

CAPÍTULO 4

DOCTRINA DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA

4.1. PLIEGOS RECTORES DE LA LICITACIÓN

4.1.1. Cuestiones relativas a la solvencia.

En primer lugar, debemos hacer una breve referencia a la modificación legislativa operada en esta materia. La entrada en vigor, el 5 de noviembre de 2015, del Real Decreto 773/2015, de 28 de agosto, por el que se modifican determinados preceptos del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, ha supuesto asimismo la entrada en vigor de la redacción dada a los artículos 65.1, 75, 76, 77, 78 y 79 bis del TRLCSP por la Ley 25/2013, de 27 de diciembre, de impulso de la factura electrónica y creación del registro contable de facturas en el Sector Público, toda vez que la disposición transitoria cuarta del TRLCSP –también modificada por la citada Ley 25/2013– condicionaba la entrada en vigor de aquella nueva redacción de los preceptos citados a lo que se estableciera en las normas reglamentarias de desarrollo del mencionado Texto Refundido, desarrollo reglamentario que se ha producido con el Real Decreto 773/2015.

En síntesis, podemos señalar como principales novedades las siguientes:

1. Solo es exigible clasificación en el contrato de obras cuando su valor estimado sea igual o superior a 500.000 euros.
2. No es exigible clasificación para los contratos de servicios, si bien el empresario que esté clasificado en el grupo o subgrupo que corresponda al código CPV del contrato podrá acreditar su solvencia mediante la clasificación correspondiente. A tales efectos, la clasificación deberá establecerse en el anuncio y en el PCAP.
3. Se efectúa una regulación mucho más detallada y exhaustiva de los medios de acreditación de la solvencia económica y financiera y de la solvencia técnica o profesional en los distintos tipos de contratos (artículos 74 a 79 bis del TRLCSP y 67 del RGLCAP).
4. El artículo 11 del RGLCAP, tras la modificación operada por el Real Decreto antes citado, establece los criterios, requisitos mínimos y medios de acreditación de la solvencia que habrán de exigirse a los licitadores, cuando los pliegos no los concreten.

A continuación, se exponen algunos de los criterios adoptados por el TARCA en materia de solvencia.

4.1.1.1. Proporcionalidad de los criterios de selección establecidos en los pliegos.

El artículo 58 de la Directiva de contratos tiene efecto directo, si bien su contenido es coherente con la actual regulación del TRLCSP. En particular, interesa destacar que la nueva Directiva de contratos –al igual que hacía la Directiva 2004/18 e incorpora el artículo 62 del TRLCSP– determina que los requisitos mínimos de solvencia deberán estar vinculados al objeto del contrato y ser proporcionados al mismo.

No obstante, la nueva Directiva añade algo que no se mencionaba en la Directiva anterior: “Los poderes adjudicadores (...) limitarán los requisitos a los que sean adecuados para garantizar que un candidato o un licitador tiene la capacidad jurídica y financiera y las competencias técnicas y profesionales necesarias para ejecutar el contrato que se vaya a adjudicar”.

Tal adición tiene importancia pues exige al poder adjudicador limitar los requisitos a los que sean necesarios para la ejecución del contrato, si bien puede entenderse subsumida esta exigencia en la de proporcionalidad que ya recoge el vigente artículo 62.2 del TRLCSP al disponer que los requisitos mínimos de solvencia que deba reunir el empresario deben estar vinculados al objeto del contrato y ser proporcionales al mismo.

Por tanto, la solvencia exigible ha de estar relacionada con el objeto y el importe del contrato y no producir efectos de carácter discriminatorio, sin que pueda identificarse la discriminación con la circunstancia de que unos licitadores puedan cumplir las exigencias establecidas y otros no.

La necesidad de garantizar al mismo tiempo el buen fin de los contratos a celebrar, permite a los órganos de contratación asegurarse de que el empresario que concurra a la licitación reúna unas condiciones mínimas

de solvencia, pero esas condiciones, que a tenor de lo dispuesto en la conocida Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictada en el Asunto “Succi di Frutta” puede fijar libremente el órgano de contratación, deben ser especialmente respetuosas con los denominados principios comunitarios. En consecuencia, el requisito de proporcionalidad que proclama el artículo 62.2 del TRLCSP trata de evitar que mediante la exigencia de unos requisitos de solvencia excesivos se excluya de la licitación a empresarios plenamente capacitados para ejecutar el contrato.

En definitiva, en la elección de los requisitos de solvencia se han de conciliar los principios de libertad de acceso a las licitaciones y de no discriminación, con la necesidad de garantizar la buena marcha del contrato a través de adjudicatarios solventes.

Sobre la base de lo expuesto, la Resolución 205/2015, de 10 de junio, del TARCJA resolvió la impugnación de un requisito mínimo de solvencia técnica establecido en un pliego para la contratación del servicio de peritaciones judiciales consistente en *“diez o más servicios o trabajos de características similares al objeto del contrato en los últimos tres años, cuyo importe unitario, en al menos cinco, sea igual o superior a la anualidad máxima del contrato y en el resto de servicios sea de importe igual o superior al 50% de dicha anualidad. Asimismo, en al menos cinco de esos servicios han debido realizarse cinco peritaciones excepcionales, entendiéndose por tales las de valor unitario superior a 2.000 euros”*.

En tal supuesto el Tribunal estimó que el criterio de solvencia señalado en el PCAP era excesivo por la dificultad que, teóricamente, puede entrañar que, en solo tres años, se hayan ejecutado diez contratos teniendo en cuenta además que su duración suele exceder de un año y además prevén prórroga –como ocurre en el caso examinado– lo que dificulta aún más que se pueda alcanzar el número mínimo de diez contratos en tan solo tres años.

4.1.1.2. Distinción entre requisitos mínimos de solvencia técnica y compromiso de adscripción de medios.

En la Resolución 103/2013, de 2 de agosto, se abordó esta cuestión. En el PCAP de un contrato denominado “*Servicios a la Dirección General de Fondos Europeos y Planificación para la realización de tareas de asesoramiento jurídico y apoyo en la coordinación de los controles externos de las operaciones cofinanciadas con Fondos Europeos en la Junta de Andalucía*”, se había fijado un requisito mínimo de solvencia técnica con base en lo dispuesto en el artículo 78 apartado b) del TRLCSP en su redacción anterior a la actual: “*En los contratos de servicios, la solvencia técnica o profesional de los empresarios deberá apreciarse teniendo en cuenta sus conocimientos técnicos, eficacia, experiencia y fiabilidad, lo que podrá acreditarse, según el objeto del contrato, por uno o varios de los medios siguientes:*”

b) Indicación del personal técnico o de las unidades técnicas, integradas o no en la empresa, participantes en el contrato, especialmente aquéllos encargados de control de calidad”.

Con base en el citado medio legal de acreditación de la solvencia técnica, el PCAP exigió un mínimo de cinco personas con un perfil determinado.

En este sentido, el artículo 62.1 del TRLCSP establece que “*Para celebrar contratos con el sector público los empresarios deberán acreditar estar en posesión de las condiciones mínimas de solvencia económica y financiera y profesional o técnica que se determinen por el órgano de contratación (...)*”.

Por tanto, los requisitos de capacidad y solvencia se deben cumplir y acreditar por los licitadores con carácter previo a la apertura de las

ofertas, de modo que si aquellos no resultan cumplidos o acreditados, las empresas licitadoras no serán admitidas a la licitación y sus propuestas no serán abiertas (artículos 82 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y 22.1.b) del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público).

Siendo ello así por imperativo legal, resulta claro que la Administración no puede estimar acreditada la solvencia técnica exigida, con la presentación por la adjudicataria de una mera relación de personas propuestas para la ejecución del contrato.

Conviene recordar que se trata del cumplimiento de un requisito de solvencia técnica que debe poseer el licitador para poder participar en la licitación concreta, tal y como previenen los artículos 62 y 78.b) del TRLCSP. Ello es distinto del compromiso de adscripción de medios personales a la ejecución del contrato a que se refiere el artículo 64.2 del TRLCSP, pues, en este caso, la comprobación o examen del cumplimiento del compromiso sí queda postergada a la fase previa a la adjudicación del contrato, como prevé el artículo 151.2 del TRLCSP al señalar que el órgano de contratación requerirá al licitador que haya presentado al oferta económicamente más ventajosa para que, dentro del plazo de diez días hábiles a contar desde el siguiente a aquel en que hubiera recibido el requerimiento, presente la documentación justificativa de disponer efectivamente de los medios que se hubiese comprometido a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato conforme al artículo 64.2.

En definitiva, la solvencia técnica exigida en el pliego se debe tener en el momento de licitar, mientras que tratándose del compromiso de adscripción de medios materiales, la efectiva disposición de esos medios solo se exigirá con carácter previo a la adjudicación al licitador que haya presentado la oferta económicamente más ventajosa.

4.1.2. Rectificación de los pliegos.

No es infrecuente que algunos órganos de contratación publiquen en el perfil de contratante resoluciones de rectificación de errores materiales de los pliegos. Tales rectificaciones encubren en muchas ocasiones verdaderas modificaciones de los mismos que afectan a su contenido sustancial y que sobre todo adolecen de una falta de publicidad, puesto que la sola publicación en el perfil no cumple con la exigencia legal de publicidad que establece el TRLCSP.

Sobre la rectificación de errores existe una consolidada doctrina acuñada por el Tribunal Supremo. En este sentido, la STS de 19 de abril de 2012 (RJ 2012\6001), con cita de otras muchas anteriores, señala que *“(...) es menester considerar que el error material o de hecho se caracteriza por ser ostensible, manifiesto, indiscutible y evidente por sí mismo, sin necesidad de mayores razonamientos, y por exteriorización prima facie con su sola contemplación (frente al carácter de calificación jurídica, seguida de una declaración basada en ella, que ostenta el error de derecho), por lo que para poder aplicar el mecanismo procedimental de rectificación de errores materiales o de hecho, se requiere que concurren, en esencia, las siguientes circunstancias:*

1. *Que se trate de simples equivocaciones elementales de nombres, fechas, operaciones aritméticas o transcripciones de documentos;*
2. *Que el error se aprecie teniendo en cuenta exclusivamente los datos del expediente administrativo en el que se advierte;*
3. *Que el error sea patente y claro, sin necesidad de acudir a interpretaciones de normas jurídicas aplicables;*
4. *Que no se proceda de oficio a la revisión de actos administrativos firmes y consentidos;*

5. *Que no se produzca una alteración fundamental en el sentido del acto (pues no existe error material cuando su apreciación implique un juicio valorativo o exija una operación de calificación jurídica);*
6. *Que no padezca la subsistencia del acto administrativo, es decir, que no genere la anulación o revocación del mismo en cuanto creador de derechos subjetivos, produciéndose uno nuevo sobre bases diferentes y sin las debidas garantías para el afectado, pues el acto administrativo rectificador ha de mostrar idéntico contenido dispositivo, sustantivo y resolutorio que el acto rectificado, sin que pueda la Administración, so pretexto de su potestad rectificatoria de oficio, encubrir una auténtica revisión; y*
7. *Que se aplique con un hondo criterio restrictivo”.*

El concepto de error material es, pues, muy restrictivo. En este sentido, se observa que algunas resoluciones de rectificación de errores materiales impugnadas ante el Tribunal esconden verdaderas modificaciones sustanciales de los pliegos que afectan al objeto u otros elementos esenciales del contrato.

