCIONES TÉCNICAS

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

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

El Tribunal recuerda, que entre las prescripciones técnicas, puede haberlas de carácter obligatorio, incondicionadas, cuyo incumplimiento



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

supone la imposibilidad de ejecutar correctamente el contrato, es decir, de hacerlo conforme a las exigencias que la Administración ha considerado imprescindibles para asegurar la realización de la prestación que constituye su objeto.

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

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

Pues bien, el supuesto objeto del recurso, el PPT aprobado por el Ayuntamiento de Calatayud, en la licitación del contrato «Suministro y servicios energéticos y mantenimiento integral con garantía total de las instalaciones de alumbrado público —incluida la red semafórica— de propiedad municipal», recogía expresamente, en su punto 4 (página 26), la necesidad de que las luminarias cumplan las características IK 10, literalmente indica que: *«Estas luminarias deberán de cumplir las características IP 65 e IK 10»*. Y, el Informe técnico de 29 de mayo de 2013, emitido por encargo de la Mesa de Contratación —*«Informe de las luminarias con LED ofertadas, para la mejora del alumbrado*



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

público»— elaborado por el Ingeniero Técnico Industrial, concluye que ninguna de las ofertas cumple al 100%, la especificación marcada por el Ayuntamiento IK 10.

En consecuencia era claro y evidente que la Mesa de contratación al clasificar las ofertas con un primer y único clasificado, incumplió el PPT. Es decir, incumplió la ley del contrato. Los Pliegos, que conforman la ley del contrato, vinculan en sus propios términos a los licitadores que concurren a la licitación aceptando su contenido, pero también a los órganos de contratación. Y no es posible admitir que la exigencia de una prescripción obligatoria del PPT sea objeto de valoración, en más o menos, según su proximidad al cumplimiento de la misma. Las características técnicas de una proposición deben cumplir íntegramente las exigencias que marca el PPT, sin que sea posible un juicio de valor acerca de la intensidad en que se produce ese cumplimiento si, con carácter previo, no se ha recogido tal posibilidad en el propio pliego. Y, por lo mismo, tampoco es posible, a posteriori, sustituir la luminaria propuesta inicialmente —que el propio adjudicatario reconoce no cumple con el requisito IK 10, en su escrito de alegaciones—, por un nuevo farol que cumple con los requisitos exigidos en el PPT y sin ningún tipo de sobrecoste. Pues es evidente, que en tal supuesto nos encontraríamos ante una alteración de la oferta inicial, contraria a los principios de igualdad y publicidad que rigen la licitación pública.

La Mesa de contratación, a la vista del informe técnico de 29 de mayo de 2013, debió declarar desierto el procedimiento, por incumplimiento de las prescripciones técnicas de las prestaciones objeto del contrato.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Por su parte, el Acuerdo 44/2013, de 7 de agosto, resuelve un recurso cuyo objeto se circunscribe al trámite de comprobación por unos técnicos de los productos ofertados y su compatibilidad con los requerimientos técnicos exigidos por la licitación, que no se han cuestionado. El Acuerdo señala que el TRLCSP habilita a los poderes adjudicadores a comprobar con carácter previo a la valoración de las proposiciones el cumplimiento de las características técnicas de los productos que se licitan. Trámite que tiene por finalidad garantizar el principio de igualdad de trato en tanto permite una adecuada comparación de ofertas y evita que el factor precio, en condiciones técnicas no idóneas, altere el resultado de la licitación con el consecuente quebranto del interés público. Nada hay que objetar, desde el punto de vista de la exigencia formal, a la actuación de los técnicos.

Sin embargo, esta posibilidad de comprobación no puede realizarse sin el cumplimiento de unas mínimas exigencias formales que preserven el necesario principio de objetividad, pues lo contrario convertiría a estos informes técnicos en una auténtica ficción jurídica no revisable, lo que vulneraría los principios del procedimiento administrativo de contradicción y transparencia, limitando la propia función de control vía recurso especial.

