



**TRIBUNAL CATALÀ DE CONTRACTES
DEL SECTOR PÚBLIC**

MEMÒRIA 2016



Generalitat de Catalunya

ÍNDIX

1. Presentació
2. Fets amb especial transcendència
3. Antecedents
 - 3.1. Normativa
 - 3.2. Funcions
 - 3.3. Mitjans personals i materials
 - 3.4. Procediment electrònic
 - 3.5. Lloc web i cercador
 - 3.6. Taxa per la realització d'activitats que són competència del Tribunal
4. Resolucions del Tribunal durant l'any 2016
 - 4.1. El sentit de les resolucions
 - 4.2. Motius d'inadmissió
 - 4.3. Actes objecte de recurs
 - 4.4. Tipus de contracte contra els quals s'ha interposat recurs
 - 4.5. Poders adjudicadors contra els quals s'ha interposat recurs
 - 4.6. Recursos interposats davant del Tribunal l'any 2016
 - 4.7. Resolucions dictades pel Tribunal l'any 2016

- 5. Activitats instrumentals del Tribunal**
 - 5.1. Objectius**
 - 5.2. Termini per a resoldre**
 - 5.3. Independència**
 - 5.4. Tramitació electrònica**
 - 5.5. Transparència**

- 6. Principals criteris d'actuació del Tribunal per al foment de la transparència i les bones pràctiques**

- 7. Qüestions d'interès**
 - 7.1. Actuacions de coordinació amb altres tribunals de contractació pública**
 - 7.2. Formació**

- 8. Conclusions**

1. PRESENTACIÓ

Aquest **Tribunal Català de Contractes del Sector Públic** (en endavant, Tribunal) presenta la **Memòria** de les actuacions que ha dut a terme durant l'any **2016**. La finalitat d'aquest document és mostrar l'activitat i el compliment dels objectius assignats a aquest Tribunal.

El Tribunal té com a principal objectiu la resolució dels recursos especials en matèria de contractació i de les qüestions de nul·litat i reclamacions interposats contra els poders adjudicadors, tenint en compte la normativa aplicable i els principis rectors de la contractació pública. Així mateix, i en la mesura del possible atesos els recursos humans de què se'n disposa, constitueix una prioritat per a aquest Tribunal l'emissió de la corresponent resolució dins dels terminis fixats pel Reial decret legislatiu 3/2011, de 14 de novembre, pel qual s'aprova el Text refós de la Llei de contractes del sector públic (BOE núm. 276, de 16 de novembre de 2011, en endavant TRLCSP).

Aquestes són, en essència, les principals finalitats del TCCSP. Aquest document té per objecte, no només oferir una visió estadística de l'actuació del Tribunal durant l'any 2016 en l'exercici de les seves competències, sinó també, principalment des de l'òptica de l'eficàcia i la col·laboració en el compliment de les funcions que té encomanades el Tribunal, mostrar la seva actuació tant respecte a qüestions relatives a matèries de fons com procedimentals.

Molt especialment, en aquesta Memòria, es vol posar en relleu el paper que té el Tribunal com a creador de Doctrina i com a primer intèrpret de les Directives comunitàries en matèria de contractació a Catalunya, tot assegurant la seguretat jurídica en aquest sector que representa el 20% del PIB.

Cal remarcar que aquest Tribunal té la consideració d'òrgan jurisdiccional, de conformitat amb la Sentència de 6 d'octubre de 2014 del Tribunal de Justícia de la Unió Europea (Gran Sala) (assumpte C-203/14) als efectes establerts en aquesta sentència.

La present Memòria ha estat aprovada pel Ple del Tribunal Català de Contractes del Sector Públic en sessió del dia 15 de febrer de 2017.

2. FETS AMB ESPECIAL TRANSCENDÈNCIA

Aquesta Memòria es planteja en un escenari normatiu especial i diferent del d'anys anteriors, amb una repercussió transcendental en la compra pública, derivat de l'aprovació de les noves Directives de contractació pública, de 26 de febrer de 2014, les definicions i conceptes de les quals han estat aplicats en exercicis anteriors amb l'objecte de preservar el seu efecte útil i implementar els principis generals que regeixen la contractació pública. L'any 2016 va finalitzar el termini de transposició de les Directives, en concret, el dia 18 d'abril, la qual cosa ha obligat no solament a realitzar una interpretació conforme a aquestes Directives, tal com preveu la doctrina del Tribunal de Justícia de la Unió Europea, sinó que també ha desplegat els seus efectes el mecanisme pal·liatiu de la falta de transposició o de transposició incorrecta, derivat del principi de primacia del patrimoni comunitari, això és, l'efecte directe de les Directives, que ha exercit un paper important afectant a tota l'activitat del Tribunal Català de Contractes del Sector Públic, tant en l'exercici de la seva funció revisora contractual, com en la seva activitat de coordinació i actuacions formatives. Tanmateix, el termini fixat per dur a terme la transposició al dret intern de les noves Directives de contractació pública va finalitzar el dia 18 d'abril de 2016, no havent-se produït la seva transposició per la legislació estatal, el Govern va dictar el Decret Llei 3/2016, de 31 de maig, de mesures urgents en matèria de contractació pública, que va ser convalidat per la Resolució 250/XI del Parlament de Catalunya, de data 13 de juliol de 2016, que actualment s'està tramitant com a llei al Parlament de Catalunya.

El 24 de gener de 2017 la Comissió va presentar el seu **Informe al Parlament i al Consell** sobre l'eficàcia de la Directiva 89/665/CEE i la Directiva 92/13/CEE, modificades per la Directiva 2007/66/CE, quant als procediments de **recurs en l'àmbit de la contractació pública**. L'avaluació efectuada, en la qual aquest Tribunal ha participat, ressalta alguns aspectes que convé destacar:

- Alguns sistemes nacionals exigeixen que siguin els òrgans administratius de recurs i no els òrgans jurisdiccionals ordinaris els encarregats de la protecció jurídica en primera instància en relació amb els procediments de contractació pública. Com a tendència general, aquests acostumen a ser **més eficaços**. Així ho van confirmar una gran majoria d'enquestats en la consulta pública (74,7%) en considerar que els procediments davant els òrgans jurisdiccionals ordinaris porten, en general, més temps i donen lloc a criteris d'adjudicació menys estrictes que en el cas dels procediments davant òrgans administratius de recurs especialitzats.

- Existeixen indicacions clares que els **beneficis** obtinguts gràcies a les Directives superen els seus costos.

- En general, els recursos previstos s'utilitzen freqüentment en la majoria dels Estats membres. Es van pronunciar al voltant de 50.000 resolucions de primera instància en tots els Estats membres durant el període 2009-2012.

- Les Directives sobre procediments de recurs també exerceixen un **paper fonamental** a l'hora d'abordar de manera eficaç els incompliments de les Directives sobre contractació pública que podrien implicar, així mateix, irregularitats amb conseqüències penals. L'avaluació no ha trobat cap eventual conflicte d'interès amb altres àmbits polítics.

- S'ha de dotar amb més mitjans humans i materials a aquests Tribunals.

3. ANTECEDENTS

3.1. Normativa

Aquest Tribunal va néixer a l'empara de l'article 41 del Reial decret legislatiu 3/2011, de 14 de novembre, pel qual s'aprova el Text refós de la Llei de contractes del sector públic (TRLCSF), per substituir a l'Òrgan Administratiu de Recursos Contractuals de Catalunya (OARCC), que va ser creat per la Llei 7/2011, del 27 de juliol, de mesures fiscals i financeres de la Generalitat de Catalunya.

És important destacar el fet que, en data 5 de setembre de 2013, es va publicar el Decret 221/2013, de 3 de setembre, pel qual es regula el Tribunal Català de Contractes del Sector Públic i s'aprova la seva organització i el seu funcionament (DOGC núm. 6454). Aquest decret estableix la regulació, les competències, l'àmbit d'actuació i la composició, l'estatut i les funcions dels seus integrants; la presa dels acords pel Tribunal i les normes de procediment per a la resolució dels recursos especials en matèria de contractació, les reclamacions, les qüestions de nul·litat i les mesures provisionals interposats davant el Tribunal; així com també, la utilització de mitjans electrònics.

De conformitat amb l'esmentat decret, el dia 23 de gener de 2014, l'Òrgan Administratiu de Recursos Contractuals de Catalunya (OARCC) va passar a denominar-se Tribunal Català de Contractes del Sector Públic (TCCSP) i va iniciar la seva activitat com a òrgan col·legiat.

La seva creació té per objecte donar resposta a les exigències de la legislació de la Unió Europea - Directiva 2007/66/CE del Parlament Europeu i del Consell, d'11 de desembre, per la qual es modifiquen les directives 89/665/CEE i 92/13/CEE del Consell en la part relativa a la millora de l'eficàcia dels procediments de recurs en matèria d'adjudicació de contractes públics (DOUE L 335/31, de 20 de desembre de 2007).

En l'àmbit de la legislació estatal, es va promulgar la Llei 34/2010, de 5 d'agost, de modificació de les lleis 30/2007, de 30 d'octubre, de contractes del sector públic, 31/2007, de 30 d'octubre, sobre procediments de contractació en els sectors de l'aigua, l'energia, els transports i els serveis postals, i la llei 29/1998, de 13 de juliol, reguladora de la jurisdicció contenciosa administrativa, per a l'adaptació a la normativa comunitària de les dues primeres a la Directiva 2007/66/CE.

Concretament, la Llei 34/2010 es va aprovar per donar compliment a la Sentència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea (TJUE), de data 3 d'abril de 2008, que va condemnar al Regne d'Espanya i va substituir el recurs especial de l'article 37 de la Llei 30/2007, de 30 d'octubre, de contractes del sector públic (LCSP), per un nou recurs, de caràcter potestatiu, davant un òrgan independent de caràcter administratiu –format per experts en dret administratiu i contractació pública- que, en l'àmbit estatal, rep el nom de Tribunal Administratiu Central de Recursos Contractuals, en funcionament des d'octubre de 2010.