Así, la Resolución 408/2015, de 4 de diciembre, señalaba lo siguiente: *“(...) se observa que los errores que se intentan corregir a través de la resolución impugnada exceden del concepto estricto de error material. En particular, la modificación operada en el objeto del contrato (apartado 1, párrafo cuarto del PPT) consiste en eliminar del contenido inicial del PPT una obligación impuesta al adjudicatario respecto al equipamiento excluido del ámbito del contrato, siendo artificioso mantener que ello suponga corrección de un error y no una modificación del objeto contractual por reducción del mismo”.*

Ahora bien, como seguía señalando la Resolución citada, *“aun reconociendo que no estemos ante una mera rectificación y sí ante una modificación del contenido de los pliegos, no cabe olvidar que nos encontra-*

mos en la fase inicial del procedimiento, por lo que la consecuencia de advertir en los pliegos un error material o una infracción de otra naturaleza no diferirá mucho en ambos casos y consistirá en publicar la modificación operada en aquellos utilizando los mismos medios de publicación que para la convocatoria de la licitación. En el sentido expuesto, también se pronuncia el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 14/2014, de 17 de enero, donde declara que «(...) cuando el órgano de contratación entendió que procedía la rectificación de los pliegos y anuncios (...) el procedimiento de licitación se encontraba en una fase de tramitación inicial en la que únicamente se había procedido a la publicación de los preceptivos anuncios, siendo así que, en aras de los principios de economía procedimental y de celeridad, nada impide acordar una rectificación de los pliegos y dar publicidad a dicha modificación con nuevos anuncios en los que se establezcan nuevos plazos para la presentación de proposiciones y la correlativa modificación de las fechas de apertura pública de las ofertas. Dicha actuación es plenamente garantista con los derechos de los licitadores y consigue un resultado idéntico al que se habría alcanzado con la anulación del procedimiento y la iniciación de otro posterior (...)».

No obstante, en cualquier caso, ya se trate de rectificación de error, ya se trate de modificación sustancial de los pliegos, es requisito necesario que la rectificación o modificación se publique en los mismos medios (DOUE, BOE, BOJA, BOP, perfil) donde se publicó la convocatoria de la licitación y se otorgue nuevo plazo para la presentación de ofertas. No es correcto publicar una rectificación de errores solo en el perfil y no reabrir el plazo de presentación de ofertas sino solo ampliarlo. Ello determina la nulidad de la rectificación y/o modificación operada en los pliegos por cuanto se infringen los principios de publicidad y libre concurrencia, lesionando los derechos de los potenciales licitadores que pueden no enterarse del cambio operado en los pliegos y ven reducido además el plazo para elaborar sus ofertas.

4.1.3. El arraigo territorial.

Tanto este Tribunal (v.g. Resoluciones 115/2013 y 116/2013, de 3 de octubre; 356/2015, de 22 de octubre; 410/2015, de 2 de diciembre y 65/2016, de 1 de abril) como otros órganos administrativos de resolución de recursos contractuales, entre ellos el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (v.g. Resoluciones 644/2015, de 9 de julio y 1026/2015, de 6 de noviembre), así como la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado y la Jurisprudencia nacional y europea se han pronunciado acerca de la prohibición de previsiones en los pliegos que pudieran impedir la participación en las licitaciones o la obtención de ventajas injustificadas en la valoración de las ofertas, si estas circunstancias se fundan únicamente en razones de arraigo territorial, siendo nulas tales previsiones.

Así, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su Informe 9/2009, de 31 de marzo, concluyó que “1. El origen, domicilio social o cualquier otro indicio del arraigo territorial de una empresa no puede ser considerado como condición de aptitud para contratar con el sector público. 2. Igualmente no pueden ser utilizadas como criterio de valoración circunstancias que se refieran a alguna de las características de la empresa señaladas en la conclusión anterior”.

En este mismo sentido la Sentencia del Tribunal Supremo, de 24 de septiembre de 2008, considera contrarias al principio de libre concurrencia las cláusulas de los pliegos que favorezcan a determinadas empresas por razón de su ubicación territorial indicando que “a la vista de dicha cláusula, se observa que la fórmula empleada favorece y puntúa tres veces más los trabajos realizados dentro de la Comunidad Autónoma de Andalucía frente a los realizados en otras Comunidades Autónomas. Dicha diferenciación en el trato ha de reputarse discriminatoria, por carecer de fundamento objetivo

y razonable, y ello es así por cuanto difícilmente puede justificarse la singularidad de las obras ejecutadas dentro del territorio de una determinada Administración Pública, frente a obras análogas desarrolladas en otro territorio, cuando no se ha motivado la existencia de unas particularidades propias y exclusivas de dicho territorio frente al resto. En este sentido, el TJCE en su Sentencia de 16 de septiembre de 1999 (TJCE 1999, 199) (cuestión prejudicial suscitada por Austria) descarta toda discriminación de los contratistas, considerando contrario a ese principio el favorecimiento de «empresas establecidas en determinadas regiones del territorio nacional», comportando tales discriminaciones una vulneración u obstáculo a la libre concurrencia; esto es, resulta del todo contrario al principio de igualdad el favorecimiento de una determinada región. Por todo ello, se declara la nulidad de pleno derecho de la cláusula 7 impugnada, considerada contraria (sic) al principio de igualdad y discriminatoria”.

Por su parte, las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), de 27 de octubre de 2005, Asuntos C-158/03 y C-234/03, trataron un supuesto en que la exigencia de una oficina abierta al público se configuraba como un requisito de admisión y un criterio de valoración de la oferta. En estas Sentencias, el TJUE expuso las condiciones para apreciar si la medida adoptada por el Estado vulneraba los principios del Tratado. Así, en el Asunto C-234/03 el TJUE dispuso que “De las consideraciones anteriores se desprende que el artículo 49 CE (Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea) se opone a que una entidad adjudicadora incluya en el pliego de condiciones de un contrato público de prestación de servicios sanitarios de terapias respiratorias domiciliarias y otras técnicas de ventilación asistida, por una parte, un requisito de admisión que obliga a la empresa licitadora a disponer, en el momento de la presentación de la oferta, de una oficina abierta al público en la capital de la provincia

en la que debe prestarse el servicio y, por otra, unos criterios de valoración de las ofertas que, a efectos de atribuir puntos adicionales, toman en consideración la existencia, en ese mismo momento, de instalaciones propias de producción, de acondicionamiento y de envasado de oxígeno situadas a menos de 1.000 km de la citada provincia o de oficinas abiertas al público en determinadas localidades de ésta y que, en caso de empate entre varias ofertas, favorecen a la empresa que haya prestado anteriormente el servicio de que se trata, en la medida en que tales criterios se apliquen de manera discriminatoria, no sean adecuados para garantizar la realización del objetivo que persiguen o vayan más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo, extremos que corresponde verificar al órgano jurisdiccional nacional”.

Resulta evidente, por tanto, que los criterios de arraigo territorial no pueden ser tenidos en cuenta ni como requisitos de solvencia ni como criterios de adjudicación, pues ello resulta contrario a Derecho y, en tanto que son discriminatorios y contrarios al principio de igualdad, vician de nulidad las cláusulas que los permitan, salvo que los mismos estén justificados por razones imperiosas de interés general.

4.1.4. Criterios de adjudicación: vinculación directa al objeto del contrato.

Se regulan en el artículo 67 de la Directiva de contratos, precepto que prácticamente tiene efecto directo en todo su contenido salvo en un párrafo que faculta a los Estados miembros a disponer que los poderes adjudicadores no puedan utilizar solamente el precio como criterio de adjudicación, o a limitar la aplicación de ese criterio a determinadas categorías de poderes adjudicadores o a determinados tipos de contratos. No obstante, esta previsión ya está incorporada al vigente artículo 150.3 del TRLCSP.

El resto del artículo 67 puede considerarse incorporado al artículo 150 del TRLCSP. En tal sentido, las novedades que incorpora respecto a la Directiva 2004/18 son en realidad la positivización de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia:

- La posibilidad de establecer como criterio de adjudicación la experiencia del personal encargado de ejecutar el contrato –no de la empresa licitadora lo cual sería requisito de solvencia– en caso de que la calidad del personal empleado pueda afectar significativamente a la ejecución del contrato.
- El concepto de criterio vinculado al objeto del contrato: lo será aquel criterio que se refiera a la obra, suministro o servicio que deba facilitarse en virtud del contrato, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida (producción, comercialización etc.).

Se exponen, a continuación, algunas apreciaciones de interés adoptadas por el TARCJA con relación a los criterios de adjudicación.

4.1.4.1. Certificaciones de calidad y/o gestión medioambiental como criterio de adjudicación.

En la Resolución 105/2015, de 17 de marzo, se estudia la admisibilidad de la inclusión como criterio de adjudicación de los certificados expedidos por organismos independientes que acrediten que el empresario cumple determinadas normas de garantía de la calidad o de gestión medioambiental.

Sobre esta cuestión, el Tribunal concluyó que se admite la posibilidad de exigirlos como requisito de solvencia técnica, nunca como criterio de adjudicación, debiendo ser reconocidos todos los certificados de

calidad o de gestión medioambiental expedidos conforme a las normas europeas, aceptando incluso otras pruebas equivalentes de garantía de la calidad o de gestión medioambiental que presenten los empresarios.

4.1.4.2. Bonificaciones, porcentajes de descuento por volumen de compra.

La Resolución 175/2015, de 12 de mayo, aborda la adecuación a derecho del criterio de adjudicación de evaluación automática “bonificaciones” establecido en el PCAP de un contrato de suministro de sueros convocado por un hospital del Servicio Andaluz de Salud, y dividido en dos subcriterios valorados cada uno con un máximo de 10 puntos: un subcriterio referido a la entrega de unidades adicionales del mismo producto y otro relativo a descuentos en el precio por volumen de compra.

En la citada Resolución se señala que las bonificaciones, ya sean en género o a través de descuentos en el precio unitario a partir de un determinado límite de compra, son criterios de adjudicación directamente vinculados al objeto del contrato conforme al artículo 150 del TRLCSP que se traducen en mejoras de tipo económico a las que procede aplicar los requisitos legales del artículo 147.2 del TRLCSP, cuyo tenor es el siguiente: *“La posibilidad de que los licitadores ofrezcan variantes o mejoras se indicará en el anuncio de licitación del contrato precisando sobre qué elementos y en qué condiciones queda autorizada su presentación”*.

En tal sentido, la Resolución alude a la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea relativa a que los pliegos deben detallar los requisitos y condiciones en la prestación de las variantes o mejoras en aras al respeto del principio de igualdad de trato de los licitadores (Sentencia de 16 de octubre de 2003, Asunto Traunfellner GMBH).

Por ello, señala que, en el subcriterio “*entrega de unidades adicionales del mismo producto adquirido*”, la fórmula establecida en el pliego otorga la máxima puntuación a la oferta que más unidades adicionales proponga por cada número de unidades a determinar por el licitador en su oferta, de modo que queda en la absoluta indeterminación el límite mínimo de unidades a partir del que opera la bonificación y el límite máximo de unidades adicionales a entregar que obtendrá la mayor puntuación en el subcriterio, lo cual vulnera lo dispuesto en el artículo 147 del TRLCSP.

En lo que respecta al otro subcriterio “*Descuentos por volumen de compra*”, la fórmula establecida en el pliego otorga la máxima puntuación a la oferta que proponga un mayor porcentaje de descuento en el precio a partir de un límite indeterminado de volumen de compra.

