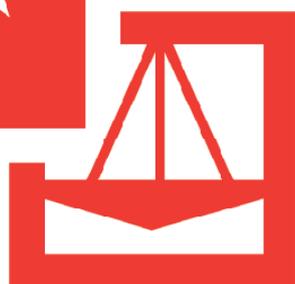


**MEMORIA DEL TRIBUNAL
ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN
PÚBLICA DE LA COMUNIDAD DE
MADRID
AÑO 2014**



TACP

Tribunal
Administrativo
de Contratación
Pública





MEMORIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN
PÚBLICA DE LA COMUNIDAD DE MADRID

AÑO 2014

ÍNDICE

	Pág.
1. Presentación	3
2. Creación del Tribunal	4
2.1 Normativa	4
2.2 Composición	4
2.3 Adscripción	5
2.4 Medios personales y materiales	6
- Medios personales.	
- Medios materiales.	
3. Actuaciones del Tribunal. Año 2014	10
3.1 Actuaciones en el ejercicio de sus competencias	10
- Volumen de entrada de recursos.	
- Resoluciones dictadas y estadística.	
3.2 Actuaciones instrumentales del ejercicio de sus Competencias	16
- Página Web.	
- Resoluciones.	
- Relaciones con otros órganos de resolución de recursos contractuales.	
- Publicaciones.	
- Otras actuaciones.	
4. Objetivos	20
4.1 Respeto del plazo en el ejercicio de sus competencias	22
4.2 Independencia	23
4.3 Actividad formativa	24
4.4 Tramitación electrónica	25
5. Informe CORA	26
6. El Tribunal Administrativo de Contratación Pública como instrumento de transparencia y de buenas prácticas. (Principales criterios sentados por el Tribunal en sus resoluciones en esta dirección durante el año 2014).....	28
6.1 Fórmulas de valoración del criterio precio	29
6.2 Acceso a los expedientes de contratación y confidencialidad	31
6.3 Conflicto de intereses.	33
6.4 Prácticas colusorias distorsionadoras de la licitación.	35
6.5 Retroacción del procedimiento de licitación como consecuencia del recurso o de una reclamación cuando se ha abierto la documentación correspondiente a los criterios de valoración subjetiva.	36
7. Conclusiones: Futuro del Tribunal Administrativo de Contratación pública de la Comunidad de Madrid	38
ANEXO I	39
<i>La trasposición del paquete de nuevas directivas como oportunidad de mejora de la normativa que afecta a la actividad del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid.</i>	

MEMORIA 2014

1. PRESENTACIÓN

La presente memoria de actividades, comprende el tercer año completo de actividad del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid que, creado por la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Administrativas, Fiscales y Racionalización del Sector Público (BOCM de 29 de diciembre) se constituyó mediante Acuerdo del Pleno de 10 de Mayo de 2011.

Este documento tiene por objeto, no sólo ofrecer una visión estadística de la actuación del Tribunal durante el año 2014 en el ejercicio de sus competencias, sino también y principalmente, desde la óptica de la eficacia y colaboración en el desempeño de las funciones que tiene encomendadas, ofrecer los criterios sentados, tanto respecto de cuestiones relativas a materias de fondo como procedimentales en dicho ámbito. Muy especialmente en esta Memoria se quiere poner de relieve el papel del Tribunal de fomento de la transparencia y buenas prácticas en el ámbito de la contratación pública, así como la incidencia que en su actuación tiene la aprobación del nuevo paquete legislativo europeo sobre contratación pública.¹

Asimismo dado que el Tribunal completa su tercer año de funcionamiento, es el momento de ofrecer una visión de la proyección del mismo, teniendo en cuenta la experiencia de estos últimos años y la de otros órganos encargados de la resolución del recurso especial.

¹ Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión.

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.

Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía los transportes y los servicio postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE.

Vaya por delante que durante el tiempo en que el Tribunal viene desempeñando su función de resolver los recursos especiales en materia de contratación, se ha podido constatar que, con carácter general, la actuación de los distintos órganos de contratación y los recursos que los atienden aparece presidida por los principios de igualdad, transparencia y libre concurrencia, y llevada a cabo con rigor técnico y jurídico, lo que no es óbice para que existan, disfunciones a las que atender y respecto de las que el Tribunal, sin perjuicio del principio de congruencia que debe presidir en sus resoluciones, ofrezca recomendaciones al caso concreto a los órganos de contratación, en relación con los defectos que más allá de los puestos de manifiesto en los recursos, observa en los expedientes administrativos.

La presente Memoria ha sido aprobada por el Pleno del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid en su sesión de 21 de enero de 2015.

2. CREACIÓN DEL TRIBUNAL

2.1 NORMATIVA

El Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid fue creado en el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Administrativas, Fiscales y Racionalización del Sector Público (BOCM de 29 de diciembre), como órgano administrativo colegiado que actúa con plena independencia funcional en el ejercicio de sus competencias para garantizar su total objetividad.

2.2 COMPOSICIÓN

La composición del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid reproduce la prevista en la Ley 34/2010, de manera que el mismo cuenta con un Presidente y dos Vocales, designados por el Gobierno de la

Comunidad de Madrid a propuesta del titular de la Consejería competente en materia de coordinación de la contratación pública. Así el Consejo de Gobierno nombró como Presidenta del Tribunal a Dña. Elena Hernández Salguero y como Vocales a Dña. M^a Juana Martínez Aníbal - Álvarez y a D. Juan Martínez Martínez, el 28 de abril de 2011, constituyéndose formalmente el Tribunal mediante Acuerdo de sus miembros de fecha 10 de mayo de 2011.

De acuerdo con lo establecido en el punto 3 del artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Administrativas, Fiscales y Racionalización del Sector Público, *“la primera renovación del Tribunal se hará de forma parcial a los tres años del nombramiento”*. Así en mayo de 2014, cesó en sus funciones la Vocal Dña. M^a Juana Martínez Aníbal-Álvarez, siendo nombrada nueva Vocal mediante Acuerdo del Consejo de Gobierno de 29 de mayo de 2014, Dña. Lourdes Montilla Gordo.

2.3 ADSCRIPCIÓN

Aunque el Tribunal goza de independencia funcional en el ejercicio de sus competencias, orgánicamente quedará adscrito a la Consejería competente en materia de coordinación de la contratación pública que le prestará apoyo técnico y administrativo. En este momento dicha Consejería es la de Economía y Hacienda (Decreto 11/2011, de 16 de junio, de la Presidenta de la Comunidad de Madrid, por el que se establece el número y denominación de las Consejerías de la Comunidad de Madrid, y Decreto 120/2014, de 16 de octubre, del Consejo de Gobierno, por el que se modifica el Decreto 116/2014, de 9 de octubre, del Consejo de Gobierno, por el que se modifica la estructura orgánica de la Consejería de Economía y Hacienda).

De esta forma el Tribunal, no gestiona un presupuesto independiente, ni tampoco gestiona su propio personal, desarrollando todas estas funciones, la Secretaría General Técnica de la Consejería de Economía y Hacienda y la Dirección General de Contratación y Patrimonio.

2.4 MEDIOS PERSONALES Y MATERIALES

Medios personales

El Tribunal cuenta como medios personales, además de la Presidenta y de los dos Vocales que lo componen, con una secretaria y un auxiliar administrativo desde su creación, ampliándose los medios personales en el año 2011 con dos incorporaciones: un administrativo y un técnico de apoyo, que en sesión del Tribunal de 28 de septiembre de 2011, fue designado como Secretario del mismo, en su condición de órgano colegiado con las funciones, que la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC), atribuye a la Secretaría de los órganos colegiados, en su artículo 25.

La labor de ponencia y resolución de recursos y cuestiones de nulidad, corresponde directamente al Presidente y a los Vocales, con la asistencia de la Secretaría del Tribunal por lo que se refiere a la tramitación de los procedimientos de recurso y con el apoyo administrativo del personal auxiliar, constituido por otras tres personas. Sin embargo, actualmente dos de los puestos administrativos están vacantes por jubilación de sus titulares, habiéndose iniciado el procedimiento de provisión de puestos de trabajo mediante concurso de méritos pendiente de resolver, por lo que solo se cuenta con un puesto de auxiliar y otro en comisión de servicio.

Una de las cuestiones fundamentales para el buen funcionamiento del Tribunal es la de la dotación de medios para el ejercicio de la función que el Tribunal tiene encomendada, sin perder de vista la circunstancia de que el recurso especial, por su propio concepto, debe ser un recurso rápido, con unos plazos de resolución que permitan que la actividad contractual del Sector Público no se vea retrasada e incluso paralizada, conjugando, como exige la buena administración contractual, el derecho de defensa, con la agilidad en los procedimientos de contratación, rapidez que constituye, junto con la de la calidad de las resoluciones uno de los objetivos que se ha marcado este Tribunal, con el ánimo de no

entorpecer la tramitación de los procedimientos de licitación pública y de atender en su caso, a las pretensiones de los operadores económicos implicados, dotando al sistema de la mayor seguridad jurídica posible.

Como ya se indicaba en la Memoria del año 2011, para tramitar y resolver una volumen de recursos de entre 170 y 180 recursos anuales, (en el año 2014 la cifra total de recursos ha sido de 248), la plantilla del Tribunal, resultaba razonable, pero más allá de esta cifra podría pensarse en el aumento de vocales asignados al mismo o de personal de apoyo especializado en materia de contratación pública, a lo que debe sumarse el problema de completar el quórum al tratarse de un órgano colegiado, ya que a diferencia de otros órganos encargados de la resolución del recurso especial, no se ha previsto la existencia de suplentes para el Tribunal madrileño.

PUESTOS DE TRABAJO	ABRIL 2011	DICIEMBRE 2012	DICIEMBRE 2013-14
TRIBUNAL	Presidenta	Presidenta	Presidenta
	Vocales (2)	Vocales (2)	Vocales (2)
PERSONAL DE APOYO	Personal auxiliar (2)	Secretaria TACPCM	Secretaria TACPCM
		Personal Auxiliar (3)	Personal Auxiliar (3)

Incremento anual de asuntos: 12%.

Medios materiales

Presupuesto: El Tribunal de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, no gestiona un presupuesto propio, sino que sus gastos e ingresos se integran en un programa presupuestario gestionado por la Dirección General de Política Financiera, Tesorería y Patrimonio de la Consejería de Economía y Hacienda, (programa 154 del Presupuesto para el año 2014, en cuanto a gastos de personal).

Tasas: La realización de actividades competencia del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid devenga una Tasa creada por el artículo 2 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas

Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público y regulada en la Orden de 21 de marzo de 2011 (BOCM de 26 de abril).

Son sujetos pasivos de la tasa:

- Los entes, organismos y entidades del sector público de la Comunidad de Madrid que no tengan la consideración de Administraciones Públicas.
- Las Universidades Públicas del ámbito territorial de la Comunidad de Madrid y sus organismos vinculados o dependientes.
- Las Entidades Locales del ámbito territorial de la Comunidad de Madrid, y sus entes, organismos y entidades vinculadas o dependientes.
- Las entidades contratantes del ámbito territorial de la Comunidad de Madrid sujetas a la LCSP, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.
- Las entidades que celebren contratos subvencionados sujetos a regulación armonizada.

A fecha de 31 de diciembre de 2014, la actuación del Tribunal ha devengado 93.344,98 euros en concepto de tasas.

Multas: El artículo 47.5 del TRLSCP, permite al Tribunal la imposición de multas en el caso de que se aprecie que el recurso se ha interpuesto con manifiesta temeridad o mala fe. Durante el año 2014 se han impuesto multas por importe total de 3.618,18 euros.