L'actual regulació del recurs especial en matèria de contractació i de les altres qüestions que entren dins l'àmbit material d'actuació del Tribunal es conté als articles 40 i següents del Reial decret legislatiu 3/2011, de 14 de novembre, pel qual s'aprova el Text refós de la Llei de contractes del sector públic (en endavant TRLCSP), en el qual s'integren totes les modificacions operades fins al moment.

El Tribunal és un òrgan administratiu especial que actua amb plena independència funcional en l'exercici de les seves competències per garantir la seva total objectivitat.

L'àmbit d'actuació competencial del Tribunal abasta la totalitat del sector públic de Catalunya.

El Tribunal es relaciona amb l'Administració de la Generalitat a través de la Direcció General de la Contractació Pública.

3.2. Funcions

D'acord amb la normativa aplicable, corresponen al Tribunal les funcions següents:

- a) Resoldre els recursos especials en matèria de contractació interposats contra els actes relacionats en l'apartat 2 de l'article 40 del TRLCSP quan es refereixen als tipus de contractes especificats en l'apartat 1 del mateix article i no es tracti de procediments d'adjudicació que se segueixin pel tràmit d'emergència de l'article 113 del mateix TRLCSP.
- b) Decidir sobre l'adopció de mesures provisionals sol·licitades amb anterioritat a la interposició del recurs especial en matèria de contractació, d'acord amb l'article 43 del TRLCSP.
- c) Resoldre les qüestions de nul·litat basades en els supòsits especials de nul·litat contractual establerts a l'article 37 del TRLCSP.
- d) Resoldre les reclamacions en els procediments d'adjudicació dels contractes, les mesures provisionals i de la qüestió de nul·litat a què fan referència els articles 101, 103, 109, 110 i 111 de la Llei de l'Estat 31/2007, del 30 d'octubre, sobre procediments de contractació en els sectors de l'aigua, l'energia, els transports i els serveis postals.

3.3. Mitjans personals i materials

D'acord amb el que estableix el Decret 221/2013, de 3 de setembre, el TCCSP es compon del president/a i de dues persones com a vocals, tots amb veu i vot. Així mateix, el Tribunal està assistit per un secretari/ària tècnic, amb veu però sense vot, que no té la condició de membre del Tribunal.

La composició actual és la següent:

President: senyor Juan Antonio Gallo Sallent (RESOLUCIÓ PRE/60/2014, de 8 de gener).

Vocal: senyora Ma Eugenia López Mora (RESOLUCIÓ PRE/62/2014, de 8 de gener).

Vocal: senyora Carme Lucena Cayuela (RESOLUCIÓ PRE/63/2014, de 8 de gener).

Secretària tècnica: senyora Ma Àngels Alonso Rodríguez (RESOLUCIÓ PRE/64/2014, de 8 de gener).

Els membres del Tribunal realitzen la seva tasca en règim de dedicació exclusiva, com a forma de garantir la independència, imparcialitat i total objectivitat del Tribunal.

Juntament amb els membres del Tribunal i la secretària tècnica, actualment, presten serveis en el Tribunal dues persones funcionàries que realitzen tasques administratives i una persona laboral fixa. Així mateix, es compta també amb una tècnica en Dret per tal de donar suport a les activitats de la Secretaria Tècnica del Tribunal i dels membres del Tribunal.

La labor de ponència i resolució de recursos i qüestions de nul·litat, correspon directament al president/a i a les dues persones vocals, amb l'assistència de la Secretaria Tècnica del Tribunal en allò relatiu a l'impuls i la tramitació dels procediments de resolució de recurs.

Una de les qüestions fonamentals que cal considerar per al bon funcionament del Tribunal és la dotació de mitjans per a l'exercici de les funcions que aquest té assignades, qüestió aquesta que s'aborda en l'Informe al Parlament i al Consell, que s'ha presentat per part de la Comissió Europea en data 24 de gener de 2017, sobre l'eficàcia de la Directiva 89/665/CEE i la Directiva 92/13/CEE, modificades per la Directiva 2007/66/CE, abans mencionat, sense perdre de vista el fet que la concepció del recurs especial (la qüestió de nul·litat, la reclamació en sectors especials i l'adopció de les mesures provisionals) preveu una resolució ràpida, en uns terminis que han de permetre que l'activitat contractual del sector públic no es vegi retardada o paralitzada, tot conjugant el principi de bona administració amb el dret de defensa i l'agilitat dels procediments de contractació.

La rapidesa mencionada juntament amb la qualitat de les resolucions constitueix un dels objectius que s'ha marcat aquest Tribunal, amb l'ànim de no entorpir la tramitació dels procediments de licitació pública i d'atendre, si escau, les pretensions dels operadors econòmics implicats, dotant al sistema de la major seguretat jurídica possible.

L'any 2016 es va detectar, així s'ha deixat constància en diferents resolucions, que determinades administracions superen amb escreix el termini que tenen per remetre la documentació de l'expedient al Tribunal, fet que ha comportat dilacions en el procediment de resolució de recurs amb el conseqüent perjudici per a totes les parts.

El Tribunal no disposa de pressupost propi.

3.4. Procediment electrònic

Per tal de fer efectiva la immediatesa en la tramitació dels recursos especials en matèria de contractació, les qüestions de nul·litat i les reclamacions, el Tribunal ha emprat, des de l'inici del seu funcionament, els mitjans electrònics per a la pràctica de la notificació de les actuacions als òrgans de contractació, recurrents i la resta d'interessats en el procediment.

La utilització de mitjans electrònics és una pràctica utilitzada per tots els tribunals i òrgans resolutoris d'aquest tipus de recursos especials ja que permet complir amb els breus terminis previstos en el TRLCSP i també que el recurrent al qual s'estima el recurs pugui veure satisfet el seu dret amb plena efectivitat, de forma que l'òrgan de contractació no hagi de mantenir en suspens l'execució del contracte amb el consegüent perjudici per als interessos públics. La brevetat dels terminis que fixa el TRLCSP no es podria complir si la notificació de les actuacions del Tribunal s'efectués per la via tradicionalment utilitzada per les administracions públiques.

El Tribunal, sensible a la necessitat d'accelerar els procediments i de facilitar els tràmits tant als particulars com als òrgans de contractació, realitza les comunicacions, els requeriments d'esmena i el tràmit d'al·legacions dels expedients a través del correu electrònic, amb aquells usuaris que presten el seu consentiment o que no s'oposen de forma expressa, mitjançant el correu propi del Tribunal (tccsp@gencat.cat).

Així mateix, des de la creació del Tribunal totes les resolucions i comunicacions que s'envien als interessats en el procediment (òrgans de contractació i particulars) es firmen electrònicament, i es notifiquen exclusivament per correu electrònic, tret que els afectats no acceptin aquest mitjà com a forma de comunicació.

Tot això permet no solament accelerar la tramitació dels procediments de resolució de recurs, sinó que també garanteix una comunicació fluida i eficaç amb els operadors implicats i la resolució ràpida de dubtes amb les persones recurrents o òrgans de contractació, així com també un estalvi tant per la supressió, gairebé total, del suport paper, com del cost de correus.

No obstant això l'anterior, aquest Tribunal constata que, malgrat que les seves relacions amb terceres persones són sempre electròniques, no succeeix d'igual forma en les relacions de terceres persones amb el Tribunal.

L'article 16.4 de la Llei 39/2015, d'1 d'octubre, del procediment administratiu comú de les administracions públiques, determina que:

“Els documents que els interessats dirigeixin als òrgans de les administracions públiques es poden presentar:

- a) *Al registre electrònic de l'Administració o organisme a què es dirigeixin, així com a la resta de registres electrònics de qualsevol dels subjectes a què es refereix l'article 2.1”.*

Aquest Tribunal no disposa de registre electrònic com a tal; se l'hauria de dotar d'aquest registre electrònic en el termini més breu possible, atès el règim transitori de 2 anys establert a la disposició setena de la mateixa Llei 39/2015. Un registre electrònic que, d'una banda, ha de complir amb la idiosincràsia i el volum del recursos en matèria de contractació i, d'una altra banda, ha de constituir-se com un registre propi d'aquest Tribunal, tal i com preceptua la llei, sense que pugui ser un de genèric.

Caldria, per tant, tot tenint en compte que, en data 6 d'octubre de 2015, es va aprovar pel Govern de la Generalitat de Catalunya la creació de la marca del Tribunal Català de Contractes del Sector Públic amb una imatge gràfica pròpia, crear una pàgina web diferenciada, amb http pròpia, en la qual les persones interessades puguin presentar el recurs especial en matèria de contractació (la qüestió de nul·litat, la reclamació en sectors especials i l'adopció de mesures provisionals).

3.5. Lloc web i cercador

A més de l'eficàcia en la resolució dels assumptes, el TCCSP vol garantir la transparència en l'exercici de les seves funcions. Per aconseguir aquesta finalitat, a mitjan mes de novembre de l'any 2012 va entrar en funcionament el lloc web del Tribunal (antic OARCC), que conté diferents apartats relatius a la carta del president, la guia sobre els procediments del recurs especial i de la qüestió de nul·litat, la informació d'altres tribunals i òrgans administratius resolutoris de recursos especials en matèria de contractació, el pagament de la taxa del Tribunal i la normativa aplicable.

Així mateix, en el web del Tribunal es pot trobar la indicació de les veus jurídiques que aquest Tribunal ha analitzat.

Així, en el web del Tribunal s'inclou, a més de la publicació de totes les resolucions acordades pel Tribunal, informació institucional, organitzativa i de rellevància jurídica, en concret, la informació sobre la seu del Tribunal, les formes d'accedir-hi, la seva composició, la memòria anual d'activitats, la normativa d'aplicació en matèria de contractació, els procediments de revisió, els enllaços d'interès dels òrgans revisors d'altres administracions públiques i una "Guia de funcionament" detallada on es recullen els aspectes més importants del procediment de resolució de recurs que tramita el Tribunal.

Actualment el web del Tribunal no disposa d'un cercador eficient que garanteixi els paràmetres de màxima transparència i eficàcia en la recerca de les resolucions que s'acorden per part del Tribunal. La majoria de tribunals i òrgans administratius especials en matèria de recursos contractuals del sector públic de la resta de l'Estat ho han implantat ja o estan en vies de fer-ho.

