

**MEMORIA DEL TRIBUNAL
ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN
PÚBLICA DE LA COMUNIDAD DE
MADRID
AÑO 2013**



TACP

Tribunal
Administrativo
de Contratación
Pública



MEMORIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN
PÚBLICA DE LA COMUNIDAD DE MADRID

AÑO 2013

ÍNDICE

	Pág.
1. Presentación	3
2. Creación del Tribunal	4
2.1 Normativa	4
2.2 Composición	4
2.3 Adscripción	4
2.4 Medios personales y materiales	5
- Medios personales.	
- Medios materiales.	
3. Actuaciones del Tribunal. Año 2013	9
3.1 Actuaciones en el ejercicio de sus competencias	9
- Volumen de entrada de recursos.	
- Resoluciones dictadas y estadística.	
3.2 Actuaciones instrumentales del ejercicio de sus Competencias	14
- Página Web.	
- Resoluciones.	
- Colaboración con la D.G. de Administración Local en su oferta formativa.	
- Relaciones con otros órganos de resolución de recursos contractuales.	
- Otras actuaciones.	
4. Objetivos	23
4.1 Respeto del plazo en el ejercicio de sus competencias	23
4.2 Independencia	24
4.3 Actividad formativa	25
4.4 Tramitación electrónica	26
4.5 Conclusiones informe CORA	28
5. Principales Criterios del Tribunal Administrativo de Contratación Pública	30
5.1 Facultades de la Mesa de contratación en la comprobación de la solvencia	30
5.2 Actuación de la Mesa de contratación en el caso de errores en las ofertas.	33
5.3 Modificación del criterio relativo al plazo de interposición del recurso especial contra los pliegos facilitados telemáticamente	35
5.4 Calificación por el Tribunal de los contratos sometidos a recurso al efecto de determinar su competencia	36
6. Conclusiones: Futuro del Tribunal Administrativo de Contratación pública de la Comunidad de Madrid	37
ANEXO I	39
<i>Estudio del concepto "gastos de primer establecimiento".</i>	

MEMORIA 2013

1. PRESENTACIÓN

La presente memoria de actividades, comprende el segundo 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 2013 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.

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.

Vaya por delante que desde 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.

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 Hernaéz 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.

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, modificado por el Decreto 109/2012, de 4 de octubre).

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 Política Financiera, Tesorería 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 siguientes funciones, de acuerdo con la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC):

- Asistir a las reuniones con voz pero sin voto.
- Efectuar la convocatoria de las sesiones del órgano por orden de su Presidente, así como las citaciones a los miembros del mismo. Así, deberá distribuir las propuestas de las Resoluciones a adoptar y del resto de asuntos a tratar entre los vocales del Tribunal con, al menos, una antelación de 48 horas, salvo casos de urgencia en que dicho plazo podrá verse reducido.
- Recibir los actos de comunicación de los miembros con el órgano de contratación y, por tanto, las notificaciones, peticiones de datos, rectificaciones o cualquiera otra clase de escritos de los que deba tener conocimiento.

- Preparar el despacho de los asuntos, someter a la consideración del Pleno las propuestas de los asuntos de su competencia, redactar y autorizar las actas de las sesiones, así como su custodia y firmarlas con el VºBº del Presidente.
- Expedir certificaciones de las consultas, dictámenes y acuerdos aprobados por el Pleno, en los casos que sea pertinente.
- Supervisar la tramitación de los recursos que se presenten ante el Tribunal, así como la realización de las notificaciones de las resoluciones dictadas.
- Coordinar con la Secretaría General Técnica de la Consejería a la que esté adscrito el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, la gestión del personal del mismo.
- Seguimiento, en su caso, de los recursos contencioso-administrativos que se deriven de las Resoluciones y Acuerdos adoptados por el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid.
- Las demás que con carácter general le atribuye la LRJ-PAC.

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.

Como ya se indicaba en la Memoria del año 2011, para tramitar y resolver un volumen de recursos de entre 170 y 180 recursos anuales, (en el año 2013 la cifra total de recursos ha sido de 223), 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 público, 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. De manera que para solucionar ambos problemas se ha

solicitado la adscripción al mismo de un técnico de apoyo que realizaría trabajos de propuesta de ponencias y en su caso podría asistir al pleno como suplente en casos de vacante, ausencia o enfermedad, contingencias que con el modelo actual no están cubiertas.

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 2013, en cuanto a gastos de personal y programa 150 para los gastos corrientes).

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 2013, la actuación del Tribunal ha devengado 69.736,15 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 2013 se han impuesto multas por importe de 7.000 euros.

AÑO 2013	DEVENGADO (en euros)
Enero	3.978,39
Febrero	5.202,51
Marzo	4.590,45
Abril	5.202,51
Mayo	3.060,30
Junio	7.038,69
Julio	5.202,51
Agosto	5.508,54
Septiembre	8.568,84
Octubre	3.060,30
Noviembre	4.590,45
Diciembre	6.732,66
Total devengo Tasas	62.736,15
Total devengo Multas	7.000,00
TOTAL TASAS+MULTAS	69.736,15

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, desde mayo de este año 2013.

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 20 volúmenes en la materia, así como suscripciones a la Revista DA. Actuación Administrativa. (mediante internet) y la Revista Práctica Contratación Administrativa, editada por La Ley, Grupo Wolters Kluwer.

3. ACTUACIONES DEL TRIBUNAL AÑO 2013

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 corresponde¹:

- 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 TRLCSP) 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.
- 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:

¹ 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

- 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 contratación².

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 contratantes³.

² 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.

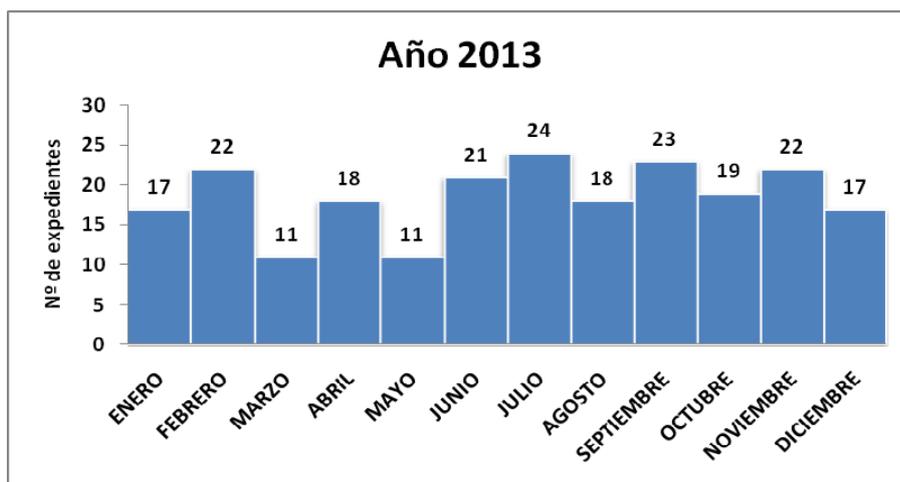
³ Si la entidad contratante fuera una asociación de las contempladas en el apartado 1 del artículo 3 y hubiera varias Administraciones públicas de referencia por la diferente adscripción o vinculación de sus miembros, o una sola entidad contratante se encontrara en el mismo supuesto, por operar en varios 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.

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, modificación⁴ y extinción de los contratos.