AÑO 2014	DEVENGADO (en euros)
Enero	8.345,23
Febrero	5.563,62
Marzo	5.872,71
Abril	1.854,54
Mayo	0,00
Junio	29.672,64
Julio	5.872,71
Agosto	5.563,62
Septiembre	4.636,35
Octubre	8.654,52
Noviembre	12.363,60
Diciembre	4.945,44
Total devengo Tasas	93.344,98
Total devengo Multas	3.618,18
TOTAL TASAS+MULTAS	96.963,16

Sede y otros medios materiales: El Tribunal Administrativo de contratación Pública, tiene su sede en la calle Carrera de San Jerónimo nº 13, 1º planta.

Para el ejercicio de sus funciones cuenta con los medios técnicos precisos a los que debe sumarse una biblioteca, en la que desde el momento de su creación se han incorporado diversos volúmenes en la materia. Asimismo la Consejería de Economía y Hacienda pone a disposición de este Tribunal, suscripciones a la Revista DA. Actuación Administrativa (mediante internet) y la Revista Práctica Contratación Administrativa, editada por La Ley, Grupo Wolters Kluwer, cuya suscripción ha dejado de ser en papel siendo también electrónica.

Uno de los medios materiales que sería necesario implantar durante el próximo año 2015 es una base de datos y un buscador eficiente implementado en la página web que este Tribunal tiene en el dominio www.madrid.org, con el objetivo de hacer efectivos los principios de transparencia y seguridad jurídica que orientan la actuación del Tribunal. En la actualidad se cuenta con una somera clasificación de las resoluciones por materias en dicha página, pero el número de Resoluciones dictadas por el Tribunal desde su creación junto con la generalización de la utilización de la doctrina sentada por el mismo en sus resoluciones por los operadores jurídicos, aconseja optimizar dicho recurso, mediante la mejora del buscador. La necesidad de implementar el sistema de

publicación de las Resoluciones viene dada por la exigencia de que la publicidad debe tener un carácter accesible y compatible, pues a la postre una publicidad que no permita encontrar de forma fácil los elementos de búsqueda, en este caso, de las Resoluciones del Tribunal, deja de cumplir su papel.

Tanto el Tribunal Central de recursos Contractuales, como la mayoría de los órganos encargados de la resolución del recurso especial, cuentan con una base de datos y buscadores adecuados, que responden a los parámetros antes indicados.

3. ACTUACIONES DEL TRIBUNAL AÑO 2014

3.1 ACTUACIONES EN EL EJERCICIO DE SUS COMPETENCIAS

De acuerdo con lo establecido en el artículo 3. 2 de la Ley 9/2010, de 29 de diciembre, rubricado “*Creación del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid*”, al mismo corresponde²:

- a) El conocimiento y resolución de los recursos especiales en materia de contratación y de las reclamaciones a que se refieren los artículos 40 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, (en adelante TRCLSP) y 101 de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.
- b) La adopción de decisiones sobre la solicitud de medidas provisionales a que se refieren los artículos 43 del TRCLSP y 103 de la Ley sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.

² Legislación actualizada con el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre

- c) La tramitación del procedimiento y la resolución de las cuestiones de nulidad contractual en los supuestos especiales establecidos en los artículos 37 del TRLCSP y 109 de la Ley sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.

Ámbito subjetivo: Estas competencias se ejercerán, por lo que respecta al ámbito subjetivo de la competencia del Tribunal, respecto de la actuación de:

- La Administración de la Comunidad de Madrid, sus Organismos Autónomos, así como los demás entes y entidades dependientes o vinculadas a la misma que tengan la consideración de poderes adjudicadores. Entre ellos cabe resaltar los Hospitales que forman parte de la red pública de asistencia sanitaria de la Comunidad de Madrid con personalidad jurídica propia o dependientes del Servicio Madrileño de Salud autorizados a contratar por delegación.
- Las Universidades Públicas del ámbito territorial de la Comunidad de Madrid y sus organismos vinculados o dependientes que tengan la consideración de poder adjudicador.
- Las Entidades Locales del ámbito territorial de la Comunidad de Madrid y sus entes, organismos y entidades, vinculados o dependientes que tengan la consideración de poder adjudicador.

Los órganos competentes de la Asamblea de Madrid, de la Cámara de Cuentas y demás instituciones y órganos vinculados o dependientes de la Asamblea, establecerán, en su caso, el órgano que deba conocer, en su ámbito de actuación, del recurso especial en materia de contratación³.

³ La Asamblea de Madrid ha constituido su propio Tribunal mediante Acuerdo de 10 de octubre de 2011 de la Mesa cuyo régimen jurídico establece el artículo 88.bis del Reglamento de Régimen Interior de la Cámara, aprobado por acuerdo del órgano rector de 3 de diciembre de 2011.

En el caso de las Reclamaciones de la Ley 31/2007, debe añadirse que también conforman el ámbito subjetivo de las mismas las asociaciones formadas por varias entidades contratantes⁴.

Actos recurribles: Por último debe señalarse que la función de resolución atribuida al tribunal se ejercerá únicamente respecto de determinados actos preparatorios de los contratos, (como los pliegos o los anuncios de licitación) y los dictados en el procedimiento de licitación, hasta la propia adjudicación, recogidos en el artículo 40 del TRLCSP, dejando fuera los relativos a la ejecución, modificación⁵ y extinción de los contratos.

⁴ Si la entidad contratante fuera una asociación de las contempladas en el apartado 1 del artículo 3 y hubiera varias Administraciones públicas de referencia por la diferente adscripción o vinculación de sus miembros, o una sola entidad contratante se encontrara en el mismo supuesto, por operar en varios sectores de los incluidos en los artículos 7 a 12, la reclamación podrá ser presentada ante cualquiera de los órganos competentes mencionados en el artículo 41 del TRLCSP.

Cuando la entidad contratante tenga relación con más de una Administración pública, en razón de su adscripción o vinculación formal y del título administrativo que explota, la reclamación deberá presentarse ante el órgano independiente que tenga atribuida la competencia para resolver las reclamaciones en el ámbito de la Administración que haya otorgado el título administrativo.

⁵ La Ley 3/2012, de 8 de marzo, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón adiciona un nuevo artículo 12 bis a la Ley 3/2011, con el título «Publicidad de los modificados», que exige que los actos del órgano de contratación por los que se acuerde la modificación de un contrato, se publiquen en todo caso en el Boletín y perfil en que se publicó la adjudicación, y se notifiquen a los licitadores que fueron admitidos a la licitación, incluyendo la información necesaria que permita al licitador interponer, en su caso, recurso suficientemente fundado contra la decisión de modificación de no ajustarse a los requerimientos legales.

Se acoge, la jurisprudencia comunitaria que entiende que una modificación ilegal equivale a una «nueva adjudicación» (STJUE de 19 junio 2008, As. C 454/06, Presstext Nachrichtenagentur GMBH, Cfr. apdo 34), y que esa «nueva adjudicación» puede ser objeto de recurso.

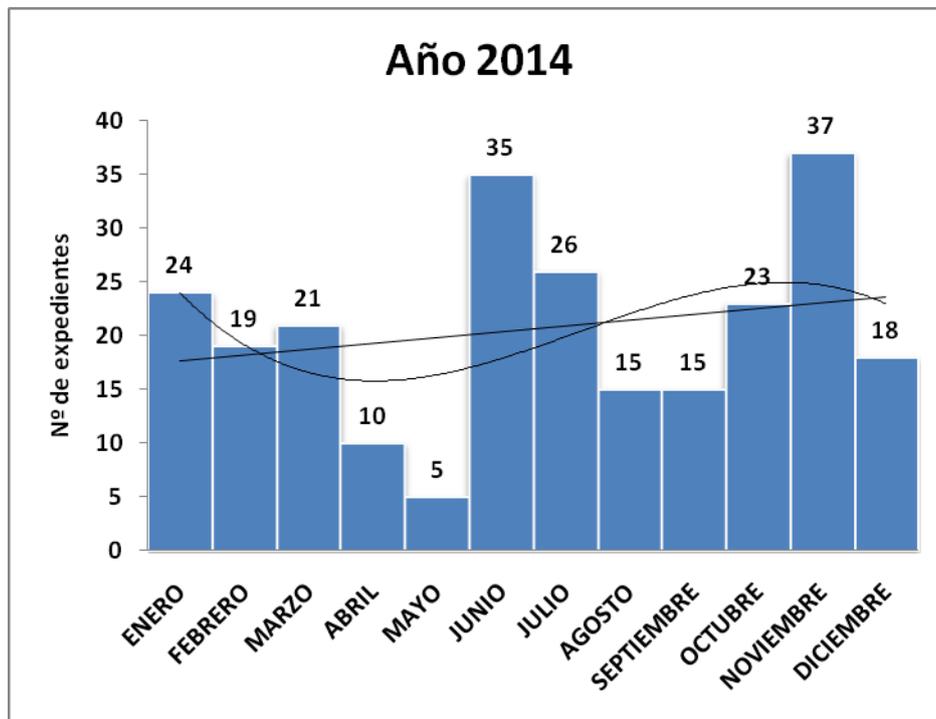
Esta conclusión puede entenderse reforzada por la nueva Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, cuyo artículo 72 regula una cuestión ajena a la de la adjudicación de los contratos, como es la de mal modificación de los mismos durante su vigencia. Nótese que el título de esta Directiva difiere del de la anterior que específicamente se circunscribía a los procedimientos de adjudicación.

En este contexto como consecuencia de necesaria transposición de la Directivas al ordenamiento español se ha abogado por la inclusión legal de la modificación contractual como objeto del recurso especial en materia de contratación, lo que implica un aumento directo del volumen de asuntos de los que conocería este Tribunal que necesariamente y ante el incremento constante de la entrada de recursos, debería llevar consigo una mejora en su dotación personal.

Volumen de entrada de recursos

Durante el año 2014 han tenido entrada para su conocimiento y resolución en este Tribunal 248 recursos, habiéndose dictado 235 resoluciones, lo que supone un incremento de 25 recursos respecto del año anterior⁶, continuando con la tendencia de crecimiento del número de asuntos sometidos a su conocimiento, demostrativa de la generalización en la utilización del recurso especial, sin duda como consecuencia de la brevedad de su tramitación y resolución, el carácter gratuito del mismo, su eficacia en cuanto impide la formalización de los contratos cuando el acto recurrido es la adjudicación, el porcentaje de estimación de recursos que no desanima a potenciales recurrentes y la calidad de las resoluciones.⁷

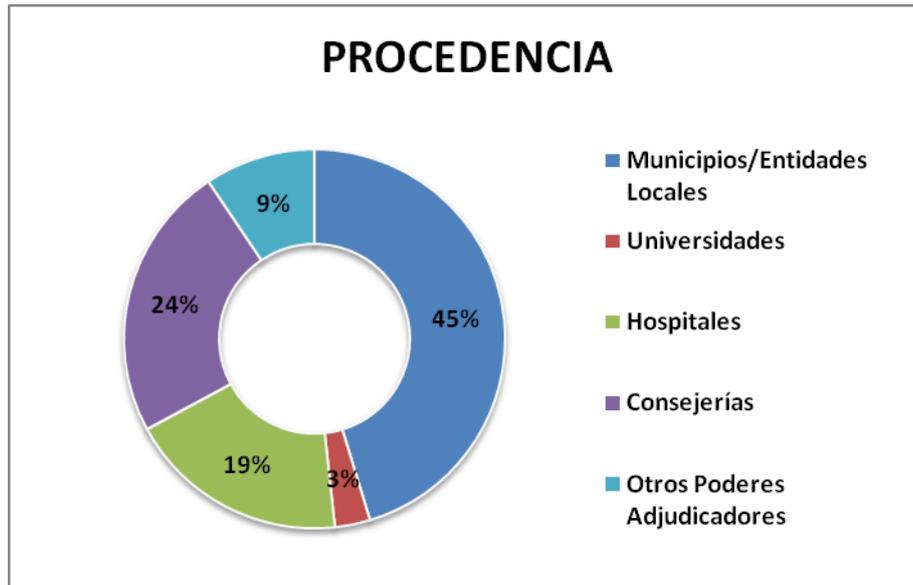
La distribución mensual en la presentación de recursos es la siguiente:



⁶ El aumento del número de recursos entre el año 2011 y 2012 fue de 51, el incremento en el ejercicio 2013 fue de 57, manteniéndose la tendencia al aumento del número de recursos especiales en materia de contratación, que en el año 2013 ascendió 223 recursos, lo que supone un incremento acumulado del 30 %.