Al llarg de l'any 2016 s'ha estat treballant en aquest cercador de resolucions i és imminent la seva posada en funcionament, malgrat que aquest cercador no sembla el més eficient per a aquest Tribunal en tant en quant no s'integri en un web propi del Tribunal, sense cap tipus de redirecció, tal i com ho tenen altres organismes similars per tal de facilitar l'accés per part de totes les persones interessades.

El web del Tribunal és <http://tribunaldecontractes.gencat.cat>, adreça web que està redirigida a altre web.

3.6. Taxa per la realització d'activitats que són competència del Tribunal

D'acord amb l'article 7 *ter* del Decret legislatiu 3/2008, de 25 de juny, pel qual s'aprova el Text refós de la Llei de taxes i preus públics de la Generalitat de Catalunya, en la redacció donada per l'article 39 de la Llei 2/2014, del 27 de gener, de mesures fiscals, administratives, financeres i del sector públic, a partir del 31 de gener de 2014, es va establir l'obligatorietat del pagament previ d'un taxa per a la interposició del recurs especial en matèria de contractació i la presentació de la reclamació per a l'adopció de mesures provisionals o de la qüestió de nul·litat.

Aquest Tribunal només comprova que el pagament de la taxa s'hagi fet efectiu per tal de poder admetre a tràmit els diferents recursos; això no obstant, malgrat que no sigui de la competència d'aquest Tribunal la gestió de la referida taxa, la Secretaria Tècnica del Tribunal realitza, en col·laboració amb l'òrgan encarregat de la gestió econòmica del departament d'adscripció del Tribunal, diverses actuacions relatives al seu control (pagament correcte de la quota i retorn de pagaments indeguts o excessius).

4. RESOLUCIONS DEL TRIBUNAL DURANT L'ANY 2016

S'ha vingut insistint en la idea que l'ordenament jurídic que es pretengui efectiu i eficient en l'aplicació de les seves previsions necessita de mecanismes procedimentals i processals que permetin "reparar i corregir" de forma eficaç les contravencions a aquest ordenament. La creació i posada en funcionament d'òrgans administratius especials en matèria de recursos contractuals ha suposat un notable avanç en la necessitat d'un efectiu control que, a més de garantir el dret a la tutela administrativa, permet una gestió més eficient dels fons públics i possibilita l'eficàcia del dret a una bona administració. Pot afirmar-se que l'existència del recurs especial (de la qüestió de nul·litat i de la reclamació en sectors especials) redunda, en termes de gestió financera, en una millor relació qualitat-preu en la contractació pública i és dissuasiu de pràctiques poc transparents. No obstant això, el control de competència d'aquest Tribunal, no és general respecte de tota l'activitat contractual del sector públic català, sinó que queda limitat a determinats llindars i a aquelles irregularitats posades de manifest per les persones recurrents, tenint en compte el caràcter potestatiu del recurs.

No és, per tant, el Tribunal un òrgan de fiscalització, com pot ser-ho la Sindicatura de Comptes, sinó que solament revisa els contractes en els casos en què s'interposa recurs i en els termes en què aquest es planteja.

Aquest àmbit competencial s'ha vist modificat com a conseqüència de l'aprovació de les noves Directives en matèria de contractació pública, especialment la Directiva 2014/23/UE, de 26 de febrer de 2014, relativa a l'adjudicació de contractes de concessió (d'ara endavant, "Directiva de concessions").

És cert que les tres Directives no deroguen la Directiva 89/665/CEE, de 21 de desembre de 1989, relativa a la coordinació de les disposicions legals, reglamentàries i administratives referents a l'aplicació dels procediments de recurs en matèria d'adjudicació dels contractes públics de subministraments i d'obres -en la redacció donada per la Directiva 2007/66/CE d'11 de desembre de 2007- ("Directiva de recursos").

No obstant això, no cal desconèixer la incidència que les tres Directives han tingut sobre el recurs especial en matèria de contractació:

- a) La primera de les novetats que cal assenyalar és que, d'acord amb l'article 46 de la Directiva 2014/23/UE (Directiva de concessions), la Directiva de recursos s'aplica també a les **concessions de serveis**, unificant-les en la seva condició de contractes subjectes a regulació harmonitzada, per tal d'afavorir la seguretat jurídica, segons es conté en el considerant 18 de la mateixa Directiva 2014/23/UE. D'aquesta forma, són susceptibles de recurs especial, quan estiguin subjectes a regulació harmonitzada, les concessions de serveis.
- b) A més a més, la tipologia d'actes susceptibles de recurs també s'ha vist ampliada com a conseqüència de la incorporació al nostre ordenament jurídic de les tres noves Directives comunitàries i la consegüent aprovació del projecte de llei de contractes que, en l'actualitat, s'està tramitant al Congrés dels Diputats. Quant al recurs especial en matèria de contractació, d'acord amb el nou objecte de la Directiva 2014/24/UE que regula aspectes relatius a l'execució contractual, s'amplia el seu àmbit objectiu en preveure's a l'apartat d) de l'article 44.2 del projecte de llei: "*les **modificacions** basades en l'incompliment de l'establert en els articles 202 i 203 de la present Llei, per entendre que la modificació va haver de ser objecte d'una nova adjudicació*" i a l'apartat i): "*la formalització d'encàrrecs a mitjans propis en els casos en què aquests no compleixin els requisits legals*".

El nombre d'assumptes que ha tingut entrada davant el registre del Tribunal durant l'any 2016 ha estat d'un total de 221, corresponents a 218 recursos especials en matèria de contractació, 1 qüestió de nul·litat i 2 reclamacions de sectors especials.

Durant l'any 2016, el Tribunal ha emès 199 resolucions.

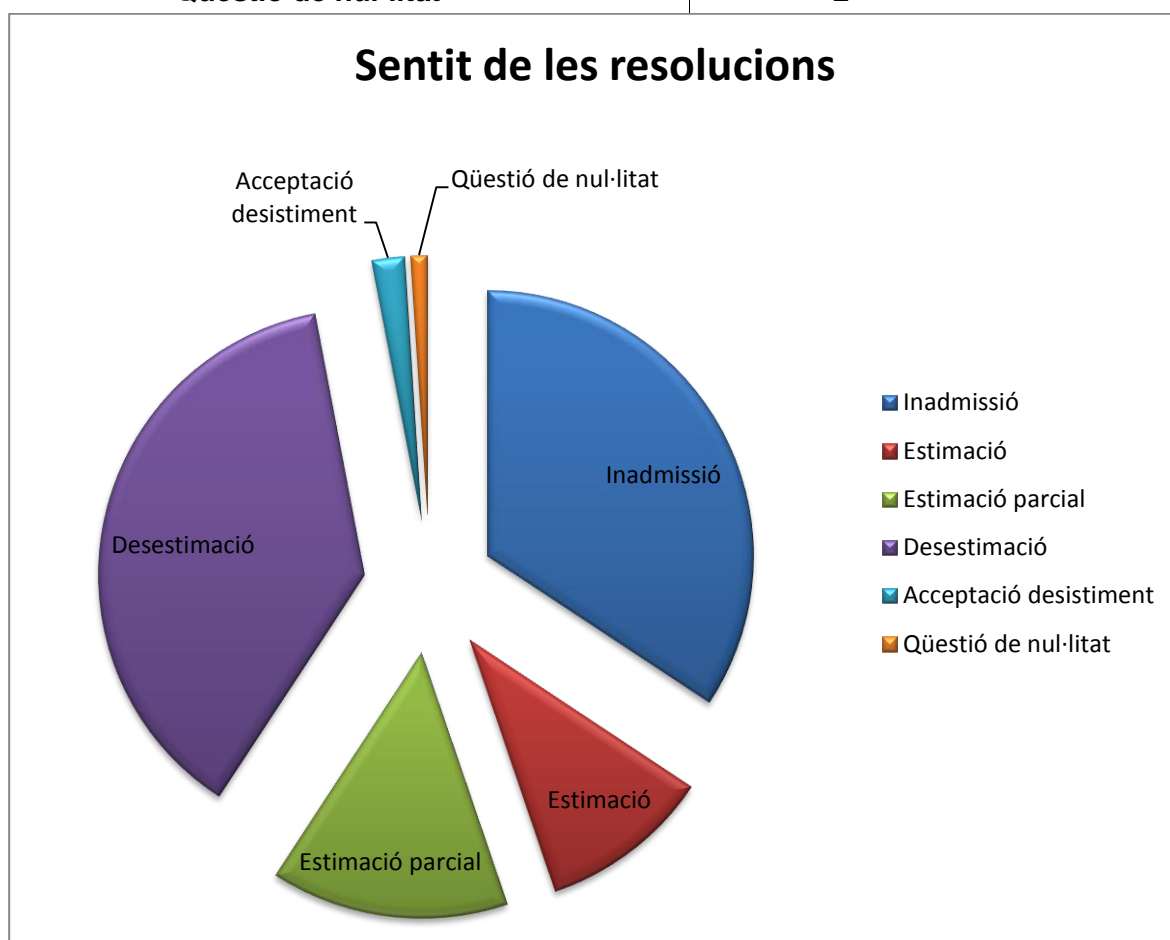
En termes generals, el volum d'entrada de recursos ha estat pràcticament idèntic al de l'any anterior. No obstant això, cal efectuar dues precisions:

La primera és que l'any 2015 un nombre molt gran de recursos es va concentrar sobre dos concrets procediments de licitació. Això porta a afirmar que, en termes generals, el número de recursos sobre diferents expedients ha augmentat.

La segona és que l'any 2016 s'han produït dues puntes de feina en l'entrada de recursos al Tribunal. En concret, en els mesos d'agost i de desembre, fet que justifica que s'hagin dictat menys resolucions.