Ya en el Acuerdo 25/2013 de este Tribunal se declaró que *«La presunción de veracidad de ciertos actos administrativos (informes y diligencias), realizados por los empleados públicos competentes que intervienen en el procedimiento licitatorio, y que actúa a modo de un principio de prueba a partir del cual la Administración puede proseguir en su actividad dirigida a la adjudicación del contrato, tras acreditar*



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

*cumplidamente la realidad de la aplicación de los criterios de valoración conforme a las normas del PCAP, se reconoce desde hace tiempo por la jurisprudencia y tiene su fundamento en la necesidad de atribuir un cierto valor probatorio a las declaraciones de estos empleados públicos, como instrumento realmente útil —y hasta casi imprescindible— a fin de que la Administración no vea entorpecido el logro de los objetivos que se persiguen el ejercicio de las potestades administrativas, en este caso la potestad de contratación. Ahora bien tal presunción de veracidad, va inseparablemente unida a la presunción de certeza que se concreta en el documento administrativo en el que se expresa y consta». Esto significa que los informes de valoración han de contener y acreditar las razones por las que se considera que un producto no cumple los requerimientos técnicos, pues lo contrario, no puede ser admitido resultando imposible de revisar, pudiendo incurrir en causa de anulación. Es, en el fondo, una cuestión de prueba que debe someterse a los estándares propios de la misma para cumplir la exigencia de «*Dona mihi factum, dabo tibi ius*».*

Pues bien, como se documenta por el órgano gestor en el informe al recurso, tanto la composición del grupo técnico que se encargó de la comprobación, como el resultado de la misma, cumplen las exigencias antepuestas, pues la Ley no exige la intervención de personal independiente o la audiencia de los interesados —aunque en ocasiones puede resultar una buena práctica—. Y, frente a lo que alega el recurrente, las pruebas están a disposición del mismo para comprobar si existe o no error, o si ha resultado adecuada la práctica de la misma. Y nada ha indicado el recurrente sobre la negación de comprobación de esa prueba, que, al parecer, no ha ejercido hasta la fecha. No es en vía de recurso especial el momento procedimental oportuno pues, como



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

ya hemos venido declarando (Resolución 5/2013, de 30 de abril), la solicitud de vista del expediente se debe formalizar ante el órgano de contratación antes de la presentación del recurso especial. Por ello, no procede admitir la pretensión del recurrente, que, debió ser satisfecha conforme a otros trámites que el mismo no ha respetado.

Por otra parte, en caso de disconformidad con el resultado de la prueba técnica realizada, el interesado puede, al amparo de los principios de la legislación administrativa y del propio artículo 46 TRLCSP, solicitar una nueva práctica de prueba. Opción que no ha utilizado. Por ello, y de conformidad con el principio de congruencia, no puede este Tribunal sino juzgar la adecuación a los requerimientos formales del informe técnico, que cumple, por sí, los principios de racionalidad y razonabilidad. Y no se constata, como se denuncia, una infracción de la igualdad de trato, frente a productos originales. La imputación de error debe ser acreditada por quien alega, bien con otros informes técnicos de alcance pericial, bien por la solicitud de nueva prueba. Por ello, ante la ausencia de esta petición por el recurrente sin que se aporten elementos objetivos sobre la inadecuación de la misma, y con respeto al principio de congruencia procesal que limita la función de control a lo solicitado por el recurrente —y no siendo posible adoptar diligencias finales al no cumplir las exigencias legales—, procede desestimar la pretensión de anulación del informe técnico solicitada por la recurrente.

19) Condiciones técnicas exigidas en el Pliego de prescripciones técnicas y principio de concurrencia.

El Acuerdo 69/2013, de 15 de noviembre, se refiere a un problema muy frecuente en la práctica administrativa del procedimiento licitatorio, y es



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

el relativo a la posibilidad de que las condiciones técnicas exigidas en el PPT puedan limitar el principio de concurrencia.