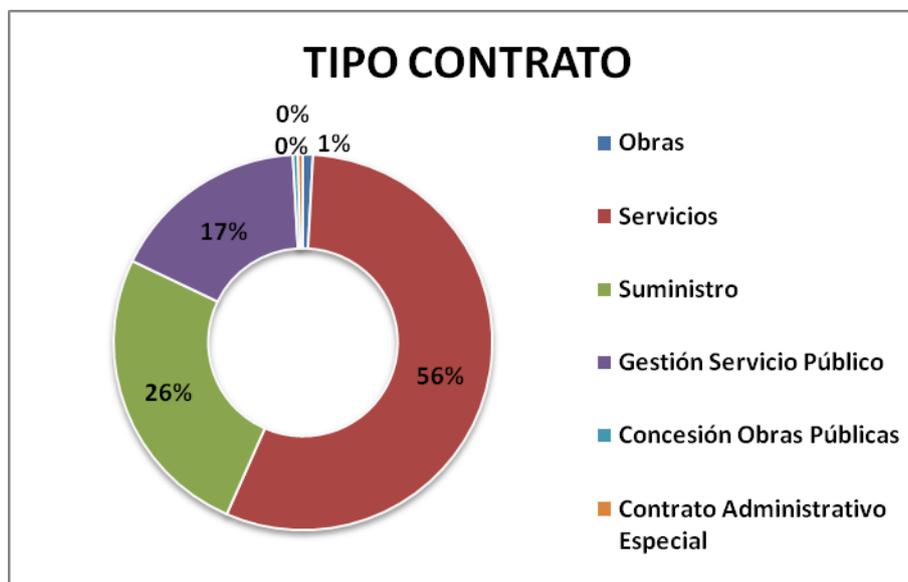
⁷ Sentencia del Tribunal Supremo, 4223/2014 de 23 de octubre .

Resoluciones dictadas y estadística

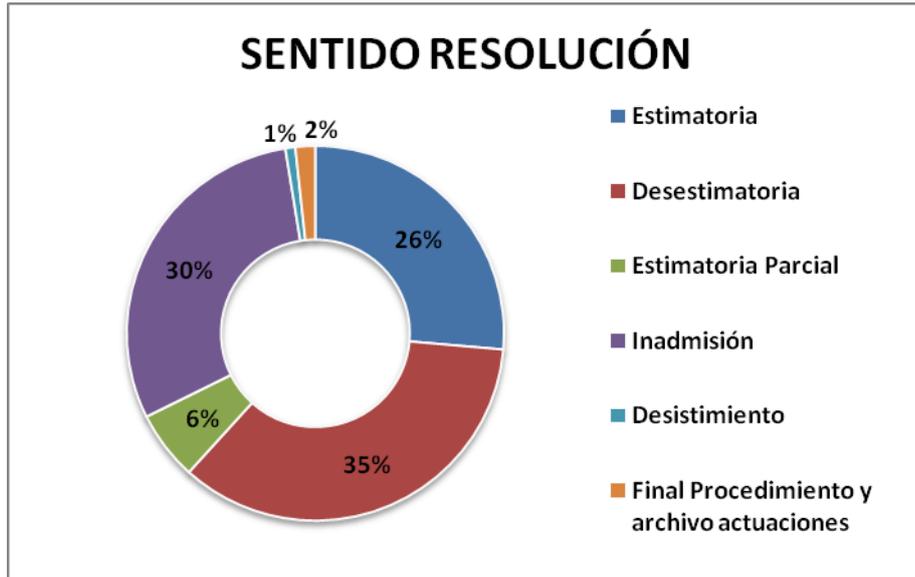


PROCEDENCIA	Nº
Municipios/Entidades Locales	106
Universidades	7
Hospitales	44
Consejerías	55
Otros Poderes Adjudicadores	22

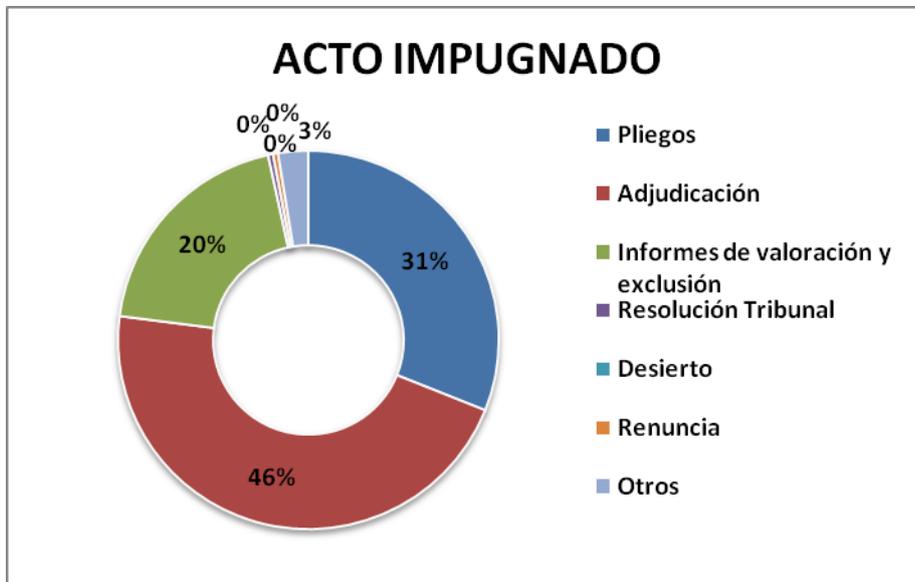
Nota: Una resolución corresponde con una entidad local que no es poder adjudicador.



TIPO CONTRATO	Nº
Obras	2
Servicios	131
Suministro	60
Gestión Servicio Público	40
Concesión Obras Públicas	1
Contrato Administrativo Especial	1



SENTIDO RESOLUCIÓN	Nº
Estimatoria	62
Desestimatoria	83
Estimatoria Parcial	14
Inadmisión	70
Desistimiento	2
Final Procedimiento y archivo actuaciones	4



ACTO IMPUGNADO	Nº
Pliegos	73
Adjudicación	108
Informes de valoración y exclusión	46
Resolución Tribunal	1
Desierto	0
Renuncia	1
Otros	6

Del total de las 235 resoluciones dictadas, tan solo 7 han sido objeto de impugnación ante la jurisdicción contencioso administrativa, lo que representa un 2,98% del total.

Un dato que recogió por primera vez en la Memoria del año 2013, es el relativo a la incidencia económica de la actuación del Tribunal calculada sobre el valor estimado de los contratos sometidos a recurso y que constituye un reflejo de la importancia que tiene su actividad que en el año 2014 ha sido de 1.916.469.620 euros.

3.2 ACTUACIONES INSTRUMENTALES DEL EJERCICIO DE SUS COMPETENCIAS

Página web

El Tribunal Administrativo de Contratación Pública ha seguido apostando por la transparencia y la función instructiva que implementa, como un valor añadido, las competencias legalmente atribuidas al mismo, por lo que considera de capital importancia el mantenimiento y constante actualización de su página web.

Esta actuación está en consonancia con lo establecido en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, reforzando la obligación de publicación de información relativa a las funciones que desarrollan los sujetos comprendidos en su ámbito de aplicación en el que se incluye este Tribunal en su condición de órgano colegiado de carácter administrativo.

Además la publicación de la actividad del Tribunal proporciona una mayor seguridad, para ello, como se ha adelantado en el apartado 2 de esta Memoria, la información publicada ha de ser accesible y comprensible para los ciudadanos, dado su carácter de instrumento óptimo para el control de la gestión y utilización

de los recursos públicos. De esta manera se incrementa también la transparencia en la actuación administrativa, atendiendo al mandato de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, sin perjuicio de que este Tribunal ha tenido desde el momento inicial de su creación especial interés, no solo desde la óptica de la transparencia, sino sobre todo de la seguridad jurídica, en la publicación de sus resoluciones.

Continuando con esta tarea durante el año 2014, se ha mantenido y actualizado la información ofrecida a los usuarios. Así en la página web del TACPCM se incluye información institucional, organizativa y de relevancia jurídica, en concreto información sobre la sede del TACPCM, formas de acceso al mismo, una detallada “Guía de funcionamiento” donde se recogen los aspectos más importantes del procedimiento de recurso que tramita el Tribunal, su composición, memoria anual de actividades, y una respuesta a las preguntas más frecuentes.

En cuanto a la información de relevancia jurídica en orden a garantizar la seguridad jurídica y para conocimiento general de los criterios adoptados en la resolución de recursos, se publican todas las resoluciones dictadas por el Tribunal ordenadas cronológicamente, y por diversos criterios de búsqueda que se corresponden con los temas que mayor incidencia han tenido en los recursos planteados ante el Tribunal.

La información así publicada es accesible con carácter general, y está estructurada de una manera clara para los interesados, en formato reutilizable y es revisada de forma constante para adaptarla a nuevos criterios o novedades legislativas, pero aun así es susceptible de mejorar mediante la incorporación de un buscador que permita delimitar criterios de búsqueda, del que carece.

Debe destacarse que precisamente con el fin de lograr las mayores cotas de seguridad jurídica posibles, este Tribunal publica expresamente los cambios de criterio que adopta debido a la coordinación con otros órganos encargados de la

resolución del recurso especial o como consecuencia de pronunciamientos jurisprudenciales que podrían afectar al contenido de sus Resoluciones.

No obstante, como se ha indicado en el apartado de medios materiales, sería necesario implantar durante el próximo año 2015 una base de datos y un buscador eficiente con el objetivo de hacer efectivos los principios de transparencia y seguridad jurídica que orientan la actuación del Tribunal

Resoluciones

Al igual que en años anteriores, la Presidenta del Tribunal en su condición de tal, ha dictado una Resolución relativa al funcionamiento del Tribunal: Resolución 1/2014, de 29 de julio de 2014, de la Presidenta del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid por la que se acuerda la suspensión de los procedimientos pendientes ante el Tribunal, durante el mes de agosto de 2014, ante la circunstancia de que dada la composición del Tribunal de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, durante el periodo vacacional, no es posible contar con el quórum suficiente para resolver los recursos planteados, como órgano colegiado en los términos de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público y la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común.

Relaciones con otros órganos de resolución de recursos especiales en materia de contratación

Durante el año 2014, la relación entre los distintos órganos de resolución de Recursos Contractuales ha seguido la tendencia iniciada ya en el mismo año de su creación, con el objeto de coordinar actuaciones.

El día 12 de junio de 2014, tuvo lugar en Zaragoza la III reunión de coordinación de órganos de resolución de recursos contractuales, convocada por el Presidente del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Aragón,

con el objeto de establecer criterios y actuaciones comunes en el ejercicio de la competencia de resolución de recursos, así como para la elaboración de propuestas para introducir en una nueva legislación de contratación pública, sobre la que se está trabajando como consecuencia de la redacción de las nuevas Directivas en materia de contratación.

A dicha reunión asistieron, además de los representantes del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, convocantes y organizadores de la reunión, representantes del Tribunal Central de Recursos Contractuales, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, del Tribunal de Contratos Públicos de Andalucía, del Tribunal de Contratación Pública del País Vasco, del Órgano de Recursos Contractuales de Cataluña y del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, el último de los creados.