4.1. El sentit de les resolucions

RESOLUCIONS	TOTAL RESOLUCIONS
Inadmissió	69
Estimació	21
Estimació parcial	29
Desestimació	76
Acceptació desistiment	4
Qüestió de nul·litat	2

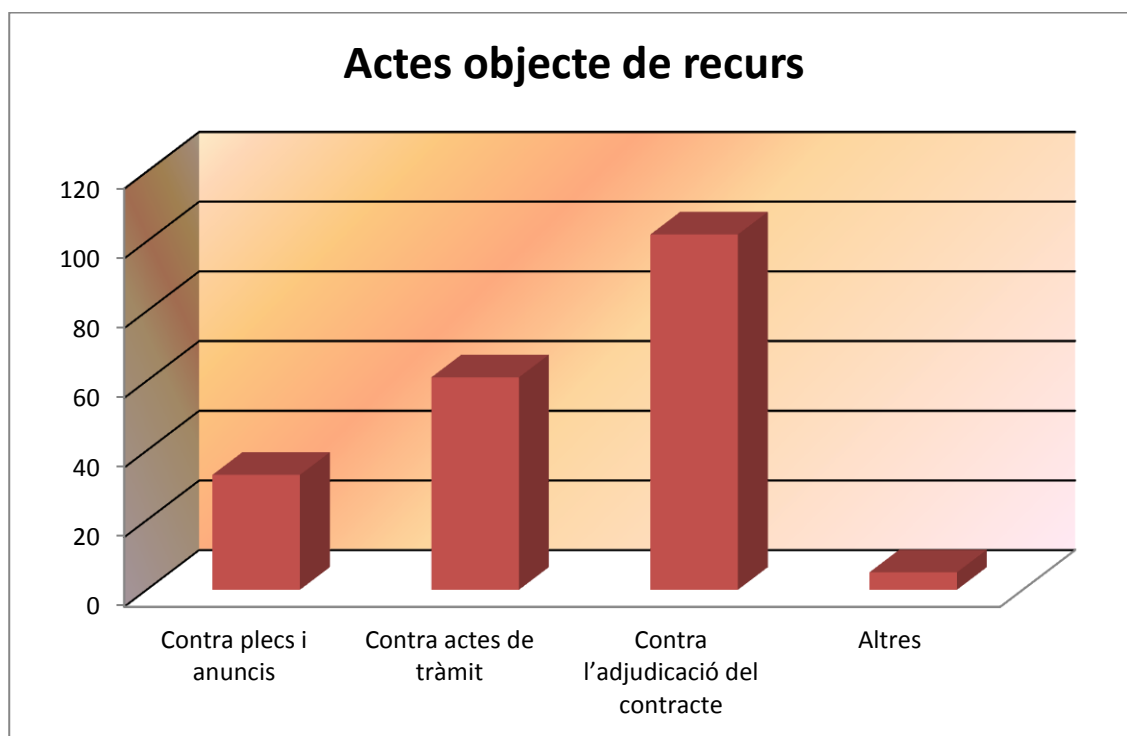


4.2. Motius d'inadmissió

MOTIUS D'INADMISSIÓ	TOTAL MOTIUS
Rekurs extemporani	9
Manca de competència del Tribunal	2
Contracte quantia inferior a l'establerta en el TRLCSP	5
Manca de legitimació	4
Acte tràmit no susceptible de recurs especial en matèria de contractació	8
Per causa sobrevinguda	7
Inaplicabilitat del recurs extraordinari de revisió	3
Per no tractar-se de cap contracte dels previstos en el TRLCSP	7
No acreditament del pagament de la taxa	22
Manca de representació suficient de la recurrent	1
Impossibilitat de pronunciar-se del Tribunal, litispendència	1

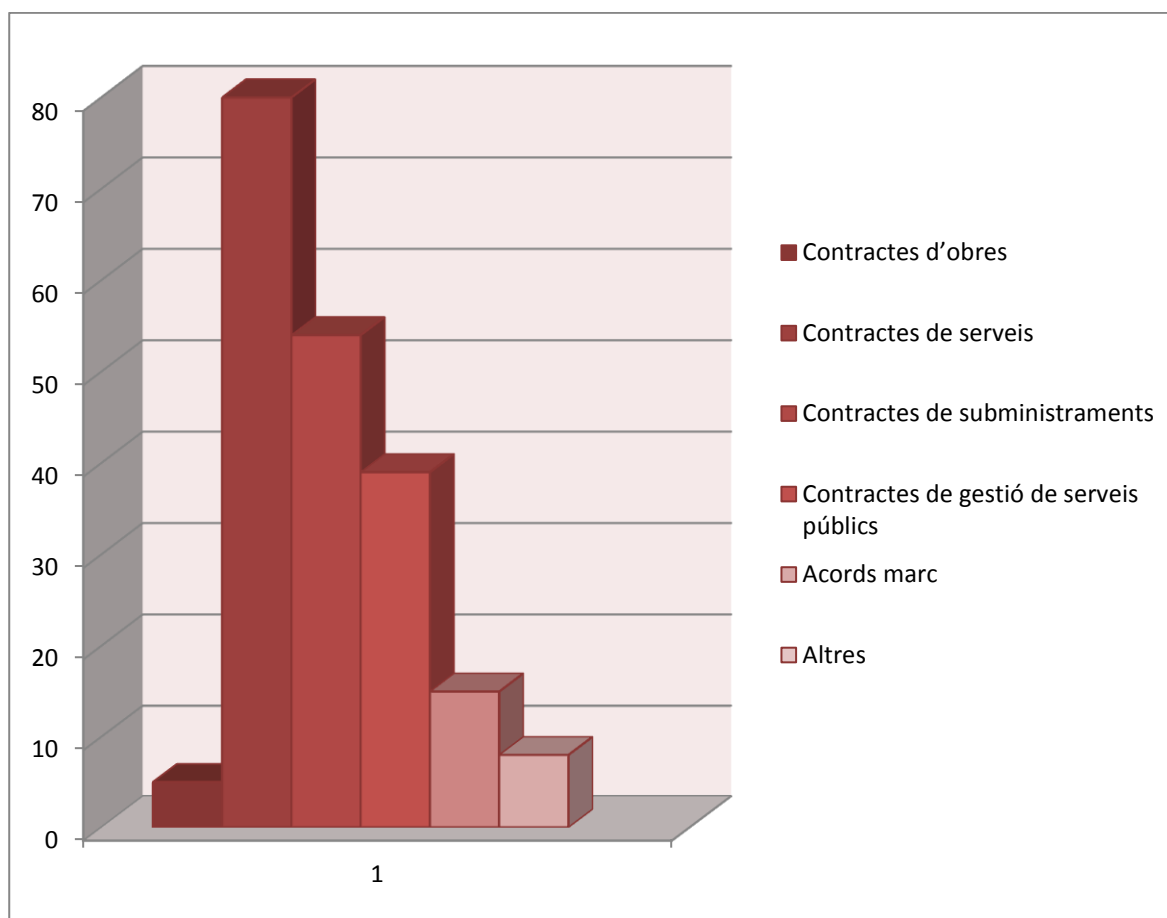
4.3. Actes objecte de recurs

ACTES OBJECTE DE RECURS	TOTAL ACTES
Contra plecs i anuncis	33
Contra actes de tràmit	61
Contra l'adjudicació del contracte	102
Altres	5



4.4. Tipus de contractes contra els quals s'ha interposat recurs

TIPUS DE CONTRACTE	TOTAL CONTRACTES
Contractes d'obres	5
Contractes de serveis	80
Contractes de subministraments	54
Contractes de gestió de serveis públics	39
Acords marc	15
Altres	8

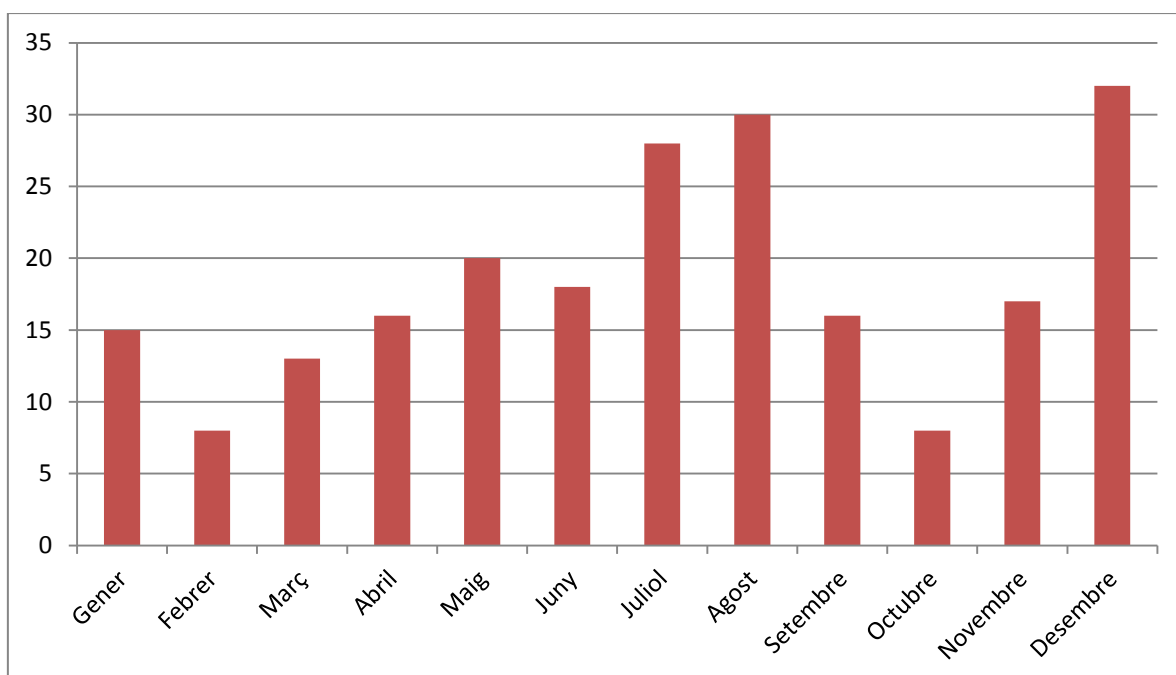


4.5. Poders adjudicadors contra els quals s'ha interposat recurs

PODERS ADJUDICADORS	RECURSOS INTERPOSATS
1. Contra la Generalitat de Catalunya	
Departament d'Agricultura, Ramaderia, Pesca i Alimentació	2
Departament de Territori i Sostenibilitat	2
Departament de Salut	1
Departament d'Interior	1
Departament de Justícia	3
Departament de Treball, Afers Socials i Famílies	2
Departament de Vicepresidència i d'Economia i Hisenda (Comissió Central de Subministraments)	4
Servei Català de la Salut (CatSalut)	6
Institut Català de la Salut	22
Institut Català d'Oncologia	3
Agència Catalana de l'Aigua	14
Servei Públic d'Ocupació de Catalunya	1
Servei Català de Trànsit	1
Infraestructures.cat	5
Ferrocarrils de la Generalitat de Catalunya	3
2. Contra ajuntaments i entitats del sector públic	89
3. Contra consells comarcals	16
4. Contra entitats metropolitanes	3
5. Contra consorcis	4
6. Contra universitats	5
7. Contra hospitals, consorcis, fundacions i corporacions sanitàries	19
8. Altres	15