En este caso, la resolución estimó que el porcentaje máximo de descuento tiene un límite natural infranqueable que es el 100%, al igual que ocurre con la oferta económica que, con independencia de los supuestos de valores anormales o desproporcionados, carece de límites legales en cuanto a su bajada. Ahora bien, sí resulta indeterminado en el PCAP el límite mínimo de unidades adquiridas a partir del cual operaría el descuento ofertado. Por ello, en el caso del subcriterio analizado, es posible admitir que la puntuación máxima la obtenga aquella oferta que proponga el mayor porcentaje de descuento con el límite teórico del 100%, pero sigue siendo necesario –a fin de que el subcriterio respete los requisitos establecidos para las mejoras– que se determine en el PCAP el límite mínimo o en su caso, los límites en forma de tramos con máximos y mínimos, a partir del cual o de los cuales se aplicarían los descuentos.

4.1.4.3. Vinculación directa con el objeto del contrato.

La Resolución 240/2015, de 29 de junio, analiza la validez del criterio de adjudicación consistente en la cesión de uso de una mesa de anestesia en un PCAP de suministro de material de radiología vascular intervencionista y neurorradiología, convocado por un hospital del Servicio Andaluz de Salud.

La citada Resolución recoge la argumentación que se expone a continuación: “*El artículo 86 del derogado Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas solo establecía que los criterios de adjudicación del contrato debían ser «objetivos».*”

La redacción del TRLCSP es mucho más clara y rotunda en este punto. Su artículo 150.1 establece que, para la valoración de las proposiciones y la determinación de la oferta económicamente más ventajosa, deberá atenderse a «criterios directamente vinculados al objeto del contrato». El adverbio «directamente», que en el artículo 53.1.a) de la Directiva 2004/18/CE no aparece, refuerza si cabe la exigencia de que los criterios estén referidos a la prestación contractual. La vinculación debe ser ahora inmediata.

Asimismo, la enumeración de los criterios objetivos contenida en el artículo 150.1 del TRLCSP, lo mismo que la prevista por el artículo 53.1 de la Directiva 2004/18/CE, no es taxativa, sino que constituye un numerus apertus. El citado precepto del TRLCSP se refiere a «la calidad, el precio, la fórmula utilizable para revisar las retribuciones ligadas a la utilización de la obra o a la prestación del servicio, el plazo de ejecución o entrega de la prestación, el coste de utilización, las características medioambientales o vinculadas con la satisfacción de exigencias sociales que respondan a necesidades, definidas en las especificaciones del contrato, propias de las categorías de población

especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los usuarios o beneficiarios de las prestaciones a contratar, la rentabilidad, el valor técnico, las características estéticas o funcionales, la disponibilidad y coste de los repuestos, el mantenimiento, la asistencia técnica, el servicio postventa u otros semejantes».

Por tanto, los criterios relacionados en el artículo 150.1 del TRLCSP habrán de considerarse, sin duda alguna, vinculados directamente al objeto del contrato y si bien ello no impide que también puedan utilizarse otros criterios, la amplia lista del artículo nos permite llegar a una primera conclusión y es que aquéllos han de ir referidos necesariamente a la prestación que se contrata, bien a sus características intrínsecas, bien a su modo de ejecución.

Así se desprende también del artículo 150 del TRLCSP que, cuando se refiere a la determinación de los criterios de adjudicación por el órgano de contratación, señala que «se dará preponderancia a aquellos que hagan referencia a características del objeto que puedan valorarse mediante cifras o porcentajes (...)». Por tanto, el precepto es explícito al mencionar que los criterios de valoración han de referirse a las características del objeto.

En este sentido, el informe 9/2009, de la Junta Consultiva de Contratación de la Administración del Estado de 31 de marzo, sostiene que la vinculación directa con el objeto del contrato es decisiva a la hora de determinar qué criterios se pueden utilizar en la valoración de las ofertas y concluye que los mismos han de afectar a aspectos intrínsecos de la prestación, a cuestiones relativas al procedimiento de ejecución o a las consecuencias directas derivadas de la misma, no pudiendo afectar a cuestiones contingentes cuya alteración no incida en la forma de ejecutar la prestación, ni en los resultados de la misma.

Asimismo, la Resolución 130/2011, de 27 de abril, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales señala que los criterios de adjudicación que menciona el TRLCSP presentan la característica común de que todos ellos constituyen circunstancias de la prestación.

Por consiguiente, sobre la base de las premisas expuestas, debe analizarse ahora si el criterio de adjudicación impugnado consistente en la cesión de uso de una mesa de anestesia para sala de radiología vascular y neurorradiología, se halla directamente vinculado al objeto del contrato que es el suministro de material de radiología vascular intervencionista y neurorradiología, básicamente catéteres.

En tal sentido, el propio órgano de contratación manifiesta en su informe al recurso que el objeto del contrato de suministro tiene como fin la realización de técnicas clínicas que, en muchos casos, requieren la sedación del paciente. Ello pone de manifiesto que el uso de una mesa de anestesia puede ser frecuente cuando los bienes objeto del suministro son utilizados en determinadas técnicas clínicas aplicadas a los pacientes, pero la mesa en sí misma constituye un bien no consumible que ninguna ventaja cualitativa aporta a los bienes adquiridos por medio del contrato examinado y tampoco incide directamente en una mejor ejecución de la propia prestación contractual consistente en la entrega de un determinado material fungible.

No debe olvidarse que lo determinante para apreciar la objetividad del criterio elegido no es que guarde una mera relación con el suministro, sino que se halle directamente vinculado al mismo en el sentido de que repercuta en una clara mejora de sus cualidades o características intrínsecas o de las condiciones concretas de ejecución de la propia prestación. No en vano el TRLCSP insiste en que la vinculación sea directa, por lo que no basta la mera relación que pueda existir entre objetos diferentes (material fungible de radiología

y mesa de anestesia) para la buena ejecución de una determinada técnica médica, sino que lo relevante será que el criterio elegido aporte una ventaja directa a los materiales concretos que se están adquiriendo por medio del contrato, bien porque aumente su calidad, eficacia o eficiencia, bien porque favorezca su ejecución en cuanto al plazo, condiciones de entrega etc., o en última instancia, porque se trate de un elemento accesorio imprescindible para el buen funcionamiento o uso del bien adquirido.

El órgano de contratación defiende la vinculación de la mesa de anestesia como criterio de adjudicación con el objeto del contrato alegando que una consecuencia directa del suministro es la realización de pruebas diagnósticas o terapéuticas en las que es imprescindible contar con una mesa de anestesia. Obviamente, existe relación entre ambos bienes a la hora de realizar determinadas técnicas médicas, al igual que la puede haber con otros bienes susceptibles de ser empleados en la realización de dichas pruebas, pero ello nada tiene que ver con el suministro objeto del contrato, pues la cesión de uso de una mesa de anestesia, ni afecta a las características intrínsecas del material suministrado, ni a las condiciones o consecuencias directas de la ejecución del contrato por parte del adjudicatario”.

4.1.4.4. Configuración de los criterios de adjudicación en los pliegos.

La cuestión adquiere relevancia tratándose de criterios sujetos a juicio de valor, los cuales deben estar definidos con la precisión necesaria para evitar que, en la posterior fase de valoración de las ofertas, los órganos técnicos evaluadores dispongan de un margen de apreciación absoluto e ilimitado que pueda superar los límites tolerables de discrecionalidad técnica, produciendo arbitrariedad.

En la Resolución 139/2014, de 23 de junio, se señalaba lo siguiente: “(...) el cuadro resumen sobre condiciones de la licitación se refiere a las mejoras indicando lo siguiente «mejoras sobre prescripciones técnicas debidamente motivadas».

(...) Pues bien, en el supuesto analizado, fácilmente se colige que las mejoras no estaban identificadas en el cuadro resumen del pliego, razón por la que el comité evaluador hubo de definir las con posterioridad para la valoración de las ofertas. Al respecto, este Tribunal comparte el criterio sostenido reiteradamente por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales que queda claramente plasmado en su reciente Resolución 383/2014, de 19 de mayo, donde señala que «Con todo ello se pone de manifiesto que, a tenor de las disposiciones del pliego de condiciones de la contratación, tanto la admisión como la valoración de las mejoras ofertadas queda totalmente al arbitrio de la mesa de contratación, lo que no permite garantizar los principios de no discriminación y de igualdad de trato reiterados en la Ley».

Así, la Sentencia del TJUE de 29 de abril de 2004 (Sentencia Succhi Di Frutta), ha señalado que «El principio de igualdad de trato entre los licitadores, que pretende favorecer el desarrollo de una competencia sana y efectiva entre las empresas que participan en una contratación pública, impone que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades al formular los términos de sus ofertas e implica, por tanto, que éstas estén sometidas a las mismas condiciones para todos los competidores.

(...) Por lo que respecta al principio de transparencia, que constituye su corolario, tiene esencialmente por objeto garantizar que no exista riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte de la entidad adjudicadora. Implica que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e

inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, con el fin de que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlos de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar efectivamente que las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trata».

Este criterio es reiterado en la posterior Sentencia del TJUE de 12 de marzo de 2015 (Sentencia e Vigilo Ltd)”.

4.2. EXCLUSIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE LICITACIÓN

4.2.1. Exclusiones por no acreditar el cumplimiento de los requisitos de capacidad y solvencia.

La casuística es muy variada y queda patente con las Resoluciones del Tribunal que se exponen a continuación:

a. Integración de la solvencia con medios externos: al respecto, el artículo 63 del TRLCSP dispone que *“Para acreditar la solvencia necesaria para celebrar un contrato determinado, el empresario podrá basarse en la solvencia y medios de otras entidades, independientemente de la naturaleza jurídica de los vínculos que tenga con ellas, siempre que demuestre que, para la ejecución del contrato, dispone efectivamente de esos medios”.*

En cuanto a los medios de acreditación, la Sentencia del TJUE, de 14 de enero de 2016, dictada en el Asunto C-234/14, señala que:

“De acuerdo con una reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, los operadores económicos podrán basarse, para un contrato determinado, en las capacidades de otras entidades, «independientemente de la naturaleza jurídica de los vínculos que tengan con ellas», siempre que demuestren ante la entidad adjudicadora que dispondrán de los medios necesarios para ejecutar dicho contrato. Tal interpretación posibilita abrir los contratos públicos a la mayor competencia posible que persiguen las Directivas en la materia, en beneficio no solo de los operadores económicos, sino también de los poderes adjudicadores, amén de que puede asimismo facilitar el acceso de las pequeñas y medianas empresas a los contratos públicos.

El licitador que se basa en las capacidades de otros empresarios para la ejecución de un contrato determinado es libre de escoger, por un lado, qué tipo de relación jurídica va a establecer con ellos, y, por otro, qué medio de prueba va a aportar para demostrar la existencia de esa relación jurídica. En tal sentido, la presentación del compromiso de otros empresarios de poner a disposición del licitador los medios necesarios para la ejecución del contrato es solo un ejemplo de prueba aceptable que no se opone en absoluto a que el licitador que se basa en las capacidades de otros empresarios se sirva de otras pruebas para demostrar la relación jurídica que le une a ellos.

Por ello, es contrario a la Directiva 2004/18 imponer en el pliego de condiciones que los licitadores que se basan en las capacidades de otros empresarios deben suscribir con éstos un convenio de colaboración o bien de constituir con ellos una sociedad colectiva, con carácter previo a la adjudicación del contrato”.

En cuanto a la necesidad de acreditar un mínimo de solvencia con medios propios, deben citarse, entre otras, las Resoluciones 108/2013, de 18 de septiembre y 132/2013, de 13 de noviembre.