Volumen de entrada de recursos

Durante el año 2013 han tenido entrada para su conocimiento y resolución en este Tribunal 223 recursos, habiéndose dictado 207 resoluciones, lo que supone un incremento de 57 recursos respecto del año anterior,⁵ cuya distribución mensual es la siguiente:

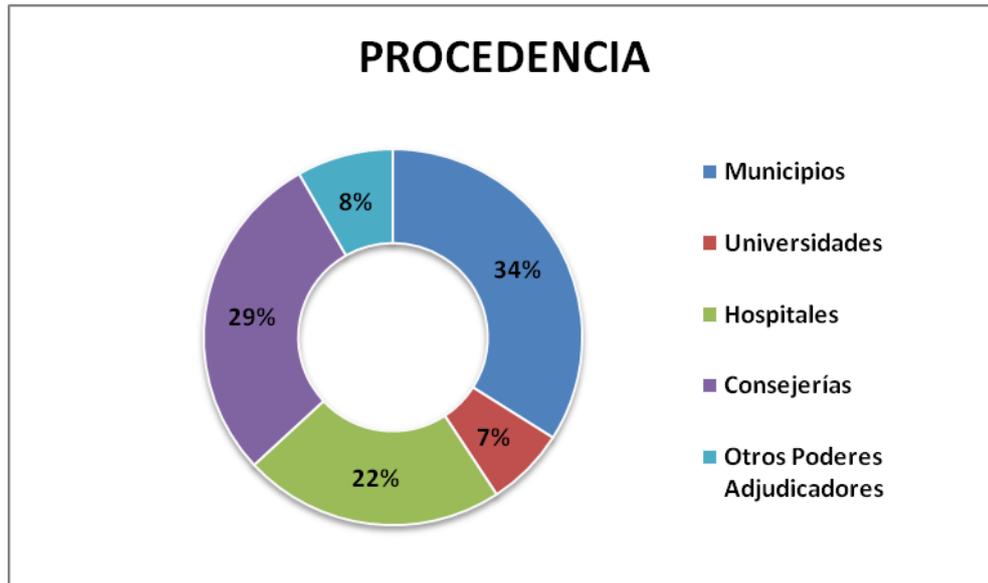


⁴ La Ley 3/2012, de 8 de marzo, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón adiciona un nuevo artículo 12 bis a la Ley 3/2011, con el título «Publicidad de los modificados», que exige que los actos del órgano de contratación por los que se acuerde la modificación de un contrato, 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.

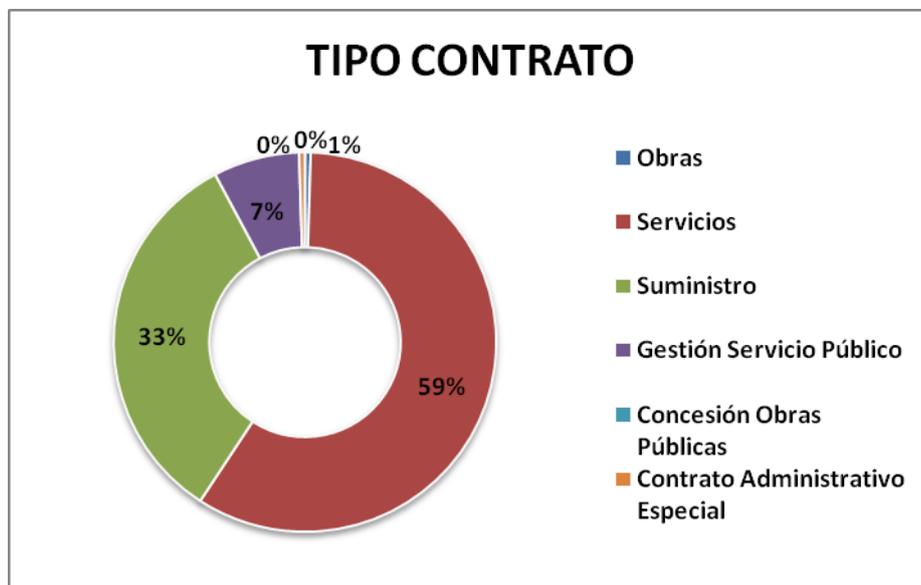
Se acoge, la jurisprudencia comunitaria que entiende que una modificación ilegal equivale a una «nueva adjudicación» (STJUE de 19 junio 2008, As. C 454/06, Presstext Nachrichtenagentur GMBH, Cfr. apdo 34), y que esa «nueva adjudicación» puede ser objeto de recurso.

⁵ El aumento del número de recursos entre el año 2011 y 2012 fue de 51, como vemos una cifra de incremento muy semejante a la del ejercicio 2013, lo que puede hacer suponer que en futuros ejercicios el incremento de asuntos puede estar en torno a 50 anuales, lo que representa aproximadamente un incremento de un 12 por ciento anual.

Resoluciones dictadas y estadística

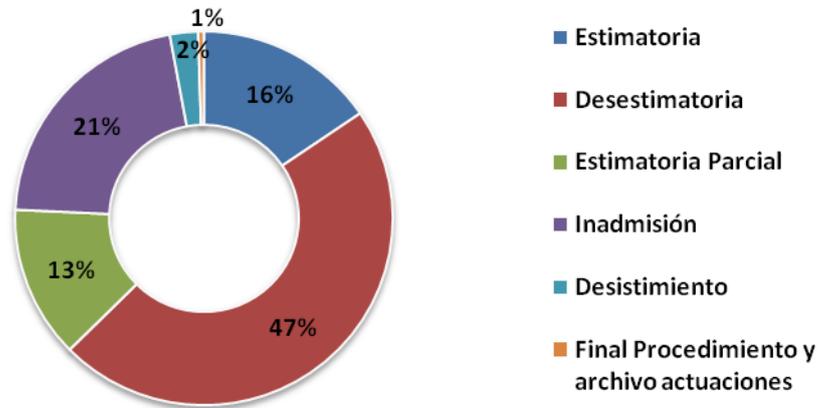


PROCEDENCIA	Nº
Municipios	70
Universidades	14
Hospitales	46
Consejerías	59
Otros Poderes Adjudicadores	17



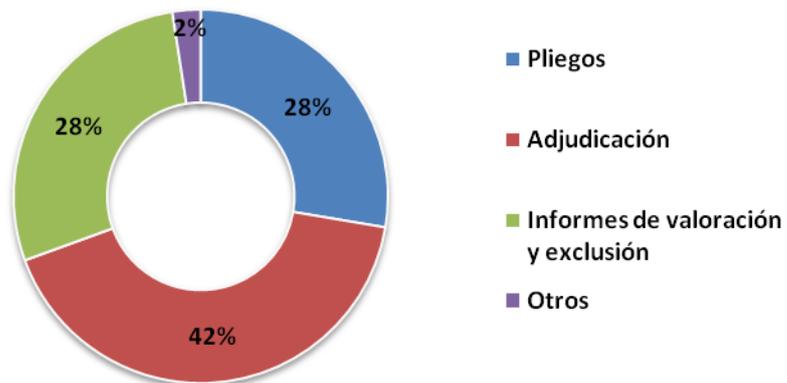
TIPO CONTRATO	Nº
Obras	1
Servicios	121
Suministro	68
Gestión Servicio Público	15
Concesión Obras Públicas	0
Contrato Administrativo Especial	1

SENTIDO RESOLUCIÓN



SENTIDO RESOLUCIÓN	Nº
Estimatoria	32
Desestimatoria	97
Estimatoria Parcial	27
Inadmisión	44
Desistimiento	5
Final Procedimiento y archivo actuaciones	1

ACTO IMPUGNADO



ACTO IMPUGNADO	Nº
Pliegos	57
Adjudicación	86
Informes de valoración y exclusión	58
Otros	5

Del total de las 207 resoluciones dictadas, tan solo dos han sido objeto de impugnación ante la jurisdicción contencioso administrativa, lo que representa un 1% del total.

Un dato que no se ha recogido en las anteriores Memorias del año 2011 y 2012, es el relativo a la incidencia económica de la actuación del Tribunal calculada sobre el valor estimado (10.618.074.545,10 euros) de los contratos sometidos a recurso y que constituye un reflejo de la importancia que tiene su actividad.

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 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.

Continuando con esta tarea durante el año 2013, se ha mejorado 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.