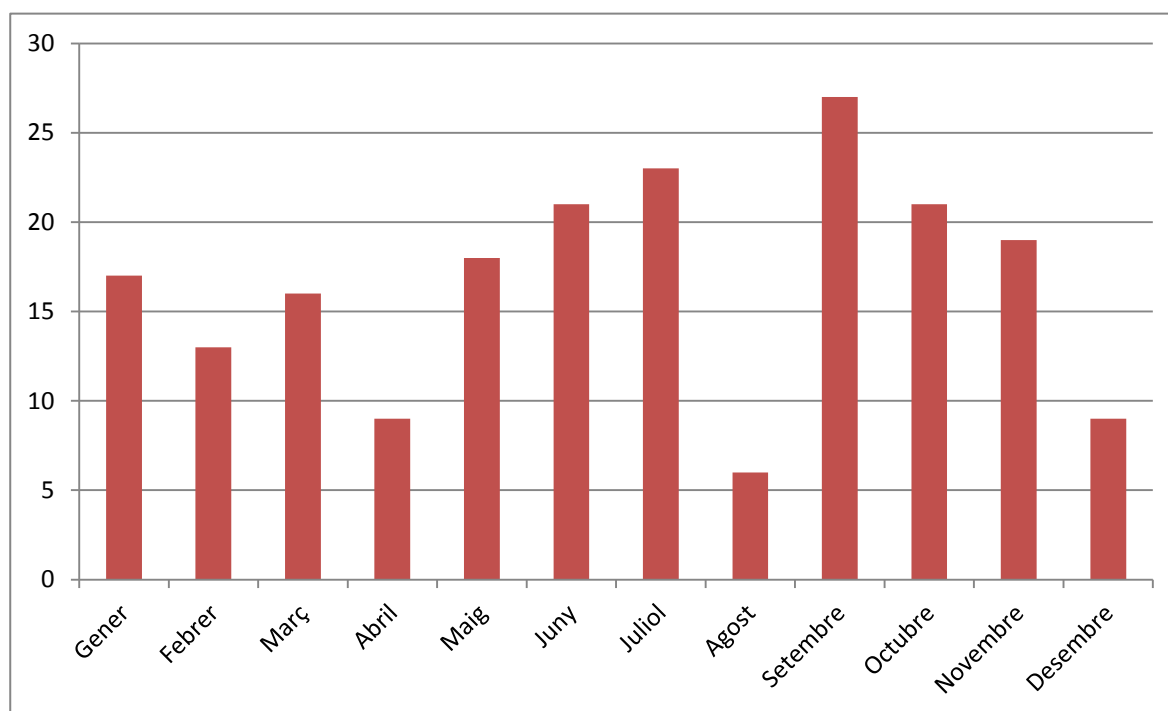
4.6. Recursos interposats davant del TCCSP l'any 2016

MESOS ANY 2016	RECURSOS INTERPOSATS
Gener	15
Febrer	8
Març	13
Abril	16
Maig	20
Juny	18
Juliol	28
Agost	30
Setembre	16
Octubre	8
Novembre	17
Desembre	32
TOTAL	221



4.7. Resolucions dictades pel Tribunal l'any 2016

MESOS ANY 2016	TOTAL RESOLUCIONS
Gener	17
Febrer	13
Març	16
Abril	9
Maig	18
Juny	21
Juliol	23
Agost	6
Setembre	27
Octubre	21
Novembre	19
Desembre	9
TOTAL	199



5. ACTIVITATS INSTRUMENTALS DEL TRIBUNAL

5.1. Objectius

En aquest apartat es vol posar de manifest el compliment dels objectius legals relatius a l'exercici de les funcions que té encomanades el Tribunal, que s'adiuen a la Directiva de recursos 2007/66/CE.

Així mateix, l'eficàcia en l'atribució de la competència als òrgans encarregats de la resolució del recurs especial s'ha constatat pels operadors jurídics. De fet, la recent Sentència del Tribunal Suprem de 23 d'octubre de 2014, dictada en el recurs de cassació núm. 3014/2013 estableix 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”.

Ha de destacar-se molt especialment el repte que suposarà, des de la perspectiva de la seguretat jurídica, l'aprovació durant l'exercici 2017 del projecte de llei de contractes del sector públic.

En tot cas, ha de destacar-se l'aval de la Comissió Europea sobre l'eficàcia del recurs especial en l'Informe al Parlament i al Consell sobre l'eficàcia de les Directives sobre procediments de recursos contractuals, de 24 de gener de 2017, COM (2017) 28 final, que posa en valor el recurs especial en matèria de contractació com a instrument d'eficiència en el control de la despesa pública.

En concret, destaca que: “en relació amb l'eficàcia les Directives sobre procediments de recurs han complert, en general, els seus objectius d'augmentar les garanties de transparència i no discriminació”, exposant quant a la percepció pública del paper del recurs especial que “Pel que es refereix a les opinions de les parts interessades, una clara majoria dels enquestats en la consulta pública duta a terme pels serveis de la Comissió van considerar que les Directives sobre procediments de recurs han tingut un efecte positiu en el procediment de contractació pública. Es considera que és més transparent (80,59%), més just (79,42%) i més obert i accessible (77,65%), i que proporciona majors incentius per complir amb les normes substantives de la contractació pública (81,77%).”

Finalment, en relació amb l'eficiència, cal destacar que: “Existeixen indicacions clares que els beneficis obtinguts gràcies a les Directives superen els seus costos”.

Les conclusions d'aquest informe provenen de la constatació del paper del recurs especial i dels òrgans encarregats de la seva resolució en cada Estat membre, que pot ser considerat com un model d'èxit en l'aplicació del sistema i que, en l'àmbit que correspon a aquest Tribunal, encoratja a continuar treballant en aquesta direcció.

5.2. Termini per a resoldre

El Text refós de la Llei de contractes del sector públic estableix uns terminis molt breus per dictar resolució en els recursos que regula. Aquest termini varia en funció dels tràmits del procediment, però per regla general, hauria de tenir una durada de 15 a 20 dies hàbils.

El termini mitjà de la tramitació completa dels recursos, qüestions de nul·litat i reclamacions de sectors especials que s'han substanciat davant el Tribunal durant el 2016 ha estat de 17 dies, inferior a l'any 2015, per la qual cosa, pot considerar-se que, en aquest punt i fins al moment, s'han complert els objectius. Això no obstant, aquesta disminució pot ser qualificada com de conjuntural ja que ha estat provocada pel ritme d'entrada dels recursos davant el Tribunal.

Aquest Tribunal considera que, en les circumstàncies actuals en què s'ha mantingut el nombre de recursos, qüestions de nul·litat i reclamacions de sectors especials juntament amb el fet d'una major complexitat dels recursos interposats i la necessitat d'una actualització contínua de la doctrina, la jurisprudència i la legislació sobre contractació pública, és difícil reduir el termini de resolució dels assumptes que se sotmeten a la seva consideració. En tot cas, el termini de resolució a Catalunya està molt per sota del de la resta de països de la UE¹.

¹ COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT Annual Public Procurement Implementation Review. 2013. Brussels

5.3. Independència

Els òrgans encarregats de la resolució del recurs especial en matèria de contractació i, per tant, aquest Tribunal, són òrgans administratius que es configuren legalment com a òrgans independents. El tret de la independència, pel qual va optar el legislador estatal tal com permetia l'apartat 8 de l'article 2 de la Directiva 89/665/CEE, de recursos, es converteix en una característica fonamental, no solament finalista en la seva activitat, sinó també justificativa de la pròpia existència d'aquests òrgans.

Aquesta independència, a més de garantir-se a través de mecanismes com la inamobilitat dels seus membres, després de tres anys d'activitat, pot dir-se que constitueix un objectiu complert que, a més a més, pot ser quantificat per diferents paràmetres, a través del que pot denominar-se "taxa d'èxit".

Abans de la creació d'aquest recurs especial, la taxa d'èxit no arribava a l'1%. Aquesta "taxa d'èxit"² és clarament indicativa de la independència d'aquest Tribunal.

² Annual Public Procurement Implementation Review. 2012. Brussels 9/10/2012 i Prof. Miguel Ángel Bernal Blay. I Jornades jurídiques sobre el sistema de tutela de la bona administració contractual (Sevilla 7 i 8 de novembre de 2013).

5.4. Tramitació electrònica

Tal i com s'ha esmentat amb anterioritat, aquest Tribunal tramita les actuacions del procediment de resolució de recursos i de qüestions de nul·litat de forma electrònica. Per la qual cosa, es pot considerar assolit l'objectiu de la utilització preferent de les comunicacions electròniques, segons el previst a la normativa d'aplicació, amb l'excepció del registre electrònic del Tribunal pendent de creació.

5.5. Transparència

Amb la publicació des de la creació del Tribunal com a òrgan col·legiat de totes les resolucions que s'acorden per part d'aquest queda totalment assolit l'objectiu de transparència que aquest Tribunal es va plantejar des dels seus inicis molt abans de l'entrada en vigor de les diferents normatives sobre transparència.

A aquests efectes, és important destacar el fet que, a més de les habituals causes d'abstenció i recusació, el Decret 221/2013 que regula el funcionament del Tribunal inclou també el conflicte d'interessos dels seus membres.