En las mismas se señala que la disposición de la solvencia económica, financiera y técnica o profesional es una condición de aptitud que debe poseer todo empresario para contratar con el sector público conforme a lo establecido en el artículo 54.1 del TRLCSP, por lo que será requisito indispensable para contratar en ese ámbito la acreditación de un mínimo de solvencia por medios propios, con independencia de que el resto se pueda probar con medios ajenos. De lo contrario, no sería posible considerar apto al empresario para contratar con el sector público.

La UTE como fórmula de agrupación empresarial para sumar solvencias fue una cuestión abordada en la Resolución 164/2014, de 23 de julio.

En esta Resolución se analizaba la exclusión de una UTE por el hecho de que una de las empresas agrupadas carecía de la solvencia técnica y económica exigida en el PCAP a cada una de las entidades agrupadas.

El criterio del Tribunal en esta Resolución fue el siguiente: *“Uno de los motivos principales por el que las empresas se agrupan en UTE es para sumar capacidades, sean éstas económicas, técnicas o profesionales. Por tanto, el criterio general es el de la acumulación. Así lo establece el artículo 24.1 del RGLCAP «En las uniones temporales de empresarios cada uno de los que la componen deberá acreditar su capacidad y solvencia (...), acumulándose a efectos de la determinación de la solvencia de la unión temporal las características acreditadas para cada uno de los integrantes de la misma, sin perjuicio de lo que para la clasificación se establece en el artículo 52 de este Reglamento».*

Esta regla de acumulación exige la acreditación por todos y cada uno de los integrantes de la UTE de algún tipo de solvencia. El criterio de acumulación es congruente también con lo que establece el artículo 63 del TRLCSP que permite integrar la solvencia con medios externos. Si para acreditar la solvencia necesaria para celebrar un contrato determinado, el empresario puede basarse en la solvencia y medios de otra entidad, con más razón lo podrá hacer si se agrupa en UTE con ella. En consecuencia, de acuerdo con el criterio expuesto, aunque alguna de las empresas que integran la UTE no alcance las condiciones mínimas de solvencia técnica, económica y financiera exigidas en el pliego, deberá procederse a la acumulación de la solvencia de las empresas que forman la UTE, de forma que si su sumatorio o acumulación alcanza los niveles requeridos en el PCP deberá entenderse que la UTE alcanza la solvencia exigida en el pliego”.

b. Exclusión por subsanar la documentación acreditativa de los requisitos previos a través de la oficina de correos y haber sido recibida la documentación fuera del plazo establecido.

(Resolución 402/2015, de 25 de noviembre).

La doctrina del Tribunal en este supuesto fue que en el caso de presentación de ofertas sí procede la remisión por medio de las Oficinas de Correos, pero en el caso de la subsanación de determinada documentación no puede ser así, cuando de ello se derive que la mesa de contratación no reciba la documentación solicitada en el plazo concedido al efecto. Ello es así como consecuencia de la premura propia de los procedimientos de adjudicación, normalmente con un calendario previamente establecido de sesiones de la mesa de contratación que obliga a que no se puedan extender los plazos más allá de lo previamente establecido.

Esta cuestión, que no es asunto baladí, queda claramente reflejada en la forma reducida con la que se configura este trámite en el artículo 81.2 del RGLCAP, tanto en su forma de comunicación que incluye incluso la posibilidad de que se realice “verbalmente”, así como en el plazo tan breve que se concede “no superior a tres días” y finalmente en la obligación de realizarse “ante la propia mesa de contratación”.

c. Exclusión por defectos formales de escasa entidad.

La Resolución 117/2015, de 17 de marzo, analiza la exclusión acordada por la Mesa de contratación por el carácter de copia simple o escaneada de un certificado aportado en la fase de subsanación.

El criterio adoptado por el Tribunal en la citada resolución fue que la exclusión de la licitación ante un defecto formal de escasa entidad es una consecuencia ciertamente desproporcionada para la empresa licita-

dora afectada, la cual se ve impedida de continuar en el procedimiento, razón por la cual, antes las dudas que pudiera haberle suscitado la autenticidad del certificado, la mesa de contratación debió dar a la entidad licitadora un plazo para acreditar aquella, al amparo del artículo 82 del TRLCSP “*El órgano de contratación o el órgano auxiliar de éste podrá recabar del empresario aclaraciones sobre los certificados y documentos presentados en aplicación de los artículos anteriores o requerirle para la presentación de otros complementarios*”.

Al efecto, se indicaba que son compatibles los plazos de subsanación previstos en el artículo 81.2 del RGLCAP y 82 del TRLCSP. El precedente normativo inmediato de este último precepto se encuentra en el artículo 22 del RGLCAP “*A los efectos establecidos en los artículos 15 a 20 de la Ley, el órgano y la mesa de contratación podrán recabar del empresario aclaraciones sobre los certificados y documentos presentados o requerirle para la presentación de otros complementarios, lo que deberá cumplimentar en el plazo de cinco días, sin que puedan presentarse después de declaradas admitidas las ofertas conforme a lo dispuesto en el artículo 83.6*”.

En tal sentido, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid, en su Recomendación 2/2002, de 5 de junio, concluye que ambos plazos no son excluyentes y que se pueden presentar supuestos en que hayan de aplicarse los dos plazos en un mismo procedimiento, bien sea de forma simultánea o sucesiva. En este sentido, manifiesta que mientras el plazo de tres días hábiles previsto en el artículo 81.2 del RGLCAP se concederá para la subsanación de omisiones, errores o defectos materiales subsanables, entendidos estos como los que no afectan al cumplimiento de los requisitos sino a su acreditación, el artículo 22 se refiere a la comprobación del cumplimiento de los requisitos legales de capacidad y solvencia y no estar incursos en prohibición de contratar, pudiendo la Administración en este

caso hacer uso del plazo de cinco días cuando considere que dicho cumplimiento debe ser aclarado.

Asimismo, en la Resolución 117/2015, de 17 de marzo, se señalaba que es doctrina reiterada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que el principio de proporcionalidad exige que los actos de los poderes adjudicadores sean adecuados para lograr los objetivos legítimos perseguidos por la norma y no rebasen los límites de lo que resulta apropiado y necesario para el logro de dichos objetivos. También se mencionaba la doctrina del Tribunal Constitucional (por todas SSTs 110/1985, 174/1988, 17/1995 y 104/1997) a propósito de las eventuales anomalías de los requisitos procesales, en el sentido de que resulta obligada una interpretación presidida por el criterio de proporcionalidad entre la entidad real del defecto advertido y las consecuencias que de su apreciación pueda seguirse para el ejercicio del derecho o de la acción.

Y finalmente se hacía mención a la doctrina consolidada del Tribunal Supremo –STS de 6 de julio de 2004 dictada en Casación para Unificación de Doctrina. Recurso 265/2003– acerca de que una interpretación literalista de las condiciones exigidas para tomar parte en la licitación, que conduzca a la inadmisión de proposiciones por meros defectos formales o no sustanciales, es contraria al principio de concurrencia.

Por otro lado, la Resolución 9/2013, de 30 de enero, analiza la exclusión de una empresa al aportar, tras el plazo de subsanación concedido, el Anexo V del PCAP (certificado de que no forman parte de los órganos de gobierno o administración de la empresa ningún alto cargo de los incluidos en la Ley 3/2005, de 8 de abril, de Incompatibilidades de Altos Cargos) firmado por el Secretario del Consejo de Administración con el Visto Bueno de su Presidente, sin acreditar documentalmente el nombramiento de las personas firmantes en los cargos de Presidente y Secretario del Consejo de Administración de la entidad.

El criterio del TARCJA en tal supuesto fue que el PCAP no exige tal acreditación documental y en el requerimiento de subsanación tampoco se indica tal circunstancia (solo se alude a que la empresa ha de presentar el Anexo V firmado por el Secretario del Consejo de Administración con el Visto Bueno del Presidente del Consejo o en su caso, por el Administrador único, Administrador solidario o Administradores mancomunados). Por tanto, no resulta adecuado excluir a una empresa por no aportar documentación que ni se exige en el pliego que rige la licitación, ni posteriormente se señala como defecto a subsanar.

Esta Resolución invoca doctrina importante del Tribunal Supremo que se resume a continuación:

- Los pliegos constituyen la ley del contrato entre las partes y tienen fuerza vinculante para el contratista y para la Administración. De acuerdo con esta doctrina, la mesa de contratación se encuentra vinculada al contenido del PCAP, por lo que no puede acordar la exclusión de un licitador por no aportar documentación que no se exige en aquél.
- La mesa de contratación no dispone de potestades discrecionales para decidir la exclusión de un concursante del procedimiento de contratación (Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de enero de 1999 –Recurso 2608/92–). Por ello, en el supuesto examinado, debió actuar con sujeción a lo dispuesto en el PCAP.
- El principio antiformalista debe regir en los procedimientos de adjudicación (Tribunal Supremo –STS de 6 de julio de 2004 dictada en Casación para Unificación de Doctrina. Recurso 265/2003–).

La Resolución 425/2015, de 17 de diciembre, analiza la exclusión de una empresa porque el Anexo V del PCAP está firmado por el Secretario

del Consejo de Administración, pero no cuenta con el Visto Bueno de su Presidente.

En concreto, la recurrente fue excluida por no aportar en el plazo de subsanación concedido el Visto Bueno del Presidente al certificado emitido por el Secretario del Consejo. En su lugar, presentó una autorización de la Presidenta al Secretario del Consejo de Administración para firmar cualquier documento necesario en relación a licitaciones.

En la Resolución del Tribunal se señalaba que es obvio que la autorización no resulta equiparable al Visto Bueno que exige el Reglamento del Registro Mercantil y el Anexo V del PCAP. La autorización es genérica y no cumple la función del Visto Bueno que es validar el contenido concreto del certificado emitido.

Ahora bien, el certificado fue aportado y el único defecto del que adolece es que el Visto Bueno de la Presidenta del Consejo de Administración ha sido sustituido por una autorización de la misma emitida en igual fecha que el certificado y dentro del plazo de subsanación concedido, lo cual es cuanto menos un claro indicio de la voluntad empresarial de validar el contenido del certificado.

Por ello, este Tribunal consideró excesivamente formal y desproporcionada la decisión de exclusión de la empresa basada en este motivo cuando es doctrina consolidada del Tribunal Supremo –STS de 6 de julio de 2004 dictada en Casación para Unificación de Doctrina. Recurso 265/2003– que una interpretación literalista de las condiciones exigidas para tomar parte en la licitación, que conduzca a la inadmisión de proposiciones por meros defectos formales o no sustanciales, es contraria al principio de concurrencia.

Así pues, estimó que la mesa debió tomar en consideración la desproporción existente entre el defecto formal advertido –una autorización en lugar de un Visto Bueno– y las consecuencias de una exclusión. Por ello, antes de adoptar una decisión tan grave para el licitador afectado, pudo y debió hacer uso de la posibilidad que le ofrecía el artículo 82 del TRLCSP.

Asimismo, la Resolución 108/2012, de 5 de noviembre, consideró ajustada a derecho la exclusión de la empresa licitadora cuando el Anexo V del PCAP venía firmado por un apoderado. En tal sentido, señaló que “(...) el órgano de dirección o representación competente a que se refiere el artículo 9 de la Ley 3/2005, de 8 de abril (para emitir el certificado), no puede ser otro que el órgano que ostenta el poder de representación de la empresa conforme a los estatutos sociales, pero nunca un apoderado que no forma parte de la estructura orgánica de la empresa y cuya representación es de carácter voluntario, hallándose limitada a aquellos actos para los que se encuentra expresamente habilitado de acuerdo con el poder conferido”.