Panel de ponentes - Presidentes de los órganos encargados de la resolución del recurso especial, en las Jornadas que se celebraron tras la reunión de coordinación.

Dicha reunión se centró en la discusión de cuestiones técnicas relacionadas con el recurso especial así como en la discusión de propuestas para la nueva normativa en materia de contratación pública que está en marcha, para la trasposición del nuevo paquete de Directivas de contratos.

Publicaciones

En el año 2014 además de la Memoria del Tribunal y de la adaptación y mejora de la Guía de funcionamiento, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid ha publicado, a través de su Presidenta en el Observatorio de Contratación Pública y una entrevista en la revista La ley Contratación Administrativa Práctica, Numero 131, May-Jun 2014 <http://contratacionadministrativa.laley.es>, sobre balance del funcionamiento del Tribunal.

Otras actuaciones

Asimismo, desde abril de 2012, el Tribunal a través de su Presidenta forma parte del Observatorio de Contratación Pública, que constituye un lugar de encuentro para los profesionales de la materia desde el que proceder al debate y análisis de las novedades introducidas en su ordenación jurídica, así como para la realización de nuevas propuestas de actuación para la modernización de la contratación pública y materializar en la misma los principios de eficiencia, integridad y buena administración, como resultado del Proyecto de investigación concedido por el Ministerio de Ciencia e Innovación para el período 2009-2011 sobre “Nuevos escenarios de la contratación pública: urbanismo, contratación electrónica y cooperación intersubjetiva”, habiendo continuado esta colaboración durante el año 2014. En concreto en el Observatorio de Contratación Pública se han publicado y comentado las Resoluciones del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid de especial interés por fijar algún tipo de doctrina, y se han publicado algunos estudios realizados en el desempeño de sus funciones.

4. OBJETIVOS

En este apartado de la Memoria, se pretende dar cuenta del cumplimiento de los objetivos que podrían denominarse de carácter legal, relativos al ejercicio

de sus funciones por el Tribunal, así como explicar los objetivos que sin constituir el objeto de la actividad del Tribunal, el mismo se fija.

Debe destacarse en el apartado de cumplimiento de objetivos, que la Comunidad de Madrid, en este punto cumple con las exigencias de la Directiva 89/665/CE de 21 de diciembre, modificada por la Directiva 2007/66/CE de Recursos, tal y como se puso en conocimiento de la Comisión Europea a través Dirección General de Asuntos Europeos y Cooperación con el Estado, en el marco del proyecto piloto 2944/112/MARK, en el mes de marzo de 2012.

Por otro lado, la eficacia en la atribución de la competencia a los órganos encargados de la resolución del recurso especial se ha constatado por los operadores jurídicos. De hecho, la reciente Sentencia del Tribunal Supremo, de 23 de octubre de 2014, dictada en el recurso de casación Núm.: 3014/2013 afirma que: *“Se trata éste de un recurso de tramitación ágil pensado para, según la Directiva, poner remedio a la práctica observada en los poderes adjudicadores y las entidades contratantes de proceder a la firma acelerada de los contratos para “hacer irreversibles las consecuencias de la decisión de adjudicación controvertida” (considerando 4º). Por eso, el artículo 2.8 requiere a los Estados velar “por que las decisiones adoptadas por los órganos responsables de los procedimientos de recurso puedan ser ejecutadas de modo eficaz.*

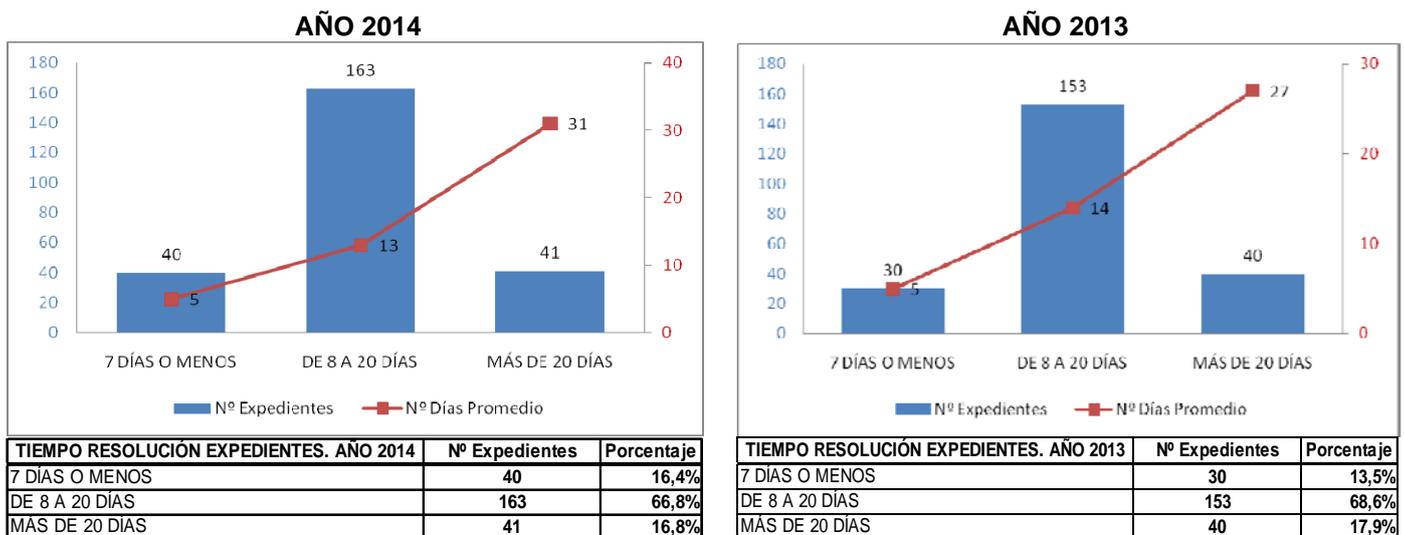
Así, pues, la perspectiva, desde la que debemos enjuiciar este litigio es la querida por el legislador europeo y, en consonancia con él, el español. Esto es, la de preservar la funcionalidad de este mecanismo de garantía prejudicial en el que, por los rasgos que definen legalmente al órgano que lo aplica y al procedimiento del que se sirve, concurre una cualificada presunción de legalidad y acierto, superior, si se quiere, a la que con carácter general se predica de la actuación administrativa (artículo 57.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.”

4.1 RESPETO DEL PLAZO DE RESOLUCIÓN

El texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público establece unos plazos muy breves para dictar resolución en los recursos que regula, plazo que varía en función de los trámites del procedimiento, pero que por regla general deberían tener una duración de 15 a 20 días hábiles.

El plazo medio que el Tribunal ha empleado para la tramitación completa de los recursos, cuestiones de nulidad y reclamaciones que se han sustanciado ante el mismo es de 15 días naturales, lo que no ha supuesto incremento alguno respecto del plazo medio del año 2013, por lo que puede considerarse que en este punto hasta el momento se ha producido un cumplimiento estricto de la Ley y de los objetivos que con ella se persiguen⁸.

Debe señalarse que, quizá como consecuencia del constante aumento de recursos, algunos órganos de contratación no cumplen el plazo de envío del expediente al Tribunal ocasionando retrasos en la resolución, que aunque en la generalidad de los casos no son significativos, en algunos supuestos concretos han dado lugar a algún retraso en la resolución.



⁸ Tomando como referencia la fecha de entrada del recurso en el registro del Tribunal Administrativo de Contratación Pública y como fecha final, aquélla en que se dicta Resolución.

4.2 INDEPENDENCIA

Los órganos encargados de la resolución del recurso especial en materia de contratación y por ende el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, son órganos administrativos que se configuran legalmente como órganos independientes. Este rasgo de la independencia, al haber optado el legislador español por un órgano administrativo, tal y como permitía el apartado 8 del artículo 2 de la Directiva 89/665/CEE, de Recursos⁹, se convierte en una característica fundamental, no solo finalista en su actividad, sino incluso justificativa de la propia existencia de tales órganos. Esta independencia además de garantizarse a través de mecanismos como la inamovilidad de sus miembros, tras tres años de ejercicio, puede decirse que constituye un objetivo cumplido, que además puede ser cuantificado, a través de lo que puede denominarse “tasa de éxito”¹⁰.

Efectivamente tal y como se recoge en los datos más arriba expuestos el TACPCM ha dictado 76 resoluciones estimatorias, tanto parciales como totales, que constituye un 32% del total de resoluciones dictadas. Pero si depuramos este dato sin tener en cuenta aquellas resoluciones que no entran en el fondo del asunto por concurrir en el recurso planteado cualquier causa de inadmisión, este porcentaje se eleva alcanzando el 48% del total de las Resoluciones dictadas.

Este indicador es claramente indicativo de la independencia del Tribunal Madrileño a la hora de dictar sus resoluciones contrastando con porcentajes

⁹ El apartado 8 del artículo 2 de la Directiva 89/665 establece que: «Cuando los organismos responsables de los procedimientos de recurso no sean de carácter jurisdiccional, sus decisiones deberán ir siempre motivadas por escrito. Además, en ese caso, deberán adoptarse disposiciones para que cualquier medida presuntamente ilegal adoptada por el organismo de base competente o cualquier presunta infracción cometida en el ejercicio de los poderes que tiene conferidos, pueda ser objeto de un recurso jurisdiccional o de un recurso ante otro organismo que sea una jurisdicción en el sentido del artículo 177 del Tratado y que sea independiente en relación con el poder adjudicador y con el organismo de base.

¹⁰ Prof. Miguel Ángel Bernal Blay. I Jornadas jurídicas sobre el sistema de tutela de la buena administración contractual (Sevilla 7 y 8 de noviembre de 2013).

anteriores a la creación del recurso, que no llegaban al 1% de Resoluciones estimatorias.

Ello no quiere decir en modo alguno que el 48% de la contratación pública en el ámbito de la Comunidad de Madrid presente algún tipo de defecto o déficit de legalidad, puesto que este dato debe ponerse en relación con el número total de contratos licitados tanto en la Comunidad de Madrid y entidades vinculadas, como en las Entidades Locales, Universidades y en general en las entidades que constituyen el ámbito subjetivo de aplicación del recurso.¹¹

4.3 ACTIVIDAD FORMATIVA

En las actuales circunstancias sociales y económicas se revela como una cuestión fundamental, la de conseguir un valor añadido con el ejercicio de las funciones legalmente atribuidas a los órganos administrativos, especialmente a los de nueva creación.

En esta línea este Tribunal desea realizar a través de las funciones que tiene encomendadas una labor instructiva, al servicio tanto de los órganos de contratación, como de los operadores jurídicos y económicos (en su actividad cotidiana) del ámbito de la contratación pública; sin perjuicio de la función desempeñada por la Junta consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid.

Por ello, en esta memoria y en las sucesivas se pretende abordar algunas de las cuestiones que se han manifestado como dudosas, doctrinal y técnicamente y ofrecer algunas recomendaciones a los órganos de contratación a

¹¹ Se desconoce el dato de la totalidad de los expedientes de licitación tramitados durante el año 2014, en el ámbito subjetivo de aplicación del recurso, pero centrándolo solamente en la Comunidad de Madrid y trayendo a colación los datos publicados en la Memoria para el año 2013 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid, resulta que durante dicho año se inscribieron en el registro de contratos de la Comunidad de Madrid, 3.043 contratos,(incluyendo contratos no SARA por tanto no sujetos al recurso), por lo que la incidencia estimatoria de los recursos respecto de la actividad contractual de la Comunidad de Madrid no es llamativa.

la luz de las resoluciones dictadas por el Tribunal en relación con algunas prácticas susceptibles de mejoras.