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 1/2013, de 29 de julio de 2013, 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 2013, 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.

Colaboración con la D.G. de Administración Local en su oferta formativa (para el personal y los cargos electos de las Administraciones Locales)

Se ha continuado con la colaboración iniciada en el año 2012 con la Dirección General de Administración Local en su programa de formación para el personal y los cargos electos de las Administraciones Locales, ya que los recursos procedentes de la Administración Local, representan el 34%, del total de asuntos sometidos al conocimiento de este Tribunal, por lo que desde el mismo y desde la óptica de la experiencia en la observación de los principales problemas detectados en la contratación local y en la tramitación de los recursos especiales, se ha considerado interesante ofrecer cursos que atiendan a tales problemas. Dichos cursos se celebraron los días 18, 20, 22, 26 y 28 de febrero de 2013, y 14, 16, 18, 22 y 24 de octubre de 2013.

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

Durante el año 2013, la relación entre los distintos órganos de resolución de Recursos Contractuales ha sido especialmente intensa, con el objeto de coordinar actuaciones.

El día 7 de noviembre de 2013, tuvo lugar en Sevilla la segunda reunión de coordinación de órganos de resolución de recursos contractuales, convocada por la Presidenta del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, 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 de recursos que recientemente han sido aprobadas por el Parlamento Europeo en sesión de 15 de 2014.

A dicha reunión asistieron, además de los representantes del Tribunal Madrileño, representantes del Tribunal Central de Recursos Contractuales, del Consejo Consultivo de Castilla y León, que tiene encomendada esta función, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, del Tribunal de Contratación Pública del País Vasco, del Órgano de Recursos Contractuales de Cataluña y del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, recientemente creado.

Como resultado de dicha reunión se elaboró un documento de conclusiones y de propuestas para la nueva normativa en materia de contratación pública que está en marcha. Entre dichas propuestas de coordinación de la actuación de los órganos encargados de la resolución del recurso especial en materia de contratación, podemos destacar brevemente las siguientes:

1. Recalificación de contratos ya formalizados y tramitación del recurso especial. Alcance de la estimación del recurso. Anulación del procedimiento de adjudicación y del contrato formalizado. Supuestos de deslinde entre la cuestión de nulidad y el recurso especial en los casos de contrato formalizados.

La posibilidad de recalificación de los contratos a efectos de determinar la competencia del Tribunal es criterio compartido por todos los asistentes. No obstante, la Presidenta del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid plantea que la recalificación del contrato a los solos efectos de fijar la competencia del Tribunal puede plantear serios problemas al órgano de contratación, toda vez que el régimen jurídico del contrato conforme a los pliegos puede no coincidir con el régimen jurídico a aplicar según la calificación contractual efectuada por el Tribunal e incluso en determinados casos podría generar situaciones en que se produjera un efecto no deseado por el recurrente contrario al fundamento de sus pretensiones, que podría hacer que tuviera interés en desistir del procedimiento.

Debatidas la alternativas planteadas se adopta finalmente como pauta de actuación coordinada que, si como consecuencia de la recalificación del contrato y a falta de impugnación expresa por el recurrente, el Tribunal apreciara causa de invalidez o nulidad del pliego por establecer un régimen jurídico contractual incompatible con el del contrato recalificado, antes de anular la licitación, debe concederse un plazo de alegaciones al órgano de contratación y al recurrente para que se pronuncien sobre la anulación de los pliegos y del procedimiento. No obstante, habrá que estar a cada caso concreto con el fin de no alterar el principio de congruencia, ni lesionar los derechos de los interesados en supuestos en que pudiera concurrir causa que conlleve un interés en el recurrente de desistir del procedimiento.

Por otro lado, con carácter general, se admite el recurso especial en materia de contratación cuando, pese a haberse formalizado el contrato, concurren dos circunstancias:

- Que el recurso resulte procedente conforme al artículo 40 del TRLCSP, y*
- Que el motivo en que el recurso se ampare no sea subsumible en ninguno de los supuestos tasados de la cuestión de nulidad previstos en el artículo 37 del TRLCSP.*

2. Extensión del recurso especial a los actos previos a la aprobación de los pliegos y que pueden ser determinantes de la nulidad de todo el procedimiento de adjudicación.

El recurso especial es procedente contra actos producidos en el seno del procedimiento de adjudicación, que comienza con la convocatoria de la licitación y finaliza con la adjudicación del contrato. En consecuencia, los actos previos al procedimiento de adjudicación no son susceptibles de recurso especial salvo que tengan conexión con alguna cláusula de los pliegos, al ser estos impugnables conforme a lo estipulado en el artículo 40.1 a) del TRLCSP”.

3. *Ámbito del recurso especial: conocimiento de cualquier infracción del ordenamiento jurídico o solo de infracciones del ordenamiento jurídico contractual.*

En el recurso especial se puede invocar y el Tribunal puede analizar cualquier infracción del ordenamiento jurídico – se trate o no de vulneración de normas contractuales- siempre que tal infracción afecte a cualquiera de los actos susceptibles del recurso conforme al artículo 40.2 del TRLCSP.

4. *Aplicación de las medias aritméticas para la valoración del precio como criterio de adjudicación.*

El asunto se ha llevado al orden del día de la reunión porque, según el presidente del Tribunal de Aragón, un reciente informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, en concreto el informe 42/2012, podría dar carta de naturaleza a la ponderación del criterio del precio desde la media del mercado.

Todos los asistentes, partiendo de la jurisprudencia comunitaria, recientemente refrendada en la Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea, de 16 de septiembre de 2013, Asunto T-402/06, consideran que el precio debe ponderarse de modo que la oferta más baja obtenga siempre la mejor puntuación y si lo que pretende la técnica del “precio medio” es eludir las ofertas anormales o desproporcionadas, la ley ya arbitra soluciones para impedir la adjudicación a proposiciones que tengan dicho carácter. La sentencia del Tribunal General no sólo desautoriza la atribución de más puntos a la oferta que más se acerca a la media o a la media corregida, sino también las fórmulas que dejan de puntuar las rebajas del importe de licitación a partir de un determinado porcentaje (ver los apartados 92 y siguientes de la sentencia), es decir, el llamado “saciamiento”.

No discute ni se intenta llegar a un acuerdo sobre cuál sea la fórmula más correcta para la valoración de las ofertas económicas; cuestión que sólo podrá ser

abordada por estos Tribunales en caso de que se impugne ese aspecto concreto de los Pliegos.

5. Medidas provisionales. Suspensión automática del procedimiento. Levantamiento:

- Momento en que el órgano de contratación puede solicitarlo: en el plazo de dos días desde el conocimiento del recurso o en cualquier momento del procedimiento.

- Traslado a recurrente de la solicitud de levantamiento.

Todos los asistentes están de acuerdo en que el órgano de contratación puede solicitar el levantamiento de la suspensión automática del procedimiento en cualquier momento del procedimiento de recurso mientras no haya recaído resolución expresa. No obstante, si la solicitud se formula cuando ya se ha tramitado el procedimiento de recurso y éste se halla en plazo de resolución, el Tribunal puede no pronunciarse expresamente sobre la solicitud formulada, habida cuenta que la resolución del recurso produce el levantamiento de la suspensión automática (artículo 47.4 del TRLCSP).

Asimismo, todos los asistentes se muestran de acuerdo en que, antes de dictar resolución manteniendo o levantando la suspensión automática del procedimiento, debe darse traslado al recurrente de la petición de levantamiento formulada por el órgano de contratación.

6. Resoluciones de inadmisión por incompetencia del Tribunal. Levantamiento o no de la suspensión automática del procedimiento.