4.2.2. Posibilidad de aclaración del contenido de la oferta que no suponga modificación o ampliación de sus términos. Exclusión en caso de alteración de la oferta inicial (Resoluciones 94/2012, de 15 de octubre; 123/2013, de 16 de octubre y 131/2013, de 28 de octubre).

En estas Resoluciones se alude a la Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea, de 10 de diciembre de 2009, (Asunto T-195/08):

“Si bien es cierto que un órgano de contratación está obligado a redactar las condiciones de una licitación con precisión y claridad, no está

obligado a prever todos los supuestos, por raros que sean, que puedan presentarse en la práctica.

Cabe tomar la iniciativa de ponerse en contacto con el licitador cuando una oferta requiera aclaraciones suplementarias, o cuando se trate de corregir errores materiales en la redacción de la oferta, pues es esencial, en aras de la seguridad jurídica, que pueda asegurarse con precisión el contenido de la oferta y, en particular, la conformidad de ésta con los requisitos establecidos en el pliego de condiciones.

El principio de igualdad de trato entre los licitadores no puede impedir el ejercicio de esta facultad siempre que se trate por igual a todos los licitadores y que ello no suponga la modificación del contenido de la oferta presentada.

Asimismo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en la Sentencia de 29 de marzo de 2012 (Asunto C-599/10), viene a declarar que el artículo 2 de la Directiva 2004/18 no se opone a que «excepcionalmente, los datos relativos a la oferta puedan corregirse o completarse de manera puntual, principalmente porque sea evidente que requieren una mera aclaración o para subsanar errores materiales manifiestos, a condición de que esa modificación no equivalga a proponer en realidad una nueva oferta». Y concluye la Sentencia citada que «(...) en el ejercicio de la facultad de apreciación de que dispone así el poder adjudicador, este último está obligado a tratar a los diferentes candidatos del mismo modo y con lealtad, de manera que, al término del procedimiento de selección de las ofertas y en vista de los resultados de éste, no pueda concluirse que la petición de aclaraciones benefició o perjudicó indebidamente al candidato o candidatos que la recibieron».

Algunos supuestos en que el TARCJA ha estimado posible esta aclaración de la oferta son los siguientes:

- R. 94/2012 (Servicio de catering con destino al personal que presta servicios de atención continuada en diversos centros sanitarios de la provincia de Málaga): se solicitó a todos los licitadores la aportación del menú ofertado para su regeneración y cata. Solo se trataba de efectuar una demostración práctica de los términos estrictos de las proposiciones.
- R. 131/2013: la posibilidad de aclaración o complemento recayó sobre extremos que, formando parte de la documentación relativa a la oferta, no eran susceptibles de valoración con arreglo a los criterios de adjudicación y que, por tanto, solo hubieran servido a la Administración para constatar, como ella misma indica en el informe sobre el recurso, la coherencia de la oferta presentada.

4.2.3. Exclusiones por incumplimientos del PPT.

La Resolución 382/2015, de 10 de noviembre: analizó si debe ser excluida una oferta por que el equipo ofertado incumpla el pliego de prescripciones técnicas en cuanto al rango de temperatura de funcionamiento.

El Tribunal señaló que, para que pueda acordarse la exclusión de la entidad licitadora, resulta necesario que en el pliego de cláusulas administrativas particulares se haya previsto claramente dicha causa de exclusión o bien que, analizada la oferta presentada, de la misma se deduzca el incumplimiento de los requisitos técnicos y su falta de viabilidad técnica o su incoherencia, sin que sea suficiente, a estos efectos, la mera suposición o hipótesis de que dicho incumplimiento se vaya a producir.

La Resolución 397/2015, de 25 de noviembre: abordó la distinción entre aquellas características técnicas del objeto contractual que son requisitos mínimos necesarios para la admisión de la oferta (v.g. unas

determinadas medidas, peso o altura del producto que se desea adquirir, cuyo incumplimiento determinarán que la oferta no sea apta para responder a las necesidades descritas por la Administración) y otro tipo de exigencias del PPT como las referidas a obligaciones que asume el adjudicatario, cuyo incumplimiento no puede presumirse ab initio. En el mismo sentido, la Resolución 898/2015, de 5 de octubre, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales afirma que una cosa es que las condiciones que afectan exclusivamente a la ejecución del contrato solo puedan exigirse al adjudicatario del mismo y en el momento preciso de su ejecución y otra bien distinta es que sean admisibles ofertas en las que la propia descripción técnica no se ajuste a las características requeridas en el pliego de prescripciones. En este último caso, sí que cabe la exclusión del licitador, pero no en el primero, porque no es razonable adivinar ni presumir que el adjudicatario, que ha asumido la obligación de ejecutar la prestación con arreglo a la legislación vigente, vaya a incumplir dicho compromiso.

4.2.4. Ofertas presuntamente anormales o desproporcionadas.

En la Resolución 121/2013, de 11 de octubre, se señaló que en la decisión de admitir una oferta inicialmente incurso en presunción de anormalidad o desproporción –con base en el informe técnico emitido por el servicio correspondiente a la luz de la justificación sobre viabilidad que presente el licitador–, rige el principio de discrecionalidad técnica.

Así, en el supuesto examinado por la Resolución citada, el recurrente impugna la exclusión de su oferta por anormal o desproporcionada, señalando la Resolución que “(...) no puede suplirse por la vía ulterior del recurso lo que debió aducirse durante el procedimiento de adjudicación del contrato. Pero es más, si se atiende a la justificación del recurrente durante el procedimiento, se constata fácilmente que la misma no arroja

ninguna información útil ni motivación alguna que permita fundar la viabilidad de los precios ofertados. Por el contrario, el informe técnico en que se apoya la mesa de contratación y posteriormente, el órgano de contratación al asumir la propuesta de aquella, sí contiene las razones que avalan la decisión adoptada, sin que este Tribunal aprecie en las mismas error, criterio arbitrario ni desviación de poder que lleve a sostener la superación de los límites de la discrecionalidad técnica que opera en este ámbito, pues no se olvide que, en última instancia, estamos ante una cuestión de apreciación técnica por parte un servicio especializado”.

4.2.5. Vulneración del secreto de la oferta y de las garantías de imparcialidad y objetividad en la valoración de las ofertas.

a. Anticipación del contenido de la proposición en el sobre de documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos.

La Resolución 86/2015, de 2 de marzo, analizó la exclusión de la recurrente por presentar en el compromiso de dedicación de los medios personales o materiales suficientes para la ejecución del contrato –a incluir en el sobre de documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos–, una descripción de las mejoras –a incluir en el sobre de documentación relativa a los criterios de adjudicación cuantificables en función de un juicio de valor–.

Asimismo, la Resolución 99/2015, de 11 de marzo, examinó la exclusión de la recurrente por presentar en el sobre de documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos, determinada información que tenía que incluirse en el sobre de documentación relativa a los criterios de adjudicación cuantificables de forma automática.

El Tribunal señalaba en ambas resoluciones que, de los artículos 145.2 (Las proposiciones serán secretas y se arbitrarán los medios que garanticen tal carácter hasta el momento de la licitación pública) y 160.1 del TRLCSP (presentación de la oferta y de la documentación sobre requisitos previos en sobres distintos), se deduce con total claridad que la documentación general que acredita el cumplimiento de los requisitos previos ha de presentarse en sobre separado de aquél que contenga la proposición, debiendo calificarse previamente aquella documentación antes de proceder a la apertura y examen de la oferta, la cual se mantendrá secreta hasta ese momento procedimental.

Al respecto, no debe olvidarse que el procedimiento es un cauce reglado y formal de actuaciones concatenadas previsto por el legislador con un sentido claro y una finalidad concreta. Así, en el caso del procedimiento de adjudicación de contratos públicos, el secreto de la oferta hasta el momento procedimental previsto para su apertura es un objetivo perseguido por el legislador, no solo para ordenar formalmente los trámites del procedimiento, sino que va dirigido a un fin concreto: de un lado, a preservar la objetividad, transparencia e imparcialidad en la selección de la oferta económicamente más ventajosa, sin que ninguna interferencia –por mínima que sea– pueda potencialmente enturbiar y frustrar la consecución de esas garantías, y de otro, a proporcionar a todas las entidades licitadoras un trato igual en la licitación (artículos 1 y 139 del TRLCSP), evitando situaciones de potencial ventaja de unas frente a otras.

b. Anticipación en el sobre de documentación relativa a criterios sujetos a juicio de valor de información sobre los criterios de evaluación automática.

El artículo 150.2 del TRLCSP establece que “La evaluación de las ofertas conforme a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas se realizará tras efectuar previamente la de aquellos otros criterios en que no concurra esta circunstancia, dejándose constancia documental de ello. Las normas de desarrollo de esta Ley determinarán los supuestos y condiciones en que deba hacerse pública tal evaluación previa, así como la forma en que deberán presentarse las proposiciones para hacer posible esta valoración separada”. La finalidad perseguida por el precepto legal es preservar las garantías de imparcialidad y objetividad en la valoración de las ofertas.

En cumplimiento de la anterior previsión legal, el artículo 26 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, prevé que “La documentación relativa a los criterios cuya ponderación dependa de un juicio de valor debe presentarse, en todo caso, en sobre independiente del resto de la proposición con objeto de evitar el conocimiento de esta última antes de que se haya efectuado la valoración de aquéllos”.

Sobre la base de lo expuesto, la Resolución 314/2015, de 3 de septiembre, analizó la exclusión de la oferta de la recurrente por haber incluido en el sobre 2 (documentación relativa a los criterios de adjudicación valorados mediante un juicio de valor, en su apartado de productos ecológicos) continuas referencias al distintivo “Ecolabel”, directamente relacionado con uno de los criterios evaluables mediante la aplicación de fórmulas.

El Tribunal consideró en este supuesto que la documentación incluida por la recurrente en el sobre 2 podía condicionar la valoración de la oferta con arreglo a criterios sujetos a juicio de valor, por lo que procedía la exclusión.

Asimismo, en la Resolución 397/2015, de 25 de noviembre, se señalaba que *“La información introducida en el sobre n.º 2 anticipó datos de la oferta evaluables con arreglo a un criterio de evaluación automática. El mero hecho de que la Comisión técnica haya sabido que el licitador iba a ofertar en el criterio de evaluación automática, aunque desconociera los concretos términos de esa oferta, es elemento suficiente para que se haya podido producir una quiebra en las garantías de objetividad e imparcialidad que persigue.*

En este punto, lo relevante es que se haya anticipado cualquier información sobre aspectos de la oferta sujetos a una evaluación automática, pues ese conocimiento, por mínimo que sea, ya es susceptible de influir en la valoración de la oferta con arreglo a un juicio de valor, sin que haya que demostrar que, en efecto, tal influencia se ha producido, pues basta la mera posibilidad de que así pueda ser para que las garantías legales de imparcialidad y objetividad se vean vulneradas, con quebranto, asimismo, de los principios de igualdad de trato entre licitadores y de secreto de la oferta consagrados en los artículos 1 y 145.2 del TRLCSP”.

c. Excepciones a la regla general de exclusión en estos casos.

La doctrina de la exclusión automática de las ofertas que incluyan información evaluable mediante fórmulas en el sobre correspondiente a la información sujeta a juicio de valor ha de ser matizada.

La Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, de 6 de noviembre de 2012, señala que *“Lo relevante no es el error en la documentación, sino que del mismo se haya producido una vulneración del secreto, es decir, que un dato, hasta entonces desconocido y de influencia en la adjudicación, sea incluido en el sobre que no le corresponde. Si el dato era ya conocido o su conocimiento a destiempo es irrelevante no puede hablarse de vulneración del carácter secreto de las proposiciones con la grave consecuencia de excluir del procedimiento a uno de los licitadores (...)”.*

Sobre esta base, existen supuestos en que no se ha acordado la exclusión de ofertas y que se exponen a continuación:

- Resolución TACRC 171/2011, de 29 de junio (Recurso 134/2011): inclusión de documentación técnica no sujeta a valoración en el sobre de los criterios sujetos a valoración automática.
- Resolución TACRC 233/2011, de 5 de octubre: inclusión de información relativa a los criterios de evaluación automática en el sobre de documentación técnica que no es objeto de valoración.
- Resolución TARCJA 136/2014, de 4 de junio: las tres empresas licitadoras anticiparon, en el sobre de documentación sobre criterios dependientes de un juicio de valor, información sobre un criterio de evaluación automática. El error lo cometieron las tres empresas licitadoras y se detectó cuando ya se había efectuado la valoración de las ofertas con arreglo a los criterios evaluables mediante un juicio de valor por lo que el conocimiento anticipado de aquella información no pudo influir en dicha valoración y además, todos los licitadores anticiparon la misma información por lo que este hecho no benefició a un licitador en perjuicio del resto vulnerando el principio de igualdad.

4.3. OTROS ASPECTOS DE LOS PLIEGOS RECTORES Y DE LAS EXCLUSIONES DEL PROCEDIMIENTO DE LICITACIÓN

4.3.1. Pliegos: configuración del objeto del contrato: división del objeto en lotes. Subrogación. Fijación del precio del contrato.

Configuración del objeto del contrato: división del objeto en lotes.

Durante el año 2014 se presentaron ante este Tribunal 13 recursos especiales en materia de contratación interpuestos por distintos laboratorios y asociaciones médicas contra la licitación y los pliegos por los que se regía el acuerdo marco de homologación para la selección de principios activos para determinadas indicaciones terapéuticas del Catálogo de Bienes y Servicios del Servicio Andaluz de Salud.

Como consecuencia de los mismos, este Tribunal dictó diversas Resoluciones, al ser de contenido similar valga por todas la Resolución 24/2014, de 12 de marzo, por las que fueron anulados parcialmente los pliegos que regían las mencionadas licitaciones.

Posteriormente, en el año 2015 se interpusieron otros 11 recursos contra los nuevos pliegos adaptados a la Resolución del Tribunal. En cuanto al contenido de estos nuevos recursos y respecto a las alegaciones que combatían la configuración del acuerdo marco, cuestión recurrida en recursos anteriores, y dado que no habían sido modificados en el nuevo PCAP, se produjo el efecto de cosa juzgada. Así por el principio de seguridad jurídica, este Tribunal no pudo pronunciarse sobre extremos ya resueltos; en este sentido se manifiesta la Resolución 159/2015, de 28 de abril.

En otro orden de cosas, una de las Resoluciones que resolvió sobre el fondo del asunto planteado en los primeros recursos –la Resolución anteriormente mencionada 24/2014, de 12 de marzo– fue recurrida ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla, que en su Sentencia de 24 de junio de 2015, confirma el pronunciamiento efectuado sobre el objeto de la controversia por este Tribunal, entendiendo que las únicas limitaciones legales existentes en la división por lotes del objeto contractual son las previstas en el TRLCSP, es decir, que sean susceptibles de utilización o aprovechamiento separado y constituyan una unidad funcional, o así la naturaleza de objeto.

En síntesis, la Sentencia refrenda el criterio mantenido por este Tribunal en cuanto a que la Administración actuó razonable al agrupar distintos principios activos dentro de un lote definido en atención a la indicación terapéutica a la que sirven los medicamentos agrupados, puesto que ello no conculca lo requerido por el TRLCSP con relación a la unidad funcional.

Subrogación. Fijación del precio del contrato.

A largo del año 2015, han sido numerosas las impugnaciones ante este Tribunal de diversos supuestos donde el objeto de la controversia versaba sobre la adecuación del presupuesto de licitación del contrato fijado por el órgano de contratación, en relación con los precios de mercado. En muchas ocasiones las entidades recurrentes han utilizado los distintos convenios colectivos aplicables en el ámbito correspondiente al objeto del contrato, así como el coste empresarial que podría suponer la subrogación para la entidad adjudicataria, como argumentos principales para defender sus pretensiones.

En la Resolución 379/2015, de 27 de octubre, la recurrente centra su impugnación en que el presupuesto de licitación es insuficiente para cubrir los costes salariales de acuerdo con el Convenio colectivo aplicable. Sobre esta cuestión este Tribunal resuelve que, si bien los convenios colectivos del sector correspondiente no son vinculantes para la Administración por tratarse de una regulación bilateral en la que los poderes públicos no son parte, sí pueden tomarse en consideración como indicadores a tener en cuenta al elaborar el presupuesto de licitación especialmente en aquellos servicios en los que el elemento personal es fundamental en la prestación objeto del contrato.

Además, en la Resolución 385/2015, de 4 de noviembre, y con motivo de la obligatoriedad de la subrogación en virtud del convenio colectivo aplicable, se añade que en ningún caso el órgano de contratación está obligado a calcular el presupuesto de licitación en base a la totalidad de los trabajadores obligados a subrogar, sino en base a los que efectivamente estime que se van a adscribir a la prestación del servicio.

Por otro lado, en la Resolución 427/2015, de 17 de diciembre, con relación a un contrato de suministro, y respecto a la alegación de la recurrente por la que combatía el precio de licitación al encontrarse por debajo de los precios de mercado, este Tribunal concluyó, en concordancia con lo mantenido por el Tribunal Central de Recursos Contractuales que *“no se impone a la Administración un «suelo» consistente en el precio general de mercado, por debajo del cual no pueda admitir ofertas, sino todo lo contrario, se persigue el precio más económico, fijado en concurrencia con el límite de los precios anormales o desproporcionados a la baja. De modo que lejos de encontrarnos con un «suelo» nos encontramos con un «techo» indicativo”*.

Sin embargo, esta Doctrina ha sido objeto de revisión recientemente, en este sentido, hay que destacar la Resolución 213/2016, de 16 de septiembre, donde se manifiesta que *“en este tipo contratos, donde el componente humano es fundamental, existen una serie gastos necesarios para garantizar una adecuada ejecución del objeto contractual, tales como absentismo, control de presencia, desplazamiento, coste de la oficina en la provincia objeto del contrato (cláusula 9 del PPT), etc., que limitan a los licitadores a la hora de establecer los mecanismos de economía de escala que estimen convenientes para la correcta prestación del servicio, y ello, eso sí, sin perjuicio de lo dispuesto en relación a la subrogación de personal en el pliego.*

Asimismo, el hecho de que el precio/hora fijado en el pliego no se sitúe por debajo de lo establecido en el convenio no prejuzga por sí mismo que este sea acorde con el precio general de mercado, pues, como hemos visto, el presupuesto debe cubrir, en todo caso, los costes derivados de la ejecución del contrato, puesto que de lo contrario no nos encontraríamos ante un precio de mercado, favoreciendo, a priori, a las empresas en las que concurren posibles condiciones favorables respecto de los gastos a afrontar.

Hay que advertir que este Tribunal ha mantenido en resoluciones anteriores (371/2015, 377/2015, 378/2015 y 379/2015) el criterio de que lo pactado en un convenio colectivo laboral era, en principio, una cuestión ajena a la contratación administrativa y no podía incidir sobre ella de forma directa. No obstante, esta doctrina está siendo objeto de revisión por todos los Órganos de resolución de los recursos contractuales ante la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y las previsiones de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre Contratación Pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, texto pertinente a efectos del EEE –fundamentalmente los conside-

rados 37, 39 y 98 y el artículo 18.2–, que ha incorporado determinados aspectos sociales recogidos en la jurisprudencia del citado Tribunal. En este sentido, la Sentencia del TJUE, de 17 de noviembre de 2015, Regio Post, (Asunto C-115/14), admite como válida la exigencia de mantener una retribución mínima de los trabajadores durante la ejecución del contrato, con el objeto de garantizar la correcta prestación del mismo.

Por lo tanto, y considerando correctos los cálculos realizados por la entidad recurrente –cálculos que, como ya hemos señalado, no han sido rebatidos por el órgano de contratación–, no existe apenas margen para poder cubrir los gastos necesarios y así garantizar la correcta ejecución, máxime teniendo en cuenta que el factor humano es un elemento esencial en este contrato y que los costes laborales que su ejecución conlleva resultarían ineludibles para la empresa adjudicataria. Así pues, procede concluir que la estimación del precio ha sido incorrecta, no siendo la misma adecuada «para el efectivo cumplimiento del contrato», como prescribe el artículo 87 del TRLCSP, ni «salvaguarda la libre competencia», principio fundamental de la contratación pública recogido en el artículo 1 del TRLCSP”.

4.3.2. Exclusiones: oscuridad en las cláusulas del pliego, falta de motivación de la exclusión.

Oscuridad en las cláusulas de los pliegos.

Este Tribunal en las resoluciones 128/2015 y 131/2015, ambas de 7 de abril, ha estimado sendos recursos en los que la recurrente había sido excluida por determinados incumplimientos del pliego de prescripciones técnicas.

Se decía en estas resoluciones que el Tribunal no puede acoger esta interpretación que esgrime el órgano de contratación para sostener la validez de su decisión de exclusión. La razón es simple: la dicción literal del apartado 3.1.3 del PPT permite que puedan ofertarse procesadores con arquitectura bien RISC, bien ITANIUM. Es decir, se admiten ambas arquitecturas; cuestión distinta es que solo una de ellas (la arquitectura RISC) pueda cumplir el requisito de antigüedad máxima que permite el apartado 3.1, pero tal imposibilidad de cumplimiento en el supuesto de la arquitectura ITANIUM es generada por el propio PPT, que admite expresamente la citada arquitectura en su apartado 3.1.3, sin que la consecuencia de este error del pliego pueda hacerse recaer en la posterior oferta de las entidades licitadoras, máxime cuando todas las proposiciones presentadas menos una incluyen servidores de bases de datos con arquitectura ITANIUM, lo que, cuanto menos, vislumbra que la redacción del PPT induce a confusión.

Sobre este punto, hemos de incidir que las cláusulas de los pliegos deben ser claras y precisas y no deben generar confusión a las entidades licitadoras a la hora de formular sus ofertas. Si el cumplimiento de una cláusula por una entidad licitadora determina ineludiblemente el incumplimiento de otra, la solución no puede ser la que pretende el órgano de contratación, es decir, reducir las opciones que aquella cláusula ofrece a las entidades licitadoras para de este modo hacer compatible su contenido con otra cláusula del mismo pliego. Esta interpretación del pliego perjudica claramente a quien no ha causado la confusión en su redacción, es decir, a las entidades licitadoras, conculcando asimismo el principio de concurrencia consagrado en el artículo 1 del TRLCSP.

En definitiva, las cláusulas de los pliegos deben ser claras y precisas y no deben generar confusión a las entidades licitadoras a la hora de formular

sus ofertas, por lo que la oscuridad en las mismas no puede perjudicar a la parte que no la ha ocasionado –artículo 1288 del Código Civil–.

Falta de motivación del acuerdo de exclusión.