En el recurso se parte de que en el expediente de contratación los licitadores no van a ser empresas fabricantes, sino prestadoras de servicios energéticos, que serán las que puedan contratar con los diferentes fabricantes el suministro de cada una de las luminarias y sistemas ópticos que consideren más adecuados, siempre y cuando se ajusten a las exigencias técnicas solicitadas.

Se recuerda además que el Pliego de Prescripciones Técnicas establece los requisitos y condiciones técnicas que tiene que cumplir la prestación, de conformidad con lo preceptuado en los artículos 116 y 117 TRLCSP, y 68 RGLCAP, siendo el órgano de contratación el que debe definir los requerimientos necesarios para el cumplimiento del objeto del contrato.



4.- ESTADÍSTICA

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

Como novedad 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 ciento treinta millones de euros, en concreto 130 493 860,61 €, con la distribución por tipo de contrato que se contiene en el Anexo correspondiente.

Sobre el cumplimiento de plazos, hay que señalar que el TRLCSP establece unos plazos muy breves para dictar resolución en los recursos que regula, plazo que varía en función de los trámites del procedimiento, pero que por regla general deberían tener una duración de 15 a 20 días hábiles. Pues bien, en el 57% de los casos los recursos se han resuelto por el TACPA dentro de los plazos legales, en el restante 43% la mayoría de las demoras se sitúan entre 1 y 7 días, siendo absolutamente excepcionales demoras mayores, que en ningún caso



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

superaron los 30 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. La actividad del Tribunal, como en años anteriores, no se ha suspendido durante el mes de agosto.

El total de recursos presentados en este periodo desde marzo a diciembre de 2013 ha sido de 75, lo cual representa un incremento en cuatro recursos con respecto al mismo periodo del año anterior. De estos 75 recursos, el 74,67% tenían como objeto un contrato de servicios o suministros.

Sobre el sentido de los Acuerdos del Tribunal, destaca la disminución de las estimaciones, una tendencia a la baja que se consolida con el transcurso de los años, (en los tres años de actividad del Tribunal, ha bajado del 45,10% del total de Acuerdos recogido en la Memoria del año 2011, al 25,37% en esta Memoria).

Durante el periodo que comprende esta Memoria se han impuesto cuatro multas por mala fe o temeridad en la interposición del recurso, al amparo de la previsión contenida en el artículo 47.5 TRLCSP, por un importe total de 18.500 euros.

La novedad incluida en esta Memoria —referida al 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 recursos interpuestos ante este Tribunal (75) son 13 los que recibe el TACPA por dicha especialidad, un 17,33% del total.

Por último, únicamente en cuatro ocasiones en este periodo los Acuerdos del TACPA han sido impugnados ante la jurisdicción



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

contencioso-administrativa, sin que haya recaído sentencia hasta la fecha.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