4.4 TRAMITACIÓN ELECTRÓNICA

De acuerdo con la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, aquéllos tienen derecho a relacionarse con las Administraciones Públicas por medios electrónicos.

Así mismo el Decreto 175/2002, de 14 de noviembre, por el que se regula la utilización de las técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas por la Administración de la Comunidad de Madrid, establece los mecanismos para hacer posible tal tramitación telemática.

En el ámbito de la resolución de recursos, la Disposición adicional 15.4 del TRLCSP, reproduciendo el contenido de la derogada Ley 34/2010, de 5 de agosto de modificación de la LCSP, previene que las comunicaciones entre los órganos competentes para la resolución de los recursos o de las reclamaciones y los órganos de contratación o las Entidades Contratantes, se harán, siempre que sea posible, por medios informáticos, electrónicos o telemáticos y que las notificaciones a los recurrentes y demás interesados intervinientes en los procedimientos de recurso se harán por los medios establecidos en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. No obstante, cuando el recurrente hubiese admitido las notificaciones por medios informáticos, electrónicos o telemáticos durante la tramitación del procedimiento de adjudicación, en el caso de que hubiese intervenido en él, y, en todo caso, cuando lo solicitara en el escrito de interposición del recurso, las notificaciones se le efectuarán por estos medios.

El Tribunal Administrativo de Contratación Pública sensible a la necesidad de acelerar los procedimientos, y facilitar los trámites tanto a los particulares como a los órganos de contratación, aunque en el momento actual no ha implantado un sistema que permita la tramitación telemática de los procedimientos seguidos ante el mismo, realiza las comunicaciones, requerimientos de subsanación y concesión

de trámite de alegaciones a través del correo electrónico, con aquellos usuarios que prestan su consentimiento para ello, a través de un correo propio tribunal.contratacion@madrid.org. Asimismo desde el mes de septiembre de 2013 todas las resoluciones y comunicaciones que se dirigen a los interesados en el procedimiento (órganos de contratación y particulares) se firman electrónicamente, y se notifican exclusivamente por correo electrónico, salvo que los afectados no acepten este medio de comunicación.

Ello permite no solo acelerar los procedimientos sino que también supone una comunicación fluida y eficaz con los operadores implicados, resolver dudas a los recurrentes u órganos de contratación y un ahorro tanto por la supresión, casi total, del soporte papel, como del coste de Correos.

Asimismo, desde enero de 2014, todos los recursos presentados son digitalizados en todos sus documentos, y archivados en soporte digital, con el objeto de realizar un tratamiento más ágil de los mismos y evitar el soporte papel en la medida de lo posible.

5. INFORME CORA

Respecto a los Tribunales Administrativos de Contratación, la Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas propuso la centralización en el Tribunal Central de Recursos Contractuales la resolución de los recursos especiales en el ámbito autonómico y local. *“El art 41 del Texto Refundido de la LCSP establece que, en el ámbito de la AGE, el conocimiento y resolución de los recursos especiales en materia de contratación estará encomendado a un órgano especializado que actuará con plena independencia funcional en el ejercicio de sus competencias. A estos efectos se crea el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales que estará adscrito al Ministerio de Hacienda y compuesto por un Presidente y un mínimo de dos vocales.*

Sin perjuicio de que las CC.AA. constituyan sus propios órganos podrán, asimismo, atribuir la competencia para la resolución de los recursos al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales. A tal efecto, deberán celebrar el correspondiente Convenio con la AGE, en el que se estipulen las condiciones en que la Comunidad sufragará los gastos derivados de esta asunción de competencia. Ya se han formalizado Convenios con 7 CC.AA. proponiéndose la celebración con las restantes” (pág. 109).

Aunque ya en el año 2013 se planteó la aplicación de las conclusiones del indicado informe al Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, dicho planteamiento se ha vuelto a reproducir en abril de 2014, habiéndose propuesto por parte del Tribunal madrileño su mantenimiento, considerando que desempeña una función eficaz con un escaso coste, que sería superado de atribuir la competencia al Tribunal Central de Recursos Contractuales vía convenio.

La supresión del TACPCM no supone ahorro, considerando que el gasto derivado de suscribir un Convenio con el Estado para atribuir al TCRC, la competencia de resolución de los recursos de que conoce el Tribunal Madrileño supondría un sobrecoste para la Comunidad de Madrid de 125.145,85 euros/año.¹²

Además el TPCPCM desempeña una función eficaz, en tanto resuelve en plazo evitando la consolidación de eventuales situaciones de ilegalidad que pudieran producirse en los procedimientos de licitación de contratos del Sector Público, respondiendo a las exigencias de la Directiva de Recursos 89/665/CE modificada por la Directiva 2007/66/CE. Así en los años de funcionamiento del

¹² El cálculo de costes se ha realizado teniendo en cuenta por un lado las cuantías previstas en la cláusula sexta de los Convenios firmados entre el Estado y las Comunidades Autónomas para la resolución del recurso especial por el TCRC: (cantidad fija anual de 20.000 euros. una cantidad adicional de 350 euros por recurso resuelto, a partir de 40 recursos) en relación con el número de recursos tramitados por el TACPCM, descontando los ingresos derivados de la actividad del mismo,- Tasas y multas- y por otro lado el coste de funcionamiento del Tribunal (El gasto más importante es el de personal. Todo el personal del TACPCM es funcionario por lo tanto su eventual desvinculación del TACPCM no supondría ahorro, salvo en el caso de la Presidenta y los 2 vocales cuya retribución es superior a la que venían percibiendo en sus puestos de origen.

Tribunal se constata un mejor y mayor control que garantiza el efecto útil del recurso previsto por la normativa comunitaria de recursos.

Por último cabe señalar que habida cuenta del número de asuntos sometidos al conocimiento del Tribunal Central y la composición del mismo (un presidente y dos vocales), no parece descabellado pensar que la asunción de la competencia de resolución de recursos de los Tribunales Autonómicos creados, la mayoría de ellos con un importante volumen de asuntos, determinara la aplicación de la previsión de la D.A trigésima del TRLCSP, de creación de Tribunales Administrativos Territoriales de Recursos Contractuales, con sede en cada una de las capitales de las Comunidades Autónomas. Con ello se produciría una desconcentración de la competencia que no supondría una supresión de duplicidades.¹³

6. EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA COMO INSTRUMENTO DE TRANSPARENCIA Y DE BUENAS PRÁCTICAS (Principales criterios sentados por el Tribunal en sus resoluciones durante el año 2014).

En este apartado de la Memoria del año 2014, se ofrecen algunos de los principales criterios sentados por el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, en las resoluciones dictadas desde su entrada en funcionamiento, tanto sobre cuestiones procedimentales atinentes al propio recurso especial, como sobre cuestiones de fondo en materia de contratación pública, en esta ocasión desde la perspectiva de la consideración del Tribunal y en general de los órganos encargados de la resolución del Recurso Especial, como instrumento de transparencia y de buenas prácticas.

¹³ El informe CORA en la medida 1.04.006 propone la centralización den el TCRC a través de la generalización del sistema ya existente de celebrar convenios con las CCAA. Cifra el ahorro derivado de esta medida en 5.665. euros año.

Como se ha expuesto en el trabajo “Decálogo de Reglas para prevenir la corrupción en los Contratos Públicos”,¹⁴ debe reforzarse la idea de que la mejor inversión en la contratación pública es la configuración de un sistema de control rápido y efectivo. Se ha venido insistiendo en la idea de que el ordenamiento jurídico que se pretenda efectivo y eficiente en la aplicación de sus previsiones necesita de mecanismos procedimentales y procesales que permitan “reparar y corregir” de forma eficaz las contravenciones a dicho ordenamiento. La creación y puesta en funcionamiento de órganos de recursos contractuales mediante la Ley 34/2010 ha supuesto un notable avance en la necesidad de un efectivo control que, además de garantizar el derecho a la tutela, permita una gestión más eficiente de los fondos públicos y posibilite la eficacia del derecho a una buena administración

No se trata de exponer en este apartado todas y cada una de las soluciones propuestas para cada cuestión surgida en la tramitación de los indicados recursos, sino solo aquéllas que más incidencia han tenido o las que puedan resultar de más interés para los órganos de contratación a la hora de abordar las reclamaciones de los licitadores, desde la óptica de la transparencia.

6.1 FÓRMULAS DE VALORACIÓN DEL CRITERIO PRECIO.

Este tema se trató en la Resolución nº 173/2014, dictada en el Recurso nº 167/2014, en la que se afirmaba que la forma de valorar el criterio precio no es neutra, y más en un caso de un contrato con pluralidad de criterios, puesto que entendiendo que debe aplicarse la proporcionalidad a las ofertas realizadas de forma lineal aplicando una simple regla de tres, la diferencia en puntos era muy escasa, mientras que si se considera que debe aplicarse la proporcionalidad atendiendo a los porcentajes de baja sobre el importe de licitación, la diferencia de puntos se amplía. En la valoración mediante el criterio precio, se trata de trasladar a la puntuación el esfuerzo que constituye la bajada del precio ofertado respecto del importe de licitación, en correlación con la obligación de adjudicar el

¹⁴ Prof. José María Gimeno Feliu, Observatorio de Contratación Pública 12/11/2014.

contrato a la oferta económicamente más ventajosa (STJUE Gebroeders Beentjes BV, de 20 de septiembre de 1988, As. 31/87).

Los principios que han de tenerse en cuanto a la hora del establecimiento de las fórmulas de valoración están expresados en el artículo 1 del TRLCSP *“...asegurar en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante... la selección de la oferta económicamente más ventajosa”*. Eso implica que las ofertas económicas sean valoradas con criterios proporcionales que asignen la mayor puntuación al mejor precio. La Guía sobre Contratación Pública y Competencia, publicada por la Comisión Nacional de la Competencia afirma que *“la puntuación atribuida al precio o tarifa de las distintas ofertas debe ser proporcional a la reducción del presupuesto base que permite cada una de ellas, para no desvirtuar el impacto de este parámetro a la hora de decidir la adjudicación del contrato”*. Cabe aquí traer a colación las Instrucciones del Interventor General de la Administración del Estado, de 16 de febrero de 2011, sobre las medidas de refuerzo del Plan de revisión del gasto y el Plan de Austeridad 2011-2013 cuando ordena que: *“En los expedientes de contratación en los que se propongan varios criterios de adjudicación, se analizará el peso relativo asignado al precio y se comprobará si en la aplicación de los criterios de adjudicación está prevista la utilización de fórmulas polinómicas que, en la práctica, pudiera dar lugar a que diferencias importantes en los precios ofertados no reflejaran diferencias de la misma importancia en las puntuaciones asignadas”*.

A ello cabe añadir, que uno de los requisitos que cabe exigir en la valoración de los criterios que podemos denominar objetivos, es que agoten toda la puntuación a repartir, circunstancia que no se producía en el caso examinado. Así aplicando la fórmula de la misma forma que realiza el órgano de contratación una oferta que igualara el importe de licitación no obtendría como puntuación final 0 puntos, sino casi de 50 puntos, situándose el reparto total de puntos en una horquilla de 5.

Se trata de evitar el falseamiento de los mecanismos que establece la ley para garantizar la objetividad en la valoración. Singularmente para el caso de que los criterios susceptibles de valoración subjetiva tengan un mayor peso que los objetivos la ley prevé la constitución de un comité de expertos independiente (artículo 150.2 TRLCSP), sin embargo si se relativiza la relación entre criterios objetivos y subjetivos, de manera que el reparto real de puntos correspondientes a criterios objetivos alcance una horquilla de tal solo por ejemplo 10 puntos (cuando formalmente en los pliegos la ponderación de estos criterios podría ser del 60 ó 70%), se obvia la constitución del comité de expertos cuando realmente la ponderación de los criterios subjetivos, más discrecional y con mayor margen de apreciación, a la postre es la determinante de la adjudicación.