Es doctrina ya muy consolidada de este y del resto de Tribunales que la exclusión de una entidad licitadora se entenderá motivada adecuadamente si al menos contiene la suficiente información que le permita, si así lo considera conveniente, interponer un recurso en forma suficientemente fundada; en caso contrario, se le estaría privando de los elementos necesarios para configurar un recurso eficaz, produciéndole por tanto indefensión.

Pues bien, a pesar de ello, por parte de este Tribunal, en el año 2015, se han seguido estimando recursos por falta de motivación del acuerdo de exclusión. Sirvan como ejemplo las Resoluciones 381/2015, de 4 de noviembre y 431/2015, de 29 de diciembre; en esta última ante la denuncia de la empresa recurrente de que la exclusión acordada por el órgano de contratación carecía de la adecuada motivación, este Tribunal señalaba: “De lo anterior, se infiere que la motivación de la exclusión de la oferta de la recurrente se justifica sobre la base de la escueta

afirmación relativa a «que la oferta presentada no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados», afirmación que resulta excesivamente parca para que se pueda entender cumplida la previsión del artículo 151.4 del TRLCSP, toda vez que no contiene explicación alguna –ni siquiera sucinta– de las causas que han determinado, a juicio del órgano de contratación, que la oferta de la recurrente no pueda ser cumplida pese a la justificación aportada por la empresa en el trámite de audiencia concedido.

Debe concluirse, pues, que el acto impugnado carece de la más mínima motivación e impide a la recurrente interponer un recurso fundado contra el mismo, por lo que se le ha originado indefensión material. En consecuencia, debe prosperar el recurso interpuesto por tal motivo, declarando la nulidad de la resolución de exclusión recurrida por vulneración de lo dispuesto en los artículos 151.4 del TRLCSP y 35 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, en relación con los artículos 32.a) del TRLCSP y 47 de la citada Ley 39/2015, de 1 de octubre”.

Lo expuesto anteriormente en cuanto a la falta de motivación de la exclusión debe hacerse extensivo a la adjudicación.

4.4. LA ADJUDICACIÓN DEL CONTRATO

4.4.1. Subcriterios de adjudicación no ponderados en el PCAP.

El Tribunal ha considerado válida, con apoyo en la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la ponderación por la mesa de contratación en fase de valoración de las ofertas de aspectos o subcriterios de adjudicación definidos o descritos en el PCAP, pero no puntuados en el mismo.

El criterio en cuestión ha sido acogido, entre otras, en las Resoluciones 126/2015, de 25 de marzo y 186/2015 y 199/2015, ambas de 26 de mayo, donde se ha invocado una Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sentencia de 24 de noviembre de 2005 en el Asunto C-331/04, ATI EAC Srl y Viaggi di Maio Snc y otros) que ilustra bastante sobre esta cuestión al señalar que “el Derecho comunitario no se opone a que una mesa de contratación atribuya un peso específico a elementos secundarios de un criterio de adjudicación establecidos con antelación, procediendo a distribuir entre dichos elementos secundarios el número de puntos que la entidad adjudicadora prevé para el criterio en cuestión en el momento en que elaboró el pliego de condiciones o el anuncio de licitación, siempre que tal decisión:

- no modifique los criterios de adjudicación del contrato definidos en el pliego de condiciones;
- no contenga elementos que, de haber sido conocidos en el momento de la preparación de las ofertas, habrían podido influir en tal preparación;

- no haya sido adoptada teniendo en cuenta elementos que pudieran tener efecto discriminatorio en perjuicio de alguno de los licitadores”.

Por consiguiente, el Tribunal de Justicia, con los requisitos expuestos, admite que la mesa de contratación pueda distribuir los puntos totales asignados por el pliego a un criterio de adjudicación entre los elementos secundarios o subcriterios de dicho criterio previstos en el pliego.

Asimismo, se apuntaba en la Resolución 199/2015, de 26 de mayo, que es razonable que en la distribución de puntos realizada se pueda asignar preponderancia a determinados subcriterios “debiendo admitirse también un margen de discrecionalidad en el órgano evaluador que, partiendo del pleno respeto a los pliegos de la licitación, le permita efectuar concreciones y juicios de valor basados en sus conocimientos técnicos especializados”.

El establecimiento de subcriterios de valoración dentro de los criterios de adjudicación no es una obligación del órgano de contratación y dependerá en mayor o menor medida, de la propia descripción del criterio y de la ponderación asignada al mismo, es decir, si el grado de concreción de los criterios es suficiente para que se cumpla el principio de igualdad y que la entidad licitadora se oriente a la hora de formular su oferta, no será establecimiento de subcriterios de adjudicación.

En tal sentido, no es lo mismo definir un criterio de adjudicación con carácter general, lo que obviamente exigirá un desglose de los aspectos o subcriterios a considerar en su valoración, que definir el criterio desde el principio con el detalle de todos los aspectos que se van a tomar para su evaluación.

Este fue el criterio adoptado en la Resolución 238/2015, de 29 de junio, donde se señalaba además que “(...) no es lo mismo asignar a un criterio dependiente de un juicio de valor una ponderación de 40 puntos que una de 10 o 6 puntos, por señalar un ejemplo.

En el supuesto analizado, se observa que en los lotes 1 y 2, los criterios de evaluación automática tienen un peso global de 80 puntos y los de evaluación no automática un peso de 20 puntos distribuidos en tres criterios a razón de 12, 4 y 4 puntos, respectivamente:

- Composición y presentación del envase: 0-4 puntos.
- Seguridad en el acceso y mantenimiento de la integridad de los puertos envase: 0-12 puntos.
- Identificación de la unidad de consumo: 0-4 puntos.

(...) Se evidencia, pues, que la definición de los criterios es precisa y clara y que la banda de valores asignada a cada uno es relativamente baja, todo lo cual determina que la posterior valoración de las ofertas por parte del órgano técnico de la Administración quede enmarcada dentro de unos límites razonables”.

4.4.2. Impugnación indirecta de los pliegos al recurrir el acto de adjudicación.

La regla general en estos casos –v.g. Resoluciones 77/2015, de 24 de febrero y 120/2015, de 25 de marzo– ha sido estimar que el PCAP es “ley entre las partes” y que la presentación de la oferta supone la aceptación incondicionada de aquél tal y como prevé el artículo 145.1 del TRLCSP. Por tanto, una vez que el pliego ha sido aceptado y no impugnado por la entidad licitadora en su momento procedimental

oportuno, no cabe denunciar vicios de aquel con ocasión del recurso contra la adjudicación del contrato.

No obstante, esta regla general admite una serie de excepciones que han de concurrir de forma acumulativa para poder anular un pliego con motivo de la impugnación de otro acto distinto como la adjudicación o la exclusión. Estas excepciones han sido puestas de manifiesto por este Tribunal en diversas resoluciones (v.g. Resoluciones 270/2015, 281/2015, 286/2015 y 290/2015, todas de 31 de julio y 310/2015, de 3 de septiembre) y son las siguientes:

1. Que en la estipulación del pliego concorra un vicio de legalidad que conlleve su nulidad de pleno derecho.
2. Que la declaración de nulidad sea congruente con la pretensión, como exige el artículo 47.2 TRLCSP.
3. Que se trate de una estipulación que posibilite, incluso hipotéticamente, una actuación arbitraria –no solo ilegal– del poder adjudicador a lo largo del procedimiento, de modo que no sea suficiente para garantizar la legalidad de dicho procedimiento la simple anulación del acto impugnado y la retroacción de actuaciones, pues a la hora de dictar el acto que sustituya al anulado, el órgano de contratación sería igualmente libre para perpetrar otra arbitrariedad, pues precisamente el vicio de la estipulación controvertida radica en que concede al órgano de contratación una libertad ilimitada en el procedimiento de adjudicación.

Así pues, cuando concurren las tres excepciones expuestas, puede apreciarse la nulidad de aspectos o criterios de los pliegos con ocasión del recurso interpuesto contra el acto de adjudicación del contrato.

En cualquier caso, es conocido por todos los operadores jurídicos que el vicio de nulidad radical de los actos administrativos es de interpretación restrictiva.

Por tanto, en los supuestos en que existe un vicio de nulidad en la definición de un criterio de adjudicación del PCAP, el Tribunal solo podría apreciar la nulidad del pliego en la resolución de un recurso contra la adjudicación cuando, además de concurrir las excepciones anteriores, aquel vicio tan grave no se deduzca de manera clara e indubitada de la redacción del criterio en el pliego, sino que se ponga de manifiesto con posterioridad a la hora de valorar las ofertas con arreglo al mismo. Así en la Resolución 422/2015, de 10 de diciembre, se señaló que *“(...) si la redacción del pliego es clara e indubitada de modo que la ilegalidad del criterio resulta apreciable tras la mera lectura de aquel sin tener que esperar al posterior acto de valoración de las ofertas, la invocación de dicha ilegalidad debió efectuarse en el plazo de impugnación establecido en la ley para los pliegos, transcurrido el cual los mismos adquirieron firmeza y su contenido resultó desde ese momento inalterable”*.

En el mismo sentido, la Resolución 163/2015, de 5 de mayo, declaró que *“el vicio de nulidad imputado al criterio relativo a las bonificaciones era claramente apreciable en el PCAP desde que éste se publicó, por lo que el recurrente pudo haber interpuesto un recurso contra el mismo alegando aquel vicio de invalidez, en lugar de presentar su oferta y aceptar íntegramente el PCAP (artículo 145.1 del TRLCSP)*.

Y es que, en definitiva, no es lo mismo un vicio de nulidad cuya apreciación pueda resultar directamente de la redacción del criterio en el PCAP –que es lo que acontece en el caso aquí examinado–, que aquel vicio de nulidad que se detecta tras la valoración de las ofertas con arreglo al criterio en cuestión (...).

(...) si se estimara el recurso y se anulara la adjudicación junto a todo el proceso de licitación, se estaría dejando al albur de los licitadores tanto la elección del momento en que resultaría posible impugnar los vicios de nulidad de los pliegos, como el propio curso del procedimiento licitatorio (...)”.

Es más, el criterio de estas resoluciones del Tribunal es el mismo que, a sensu contrario, mantiene la Sentencia del TJUE de 12 de marzo de 2015, Asunto C-538/13 Evigilo, apartados 52 a 58, al declarar que la efectiva aplicación de las Directivas de contratos y de recursos exige que una entidad licitadora, razonablemente informada y normalmente diligente, que no pudo comprender las condiciones de la licitación hasta el momento en que el poder adjudicador, tras haber evaluado las ofertas, le informó de los motivos de su decisión, pueda interponer un recurso sobre la legalidad de la licitación hasta que finalice el plazo del recurso contra el acto de adjudicación.

En definitiva, de la citada Sentencia podemos extraer el argumento de que si las condiciones de la licitación están suficientemente claras en los pliegos, estos no pueden impugnarse en un recurso contra un acto posterior como es la adjudicación.

4.4.3. Superación de los límites de la discrecionalidad técnica.

En la valoración de las ofertas con arreglo a criterios sujetos a juicio de valor rige el principio de discrecionalidad técnica como viene declarando este Tribunal en multitud de resoluciones, aludiendo a la doctrina jurisprudencial según la cual se ha de partir de una presunción de certeza o de razonabilidad de la actuación administrativa de índole técnica, apoyada en la especialización y la imparcialidad de los órganos establecidos para realizar la calificación.

Ahora bien, la existencia de esta doctrina no es óbice para apreciar supuestos en que la misma cede y no puede aplicarse porque el juicio técnico adolece de algún vicio que lo invalida. En tal sentido, no puede olvidarse que la discrecionalidad técnica tiene como límites la desviación de poder, la arbitrariedad, la falta de motivación o el error manifiesto.