El artículo 47.4 del TRLCSP señala que la resolución del recurso debe acordar el levantamiento de la suspensión del acto de adjudicación. No obstante, dicho levantamiento es predicable de las resoluciones que entran a analizar el fondo del recurso, estimándolo o desestimándolo, pero no de aquéllas que declaran su inadmisión por incompetencia del Tribunal para resolver, puesto que

en estos casos corresponderá el levantamiento de la suspensión al Tribunal competente (en caso de incompetencia territorial) o al órgano de contratación, en los casos en que así proceda.

7. Lugar de presentación del recurso especial. Presentación en la sede de otro Tribunal dentro del mismo territorio.

Esta cuestión atañe al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales y al Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid al tener ambos su sede en Madrid. También puede afectar al Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía con sede en Sevilla ya que el Ayuntamiento de Sevilla ha creado su propio Tribunal.

En este punto, se llega a la conclusión de que, al tratarse de órganos administrativos con la misma función aunque distinto ámbito subjetivo de actuación, no debería inadmitirse el recurso si el mismo se presenta en plazo en el registro del Tribunal que no es competente para su resolución.

8. Plazo de interposición del recurso especial. Sentencia 3295/2013 del Tribunal Supremo sobre la presentación del recurso por correo.

La sentencia citada, aplicando lo dispuesto en el artículo 37.6 de la LCSP, considera que no hay extemporaneidad en el recurso especial si el mismo se presenta en plazo en la oficina de correos.

En este punto, los asistentes consideran que puede seguir aplicándose el criterio general adoptado por los propios Tribunales de recursos contractuales, en el sentido de que ha de estarse a la fecha de presentación del recurso en el registro del órgano de contratación o en el registro del órgano encargado de resolverlo para determinar si aquel se ha interpuesto en plazo.

Los asistentes consideran que la norma aplicable al supuesto analizado por la sentencia fue la LCSP antes de su modificación por la Ley 34/2010, de 5 de agosto. En cambio, tras la reforma operada por esta última norma, se incorpora ya el término “necesariamente” a la presentación del recurso en cualquiera de los dos registros anteriores, lo que hace más patente la exigencia de su interposición en plazo atendiendo exclusivamente a la fecha de entrada del recurso en cualquiera de aquellos dos registros.

9. Impugnación de resoluciones de los Tribunales de Recursos Contractuales ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Emplazamientos y remisión del expediente al órgano judicial.

El artículo 21.3 de la LJCA señala que los órganos encargados de resolver el recurso especial no tendrán la consideración de parte demandada en el procedimiento contencioso-administrativo. Ello plantea la cuestión de quién debe efectuar los emplazamientos y remitir el expediente administrativo al órgano judicial.

Aún cuando el órgano encargado de resolver el recurso especial no tiene la consideración de demandado en el procedimiento judicial y no tendría que efectuar los emplazamientos, por razones prácticas y de eficacia algunos tribunales vienen emplazando en cumplimiento del requerimiento del órgano judicial. Sobre este punto, cada Tribunal decide mantener la dinámica de funcionamiento que ya tiene asentada al respecto.

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 todo el año 2013. En concreto en el Observatorio de Contratación Pública se han publicado y comentado las Resoluciones del Tribunal Administrativo de Contratación de especial interés por fijar algún tipo de doctrina, y se han publicado algunos estudios realizados en el desempeño de sus funciones.⁶

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.

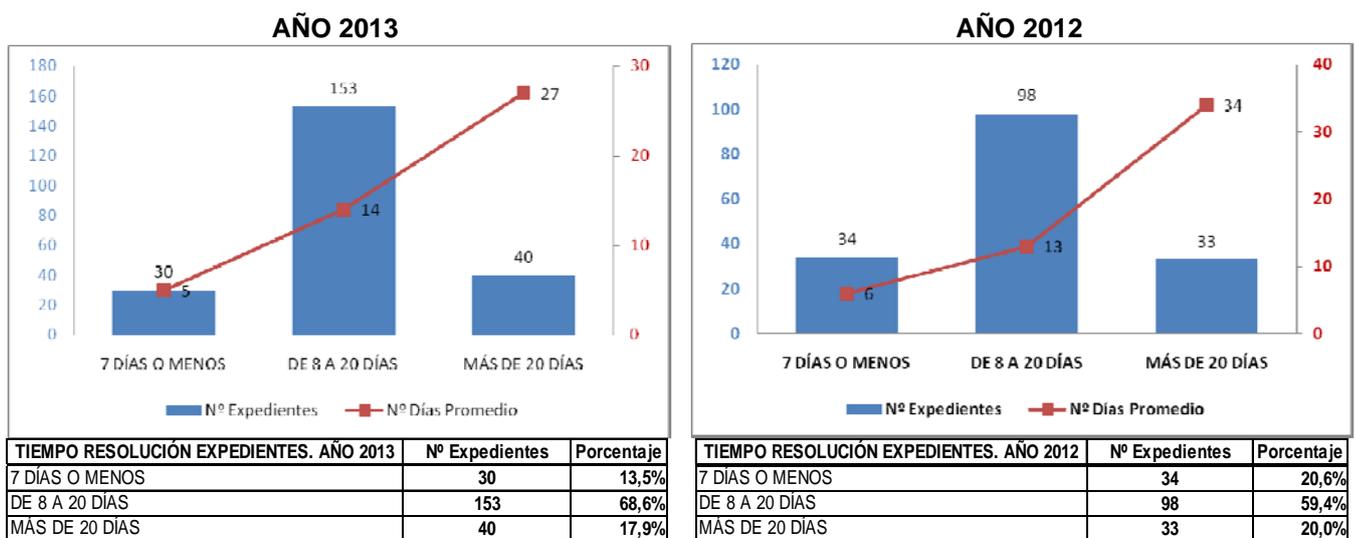
4.1 RESPETO DEL PLAZO DE RESOLUCIÓN

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.

⁶ Estudio sobre el concepto de gastos de primer establecimiento incorporado a esta Memoria como Anexo I.

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 2012, 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 persiguen⁷.

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.



4.2 INDEPENDENCIA

Los órganos encargados de la resolución del recurso especial en materia de contratación y por ende el Tribunal Madrileño de Contratación Pública, son órganos administrativos que se configuran legalmente como órganos independientes. Este rasgo de la independencia, al haber optado el legislador

⁷ 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.

español por un órgano administrativo, tal y como permitía el apartado 8 del artículo 2 de la Directiva 89/665, de Recursos⁸, 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, puede decirse tras casi 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”⁹.

Efectivamente tal y como se recoge en los datos más arriba expuestos el TACPCM ha dictado 59 resoluciones estimatorias, tanto parciales como totales, que constituye un 29% 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 38% del total de las Resoluciones dictadas.

Este indicador es claramente demostrativo de la independencia del Tribunal Madrileño a la hora de dictar sus resoluciones contrastando con porcentajes anteriores a la creación del recurso, que no llegaban al 1% de Resoluciones estimatorias.

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

⁸ 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.

⁹ 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).

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

En este caso se acompaña como anexo un estudio sobre el concepto de gastos de primer establecimiento, elaborado ante la existencia de doctrina heterogénea sobre la cuestión reflejada en las Resoluciones de otros órganos de resolución de recursos especiales en materia de contratación.

Junto a ello, se continua con el contacto con la Dirección General de Cooperación con la Administración Local, para la realización de actividades de formación, bien presenciales o bien on line, dirigidas al personal de la Administración de la Comunidad de Madrid y municipal en relación con las cuestiones de mayor interés que se susciten en torno a la contratación pública en las fases en las que este Tribunal tiene competencias de revisión.

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, a partir del 1 de enero de 2014, todos los recursos que se presenten serán digitalizados en todos sus documentos, con el objeto de realizar un tratamiento más ágil de los mismos y evitar el soporte papel en la medida de lo posible.

4.5 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).