ESTADÍSTICAS

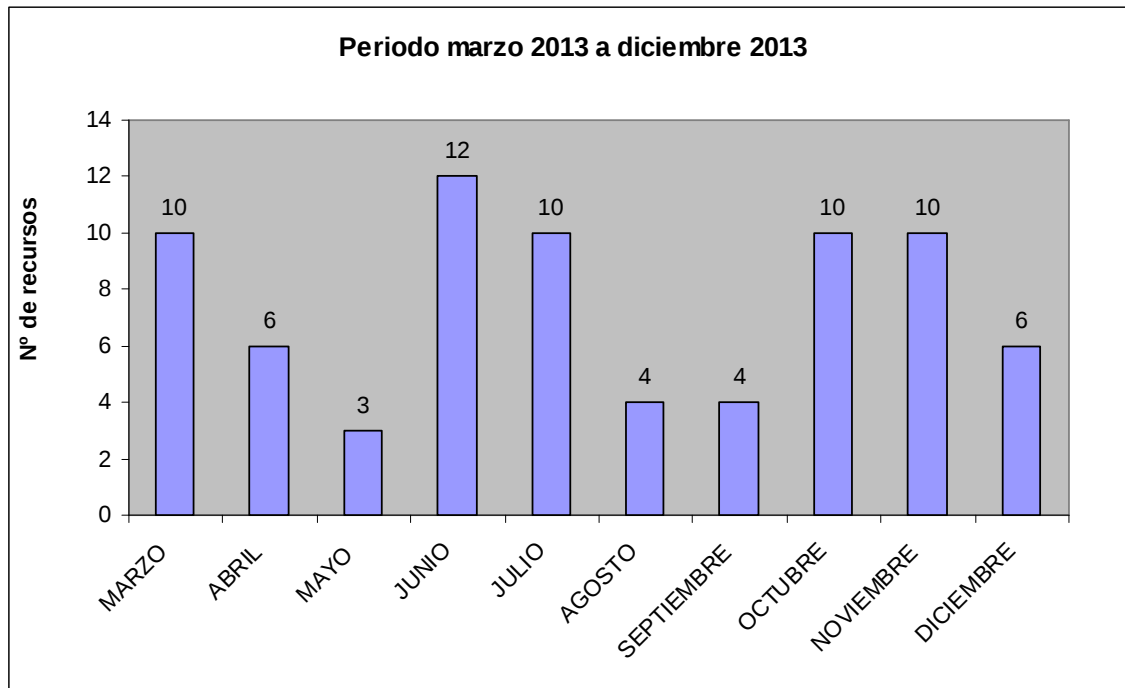


TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Estadística de recursos presentados ante el TACPA, por meses

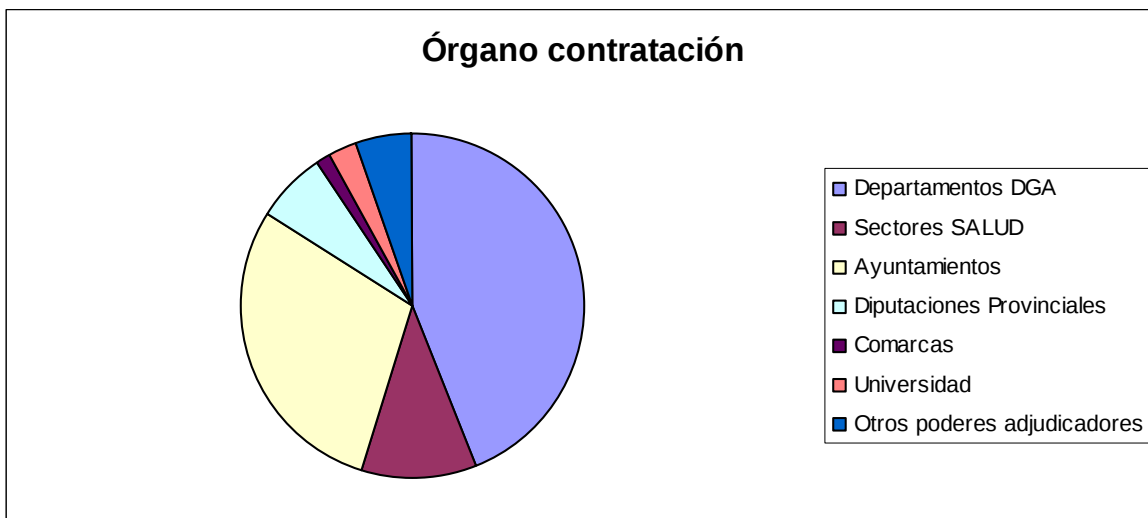




TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Estadística por órgano de contratación en los recursos presentados ante el TACPA desde el 1 de marzo de 2013 hasta el 31 de diciembre de 2013

	Número	%
Departamentos DGA	33	44,00%
Sectores SALUD	8	10,67%
Ayuntamientos	22	29,33%
Diputaciones Provinciales	5	6,67%
Comarcas	1	1,33%
Universidad	2	2,67%
Otros poderes adjudicadores	4	5,33%
Total	75	100,00%