En tal sentido, el Tribunal ha estimado varios recursos a lo largo del año 2015 por considerar que se han superado los límites de la discrecionalidad técnica de los órganos técnicos evaluadores de las ofertas. Hemos de destacar en esta línea las Resoluciones 270/2015, de 31 de julio; 286/2015, de 31 de julio; 290/2015, de 31 de julio; 322/2015, de 23 de septiembre y 418/2015, de 17 de diciembre.

4.4.4. Principio de proposición única y admisión de variantes.

Interesa también destacar el criterio seguido en la Resolución 238/2015, de 29 de junio, a propósito de esta materia que constituye uno de los principios básicos de la licitación y que no siempre se entiende con la claridad necesaria ni por los órganos de contratación, ni por las entidades licitadoras.

La citada resolución se dictó en un recurso contra la adjudicación de un contrato de suministro en el sector sanitario, si bien los argumentos de la misma se centraban en la exclusión de la oferta de la recurrente.

La resolución señala, que el principio general de nuestra legislación contractual es el de proposición única consagrado en el artículo 145.3 del TRLCSP “Cada licitador no podrá presentar más de una proposición, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 147 sobre admisibili-

dad de variantes o mejoras y en el artículo 148 sobre presentación de nuevos precios o valores en el seno de una subasta electrónica (...)”, deduciéndose de dicho precepto y del artículo 147 de TRLCSP sobre las variantes que a los licitadores solo les está permitido presentar una única proposición en el procedimiento, salvo que en el anuncio y en los pliegos se admitan variantes o mejoras –con indicación de sus elementos y condiciones de presentación– o el supuesto de nuevos precios en la subasta electrónica.

En tal sentido, la resolución citada concluía que “(...) hemos de tener en cuenta que las variantes son proposiciones alternativas que incorporan otras soluciones técnicas a la prestación que constituye el objeto del contrato. Así las cosas, el PCAP establece que cada licitador presentará una sola proposición, prohibiendo el apartado 6 de su cuadro resumen la presentación de variantes, y aunque el pliego admite tres tipos de envase a la hora de valorar las ofertas –el plástico rígido, la bolsa flexible y el vidrio–, dado el tenor del pliego respecto a la prohibición de variantes y la falta de indicación en el mismo de los elementos y condiciones de presentación de aquéllas, hemos de concluir necesariamente que la referencia a las tres modalidades de envase solo puede significar que los licitadores optarán, a la hora de presentar su oferta única, por uno de los tres envases admitidos”.

4.4.5. Principio de economía procesal.

El citado principio se ha acogido en algunas resoluciones (v.g. Resolución 389/2015, de 17 de noviembre) al igual que lo ha venido haciendo el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, para evitar la anulación de la adjudicación cuando el resultado de la misma a favor de una determinada entidad licitadora no va a resultar alterado con la estimación de alguno de los motivos del recurso. En tales

supuestos y por razones de economía procesal se ha desestimado el recurso especial interpuesto.

4.4.6. Presunción de validez del acto de adjudicación no notificado.

La Resolución 397/2015, de 25 de noviembre, aborda esta materia en un supuesto en que el órgano de contratación dictó inicialmente una resolución de adjudicación del contrato y no llegó a notificarla a los interesados ni a publicarla en el perfil de contratante, procediendo con posterioridad a dictar otra resolución adjudicando el contrato a una entidad licitadora diferente, resolución esta última que fue objeto de recurso.

En esta resolución de este Tribunal se indica que, como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2007 (Recurso 8321/2003), la notificación no es requisito de validez del acto aunque sí lo sea de eficacia del mismo, sin que exista duda sobre la desvinculación o autonomía entre el acto administrativo o resolución dictada por

la Administración, de una parte, y, el acto, distinto e independiente, de su comunicación o notificación al administrado interesado.

Sobre esta base, el Tribunal consideró que el inicial acto de adjudicación debía presumirse existente y válido por aplicación del artículo 39, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, si bien la ausencia de su notificación impidió que el mismo desplegara eficacia frente a terceros.

También se señalaba que los efectos que deba producir ese acto carente de notificación van a depender de la suerte que haya de correr el recurso interpuesto respecto a los restantes motivos aducidos; y ello, por cuanto una eventual desestimación de todos ellos revelaría que la resolución inicial de adjudicación no sería ajustada a derecho, por lo que su notificación en forma solo provocaría su posterior impugnación y consiguiente anulación, lo cual resultaría contrario al principio de economía procesal proclamado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (en este sentido, Sentencias del Tribunal Supremo, Sala III, de 23 de febrero de 2012 –Roj STS 1137/2012– y 28 de abril de 1999 –Roj STS 2883/1999–).

4.5. TRATAMIENTO DE LA CONFIDENCIALIDAD DE LA OFERTA POR EL TARCJA

El artículo 140.1 se refiere a la confidencialidad en el marco del procedimiento de adjudicación del contrato y señala lo siguiente: *“Sin perjuicio de las disposiciones de la presente Ley relativas a la publicidad de la adjudicación y a la información que debe darse a los candidatos y a los licitadores, los órganos de contratación no podrán divulgar la información facilitada por los empresarios que éstos hayan designado como confidencial; este carácter afecta, en particular, a los secretos técnicos o comerciales y a los aspectos confidenciales de las ofertas”.*

Por su parte, el artículo 46.5 del TRLCSP, refiriéndose al marco del procedimiento del recurso especial, establece que *“el órgano competente para la resolución del recurso deberá, en todo caso, garantizar la confidencialidad y el derecho a la protección de los secretos comerciales en relación con la información contenida en el expediente de contratación, sin perjuicio de que pueda conocer y tomar en consideración dicha información a la hora de resolver.*

Corresponderá a dicho órgano resolver acerca de cómo garantizar la confidencialidad y el secreto de la información que obre en el expediente, sin que por ello resulten perjudicados los derechos de los demás interesados a la protección jurídica efectiva y al derecho de defensa en el procedimiento”.

El citado precepto atribuye a los Tribunales de Recursos Contractuales la labor de garantizar la confidencialidad de la información que obre en el expediente, sin lesionar por ello el derecho de los interesados de acceso a aquél para el ejercicio de defensa jurídica de sus intereses.

Resulta ilustrativa, al respecto, la Sentencia de 14 de febrero de 2008, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, dictada en el Asunto C-450/06 (petición de decisión prejudicial planteada por el Consejo de Estado belga). El resumen de su motivación y fallo es el siguiente:

“(...) el principio de contradicción, entendido como el derecho de las partes procesales de obtener comunicación de las pruebas y alegaciones presentadas y de discutir las, no puede suponer un derecho de acceso ilimitado y absoluto.

En consecuencia, la Directiva 89/665 debe interpretarse en el sentido de que el organismo responsable del procedimiento de recurso sí debe disponer de toda la información precisa para poder pronunciarse con pleno conocimiento de la causa, pero antes de comunicar o dar traslado de esa información a una parte litigante, ha de dar la oportunidad al operador económico de que se trate de alegar el carácter confidencial o de secreto comercial de aquélla.

De lo hasta aquí expuesto se deduce que hay que mantener un razonable equilibrio entre los principios de publicidad y defensa y el principio de confidencialidad de la oferta en garantía del secreto técnico y comercial pues, como señala el Informe de la JCCA de Aragón 15/2012, de 19 de septiembre, *«(...) ni la confidencialidad puede comprender la totalidad de la oferta realizada por el adjudicatario, ni la transparencia puede implicar el acceso incondicionado al expediente de contratación y a los documentos que contiene. En el conflicto entre el derecho de defensa de un licitador descartado, y el derecho de protección de los intereses comerciales del licitador adjudicatario, se ha de buscar el equilibrio adecuado, de forma que ninguno de ellos se vea perjudicado más allá de lo necesario».*

Sobre el derecho de acceso al expediente y la confidencialidad de las ofertas, el TARCJA se ha pronunciado en varias ocasiones. Debe destacarse la reciente Resolución 238/2016, de 4 de octubre, que incorpora la doctrina de los tribunales administrativos de recursos sobre la materia.

En la misma se señala, respecto al derecho de acceso al expediente, que “(...) como tienen declarado diversos Órganos consultivos (v.g. Informe 15/2012, de 19 de septiembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón e Informe 46/2009, de 26 de febrero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado), así como los Tribunales administrativos de recursos contractuales (v.g. Resolución 5/2013, de 30 de abril, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, Resolución 272/2011, de 10 de noviembre, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales y Resolución 52/2011, de 15 de septiembre, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid), el órgano de contratación viene obligado a dar vista del expediente a los licitadores cuando estos lo soliciten, pues se trata de un derecho reconocido legalmente a los mismos como interesados en el procedimiento.

En tal sentido, la Resolución 272/2011, de 10 de noviembre, del Tribunal Administrativo Central señala que «si bien es cierto que una correcta notificación puede hacer innecesario el acceso al expediente por parte de quienes tengan la condición de interesados en el procedimiento de licitación al objeto de interponer recurso especial suficientemente motivado, ello no exime de la obligación que incumbe al órgano de contratación de conceder a los interesados en el procedimiento el derecho de información del expediente el cual se encuentra amparado por el artículo 35 de la LRJPAC, que en su apartado a) reconoce expresamente el derecho de los ciudadanos a conocer, en cualquier momento, el estado de tramitación de los procedimientos en los que tengan la condición de interesados, y obtener copias de

documentos contenidos en ellos». En igual sentido se pronuncia la Resolución 43/2014, de 5 de marzo, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid.

Debe concluirse, pues, que el órgano de contratación viene obligado a facilitar a los licitadores que lo soliciten el acceso al expediente de contratación –particularmente cuando la interposición de un recurso útil y fundado dependa de la información obtenida tras dicho acceso– aun cuando la adjudicación pudiera estar motivada en los términos del artículo 151.4 del TRLCSP, todo ello sin perjuicio de salvaguardar la debida confidencialidad de las ofertas en los términos exigidos en el artículo 140.1 del TRLCSP.

En el supuesto examinado, teniendo en cuenta que la recurrente pretende cuestionar la admisión de la oferta adjudicataria, y sobre la base de que la resolución impugnada no tenía por qué contener motivación sobre tal extremo, resulta meridianamente claro que el acceso al expediente era un elemento esencial para la adecuada fundamentación del recurso, pues de otro modo la recurrente nunca podría combatir la adjudicación basándose en la indebida admisión de la adjudicataria”.

Asimismo, la citada Resolución 238/2016 trata la cuestión relativa a la confidencialidad de las ofertas y cita la Resolución 196/2016, de 11 de marzo, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en la que se indica que “La doctrina considera información confidencial a los efectos que venimos enjuiciando aquella que afecte a secretos técnicos o comerciales, como por ejemplo la documentación relativa a las características técnicas específicas de un nuevo producto, las líneas generales de una campaña publicitaria estratégica, una fórmula, un compuesto químico, el modelo para una máquina o el nombre de una empresa que se pretende absorber, pero no la relación de trabajos, trabajadores, maquinaria, facturación o cuenta de resultados. También es

confidencial aquella información que afecta a aspectos confidenciales, por la posibilidad de que se perjudiquen intereses legítimos o la competencia leal entre empresas, como los secretos técnicos o comerciales, las propuestas de ejecución que contienen políticas empresariales que constituyen la estrategia original de la empresa y que no debe ser conocida por los competidores, su formulación original de carácter técnico, de articulación de medios humanos o de introducción de patentes propias (Acuerdo TACP Aragón 10/2015)".