6. PRINCIPALS CRITERIS D'ACTUACIÓ DEL TRIBUNAL PER AL FOMENT DE LA TRANSPARÈNCIA I LES BONES PRÀCTIQUES

Resolució núm. 10/2016

Requisits dels criteris de valoració de les ofertes. Criteris de valoració de tipus social

Aquesta Resolució, dictada en el marc de la impugnació dels plecs d'un acord marc i entre d'altres qüestions tractades, recull la doctrina sobre les regles de determinació en els plecs de clàusules administratives particulars dels criteris de valoració de les ofertes i les millores, per tal que permetin:

- Per a les empreses, saber què es valorarà, com es valorarà i en quant o fins quant, i tenir tota i la mateixa informació per saber què poden oferir perquè les seves propostes puguin resultar les més avantatjoses per a l'interès públic de la contractació (Resolucions núm. 44/2013, 90/2013, 109/2013, 182/2013, 30/2014, 35/2014 i 220/2014).
- Per a l'òrgan tècnic de valoració, poder desplegar la discrecionalitat tècnica de què es troba investit en la funció valorativa de les ofertes i motivar-la (Resolucions núm. 47/2013, 132/2013, 141/2013, 182/2013, 30/2014, 35/2014, 63/2014, 65/2014, 78/2014, 202/2014, 208/2014, 33/2015, 94/2015, 101/2015, 123/2015 i 193/2015; STJUE de 20 de setembre de 2011, *T-461/08, Evropaïki Dynamiki - Proigmena Systimata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE*; SSTS de 20 de gener, 9 de març i 15 de juny de 1998, 13 de gener de 2000 i 24 de setembre de 2014; STSJ Catalunya 542/2012, de 8 de maig).
- Per als tribunals de justícia i els òrgans i tribunals administratius resolutoris dels recursos contractuals, poder exercir la funció revisora i de control de legalitat que tenen atribuïda sobre l'actuació administrativa (Resolucions núm. 35/2012, 1/2013, 35/2014, 213/2014, 101/2015 i 8/2016; STJUE de 13 de desembre de 2013).

Segons aquesta Resolució:

“(…) és en aquest moment de la licitació quan han de quedar perfectament definits i detallats els criteris de valoració de les ofertes, per deixar-hi fixats i publicats els elements reglats del judici de valor que s’haurà d’emetre posteriorment en la valoració de les ofertes. Això és així per tal que aquesta funció valorativa sigui exponent d’una avaluació de les ofertes discrecional i motivada i no d’una valoració de sorpresa que pugui introduir ex novo criteris, subcriteris o paràmetres no indicats prèviament en el PCAP i, amb tot, arbitrària i discriminatòria entre tots els candidats i licitadors (per totes, Resolucions núm. 220/2014 i 101/2015).

(…) en la Resolució núm. 150/2015 ja es va indicar que (els subratllats són originals):

“en el procediment de contractació, els licitadors han de conèixer en tot moment com han de preparar les seves ofertes i com els seran valorades. No hem d’oblidar que estem davant d’un procediment competitiu. I tal com s’ha pronunciat aquest Tribunal (entre moltes altres, Resolucions núm. 44/2013, 90/2013, 109/2013, 182/2013, 30/2014, 35/2014, 202/2014 i 101/2015), alhora que també és doctrina imperant en la resta de tribunals resolutoris de recursos contractuals, una entitat adjudicadora, en la seva competència de valoració d’ofertes en un procediment de licitació, no pot fixar a posteriori coeficients de ponderació ni aplicar regles de ponderació relatius als criteris d’adjudicació establerts en el plec de condicions o en l’anunci de licitació, sense que s’hagin posat prèviament en coneixement dels licitadors. I en el cas examinat, és en aquest moment procedimental, el de l’aprovació dels plecs que requiriran la licitació, quan ho ha de fer l’entitat contractant. (...)

D’aquesta manera, les empreses interessades en la licitació desconeixen d’antuvi, en el moment de preparació de les ofertes, què es valorarà pròpiament i quin pes tindrà dins de cada criteri/apartat allò que finalment s’acabarà valorant, aspectes sobre els quals res ha aportat l’òrgan de contractació per a la defensa de l’expedient de contractació d’acord amb la legalitat, mantenint-se així el règim d’incertesa i indeterminació denunciats per la recurrent.

Això és així tant per expressa indicació de l’article 150.2 del TRLCSP (“Els criteris que han de servir de base per a l’adjudicació del contracte els ha de determinar l’òrgan de contractació i s’han de detallar a l’anunci, en els plecs de clàusules administratives particulars o en el document descriptiu”) com en virtut del respecte al principi d’igualtat de tracte dels licitadors en el decurs de tot el procediment de contractació i a la correlativa obligació de transparència dels òrgans que hi intervenen (Sentència de 24 de gener de 2008, assumpte C-532/06, Alexandroupolis); una igualtat de tracte i transparència que regnen des del mateix moment de l’aprovació dels plecs i de la preparació de les ofertes.”

El detall necessari dels criteris de valoració no significa (...) que els criteris hagin de ser “automàtics”, sinó que quedi ben il·lustrat “què” es valorarà, “com” es valorarà i quina puntuació obtindran o fins a quina puntuació podran arribar les proposicions en cadascun d’ells (per totes, Resolucions núm. 202/2014 i 101/2015).

Definir uns criteris de valoració no és necessàriament ni únicament indicar-los a mode de detall en apartats i subapartats amb la puntuació assolible corresponent, sinó fonamentalment definir què és el que es vol prioritzar en la valoració de les ofertes (a més de totes les portades a col·lació, Resolució núm. 194/2015).

En definitiva, detallar els criteris de valoració no és convertir-los necessàriament en “automàtics” (...)

Tant detallats han de ser els criteris de valoració “automàtics” com els criteris de valoració “discrecionals” o dependents d’un judici de valor. En això no distingeix l’article 150 del TRLCSP. Simplement es tracta de concretar “què” es valorarà, d’entre les possibilitats que, a mode numerus apertus, indica l’article 150.1 del TRLCSP. Altrament, tal com es va subratllar en la Resolució núm. 150/2015, els criteris del PCAP esdevenen “una llista oberta a la inventiva de cada proposta licitadora i brinden a l’òrgan de valoració de les ofertes d’una vetada llibertat il·limitada per a l’emissió del judici de valor i, amb aquest, una llibertat absoluta d’elecció entre les ofertes que es presentin (per totes, Sentència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea de 4 de desembre de 2003, assumpte C-448/01, EVN i Wienstrom) procliu a determinar indefensió a la resta dels participants en la licitació”.

(...) una altra cosa ben diferent és confondre o identificar els criteris de valoració dependents d’un judici de valor amb criteris mancats de paràmetres i excessivament amplis que atorguin a qui en faci l’anàlisi una llibertat il·limitada de valoració i decisió sobre les propostes licitadores i, per tant, que siguin criteris que afavoreixin o puguin afavorir que es produeixi favoritisme, arbitrietat i discriminació entre els candidats i licitadors. (...).”

En aquesta Resolució el Tribunal també va tenir l’ocasió d’analitzar si la condició de ser un centre especial de treball (CET) pot constituir un criteri de valoració de les ofertes, i la resposta va ser negativa tot considerant que:

“Els criteris de valoració de les ofertes (...) no són criteris que serveixin per contrarestar les rigideses que legalment puguin presentar els criteris previs de selecció dels candidats i licitadors (criteris de capacitat i solvència i, fins i tot, condició de CET a la qual pugui haver-se reservat l’accés a la licitació) o les posteriors condicions d’execució del contracte. Els criteris de valoració de les ofertes responen a una altra finalitat.

Els criteris de valoració de les ofertes, o criteris d’adjudicació dels contractes, són, tal com va indicar la Comissió Europea en la Comunicació Interpretativa COM (2001) 566 final, de 15 d’octubre de 2001, sobre la legislació comunitària de contractes públics i les possibilitats d’integrar aspectes socials en aquests contractes, criteris que han de permetre valorar les qualitats intrínseques d’un producte o servei i han d’estar vinculats a l’objecte del contracte o a les seves condicions d’execució. (...)

En efecte, segons l’apartat 1 d’aquest precepte [article 150 del TRLCSP] (...): “per a la valoració de les proposicions i la determinació de l’oferta econòmicament més avantatjosa cal atènyer-se a criteris directament vinculats a l’objecte del contracte”, i entre els exemples a mode numerus apertus que cita aquest article estan els criteris socials, que en aquesta fase del procediment de contractació només poden ser “les característiques ... vinculades amb la satisfacció d’exigències socials que responguin a necessitats, definides en les especificacions del contracte, pròpies de les categories de població especialment desfavorides a les quals pertanyin els usuaris o beneficiaris de les prestacions a contractar” (...)

(...) el criteri d’adjudicació de tipus social, tal com ve configurat en l’article 150.1 del TRLCSP, ve referit a les característiques que presenti l’oferta que es valora (no el subjecte que la formula) que, sempre en relació amb l’objecte del contracte, proporcionin un avantatge als beneficiaris o destinataris dels serveis que es contracten.

(...) aquelles característiques de l'oferta no poden ser per si mateixes les prescripcions o requeriments obligatoris en aquella contractació, com tampoc la naturalesa jurídica o les característiques subjectives que presenti l'entitat licitadora o qüestions de capacitat, solvència o aptitud per contractar que únicament determinaran, si escauen, l'admissió de l'entitat o empresa a la licitació.

Així, la condició d'una entitat com a CET li donarà entrada, en el seu cas, a licitacions reservades en virtut de la disposició addicional cinquena del TRLCSP en el marc de programes d'integració laboral i social de persones amb discapacitat, o a l'execució de condicions contractuals (...), però per si mateixa (i, per tant, amb independència de la ponderació que se li assigni en el plec, per més que l'òrgan de contractació indiqui que ha estat només d'un punt) no constitueix pròpiament un criteri de valoració d'ofertes o criteri d'adjudicació perquè no és cap aspecte de l'oferta que les empreses licitadores puguin lliurement decidir si l'ofereixen o no en aquella licitació.

Arribats a aquest punt, el criteri de valoració "tenir la qualificació de CET", pel fet de respondre a una qualitat subjectiva que només disposaran les entitats que tinguin la condició de CET i no venir referida a característiques de l'oferta vinculades amb l'objecte del contracte que puguin oferir lliurement qualsevol de les empreses admeses a la licitació, cal concloure que constitueix un criteri discriminatori que atempta contra els principis bàsics d'igualtat de tracte i no discriminació entre tots els candidats i licitadors que proclamen els articles 1 i 139 del TRLCSP (...).