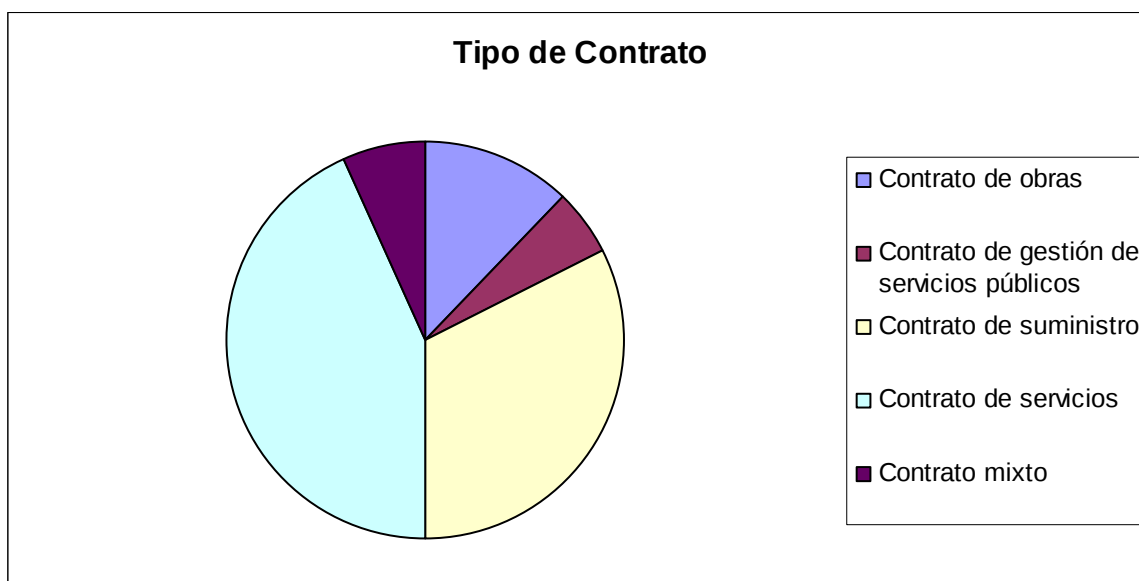




TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Estadística de tipo de Contrato en los recursos presentados ante el TACPA desde el 1 de marzo de 2013 hasta el 31 de diciembre de 2013

	Número	%
Contrato de obras	9	12,00%
Contrato de gestión de servicios públicos	4	5,33%
Contrato de suministro	24	32,00%
Contrato de servicios	32	42,67%
Contrato mixto	5	6,67%
Administrativo especial (cuestión de nulidad)	1	1,33%
Total	75	100,00%





TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Valor estimado de las licitaciones recurridas ante el TACPA desde el 1 de marzo de 2013 hasta el 31 de diciembre de 2013