Por otro lado, los principios de transparencia, igualdad de trato y de libre competencia imponen que las empresas que participan en una licitación dispongan de las mismas oportunidades al formular los términos de sus ofertas e implica un conocimiento previo de cómo se aplicarán los criterios de adjudicación, de manera que no exista riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte de la entidad adjudicadora y ello implica que las condiciones del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en los pliegos que la rigen, de manera que permita al licitador conocer de antemano las consecuencias de su oferta. En el caso del recurso que nos ocupaba el cuestionamiento de la interpretación que ha de darse al criterio precio trae su causa de no haberse establecido tal fórmula de forma expresa en los pliegos sino solo su enunciado.

6.2 ACCESO A LOS EXPEDIENTES DE CONTRATACIÓN Y CONFIDENCIALIDAD.

Esta cuestión ha sido tratada, entre otras, en la Resolución 203/2014, de 26 de noviembre dictada en el Recurso 191/2014.

El acceso al expediente administrativo, tiene dos vertientes tratadas por el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid.

Efectivamente el acceso genérico al expediente regulado tanto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, y garantizado por la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (artículos 17 y ss) y el acceso al expediente con vistas a la interposición del recurso.

El Tribunal viene considerando que aunque la materia de fondo sea la contratación pública su función tutelar respecto del derecho de acceso no es autónoma respecto de la función revisora en materia de adjudicación de contratos públicos. Caso distinto es aquél en el que el derecho de acceso y vista del expediente es vulnerado, siendo el mismo preciso para la interposición del recurso en cuyo caso el Tribunal despliega esa función tutelar en aras a evitar la indefensión a la hora de interponer el recurso, salvaguardando a su vez el principio de confidencialidad que no puede convertirse en una excusa o puerta falsa por la que obstaculizar la transparencia en la licitación pública.

Para ello el artículo 153 del TRLCSP en la regulación de la notificación de la adjudicación permite que determinados datos no se comuniquen bajo determinadas circunstancias y con condiciones si así se haya declarado de conformidad con lo previsto en el artículo 13.2.d). Ambos preceptos deben ser interpretados o integrados al caso concreto, pudiendo servir de criterio interpretativo el Informe 46/09, de 26 de febrero de 2010, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, “Confidencialidad de la documentación aportada por los licitadores”, que señala que el artículo 124 de la Ley de Contratos del Sector Público (actual 140 del TRLCSP) hay que interpretarlo, en todo caso, de forma matizada teniendo en cuenta las siguientes consideraciones:

“1º) La adjudicación del contrato está sujeta en todo caso a los principios de publicidad y transparencia (artículos 1 y 123 de la Ley citada) que se manifiestan no solo en la exigencia de dar a conocer a través los medios especificados en la Ley las licitaciones convocadas, sino sobre todo y por lo que aquí interesa, en la publicación de las adjudicaciones y en la notificación a los

licitadores de los motivos que han llevado a preferir una oferta y descartar las restantes.

2º) El conocimiento de las características de la oferta puede ser imprescindible a efectos de que los licitadores que no hubieran resultado adjudicatarios puedan ejercer su derecho a interponer recurso.

3º) Finalmente, la confidencialidad sólo procede cuando el empresario, al formular la oferta, haya expresado qué extremos de ésta están afectos a la exigencia de confidencialidad”.

Y este mismo informe concluye que *“La obligación de motivar el acto de adjudicación y de notificar los motivos de ésta a los interesados no implica la obligación de remitir copia de la totalidad de la documentación que integra las distintas proposiciones, sin perjuicio de que se ponga de manifiesto a todos los licitadores y candidatos con la finalidad de que puedan fundar suficientemente los recursos que deseen interponer contra ella”.*

En la ponderación entre el principio de transparencia y la confidencialidad de la documentación comercial, se revela como fundamental la motivación de las causas por las que no se autoriza el examen de determinados documentos. Es claro que la confidencialidad no puede afectar a la totalidad de la oferta de las licitadoras, siendo fundamental conocer determinados aspectos de la misma a efectos por lo menos de poder examinar la adecuación a derecho de las decisiones de la Administración, debiendo examinarse al caso concreto y respecto de cada documento.

6.3 CONFLICTO DE INTERESES

Esta cuestión de la posible existencia de un conflicto de intereses entre licitadores y órgano de contratación, se ha puesto de manifiesto de forma accidental en diversos recursos pero ha sido en el Recurso 192/2014, estimado mediante Resolución 219/2014, de 10 de diciembre, en que la valoración de la ofertas por lo que a los criterios subjetivos se refiere se encargó a una auditora energética de la que la propuesta como adjudicataria era cliente, resultando

puntuada por encima del resto de ofertas con gran margen. Como consecuencia de ello este Tribunal apreciando el conflicto de intereses que trascendió en la valoración de los criterios subjetivos procedió a anular la licitación.

El artículo 24 de la nueva Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, cuyo artículo 24, establece que *“Los Estados miembros velarán por que los poderes adjudicadores tomen las medidas adecuadas para prevenir, detectar y solucionar de modo efectivo los conflictos de intereses que puedan surgir en los procedimientos de contratación a fin de evitar cualquier falseamiento de la competencia y garantizar la igualdad de trato de todos los operadores económicos.*

El concepto de conflicto de intereses comprenderá al menos cualquier situación en la que los miembros del personal del poder adjudicador, o de un proveedor de servicios de contratación que actúe en nombre del poder adjudicador, que participen en el desarrollo del procedimiento de contratación o puedan influir en el resultado de dicho procedimiento tengan, directa o indirectamente, un interés financiero, económico o personal que pudiera parecer que compromete su imparcialidad e independencia en el contexto del procedimiento de contratación.”

Este concepto no es ajeno a nuestra legislación, que en diversas normas establece mecanismos como la abstención y recusación para evitar que tales conflictos se produzcan, y la sanación de nulidad en el caso de que se dictaran actos en que concurra tal circunstancia, pero en todo caso son necesarios nuevos instrumentos de nueva gobernanza exigida por el artículo 83 de la Directiva 24/2014, como un Código ético de prevención y aseguramiento de la integridad en los contratos públicos, que evite el conflicto de intereses.

6.4 PRÁCTICAS COLUSORIAS DISTORSIONADORAS DE LA LICITACIÓN.

Esta cuestión se examinó en la Resolución 215/2014, de 3 de diciembre estimatoria del Recurso nº 221/2014.

En este caso, en que el objeto del contrato era la correduría y contratación de un seguro, el único criterio de adjudicación era el precio, valorando el porcentaje de comisión de corretaje ofertado, contemplándose que en caso de empate en el criterio de adjudicación, se diera preferencia a aquellos licitadores que dispongan de un mayor porcentaje de trabajadores fijos con discapacidad en su plantilla.

La contratación de minusválidos tiene lugar, además, en un procedimiento donde se está poniendo de manifiesto un posible acuerdo entre empresarios, uno grande y un colaborador que posiblemente presentarían la misma oferta en competencia con otros que también licitarían un porcentaje del 0% de corretaje, lo cual conduciría a la necesidad de desempate que se hará con relación al porcentaje de trabajadores minusválidos en plantilla lo que no se consigue fácilmente en una gran empresa, sino en una pequeña con la que la de mayor tamaño pudiera tener algún tipo de vinculación. Sin perjuicio de la existencia en el caso expuesto de una práctica proscrita por la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, correspondiendo a la Comisión Nacional de la Competencia, hoy la CNMC, respecto de cuya apreciación este Tribunal carece de competencia, lo cierto es que nos encontramos, con unos hechos que afectan a la concurrencia en el proceso de contratación que deben ser analizados, por este Tribunal desde el punto de vista de defensa de los principios de la contratación pública, en concreto, como más arriba se ha señalado, la libre competencia entre licitadores, igualdad entre los licitadores, transparencia y proposición única. Para pronunciarse sobre la afectación de los principios reguladores de la contratación pública puede tenerse en cuenta, los criterios establecidos en la “Guía sobre Contratación Pública y Competencia”, de la

Comisión Nacional de la Competencia, cuyo apartado III está dedicado a la colusión entre oferentes a licitaciones.

Además de anular la adjudicación efectuada, de acuerdo con la disposición adicional vigésima tercera del TRLSCP que establece la obligación de los órganos competentes para resolver el recurso especial en materia de contratación de notificar a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), el TACPCM acordó dar traslado a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de los hechos que constan en el procedimiento de recurso.

6.5 RETROACCIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE LICITACIÓN COMO CONSECUENCIA DEL RECURSO O DE UNA RECLAMACIÓN CUANDO SE HA ABIERTO LA DOCUMENTACIÓN CORRESPONDIENTE A LOS CRITERIOS DE VALORACIÓN SUBJETIVA.

Esta cuestión fue objeto de un estudio profundo fijando el criterio del Tribunal en la Resolución 24/2014, de 5 de febrero dictada en el Recurso 15/2014.

La cuestión examinada se centraba en la consideración de si en aquellos supuestos en que se revisa la valoración efectuada en el procedimiento de licitación como consecuencia de la presentación de una reclamación de las contempladas en el artículo 87 del Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, (en adelante RGLCAP) es posible la retroacción del procedimiento o por el contrario, es preciso anular todo el proceso de licitación por vulneración del procedimiento legalmente establecido, partiendo de la base de que la normativa establece claramente que es imprescindible que la valoración de los criterios cuantificables de forma automática se efectúe con posterioridad a la valoración de los criterios cuantificables mediante un juicio de valor, con la finalidad de evitar que el encargado de la valoración conozca las ofertas económicas de los licitadores antes de haber valorado las ofertas relativas a aquellos criterios de

adjudicación que dependen de un juicio de valor y pueda ser influenciable. Se trata de evitar que en la valoración de los criterios de adjudicación se emita dicho juicio de valor “mediatizado”, o, si se prefiere, “contaminado” por el conocimiento de las ofertas de carácter económico de los licitantes.

Se consideraba entonces que no cabe otra alternativa que anular el procedimiento de licitación debiendo convocarse uno nuevo en que todos los licitadores dispongan de igual trato y se proceda a la valoración de los criterios que precisen de juicio de valor con anterioridad a la apertura de los que puedan valorarse mediante cifras o porcentajes, pero introduciendo una excepción que contrarrestaba el aparente rigor de la solución, entendiéndose que no se produciría vulneración alguna del procedimiento desde el punto de vista de su funcionalidad, en aquellos supuestos en que, existiendo parámetros que permitan realizar un control de los elementos reglados del acto impugnado, el Tribunal se limite a ello, siempre que esta labor de control no implique el ejercicio de facultades discrecionales, y que el órgano encargado de resolver el recurso especial pueda establecer el modo de practicar la nueva valoración, sin que sea posible ir más allá de los límites definidos y concretos del acto de control, sino delimitando, especificando y aclarando los aspectos de la valoración.

7. CONCLUSIONES: FUTURO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DE LA COMUNIDAD DE MADRID

Puede afirmarse que las previsiones, por lo que al volumen de trabajo se refiere, puestas de manifiesto en la Memoria del Tribunal para los años 2011 2012 y 2013, se han cumplido e incluso superado, en tanto en cuanto el recurso administrativo especial en materia de contratación ha sido utilizado de forma generalizada por las empresas que usualmente se relacionan con los distintos Poderes Adjudicadores del ámbito de aplicación de la Ley, habiéndose llegado a tramitar 248 recursos, durante el año 2014.

Este Tribunal también ha cumplido sus objetivos por lo que al funcionamiento del mismo se refiere, en relación con la duración de los procedimientos de resolución de recursos y logrando en su actuación la satisfacción de los operadores jurídicos del ámbito de la contratación pública.