Resolució núm. 48/2016

Informació sobre les condicions de subrogació del personal. Condicions relatives a la millora de les condicions laborals per indicació de l'Administració. Borsa d'hores com a criteri de valoració de les ofertes

Aquesta Resolució, dictada en el marc de la impugnació dels plecs d'un contracte de serveis de neteja d'edificis, es va centrar, entre d'altres aspectes, en l'abast dels plecs en matèria de subrogació de personal i els requisits d'admissibilitat de criteris de valoració de les ofertes tals com el de l'oferiment per les empreses d'una "borsa d'hores".

Sobre aquestes qüestions, el Tribunal va aprofundir en la doctrina imperant i va indicar el següent:

"(...) ni els plecs rectors dels procediments de contractació són instruments de negociació col·lectiva ni l'Administració contractant és partícip de les relacions laborals de l'adjudicatari del contracte (...)

Tal com és doctrina seguida per aquest Tribunal (...), les obligacions que el TRLCSP imposa als òrgans de contractació en qüestions referides al personal objecte de subrogació en l'execució dels contractes, recollides especialment en els articles 119 i 120, són simplement obligacions d'informació de les condicions laborals i socials que gaudeixin aquests treballadors en virtut de les disposicions legals sectorials o les convencionals que els siguin d'aplicació, per tal que les empreses licitadores puguin conèixer-les en el moment de decidir la seva participació o no en la licitació i confeccionar consegüentment les ofertes calculant correctament els costos que els comportarà la mesura.

I quant a les condicions especials d'execució, que en el cas examinat la clàusula vint-i-vuitena del PCAP també les circumscriu a condicions de tipus laboral i social, l'article

118 del TRLCSP indica clarament que els òrgans de contractació poden establir-les “sempre que siguin compatibles amb el dret comunitari”.

En el cas examinat, una cosa és informar de les condicions laborals i socials que gaudeix el personal de l'empresa contractista objecte de subrogació, i una altra ben diferent és crear-ne de noves a través dels plecs que regeixen la licitació del contracte que establirà una relació jurídica entre l'administració contractant i l'empresa que resulti contractista. Resulten així desproporcionades i extralimitades de l'àmbit propi dels plecs i dels òrgans de contractació, tal com posa de manifest la recurrent, les condicions d'aquella naturalesa que s'hi estableixen envers el personal que prestarà el servei objecte del contracte, perquè no respecten l'autonomia de la voluntat de les parts i envaeixen les potestats de direcció, organització i disciplinàries inherents dels empresaris, fins al punt de sobrepassar els mandats del TRLCSP i contravenir les prevencions que al respecte va imposar a tots els òrgans de contractació la disposició addicional primera del Reial decret llei 20/2012, de 13 de juliol, de mesures per garantir l'estabilitat pressupostària i de foment de la competitivitat (...).”

I quant al criteri de la borsa d'hores, en el cas examinat el Tribunal va indicar que:

“(...) el fet que un criteri de valoració no sigui socialment responsable i el seu ús no sigui recomanat en un codi de bones pràctiques no significa que sigui il·legal. La legalitat del criteri d'adjudicació qüestionat passa per la seva anàlisi a la vista de les exigències del TRLCSP i la doctrina imperant.

En aquest sentit, l'article 150 del TRLCSP indica quins són els requisits bàsics que han de complir els criteris de valoració de les ofertes, que pel que ara interessa es poden sintetitzar en el fet que siguin objectius, és a dir, directament vinculats a l'objecte del contracte, detallats en el plec de clàusules administratives particulars i en l'anunci de licitació i ponderats de forma clara i precisa.

El criteri de la borsa d'hores en contractes de serveis com el present ha estat analitzat en la doctrina en diverses ocasions i admès en la mesura que es compleixin els requisits de vinculació i detall abans indicats i presentin un necessari “balanç” o proporció en el si del contracte en què s'insereixin (en aquest sentit, Resolucions del TACRC núm. 841/2014, 20/2015 i 153/2015).”

Resolució núm. 113/2016

Condició especial de compatibilitat per poder participar en licitacions

En aquesta Resolució, el Tribunal va analitzar l'exclusió de l'empresa recurrent -contractista del servei licitat- per aplicació de la condició especial d'incompatibilitat prevista en l'article 56.1 del TRLCSP, segons el qual “(...) no poden concórrer a les licitacions empreses que hagin participat en l'elaboració de les especificacions tècniques o dels documents preparatoris del contracte sempre que aquesta participació pugui provocar restriccions a la lliure concurrència o suposar un tracte privilegiat respecte a la resta de les empreses licitadores”.

El Tribunal va analitzar l'evolució de la doctrina al respecte i les circumstàncies del cas plantejat i va concloure que l'aplicació d'aquella condició d'incompatibilitat exigeix la concurrència acumulativa dels dos requisits indicats en l'esmentat precepte, per la qual cosa, en el supòsit examinat, atès que no va quedar acreditat el fet que la participació de l'empresa en l'elaboració de la documentació preparatòria del contracte pogués provocar restriccions a la lliure concurrència o suposar un tracte privilegiat respecte a la resta de les empreses licitadores, es va estimar el recurs i es va anul·lar l'exclusió objecte del recurs.

Resolució núm. 115/2016

Confidencialitat

En resum, tot licitador exclòs d'una licitació ha de tenir dret no només a la resolució motivada de l'article 151 del TRLCSP sinó també a poder contrastar la decisió de l'òrgan de contractació respecte a la resta d'ofertes presentades, amb els límits dels documents declarats confidencials en quedar justificats els secrets tècnics o comercials que poden veure's compromesos. I en aquest supòsit específic no va quedar acreditat que l'òrgan de contractació hagués realitzat l'esforç necessari i suficient per determinar les parts de la documentació tècnica del licitador que eren realment confidencials. Per això, en aquest supòsit, en quant a la resta de motius del recurs, aquest Tribunal no va poder entrar a enjudiciar les puntuacions atorgades en tant la recurrent no va tenir accés complet a l'expedient de contractació ni va tenir temps per a preparar-lo. Això significa que el recurs no va poder fonamentar-se degudament, de manera que aquest Tribunal estaria actuant de manera incongruent si hagués resolt aquests arguments sense que s'hagi permès a la recurrent informar-se degudament. Per tant, en aquest assumpte, el Tribunal es va pronunciar en el sentit que calia esperar a l'efectiu accés a l'expedient per tal de permetre a l'empresa licitadora recurrent il·lustrar-se degudament, per resoldre si manté la resta dels arguments de fons del recurs amb la consegüent retroacció de les actuacions al moment de posada de manifest de l'expedient, un cop es va excloure l'empresa recurrent. En la Resolució va assenyalar que en aquell moment, l'òrgan de contractació haurà de donar vista de l'expedient a l'empresa recurrent en la part tècnica de les ofertes no incurses en confidencialitat, pronunciant-se expressament a aquest efecte, per tal que l'empresa recurrent pugui fonamentar, en el seu cas, nou recurs contra l'adjudicació i a aquest efecte, un cop complimentat l'accés a la informació, s'obrirà un nou termini per recórrer l'exclusió.

Resolució núm. 118/2016

Publicitat prèvia específica en l'àmbit dels serveis públics de transport de viatgers per ferrocarril i carretera segons el Reglament (CE) 1370/2007

En aquesta Resolució el Tribunal va analitzar, arran la impugnació de l'adjudicació d'un contracte de serveis de transport col·lectiu escolar, entre d'altres motius d'impugnació, l'omissió de la publicitat prèvia específica que preveu l'article 7.2 del Reglament CE 1370/2007 del Parlament Europeu i del Consell, de 23 d'octubre, sobre els serveis públics de transport de viatgers per ferrocarril i carretera, per la qual se sol·licita l'anul·lació de tot el procediment de contractació.

A diferència dels supòsits al·ludits per la recurrent, el Tribunal va concloure que en el cas examinat a més que s'està donant un servei de transport escolar, no s'està davant la impugnació de tràmits inicials de la licitació per part de qui s'hagi vist perjudicat per la manca d'aquell anunci previ de la licitació fins al punt que, tal com postula el reglament europeu, això li hagués impedit poder "reaccionar" i concórrer a la licitació. Aquestes premisses no concorren en el cas examinat, en el qual la recurrent, a més, va participar en la licitació i va esdevenir fins i tot adjudicatària de diversos lots.

Resolució núm. 141/2016

Diferència entre requisits de capacitat o habilitació per realitzar les prestacions objecte del contracte i els requisits de solvència o classificació

En aquesta Resolució es va analitzar que en les UTE s'acumulen les solvències i classificacions empresarials de les empreses que les formen, però no els requisits de capacitat i habilitacions per a l'exercici d'activitats, com és el cas analitzat de les llicències per operar en el sector objecte del contracte analitzat:

"No es pot confondre l'habilitació exigida (...) per operar en el sector objecte del contracte, que és un requisit de capacitat o aptitud empresarial o professional que determina la possibilitat de desenvolupar l'activitat de què es tracti, amb el que és pròpiament un requisit de solvència, inclosa la classificació empresarial. El que s'acumula en les UTE és, tal com ha ressaltat la mateixa UTE adjudicatària en el precepte transcrit, la solvència o classificació empresarial de les empreses que la formen, però no les habilitacions, autoritzacions, permisos, declaracions reglamentàries o, en definitiva, els requisits de capacitat o aptitud empresarial o professional per poder realitzar l'activitat que es contracta, que és una qüestió summament diferent."

S'afirma també que el fet de tenir classificació empresarial/experiència en un servei no significa tenir la capacitat/habilitació per a desenvolupar-lo:

"De la mateixa manera, i també a propòsit de les al·legacions de l'UTE adjudicatària, el fet que es disposi de la solvència o classificació exigida en una licitació no significa ni implica de forma inherent tenir l'habilitació empresarial o professional per realitzar l'activitat de què es tracti, perquè són dos conceptes diferents."