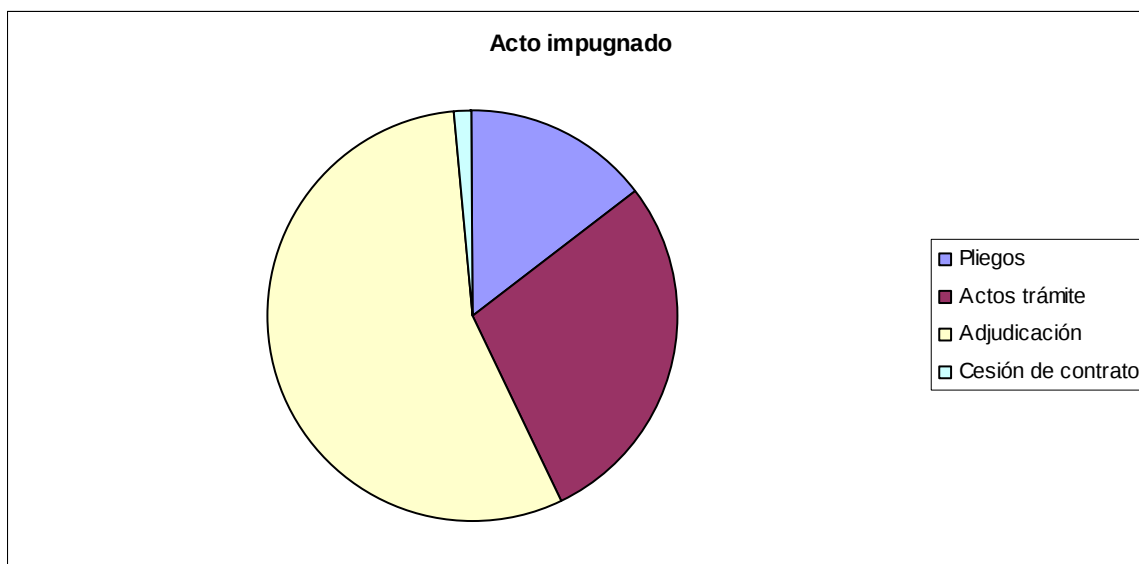
	Número	Valor estimado
Contrato de obras	9	17.471.441,74
Contrato de gestión de servicios públicos	4	23.991.255,33
Contrato de suministro	24	33.166.596,20
Contrato de servicios	32	48.060.207,34
Contrato mixto	5	7.804.360,00
Administrativo especial (cuestión de nulidad)	1	0,00
Total	75	130.493.860,61



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Estadística acto impugnado recursos presentados ante el TACPA desde el 1 de marzo de 2013 hasta el 31 de diciembre de 2013

	Número	%
Pliegos	11	14,67%
Actos trámite	21	28,00%
Adjudicación	42	56,00%
Cesión de contrato	1	1,33%
Total	75	100,00%

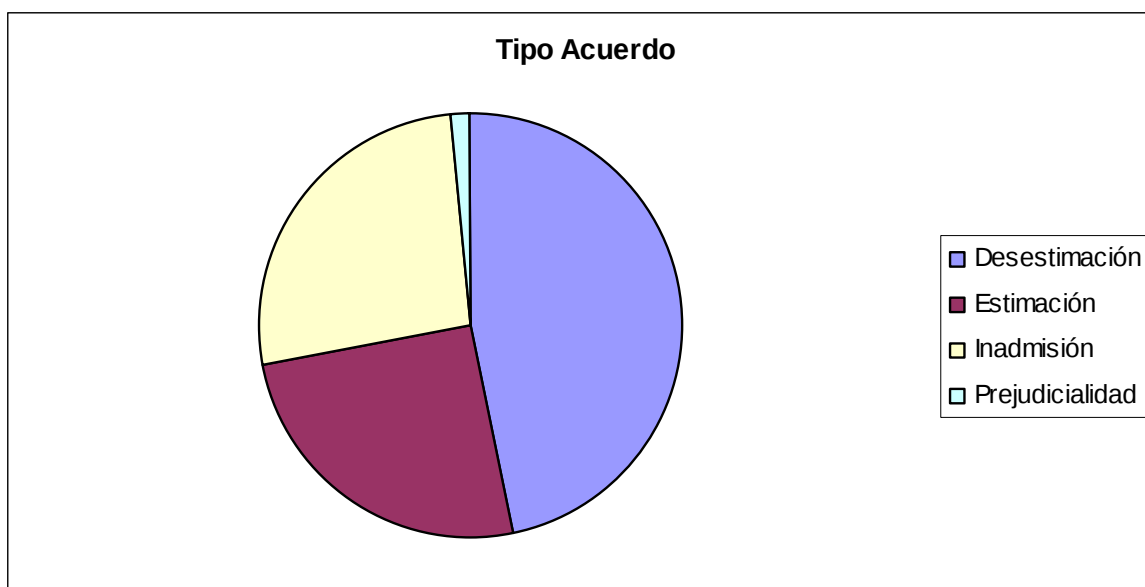




TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Estadística de tipo de Acuerdo en los recursos presentados ante el TACPA desde el 1 de marzo de 2013 hasta el 31 de diciembre de 2013