Estos resultados no constituyen sino un paso más y un acicate en el logro del establecimiento de un sistema de contratación pública, con garantías de seguridad jurídica tanto para los licitadores y contratistas, como para los órganos de contratación y demás operadores, presidido por los principios de igualdad, de libre concurrencia, y muy especialmente transparencia y buen gobierno. Todo ello a la postre teniendo como objetivo final contribuir a la optimización del funcionamiento de un sector que implica la utilización de tantos recursos.

ANEXO I

La trasposición del paquete de nuevas directivas como oportunidad de mejora de la normativa que afecta a la actividad del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid.

La aprobación de las nuevas Directivas de contratos necesariamente trae consigo una nueva legislación nacional, que todos esperamos sea un cuerpo normativo completo, una suerte de Código de la Contratación Pública que dé un tratamiento sistemático e integrador, en garantía de la seguridad jurídica, en el ámbito de la compra pública. Es una evidencia y se ha planteado en numerosas ocasiones por la doctrina más autorizada, que la dispersión y proliferación normativa en materia de contratación pública, es perniciosa, y favorece muy poco al principio de seguridad jurídica que debe imperar en cualquier Estado de Derecho. Desde su entrada en vigor, la Ley de Contratos del Sector Público ha sufrido múltiples modificaciones. A ello hay que sumar que su normativa de desarrollo, aunque se está trabajando en un anteproyecto de reglamento que está en fase de alegaciones, paradójicamente es previa a la propia legislación que desarrolla con la consecuencia que no precisa de mayor explicación de antinomias que llevan a la consideración caso a caso de preceptos no aplicables, con las dudas y la inseguridad que ello genera en la, ya de por si compleja, gestión de la licitación pública.

Ahora bien, no toda la actividad normativa precisa viene de la mano de la transposición de las Directivas, gran parte de ella es propia de la idiosincrasia del legislador español en la materia, de las necesidades del sector español de la contratación pública, y de la necesidad de establecer una norma de desarrollo con el nivel de detalle necesario, para aplicar la primera. Entre todas esas normas que a mi juicio exigen “retoques”, están precisamente las normas reguladoras del recurso administrativo especial, para implementar tanto su funcionamiento, como su ámbito de aplicación y ciertas disfunciones y clarificaciones que se han revelado precisas a raíz de su funcionamiento.

Sin embargo la denominada Directiva de Recursos, 89/665/CEE modificada por la Directiva 2007/66/CE, no ha sido objeto de modificación en este nuevo paquete legislativo, por lo que cualquier reforma atinente específicamente al recurso, tendrá su origen exclusivamente en el legislador nacional.

La actuación del Tribunal Administrativo de Contratación pública de la Comunidad de Madrid, de cuyos datos se ha dado cuenta en esta Memoria han permitido, que el mismo se convierta en un magnífico observatorio de la realidad contractual pública sobre la que opera, lo que permite hacer ciertas observaciones y propuestas de mejora normativa, en relación con diversas cuestiones:

El primer tema al que podemos referirnos es el relativo al establecimiento de causas de inadmisibilidad del recurso. Aunque el artículo 46 del TRLCSP remite a la LRJ-PAC, en cuanto al procedimiento a seguir y los órganos de resolución del recurso especial la aplican siempre allí donde el TRLCSP no trata determinadas cuestiones, la misma no contiene un elenco de causas de inadmisibilidad de los recursos administrativos lo que exige acudir a normas de ámbito procesal, además considero que una cuestión tan ligada a la seguridad jurídica y al propio derecho de defensa en un procedimiento con tantas especialidades respecto del sistema común de recursos administrativos, merece un tratamiento específico. Así, si bien existen supuestos claros de inadmisibilidad, como el de extemporaneidad, -sin perjuicio de las dificultades de interpretación del sistema de cómputo de plazos, ya consensuadas por todos los órganos de recurso especial,- o el supuesto de falta de competencia de los mismos cuando se trata de actos no contemplados, ni subsumibles en los contemplados en el artículo 40 del TRCLCSP; existen otros de mayor complicación, como es el caso del carácter precontractual del recurso y su procedencia sobre los contratos formalizados.

En la II reunión de coordinación de los Tribunales, que tuvo lugar el 7 de noviembre de 2013 en Sevilla, se decidió adoptar el criterio común tanto de recalificar los contratos sometidos al conocimiento de los órganos encargados del

recurso especial, como el de no inadmitir los recursos por el mero hecho de que se hubiera producido la formalización de los contratos, ello no empero, considero preciso clarificar esta cuestión que lleva consigo importantes problemas prácticos (piénsese por ejemplo en contratos formalizados con liquidación del contrato anterior y consiguiente transmisión del personal en los que no es posible una prórroga al haber terminado el contrato anterior, y en los que se produce por ejemplo la nulidad de toda la licitación debiendo convocarse de nuevo a raíz de una resolución de los órganos encargados de la resolución del recurso especial).

Una de las cuestiones más polémicas, es la del tema de la legitimación activa para recurrir, motivada entre otras cosas, a mi juicio, por el cambio que se produjo en su tratamiento en la LCSP como consecuencia de la Ley 34/2010, de 5 de agosto, al suprimir del artículo 312, actual 42 del TRLCSP, toda mención al licitador *“Podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso”*.

Teniendo en cuenta estos antecedentes, los órganos encargados de la resolución del recurso especial han considerado la legitimación activa desde una perspectiva amplia, *favor acti*, admitiendo la legitimación *ad procesum* de concejales, sindicatos, o asociaciones representativas de intereses colectivos, sin perjuicio del examen específico de la legitimación *ad causam*. Sin embargo parece que la tendencia de una nueva legislación, es reconducir el recurso evitando que se convierta en el ejercicio de una especie de acción de legalidad en manos de aquéllos centrándola en los licitadores o quienes de estimarse el recurso estuvieran en condición de serlo, y las entidades o asociaciones representativas de los intereses de aquéllos.¹⁵

Otra modificación que parece venir avalada por la nueva normativa comunitaria es la de la inclusión de la modificación de los contratos en el ámbito

¹⁵ Anteproyecto de Reglamento de desarrollo del TRLCSP, en materia de recurso especial en materia de contratación.

objetivo del recurso especial, excluida expresamente por La Ley 24/2011, de 1 de agosto, de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad (DF 1.8) con una técnica más que discutible, desde la óptica de la seguridad jurídica, modificó la LCSP con el siguiente tenor^{16,17}: “*Se añade un párrafo final al apartado 2 del artículo 310 con el siguiente contenido (actual artículo 40 TRLCSP).*”

Sin embargo, no serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación los actos de los órganos de contratación dictados en relación con las modificaciones contractuales no previstas en el pliego que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 92 bis a 92 quáter, sea preciso realizar una vez adjudicados los contratos tanto si acuerdan como si no, la resolución y la celebración de nueva licitación.”

Esta modificación ataja las interpretaciones doctrinales que con apoyo en las Directivas y la Jurisprudencia de la UE, consideran que las modificaciones de contratos deberían ser objeto de recurso especial.

Por lo tanto, *de lege lata*, la legislación española excluye expresamente del recurso administrativo especial la modificación de los contratos que hemos denominado legal, esto es la que se hubiera adoptado sin estar prevista en los pliegos en los casos a que se refiere el artículo 107 del TRLCSP.

Sin embargo, no han sido pocos los autores que han abogado por considerar que los modificados deberían ser objeto del recurso especial.

Por su parte entre los órganos encargados de la Resolución del recurso especial el Tribunal de Aragón, en su Guía de procedimiento, ya antes de la modificación de la ley que proscribía el recurso contra la modificación legal de los contratos, considera recurribles “*las decisiones o adjudicaciones adoptadas sin procedimiento formal -por ejemplo, los encargos de ejecución a medios propios o*

¹⁶ Diario Oficial 24 de mayo de 2011.—Serie A. Núm. 121-6.

¹⁷ Isabel Gallego Córcoles. Observatorio de Contratación Pública.

los modificados que no cumplen los requisitos legales-”, sin distinguir entre modificaciones legales o convencionales.

Además en su Acuerdo 3/2013, de 16 de enero de 2013, por el que se resuelve un recurso interpuesto contra la modificación del contrato denominado “Servicios de Vigilancia y Seguridad en los edificios administrativos del Gobierno de Aragón gestionados por el Departamento de Política Territorial e Interior”, el TACPA reconoce la admisibilidad de los recursos contra las modificaciones contractuales, recogiendo las conclusiones del Informe 12/2012, de 23 de mayo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, al afirmar: *“Debe señalarse a estos efectos, que el objeto del recurso es ajeno al ámbito propio del recurso especial, al ser una actuación que no está cubierta por el régimen del artículo 12 bis de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón (introducido por el artículo 33 de la Ley 3/2012, de 8 de marzo, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón).*

Determina este artículo 12 bis, bajo la rúbrica «Publicidad de los modificados», lo siguiente: *“La finalidad del referido artículo 12 bis es generar la transparencia adecuada sobre las causas y consecuencias de los modificados contractuales, así como posibilitar -en su caso-, una eventual impugnación por quienes estuvieran legitimados, si se acreditara que se han incumplido los límites legales a tal potestad de modificación, generando un acto nuevo de adjudicación ilegal. Ello no obstante, y sin entrar a analizar si la modificación que se propone estaba o no prevista en el contrato, de lo anteriormente descrito se constata que la posibilidad de recurso especial en un modificado podrá ser utilizada únicamente por los licitadores no adjudicatarios que consideren que ese acto de modificación, por carecer de los elementos que lo fundamentan, oculta en sí mismo un nuevo acto de adjudicación, y no una mera decisión de ejecución contractual. Opción que se justificaría en el dato de que no hay libertad para el «ius variandi» en la medida en que está en juego la necesidad de que el objeto de la contratación-prestación sea reconocible y no altere las iniciales reglas de comparación de ofertas y, por ello, el principio de igualdad de trato. En consecuencia, el*

adjudicatario, por su propia condición, no podrá utilizar este recurso especial, pues para él la decisión de «ius variandi» de la Administración es inherente a las propias reglas del contrato suscrito.

Lo que alega el recurrente es una alteración de las condiciones de «su contrato», cuestión claramente ajena al fundamento y finalidad del recurso especial, en tanto no hay un vicio procedimental en fase de adjudicación sino, insistimos, una controversia «inter partes» sobre la ejecución del contrato, que tiene sus propios mecanismos de resolución”.

Aunque no se ha presentado ningún recurso concreto contra actos dictados en relación con la modificación de contratos ante el Tribunal de Contratación pública de la Comunidad de Madrid, sí que se han dictado dos resoluciones en las que se hace referencia a la cuestión. En la Resolución 17/2011, de 8 de junio, el TACPCM no se pronuncia de manera expresa y específica sobre la posibilidad de recurrir la modificación de los contratos a través del recurso administrativo especial, entre otras cosas, aún no se había adoptado la Ley 24/2011, de 1 de agosto, pero sí que realiza un comentario que podríamos denominar *obiter dicta* en la apreciación de los actos de renuncia no incluidos expresamente en el elenco de actos recurribles del artículo 40 del TRLCSP, señalando que “Como consecuencia de la argumentación realizada se puede concluir que de acuerdo con la regulación del artículo 310 de la LCSP, interpretada a la luz de la Directiva 2007/66/CE, en relación a los contratos sujetos al Derecho comunitario, los actos del procedimiento de licitación son susceptibles del recurso especial en materia de contratación, mientras que cuando se trata de actos de ejecución del contrato (modificación, resolución, desistimiento posterior o cualquier otro) cabe el régimen de recursos de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.”