Planteada la aplicación de las conclusiones del indicado informe al Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, desde el

mismo se ha propuesto 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 sino sobrecoste, considerando que el coste 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 112.240,05 euros /año, mientras que el coste actual de funcionamiento del Tribunal es de 20.462,04 euros año, lo que supondría un sobrecoste para la Comunidad de Madrid de 91.778,01 euros al año.¹⁰

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 dos años de funcionamiento 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

¹⁰ 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.

desconcentración de la competencia que no supondría una supresión de duplicidades.¹¹

5. PRINCIPALES CRITERIOS SENTADOS POR EL TRIBUNAL EN SUS RESOLUCIONES DURANTE EL AÑO 2013

En este apartado de la Memoria del año 2013, 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. 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.

5.1 FACULTADES DE LA MESA DE CONTRATACIÓN EN LA COMPROBACIÓN DE LA SOLVENCIA

Este criterio ha sido establecido en las Resoluciones 152/2013 de 2 de octubre, y 187/2013, de 20 de noviembre,

En algunas ocasiones la Mesa de contratación y el órgano de contratación se han limitado a admitir la declaración presentada por las empresas a los efectos de probar la solvencia económica, o en su caso el cumplimiento de criterios de desempate sin contrastar el alcance de tales declaraciones. La determinación de la adecuación a derecho de esta actuación es de capital importancia sobre todo a partir de la novedosa Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de Apoyo a los Emprendedores y su Internacionalización, que permite sustituir toda la

¹¹ 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.

documentación que deben presentar los licitadores por una simple declaración responsable.

El artículo 22.1.a) del Real Decreto 817/2009 por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, encomienda a la Mesa de contratación la función de calificar la documentación acreditativa de los requisitos previos exigidos para participar en la licitación y, entre ellos, los relativos a la solvencia. La calificación a la que debe proceder la Mesa va dirigida a verificar que el licitador reúne las condiciones requeridas para presentar válidamente una proposición.

La acreditación de los criterios de solvencia debe hacerse por cualquier medio que permita al órgano de contratación conocer su veracidad. Aunque inicialmente la Ley admite una declaración responsable, la misma ha de ser susceptible de comprobación. Así se manifiesta en el apartado 39 de la Directiva 2004/18/CE, sobre Coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, suministros y de servicios que afirma que *“a tal fin, conviene indicar los criterios no discriminatorios que pueden utilizar los poderes adjudicadores para seleccionar a los competidores y los medios que pueden utilizar los operadores económicos para probar que cumplen dichos criterios”*.

Los principios que rigen la contratación pública, implican una obligación de transparencia con el fin de permitir verificar el cumplimiento de los requisitos exigidos. Así lo entiende la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en relación a los criterios de adjudicación, que en el apartado 41 de la sentencia de 18 de octubre de 2001 (SIAC Construction, Asunto C-19/00), señala que *“el principio de igualdad de trato implica una obligación de transparencia con el fin de permitir verificar su cumplimiento (véase, por analogía, la sentencia de 18 de noviembre de 1999, Unitron Scandinavia y 3-S, C-275/98, Rec. p. I-8291, apartado 31)”*.

Más en concreto, en cuanto a la exactitud de las informaciones facilitadas por los licitadores y su verificación también se ha pronunciado la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la sentencia de 4 de diciembre de 2003 (EVN AG y Wienstrom GmbH, asunto C-448/01) que en los apartados 49 a 52 considera que las disposiciones del Derecho comunitario que regulan la adjudicación de contratos públicos se oponen a que una entidad adjudicadora utilice un criterio de adjudicación que no vaya acompañado de requisitos que permitan un control efectivo de la exactitud de la información contenida en las ofertas.

Además en relación a la documentación previa el artículo 146.4 del TRLCSP, en la redacción dada por la Ley 14/2013, establece:

“4. El órgano de contratación, si lo estima conveniente, podrá establecer en el pliego de cláusulas administrativas particulares que la aportación inicial de la documentación establecida en el apartado 1 se sustituya por una declaración responsable del licitador indicando que cumple las condiciones establecidas legalmente para contratar con la Administración. En tal caso, el licitador a cuyo favor recaiga la propuesta de adjudicación, deberá acreditar ante el órgano de contratación, previamente a la adjudicación del contrato, la posesión y validez de los documentos exigidos. En todo caso bastará con esta declaración responsable en los contratos de obras con valor estimado inferior a 1.000.000 euros y de suministros y servicios con valor estimado inferior a 90.000 euros.

En todo caso el órgano de contratación, en orden a garantizar el buen fin del procedimiento, podrá recabar, en cualquier momento anterior a la adopción de la propuesta de adjudicación, que los licitadores aporten documentación acreditativa del cumplimiento de las condiciones establecidas para ser adjudicatario del contrato.

El momento decisivo para apreciar la concurrencia de los requisitos de capacidad y solvencia exigidos para contratar con la Administración será el de finalización del plazo de presentación de las proposiciones”.

Asimismo el artículo 71 bis.3 de la LRJAP-PAC establece que *“Las declaraciones responsables y las comunicaciones previas producirán los efectos que se determinen en cada caso por la legislación correspondiente y permitirán, con carácter general, el reconocimiento o ejercicio de un derecho o bien el inicio de una actividad, desde el día de su presentación, sin perjuicio de las facultades de comprobación, control e inspección que tengan atribuidas las Administraciones Públicas”*.

Así como conclusión cabe afirmar que aceptar una declaración es lícito admitiendo siempre que es susceptible de control. pues con el mismo criterio enunciado en el artículo 146.4 del TRLCSP en todo caso el órgano de contratación, en orden a garantizar el buen fin del procedimiento, podrá recabar, en cualquier momento anterior a la adopción de la propuesta de adjudicación, que los licitadores aporten documentación acreditativa del cumplimiento de las condiciones establecidas para ser adjudicatario del contrato.

5.2 ACTUACIÓN DE LA MESA DE CONTRATACIÓN EN EL CASO DE ERRORES EN LAS OFERTAS.

Han sido muchos los recursos en que se plantea la actuación de la Mesa de contratación en el caso de errores en la oferta. Entre ellas podemos citar la Resolución 47/2013, de 22 de marzo, 72/2013, de 14 de mayo, 102/2013, 3 de julio y 180/2013 de 30 de octubre, entre otras correspondientes a años anteriores.

La Mesa de contratación, es el órgano competente para la valoración de ofertas (artículo 320.1 del TRLCSP), y tiene atribuida por el artículo 22.1.b) del Real Decreto 817 /2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley de Contratos del Sector Público, la función de determinar los licitadores que deben de ser excluidos del procedimiento, por no acreditar el cumplimiento de los requisitos establecidos en los pliegos, debe actuar de forma que no limite la concurrencia, evitando en la medida de lo posible, excluir a los licitadores por cuestiones formales.

Asimismo el artículo 84 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (en adelante RGLCAP), relativo a la actuación de la Mesa de contratación en relación con la apertura de proposiciones, establece que *“si alguna proposición no guardase concordancia con la documentación examinada y admitida, excediese del presupuesto base de licitación, variara sustancialmente el modelo establecido, comportase error manifiesto en el importe de la proposición, o existiese reconocimiento por parte del licitador de que adolece de error o inconsistencia que la hagan inviable, será desechada por la Mesa en resolución motivada. Por el contrario, el cambio y omisión de algunas palabras del modelo, con tal que lo uno o lo otro no altere su sentido no será causa bastante para el rechazo de la proposición”*.

En la aplicación de estos preceptos debe tenerse en cuenta que es doctrina consolidada del Tribunal Supremo y de los órganos encargados de la resolución del recurso la de considerar que en los procedimientos de adjudicación debe tenderse a lograr la mayor concurrencia posible (STS de 21 de septiembre de 2004, con cita de la STC 141/1993, de 22 de abril), siempre que los licitadores cumplan los requisitos establecidos como base de la licitación, de manera que atendiendo a tal objeto, el artículo 84 del RGLCAP, más arriba transcrito, determina las causas por las que la Mesa podrá desechar las ofertas, centrándolas en aquellos supuestos en que existan defectos que impliquen, o bien el incumplimiento de los pliegos, o bien inconsistencias en la oferta que no permitan tener a la misma por cierta. (Vid Resolución 47/2013, de 22 de marzo).