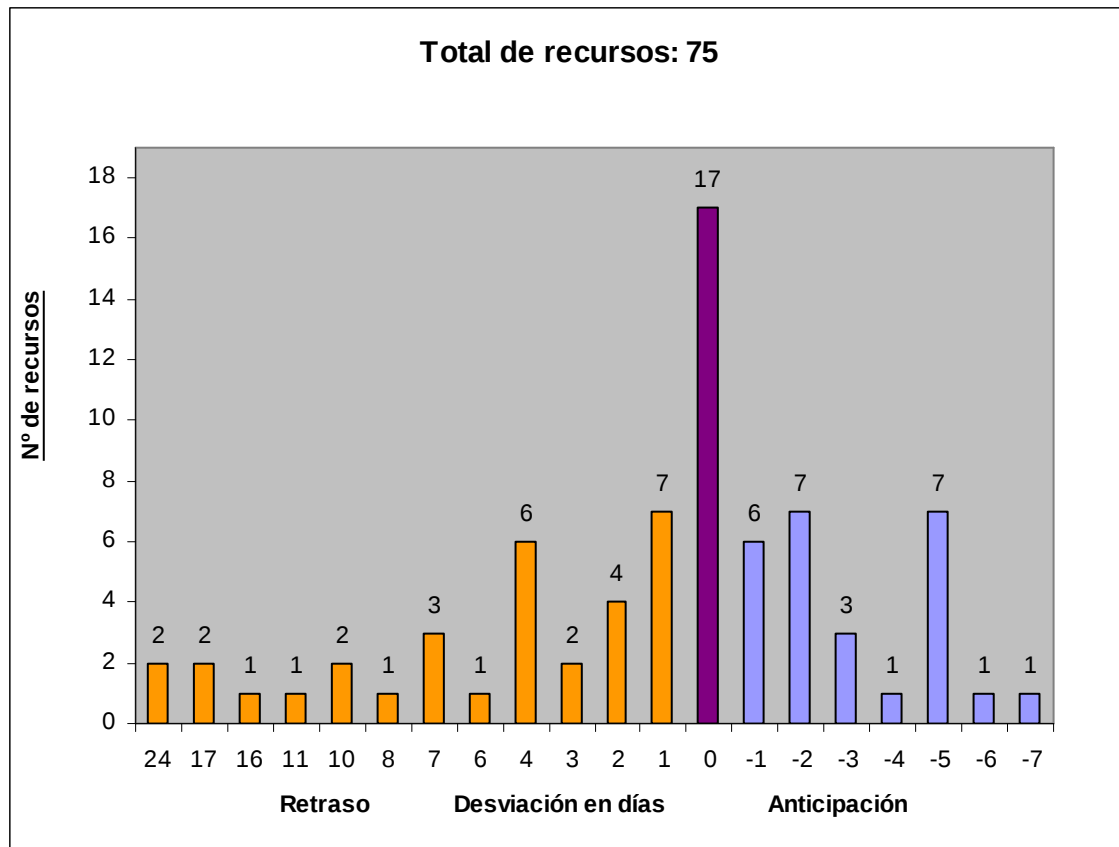
	Número	%
Desestimación	35	46,67%
Estimación	19	25,33%
Inadmisión	20	26,67%
Prejudicialidad	1	1,33%
Total	75	100,00%





TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

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





TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

**Recursos Contencioso-Administrativos contra Acuerdos del TACPA
desde el 1 de marzo de 2013 hasta el 31 de diciembre de 2013**

	Número	%
Recursos contencioso-advos ante el TSJA	4	5,33%
Recursos sólo ante el TACPA	71	94,67%
Total	75	100,00%



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	%
Recursos cuantía TRLCSP	62	82,67%
Recursos cuantía especial Aragón	13	17,33%
Total	75	100%