En el mismo sentido en la Resolución 30/2011, de 29 de junio, con objeto de determinar la competencia del Tribunal para conocer de un recurso relativo a un contrato de gestión de servicios públicos, señala que “El objetivo del recurso

es que los licitadores puedan impugnar las infracciones legales que se produzcan en la tramitación de los procedimientos de selección hasta la adjudicación” (...)
“Son susceptibles del recurso especial en materia de contratación aquellos contratos que superan los umbrales establecidos en el anteriormente citado artículo 310.1 y dentro de estos, aquellos actos enumerados en el apartado 2 hasta la fase de adjudicación y no los que comprendan la fase de ejecución del contrato.”

La nueva Directiva en materia de contratación incluye un capítulo IV que bajo la rúbrica, la ejecución del contrato, comprende la regulación de cuestiones que exceden de la fase de preparación y adjudicación, a que se atiene la actual Directiva 2004/18, regulando en concreto, en el artículo 72 la modificación de los contratos durante su vigencia.

“Será prescriptivo iniciar un nuevo procedimiento de contratación de conformidad con la presente Directiva para introducir en las disposiciones de un contrato público o un acuerdo marco, durante su periodo de vigencia, modificaciones distintas de las previstas en los apartados 1 y 2”. (Esto es las modificaciones permitidas).

Puede interpretarse que cuando la Directiva equipara la modificación del contrato a una nueva adjudicación, recogiendo la doctrina jurisprudencial que sirve de base para considerar que la modificación constituye el ámbito de aplicación objetivo del recurso especial, lo hace, a mi juicio, a los únicos efectos de establecer una suerte de supuesto de resolución contractual que permitiría, excepcionando el principio *pacta sunt servanda*, proceder a una nueva adjudicación del contrato. Lo que en principio no permite anudar a las modificaciones sustanciales y en su caso realizadas sin cumplir el procedimiento establecido para ello, todas y cada una de las normas o principios atinentes a la adjudicación del contrato de forma directa (como sería el caso del recurso especial en materia de contratación).

Considero por tanto que es preciso aclarar esta cuestión por parte del legislador español en la trasposición de las directivas, adelantando que frente a lo que pueda parecer de mi exposición, considero que sería conveniente ampliar el ámbito objetivo de aplicación del recurso especial a la modificación de los contratos.

Otra cuestión que considero que debería ser objeto del nuevo texto que se redacte en trasposición de las Directivas es la Clarificación del régimen de recursos contra las Resoluciones de los Tribunales.

El artículo 49 del TRLCSP determina que *“contra la resolución dictada en este procedimiento sólo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo conforme a lo dispuesto en el artículo 10, letras k) y l) del apartado 1 y en el artículo 11, letra f) de su apartado 1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa”*. Se trata por tanto de un recurso cuya Resolución, dictada por este Tribunal, es definitiva en vía administrativa y contra la que únicamente cabe recurrir acudiendo a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

La dicción literal de tal precepto es taxativa no distinguiendo entre recursos ordinarios ni extraordinarios, de manera que aplicando el aforismo *“ubi lex non distinguit”*, no cabe sino concluir que la LCSP, no permite la interposición de recurso alguno contra las decisiones de los Tribunales encargados de resolver el recurso especial en materia de contratación, no existiendo laguna ni margen para la interpretación, a juicio de este Tribunal que permita la aplicación subsidiaria de la LRJ-PAC, en los términos de la DA octava.

Esta conclusión es acorde con el espíritu y finalidad de la LCSP, tras la reforma operada en ella por la Ley 34/2010, de 5 de agosto, de modificación de las Leyes 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para adaptación a la

normativa comunitaria de las dos primeras. Efectivamente tal y como se establece en la exposición de motivos de la indicada norma *“es fundamental establecer un procedimiento de trámites ágiles en que la decisión resolutoria pueda adoptarse en el tiempo más breve posible sin dejar de atender a la garantía de los derechos de los interesados”*, respecto de lo que la sumisión de las resoluciones de los órganos encargados de resolver los recursos especiales en materia de contratación, supone un obstáculo.

No obstante lo anterior cabe plantearse si el TRLCSP permite algún tipo de revisión de las resoluciones ejecutivas del Tribunal, siendo la razón de tal planteamiento, el fundamento de justicia material que debe presidir las resoluciones de todo órgano con funciones decisoras, que pugna contra el mantenimiento de una resolución que se revela en su caso como injusta y no ajustada a derecho por mor de un simple error material.

El 49.1 del TRLCSP dispone que *“No procederá la revisión de oficio regulada en el artículo 34 de esta Ley y en el Capítulo I del Título VII de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de la resolución ni de ninguno de los actos dictados por los órganos regulados en el artículo 311...”*, descartando explícitamente la procedencia de la revisión de oficio regulada en el artículo 34 de la propia Ley de Contratos y en el capítulo I del título VII de la LRJ-PAC.

El título VII de la LRJ-PAC que lleva por título *“de la revisión de los actos en vía administrativa”* e incluye la *“revisión de oficio”* en su capítulo primero, que a su vez contempla *“Revisión de actos y disposiciones nulos”* (artículo 102), *“declaración de lesividad de actos anulables”* (artículo 103), *“Suspensión”* (Artículo 104), *“Revocación de actos y rectificación de errores”* (Artículo 105) y *“Límites a la revisión”* (artículo 106).

Debe considerarse cuál debe ser el alcance que haya de darse la prohibición la revisión de oficio, desde el punto de vista sistemático, puesto que cabe plantearse si cuando la Ley prohíbe la revisión de oficio contra las resoluciones de los órganos resolutorios del recurso especial, tal prohibición

abarca también la revocación y la rectificación de errores contemplada en el artículo 105. Si bien es cierto que la revocación puede considerarse como una especie del término genérico revisión, entendida como la retirada del mundo jurídico por parte de la Administración de uno de sus actos, no lo es menos que ambas presentan caracteres que las hacen sustancialmente diferentes, como son la necesidad de que la revisión de oficio stricto sensu obedezca a causas tasadas, que el órgano consultivo competente deba emitir dictamen o el establecimiento de un plazo para dictar resolución expresa, así como la posibilidad de suspensión del procedimiento de revisión establecida en el artículo 104 que parece por su redacción resultar de aplicación en la práctica solo a los supuestos contemplados en los artículos 102 y 103.

Considero que la mención que realiza el artículo 49.2 de la LCSP a la revisión de oficio del capítulo I, de Título VII de la LRJ-PAC, no debería ser comprensiva de la de la rectificación material de errores, permitiendo que en el caso de que tales errores se produjeran fuera posible su corrección de forma ágil, sin abocar al perjudicado a acudir al recurso contencioso administrativo, siempre que se dieran los requisitos previstos en el artículo 105 de la LRJ-PAC. De hecho en varias ocasiones el TCAP ha procedido a corregir los errores materiales padecidos cuando no afectan al sentido de la resolución.

Otra interpretación que a la prohibición de revisión de los actos dictados por el órgano encargado de resolver los recursos especiales, se ofrece durante la tramitación parlamentaria del proyecto. En concreto el artículo 319 de la LCSP fue propuesto en el proyecto de Ley publicado en el BOCG. Congreso de los Diputados, serie A, núm. 79-1, de 21 de mayo de 2010, no contenía mención alguna a la interdicción de revisión de las resoluciones a dictar siendo del siguiente tenor literal: *“Contra la resolución dictada en este procedimiento sólo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo conforme a lo dispuesto en el artículo 11, letras k) y l) del apartado 1 y en el artículo 10, letra f) de su apartado 1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa”*. A la redacción de este precepto se presentó la enmienda núm. 24 por el Grupo Parlamentario Socialista, que sustentaba al

Gobierno proponente, en la que se propone la adición al artículo 319, apartado 1 del siguiente párrafo: *“Artículo 319. Efectos de la resolución No procederá la revisión de oficio regulada en el artículo 34 de esta Ley y en el Capítulo 1 del Título VII de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de la resolución ni de ninguno de los actos dictados por los órganos regulados en el artículo 311. Tampoco estarán sujetos a fiscalización por los órganos de control financiero de las Administraciones a que cada uno de ellos se encuentre adscrito.”* Con la siguiente justificación *“La independencia de los órganos competentes para resolver el recurso especial en materia de contratación es incompatible con la posibilidad de que sus resoluciones sean revisadas o fiscalizadas en vía administrativa”*.

Desde esta óptica, que incide en la interpretación auténtica de las leyes, es claro que nada obsta la revocación de la resolución recurrida en tanto en cuanto, es el propio Tribunal y no un órgano ajeno al mismo, el que procedería en el ejercicio de sus funciones con independencia y objetividad a revocar la resolución dictada, como una manifestación más -junto con la revisión de oficio de los actos nulos y anulables- de la facultad que la Ley atribuye a la Administración de retirar del mundo jurídico sus propios actos, en salvaguarda del principio de legalidad, y con los límites que dicho precepto establece en garantía del principio de seguridad jurídica. Esta previsión se entiende porque de acuerdo con lo establecido en la DA 16 de la LOFAGE 6/1997, de 14 de abril, en el ámbito de la Comunidad de Madrid en el artículo 53.4 de su Ley 1/83, de 13 de diciembre, de Gobierno y Administración, la declaración revocatoria la hace el órgano jerárquicamente superior al que dictó el acto de que se trate, lo que podría comprometer la independencia de los órganos de resolución del recurso, al poder revocar aquellos de quienes depende la resolución dictada. Así en artículo 53.4 b) de la LGBCM señala *“Serán competentes para resolver los procedimientos de revisión de oficio de los actos administrativos nulos, declarar la lesividad de los anulables, y revocar los de gravamen o desfavorables, b) los Consejeros respecto de sus propios actos y de los dictados por los órganos de ellos dependientes”*. En el Estado se indica que los Ministros serán competentes para resolver tales recursos respecto de los actos de los Secretarios de Estado y de los dictados por los órganos directivos de su departamento no dependientes de una Secretaría de

Estado, siendo el Secretario de Estado competente para conocer de los recursos contra los actos dictados por los órganos directivos dependientes de los mismos.

Esto sin embargo, tiene un matiz y es que si existe independencia funcional por el órgano de resolución, el mismo carece de superior jerárquico, y por más que esté adscrito a la Consejería o Ministerio competente en materia de contratación el mismo nunca podría revocar sus resoluciones.

Por su parte el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid en su dictamen 661/2011 de 30 de noviembre, consideraba procedente la aplicación supletoria de la LRJAP-PAC ante el silencio que guarda la LCSP sobre la procedencia del recurso extraordinario de revisión contra la resolución del recurso especial en materia de contratación, conceptuado el recurso extraordinario de revisión en la LRJAP-PAC, como un recurso contra actos firmes en vía administrativa (artículo 118 de la LRJAP-PAC) y configurada la resolución de un recurso especial en materia de contratación dictada por el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, como acto que pone fin a la vía administrativa.

Se ha de hacer notar por otra parte que la admisión del recurso extraordinario de revisión constituye una garantía para el administrado, ya que de no admitirse el recurso en este supuesto, se vería abocado a acudir indefectiblemente a la vía contencioso-administrativa, habiendo excluido expresamente la LCSP la revisión de oficio en esta materia.

La trasposición de las nuevas Directivas de contratación constituye una oportunidad que el legislador español no puede dejar escapar, de a la luz de la experiencia en la aplicación de las anteriores, clarificar, sistematizar y racionalizar el régimen de la compra pública en España, considerando este sector como estratégico desde el punto de vista los recursos económicos que mueve (19% del

PIB de la Unión Europea) y como clave en la implementación de la transparencia con el fin de las malas prácticas y la corrupción en los contratos públicos.¹⁸

Madrid, a 20 de enero de 2015

La Presidenta del Tribunal Administrativo de Contratación Pública
de la Comunidad de Madrid


Fdo. Elena Hernández Salguero



¹⁸ Decálogo de Reglas para prevenir la corrupción en los Contratos Públicos. José María Gimeno Feliú.