Pero, por otro lado, de la jurisprudencia se desprende que es esencial que la entidad adjudicadora pueda asegurarse con precisión del contenido de la oferta y, en particular, de la conformidad de ésta con los requisitos establecidos en los documentos de licitación. De ese modo, cuando la entidad adjudicadora no tiene la posibilidad de determinar, de modo rápido y eficaz, a qué corresponde efectivamente la oferta, no tiene otra elección que rechazarla (sentencia del

Tribunal de 27 de septiembre de 2002 [TJCE 2002, 383], Tideland Signal/Comisión, T-211/02, Rec. p. II-3781, apartado 34).

Por lo tanto ambos principios deben conjugarse examinando su aplicación el caso concreto y teniendo en cuenta que en todo caso la actuación del órgano de contratación encuentra sus límites en la garantía de los principios de igualdad y transparencia, enunciados en el artículo 2 de la Directiva 2004/18, y en los artículos 1 y 139 del TRLCSP, de forma que el error no suponga una ventaja para el que lo padece, sobre el resto de los licitadores, de manera que si de algún modo tal aplicación implica una modificación de algún extremo consignado en la proposición presentada, la consecuencia que se impone es, evidentemente, el rechazo de la proposición.

5.3 MODIFICACIÓN DEL CRITERIO RELATIVO AL PLAZO DE INTERPOSICIÓN DEL RECURSO ESPECIAL CONTRA LOS PLIEGOS FACILITADOS TELEMÁTICAMENTE.

El Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, siguiendo el criterio fijado por el Tribunal Central de Recursos Contractuales, orientado al favor acti, venía aplicando la presunción *iuris tantum* para la determinación del *dies a quo* en el cómputo del plazo en el caso de que el objeto del recurso fuera un pliego de contratación al que los licitadores hubieran tenido acceso a través del portal de contratación de que se trate, que el cómputo del plazo comenzaría a contar desde la fecha límite establecida para la presentación de ofertas indicada en la convocatoria de licitación, que es el único hito en que puede darse por cierto el conocimiento del contenido de los pliegos por parte de los licitadores.¹²

¹² Resolución nº 130/2011 a 27 de abril, del TCRC “ante la imposibilidad “de acreditar de forma fehaciente el momento a partir del cual los licitadores o candidatos han obtenido los pliegos cuando a éstos se acceda por medios electrónicos, la única solución, entiende este Tribunal, es considerar como fecha a partir de la cuál comienza a computarse el plazo para recurrir los pliegos el día hábil siguiente a la fecha límite de presentación de las proposiciones, momento a partir del cual ya no podrá alegarse desconocimiento del contenido de los pliegos”.

Sin embargo, esta conclusión que ya había sido controvertida por algún órgano encargado de la resolución del recurso especial en materia de contratación, ha sido resuelta por Sentencia de la Audiencia Nacional de 30 de Octubre de 2013, dictada en el recurso 264/2011, que aún no siendo aplicable de forma directa a las resoluciones de este Tribunal, ha provocado un cambio de criterio en el Tribunal Central de Recursos Contractuales.

Así el criterio sustentado por este Tribunal es que en el caso de impugnación de pliegos que se ponen en conocimiento de todos los potenciales licitadores mediante su publicación en los correspondientes diarios oficiales y se ponen a disposición de los interesados, mediante su publicación en el perfil del contratante del órgano de contratación, debe entenderse que el día inicial para el cómputo del plazo coincide con el de la publicación en los indicados diarios oficiales.

5.4 CALIFICACIÓN POR EL TRIBUNAL DE LOS CONTRATOS SOMETIDOS A RECURSO AL EFECTO DE DETERMINAR SU COMPETENCIA

Este criterio es resultado de la segunda reunión de coordinación de órganos de resolución de recursos contractuales, convocada por la Presidenta del Tribunal Administrativo de Recurso contractuales de la Junta de Andalucía que tuvo lugar el día 7 de noviembre de 2013, en Sevilla.

El Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid venía considerando que la naturaleza jurídica de los contratos sometidos a recurso, a efectos de determinar la propia competencia, debía ser la otorgada por el órgano de contratación, sin plantear su corrección jurídica salvo que fuera precisamente ese el objeto del recurso interpuesto. Esta decisión motivó que se inadmitieran por no alcanzar los umbrales previstos en el artículo 40 del TRLCSP, algunos recursos interpuestos, atendiendo exclusivamente a la calificación jurídica de los contratos efectuados por el órgano de contratación.

Este criterio no se había adoptado de forma irreflexiva, sino teniendo en cuenta una serie de problemas jurídicos y fácticos que podrían darse en la práctica y que fueron expuestos en la citada reunión de coordinación toda vez que el régimen jurídico del contrato conforme a los pliegos podría no coincidir con el régimen jurídico a aplicar según la calificación contractual efectuada por el Tribunal e incluso en determinados casos podría generar situaciones en que se produjera un efecto no deseado por el recurrente contrario al fundamento de sus pretensiones, que podría hacer que tuviera interés en desistir del procedimiento e incluso dar lugar a un supuesto de *reformatio in peius*. No desconociendo tales problemas, se llegó a la conclusión final de que debía procederse a calificar los contratos a efectos de determinar la propia competencia de la siguiente forma que podría considerarse una solución intermedia: Efectuar la recalificación del contrato a efectos de determinar la competencia del Tribunal y en el supuesto de que el régimen jurídico del contrato recalificado resulte incompatible con el régimen previsto en los pliegos aprobados, dar un plazo de audiencia al recurrente y al órgano de contratación para que se pronuncien sobre la anulación de los pliegos y de la licitación.

6. 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 y 2012, se han cumplido, 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 223 recursos.

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 y de libre concurrencia. 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. En concreto en el año 2012 la cuantía total de los importes de adjudicación de los contratos en la Comunidad de Madrid se cifró en 1.111.159.328,89 euros, de los cuales 2.281 (80,06%) fueron contratos administrativos y 568 (19,94%) de carácter privado¹³.

¹³ Datos de la memoria para el año 2012 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid.

ANEXO I

<p style="text-align: center;">NOTA SOBRE LA INTERPRETACIÓN DEL CONCEPTO GASTOS DE PRIMER ESTABLECIMIENTO</p>
--

Un concepto que debe tenerse en cuenta en relación con los umbrales de procedencia del recurso especial en materia de contratación es el de GASTOS DE PRIMER ESTABLECIMIENTO que opera respecto de los contratos de Gestión de Servicios Públicos, ya que el artículo 401.c) del TRLCSP, al establecer el ámbito objetivo del recurso especial en materia de contratación, utiliza este concepto junto con el de la duración del contrato, señalando que serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación, los contratos de gestión de servicios públicos en los que el presupuesto de gastos de primer establecimiento, excluido el importe del IVA, sea superior a 500.000 euros y el plazo de duración superior a 5 años.

Se trata esta de un concepto ajeno a la Directiva 2004/18 y a las Directivas de recursos traspuestas por la Ley de Contratos del Sector Público, por lo que el umbral para la delimitación de los contratos susceptibles de recurso especial en la legislación nacional, en este caso no se ha establecido utilizando parámetros de la normativa de la Unión Europea sino únicamente estatal. Se trata éste de un concepto de difícil precisión, existiendo distintas posturas doctrinales al respecto.

Debe partirse de la consideración de que se trata de un concepto que no encuentra una definición explícita en la legislación en materia de contratos públicos, se trata de un concepto ajeno que podría provenir del campo de la contabilidad. El concepto “gastos de primer establecimiento” no se puede identificar con el importe de la gestión del servicio o precio a pagar por la Administración por la gestión del servicio, sino que se trata de un concepto distinto, planteándose la duda de cómo acotarlo o definirlo.