Resolució núm. 148/2016

Abast de la doctrina *lex inter partes*

En aquest assumpte el Tribunal es pronuncia sobre la necessitat que les ofertes s'ajustin escrupolosament als plecs, en concret, en el supòsit específic que exigeixin unes mides determinades, no es pot posteriorment rebaixar l'observança d'aquests requisits en una visita que d'acord amb els plecs era recomanada i no obligatòria. Per això, aquest Tribunal afirma que tot allò que no estigués prèviament recollit en els plecs o en la contestació als aclariments i correctament publicat per l'òrgan de contractació, no té la força suficient com per afectar als plecs que han esdevingut *lex inter partes* (citant les Resolucions número 202/2015, 223/2015, 9/2016, 127/2016 i 145/2016 entre d'altres) i als principis d'igualtat i sana competència.

El Tribunal va afirmar que entendre en el moment de valoració que l'espai disponible era orientatiu suposa no només que l'òrgan de contractació s'està excedint de la seva potestat d'interpretació dels plecs sinó també que està modificant unilateralment els plecs durant el procediment de licitació, actuació que vulnera de pla els principis vertebradors de la contractació pública. Atenent l'anterior, aquest Tribunal va considerar que l'actuació de l'òrgan de contractació consistent a "rebaixar" el criteri exigít en els plecs de prescripcions tècniques vulnera els principis d'igualtat de tracte, transparència i competència (articles 1 i 139 del TRLCSP).

Resolució núm. 157/2016

Abast de la doctrina *lex inter partes*

En aquesta ocasió, i en aquest tasca de perfilar la doctrina *lex inter partes*, el Tribunal distingeix el que són incompliments del que són ofertes incompletes. Així un escenari és quan una empresa licitadora incompleix d'una manera palmària i evident els plecs o la normativa de contractació pública (Resolucions núm. 51/2015, 52/2015 i 67/2015), dels escenaris en els que l'oferta no incorpori un determinat extrem per resultar "redundant" d'acord amb els plecs (Resolució núm. 200/2015). Ni és el mateix ni tenen les mateixes conseqüències. En el primer escenari la conseqüència ineludible és l'exclusió; mentre que en el segon escenari la conseqüència no és tan greu i es vehicula via no puntuació o menor puntuació d'aquell aspecte concret de l'oferta, i sempre tenint en compte en els dos escenaris allò establert en els plecs així com els marges que hi permeten.

Resolució núm. 173/2016

Divisió del contracte en lots

El Tribunal adapta la doctrina que fins al moment s'havia aplicat als imperatius de la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrer de 2014, sobre contractació pública, que des del 18 d'abril de 2016 ja ha desplegat efecte directe. En efecte, l'article 46 de la Directiva fixa que la regla general és la divisió de l'objecte del contracte, tret que els plecs o un informe justifiquin la decisió de no fraccionar el contracte per part de l'òrgan de contractació.

En aquest supòsit concret existia una contradicció entre els anuncis que indicaven la no-divisió i contracte únic, i els plecs que feien referència a diferents rutes o lots. Durant la tramitació de l'expedient de licitació, la Mesa de contractació en el moment de la valoració va adonar-se de la discrepància i va optar per donar prevalença als plecs. En la Resolució, el Tribunal fonamenta que aquesta decisió vulnera els principis d'igualtat i bona administració ja que si l'òrgan de contractació volia dividir el contracte –decisió a la què opta finalment durant la licitació- havia d'haver observat l'article 46 de la Directiva 2014/24/UE que ja tenia efecte directe respecte a aquest contracte i si la intenció era de licitar un contracte únic, havia de justificar-ho mitjançant un informe justificatiu, documentació que no constava en l'expedient. Per tant, el Tribunal va anul·lar tot el procediment per tal que els plecs s'adeqüessin a l'esmentada Directiva.

Resolució núm. 179/2016

Càlcul de la mitjana aritmètica per determinar el llindar d'oferta presumptament anormal o desproporcionada quan concorren empreses pertanyents a un mateix grup empresarial

Aquesta Resolució va analitzar l'aplicabilitat de l'article 86 del RGLCAP, vigent i ubicat sistemàticament entre les normes de l'antiga forma d'adjudicació de subhasta, en licitacions com la present amb una pluralitat de criteris de valoració de les ofertes (antiga forma d'adjudicació per concurs), segons el qual per a aquell càlcul només s'ha de tenir en compte l'oferta que contingui el preu més baix.

En el cas examinat, el Tribunal va concloure que la interpretació funcional o teleològica del precepte aplicada per l'òrgan de contractació va ser correcta i recolzada en doctrina majoritària del TACRC, la jurisprudència, els antecedents legislatius del precepte qüestionat i les directives comunitàries. A més, l'article 90 del RGLCAP estableix que "*no seran de aplicació a los concursos los preceptos que para la subasta se establecen en los artículos 85 y 87.2, último inciso, de este Reglamento*", i aquesta excepció legal explícita no comprèn l'article 86 que es qüestionava en el recurs.

Resolució núm. 185/2016

Càlcul del percentatge de discapacitat en les unions temporal d'empreses

En aquesta Resolució es van analitzar les al·legacions de l'empresa recurrent que considerava errònia la metodologia desenvolupada per la Mesa de contractació per a la determinació del còmput de treballadors minusvàlids acreditats per la unió temporal d'empreses. En aquest supòsit hi havia un empat de puntuació de tres empreses licitadores, i les dues empreses que es presentaven en UTE compleixen aquest 2%. Ni el TRLCSP ni l'article 42.1 del Reial decret legislatiu 1/2013, de 29 de novembre, pel qual s'aprova el Text refós de la Llei general de drets de les persones amb discapacitat preveuen exactament el càlcul del percentatge de discapacitat en el cas específic de les unions temporals d'empreses, però de manera reiterada es refereixen que el percentatge es realitzarà sobre la plantilla total de l'empresa corresponent. Atès això, el Tribunal va considerar que el més adient era corroborar l'actuació del consistori en procedir a la suma total dels treballadors de les dues empreses que formaven la unió temporal de treballadors i calcular així el percentatge de discapacitat havia estat correcte, en el sentit d'interpretar que la plantilla total havia de fer referència a la suma de les plantilles de les empreses que concorrien en UTE. Aquest òrgan resolutori del recurs especial en matèria de contractació estimava que procedir a altres càlculs seria una interpretació parcial no prevista en els plecs, de manera que el càlcul efectuat en la licitació recorreguda és el que més s'adequava a la regulació analitzada, sense que es pogués predicar que l'actuació del consistori fos arbitrària ja que es va realitzar dins del marc que li permetien els plecs.

7. QÜESTIONS D'INTERÈS

7.1. Actuacions de coordinació amb altres tribunals i òrgans administratius especials de contractació pública

Durant l'any 2016, la relació entre els diferents òrgans de resolució de recursos contractuals ha seguit la tendència iniciada ja en el mateix any de la creació del Tribunal amb l'objecte de coordinar actuacions.

El dia 1 de març de 2016, el Tribunal Administratiu de Contractació Pública de la Comunitat de Madrid va organitzar una reunió de coordinació per tal d'atendre el compromís adquirit en la IV reunió de coordinació que va tenir lloc el 24 de juny de 2015, en la qual es va acordar constituir un grup de treball a fi d'elaborar un estudi sobre els preceptes que poden veure's afectats, a fi d'adoptar un criteri detallat i uniforme per al supòsit que, abans de finalitzar el termini de transposició de les tres Directives (18 d'abril de 2016), no estiguessin aprovades les lleis de contractes en tramitació, atès que els tribunals i òrgans administratius especials de resolució de recursos han d'aplicar els preceptes incondicionats d'aplicació directa d'aquestes Directives. La finalitat última d'aquesta actuació és atendre la seguretat jurídica, dotant al sistema de recursos de la major predictibilitat possible. Cal afegir que, a més a més de la seguretat jurídica desitjable en les relacions entre els operadors jurídics i els ens públics, existeixen altres conseqüències d'índole pràctica que obliguen a considerar l'aplicació de les Directives de contractes com és la possibilitat de condemna a l'Estat incomplidor en els termes dels articles 258 i següents del TFUE.

El 24 novembre 2016, va tenir lloc a Sevilla la V reunió de coordinació, convocada per la presidenta del Tribunal Administratiu de Recursos Contractuals de la Junta d'Andalusia, amb l'objecte d'establir criteris i actuacions comunes en l'exercici de la competència de resolució de recursos, així com també per a l'elaboració de propostes a considerar en una nova legislació de contractació pública, sobre la qual s'està treballant com a conseqüència de la redacció de les noves Directives en matèria de contractació.

7.2. Formació

El Tribunal ha efectuat formació, a través del seu president, en l'Institut Català de Salut, en Infraestructures de Catalunya, SAU i en el Departament de la Vicepresidència i d'Economia i Hisenda de la Generalitat de Catalunya.

A banda d'això, el Tribunal també ha participat, mitjançant el seu president, en el Congrés Internacional de Contractació Pública.

8. CONCLUSIONS

Pot afirmar-se, a la vista del volum de recursos tramitat per aquest Tribunal durant l'any 2016, que el recurs especial en matèria de contractació esdevé un mecanisme eficaç i independent d'impugnació dels procediments d'adjudicació per als licitadors i altres interessats.

Així mateix, tal i com consta a la memòria d'actuacions dels anys 2012-2015, també es pot concloure que el Tribunal ha complert l'any 2016 els objectius del seu funcionament i ha col·laborat en la configuració d'unes bones pràctiques administratives en matèria de contractació, tot dotant els operadors jurídics d'un marc de seguretat jurídica combinat amb la rapidesa i transparència en la resolució dels recursos, seguretat jurídica que cal considerar que s'ha assolit en tant que totes les resolucions d'aquest Tribunal es publiquen des que va començar el seu funcionament -primer com a òrgan unipersonal- l'any 2012, fet que fa que es puguin comprovar els criteris seguits, amb una doctrina ben consolidada, en les resolucions dels diferents recursos.

Tot això comporta l'assoliment d'un objectiu final com és contribuir a l'optimització del funcionament d'un sector tan complex com és el sector contractual de les entitats del sector públic i dels poders adjudicadors.