Procede en primer lugar exponer las distintas opciones manejadas por los órganos encargados de la resolución del recurso especial en materia de contratación:

I. CONCEPTO CONTABLE: Contablemente se consideran gastos de primer establecimiento los necesarios para que la empresa inicie su actividad productiva, al establecerse aquella o con motivo de ampliaciones de capacidad, según el ya derogado Plan General de Contabilidad (R.D. 1643/1990, de 20 de diciembre). Se trata de una categoría recogida en el indicado PGC como un instrumento de fomento de la creación de empresas, en tanto tenía por objeto permitir que tales gastos no fueran directamente a la cuenta de resultados, computando como pérdida, lo que a la postre suponía su “activación”. Si bien este tratamiento desaparece en el actual PGC en cuyo preámbulo se señala: *“Cabe también mencionar el nuevo tratamiento de los gastos de primer establecimiento, que deberán contabilizarse en la cuenta de pérdidas y ganancias como gastos del ejercicio en el que se incurran”*.

En cuanto a la aplicación del concepto contable, se podría aducir (Vid Resolución 6/2013, de 30 de enero de 2013 del Tribunal de Contratación Pública de Aragón) que se trata de una norma derogada, que no se encuentra recogida en el actual Plan General de Contabilidad, por lo que al concepto de gastos de primer establecimiento se refiere. Siendo esto último así, lo cierto es que no se trata de la aplicación directa de una norma sino de su utilización a efectos interpretativos de un concepto carente de definición en el TRLCSP. Por lo tanto, considerando que durante el proceso de redacción de la LCSP, el antes indicado PGC sí estaba vigente, no puede descartarse que el legislador considerase la aplicación de dicho concepto contable.

El concepto contable de los gastos de primer establecimiento comprende, según el citado PGC 1990, aquellos **gastos necesarios hasta que la empresa inicie su actividad productiva**, al establecerse aquella o con motivo de

ampliaciones de su capacidad, de acuerdo con el punto 201 del PGC, 1990, añadiendo el punto 6º de la aparte quinta sobre “Normas de Valoración” que:

“b) Tendrán la consideración de gastos de primer establecimiento los siguientes: honorarios, gastos de viaje y otros para estudios previos de naturaleza técnica y económica; publicidad de lanzamiento, captación, adiestramiento y distribución de personal; etc., ocasionados con motivo del establecimiento”.

Este concepto se concreta en la consulta 3 del número 56/diciembre 2003 del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas del Ministerio de Economía y Hacienda), que señala que los gastos de primer establecimiento son los originados por operaciones de naturaleza técnica y económica, previas al inicio de la actividad de la empresa o con motivo de ampliaciones de capacidad de la misma, necesarias para su normal funcionamiento y cuyo importe no pueda imputarse directa o indirectamente a la producción de bienes y servicios concretos, con las siguientes características:

- a) Deben referirse al período de desarrollo previo al inicio de la actividad.
- b) Deben ser necesarios para empezar la actividad productiva
- c) Deben tener naturaleza técnico-económica

En este punto es importante destacar que contablemente se habla de gastos (que no puedan imputarse directa o indirectamente a la producción de bienes y servicios concretos), no de inversiones.

Es cierto que estas normas son aplicables a las empresas, pero también lo es que se pueden utilizar para interpretar una disposición en materia de contratación pública, insistimos, no para su aplicación, de manera que *mutatis mutandi*, no existe obstáculo para considerar que serán gastos de primer establecimiento en un contrato de gestión de servicios públicos los precisos para el establecimiento *ex novo* del servicio o para que este inicie su actividad como consecuencia de una nueva licitación.

La tónica habitual en los contratos de gestión de servicios públicos es la de incluir la obligación para los licitadores de realizar ciertas adquisiciones de maquinaria o instalaciones, cuyos importes son los que normalmente se han tenido en cuenta tanto por los órganos de contratación, como por los Tribunales especiales, para cuantificar los gastos de primer establecimiento. (Vid Res. TACPCM 40/2012, de 19 de abril; 49/2012, de 9 de mayo o 147/2012, de 28 de noviembre). Sin embargo, debe señalarse que, estrictamente hablando, el concepto gastos de primer establecimiento no incluye inversiones, sino solo gastos como su propio nombre indica. Así, aunque el TACPCM ha considerado aplicable el concepto contable, en la práctica lo ha hecho de forma impropia al considerar determinadas inversiones.

Por otro lado el Informe 7/2008 de 11 de junio, de la Xunta Consultiva de Contratación Administrativa de Galicia, se pronuncia de forma explícita sobre la cuestión concluyendo que: *“la LCSP emplea el concepto “gastos de primer establecimiento” en su sentido contable, siendo necesario acudir, caso a caso, a la normativa fiscal y contable para concretar su contenido”*.

Lo cierto es que de aceptarse esta conclusión, el umbral de la competencia de los órganos encargados de la resolución del recurso especial quedaría ciertamente reducido puesto que la cuantía de 500.000 euros en gastos (excluyendo inversiones) difícilmente se alcanzará.

II. CONCEPTO NO CONTABLE: La expresión gastos de primer establecimiento también aparece en otro instrumento normativo, el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955, que en su artículo 129 señalaba: *“En todo caso, la retribución prevista para el concesionario deberá ser calculada de modo que permita, mediante una buena y ordenada administración, amortizar durante el plazo de la concesión el costo de establecimiento del servicio y cubrir los gastos de explotación y un margen normal de beneficio industrial.”* Y en su artículo 126.2.b): *“la retribución económica del concesionario, cuyo equilibrio, a tenor de las bases que hubieren servido para su otorgamiento, deberá mantenerse en todo caso y en función de la necesaria*

amortización, durante el plazo de concesión, del coste de establecimiento del servicio que hubiere satisfecho, así como de los gastos de explotación y normal beneficio industrial”.

Ambos preceptos contienen una referencia al establecimiento del servicio, pero no se refieren a gastos, sino a costes, con la importantísima repercusión de la inclusión entre ellos de las inversiones.

Así, aunque el concepto no es idéntico al utilizado en la LCSP cabe plantearse si el legislador utiliza la expresión “gastos de primer establecimiento” desde el punto de vista técnico-contable o si debe entenderse que pretendía referirse a “coste de establecimiento del servicio”. Esta última es la conclusión a que llega el TACP de Aragón en su Acuerdo 44/2012, de 9 de octubre de 2012: *“Este Tribunal considera, sin embargo, que no puede equipararse el concepto de presupuesto de gastos de primer establecimiento, a que se refiere el TRLCSP, con el concepto contable que se contenía en la normativa contable anterior (actualmente derogada), por varias razones. En primer lugar porque la normativa contable actual (vigente) no regula los gastos de primer establecimiento. De manera que no puede integrarse el concepto de presupuesto de gastos de primer establecimiento de la normativa contractual, apelando a una normativa contable derogada (...). En segundo lugar, porque si hubiese de acudirse a la normativa del Plan General de Contabilidad de 1990 (aprobado por Real Decreto 1643/1990, de 29 de diciembre, hoy derogado), como mantiene el Ayuntamiento, únicamente se considerarían gastos de primer establecimiento los gastos necesarios hasta que la empresa inicie su actividad productiva, al establecerse aquélla o con motivo de ampliaciones de su capacidad: honorarios, gastos de viaje y otros para estudios previos de naturaleza técnica y económica; publicidad de lanzamiento, captación, adiestramiento y distribución de personal, etc., ocasionados con motivo del establecimiento. Tales gastos de establecimiento, que debían amortizarse sistemáticamente en un plazo no superior a cinco años (todo ello de acuerdo con la definición de la cuenta 201, en relación con la norma de valoración 6ª), eran gastos intangibles, como se señala tanto en la legislación contable precedente y en la Norma Internacional de Contabilidad número 38 (NIC 38). En consecuencia,*

no se trataba, en ningún caso de gastos imprescindibles y absolutamente necesarios para iniciar una empresa: edificios, obras, maquinaria, etc. (que formarían parte del activo material). Por este motivo, estos gastos, tomados desde la perspectiva estrictamente contable, carecen de relevancia. De manera que, de aplicar tal concepto contable, nunca o casi nunca, se alcanzarían las cuantías a las que se refiere el TRLCSP, de donde resultaría que a los contratos de gestión de servicios públicos les estaría vedado el recurso especial (y, a contrario sensu, se podrían adjudicar prácticamente todos los contratos de gestión de servicios públicos por el procedimiento negociado, pues casi nunca alcanzarían esa cifra de 500 000 euros), y no parece que esa sea la voluntad del legislador. En tercer lugar, porque no es posible afirmar que el legislador de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, atendiese al concepto de gastos de primer establecimiento del Real Decreto 1643/1990, de 29 de diciembre, de manera que tal concepto se asentase sobre el concepto contable de gastos de primer establecimiento. Entre otras razones, porque el concepto de presupuesto de gastos de primer establecimiento aparece, al menos ya, en el Decreto 923/1965, de 8 de abril, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley de Contratos del Estado, que establecía en su artículo 69, que los contratos de gestión de servicios se adjudicarían ordinariamente mediante concurso, pudiendo, no obstante, adjudicarse directamente cuando su presupuesto de gastos de primer establecimiento no se previera superior a 1.500.000 pesetas ni su plazo de duración fuera superior a dos años. De manera que puede afirmarse que el concepto legal, de presupuesto de gastos de primer establecimiento, nace bastante antes de que se hubiese dictado la primera disposición legal normalizadora de la contabilidad.

En cuarto lugar, y finalmente, porque si se admitiese que el TRLCSP alude al concepto contable de gastos de primer establecimiento tendríamos que concluir que el órgano de contratación no podría establecer, ni conocer su cuantía y alcance, pues dichos gastos son diferentes para cada licitador, en función de las circunstancias de cada empresa, de donde vendría a resultar que la posibilidad de recurso especial en los contratos de gestión de servicios públicos, la posibilidad de su adjudicación mediante procedimiento negociado, e incluso la publicidad de

su formalización, dependería de un dato incierto, aleatorio y ambiguo. Y, no es posible entender que el legislador anude consecuencias jurídicas de tanta relevancia a un concepto tan impreciso”.

Una vez negada la aplicación del concepto contable de gastos de primer establecimiento, concluye que cabe deducir, que el presupuesto de gastos de primer establecimiento, a que se refiere el TRLCSP, está formado por todos aquellos necesarios para poner en funcionamiento el servicio público, que deben diferenciarse de los gastos de explotación. Sin ánimo exhaustivo, pueden citarse como conceptos a incluir los siguientes gastos en obra de inversión que corran a cargo del contratista, gastos en instalaciones nuevas o de reposición existentes, inversión en maquinaria de todo tipo, etc. Es decir, se incluyen las inversiones precisas para poner en funcionamiento el servicio público, excluyendo los gastos de explotación futuros y las inversiones futuras.

III. CONCEPTO DE LA LCSP: Cabe por último plantearse si de la propia interpretación integradora del TRLCSP, puede extraerse un concepto de gastos de primer establecimiento, como sostiene el TCRC en su Resolución 43/2013, 23 de enero de 2013, que concluye: *“Desde esta perspectiva, podría concluirse que cuando el artículo 40.1.c) alude a los contratos cuyo “presupuesto de gastos de primer establecimiento, excluido el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido, sea superior a 500.000 euros”, dicha expresión ha de entenderse únicamente alusiva al importe previsto de los gastos o inversiones que el eventual adjudicatario del contrato deba asumir, a resultas de tal adjudicación, para la puesta en marcha del servicio público cuya gestión se le ha encomendado, ya porque así se haya previsto expresamente en los pliegos de aplicación o en otros documentos del expediente, ya porque así se infiera implícitamente de su contenido”.*

De esta forma considera un concepto de gastos de primer establecimiento autónomo comprensivo de gastos e inversiones que el adjudicatario deba asumir para la puesta en marcha del servicio. Se trata por tanto de un concepto, que comprende gastos e inversiones, vinculadas al establecimiento del servicio, por

tanto aunque en la Resolución indicada se considera improcedente tanto la aplicación del criterio contable, como del sustentado por el Tribunal Aragonés, lo cierto es que a la postre termina aplicando un concepto similar a este último.

A la vista de lo anterior, puede considerarse que cuando la LCSP establece como umbral de la procedencia del recurso especial una cifra de gastos de primer establecimiento, no cabe interpretar que se refiere al concepto estrictamente contable, sino que parece más razonable y además más acorde al espíritu de la norma de permitir el control eficaz de la licitación de estos contratos, entender que se refiere al concepto más amplio de coste de primer establecimiento o al concepto impropio de gastos que ha venido siendo utilizado por el TACPCM, que incluiría las inversiones precisas para el establecimiento del servicio.

ALCANCE DE LA EXPRESIÓN INVERSIONES PRECISAS: Expuestas las tres posturas anteriormente indicadas, y concluyendo como más arriba se ha hecho que el presupuesto de gastos de primer establecimiento puede identificarse con el de costes de primer establecimiento, que incluiría gastos e inversiones, aún debe examinarse el alcance de la expresión inversiones precisas para la puesta en funcionamiento del servicio.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 132 del TRLCSP para los contratos de gestión de servicio público, *“Antes de proceder a la contratación de un servicio público, deberá haberse establecido su régimen jurídico, que declare expresamente que la actividad de que se trata queda asumida por la Administración respectiva como propia de la misma, atribuya las competencias administrativas, determine el alcance de las prestaciones en favor de los administrados, y regule los aspectos de carácter jurídico, económico y administrativo relativos a la prestación del servicio”*, de manera que es preciso regular los aspectos de carácter económico del mismo, lo que exige un estudio económico que debe preceder necesariamente a su licitación y que ha de precisar las previsiones de ingresos y gastos para determinar si es razonablemente rentable a los interesados. La expresión “presupuesto de gastos de primer establecimiento” se refiere al importe previsto en dicho documento.

Deben ser por tanto los costes de la puesta en marcha del servicio que se adjudica, reflejados en los estudios económicos preparatorios del contrato, los determinantes de que se alcance o no el umbral para la procedencia del recurso especial en materia de contratación, respecto de los actos que se dicten en relación con los contratos de gestión de servicios públicos.

Ahora bien no todas las inversiones previstas, sino solo las necesarias para el establecimiento del servicio, (tanto en el caso de servicios constituidos ex novo, como los que deban prestarse de acuerdo con una nueva licitación) podrán ser tenidas en cuenta, debiendo excluirse aquellas que sean consecuencia del funcionamiento del servicio.

En este punto cobra relevancia el estudio económico previo a que nos referimos ya que habrá que estar a su contenido para dilucidar cuáles son esas inversiones. Desde luego pueden descartarse tanto las inversiones previas a la aprobación del expediente (como serían aquellas preexistentes titularidad de terceros distintos del órgano de contratación que se ponen a disposición del objeto del contrato, especialmente en los casos de concierto o mediante la creación de sociedades de economía mixta), como el mayor importe en inversiones derivado de las mejoras ofertadas por el adjudicatario.

Pueden asimismo descartarse las inversiones derivadas de la necesidad de reposición de bienes por su uso o desgaste una vez establecido el servicio, durante la vigencia del contrato, dada la larga vida de este tipo de contratos normalmente.

No se han agotado sin embargo en este examen todos los elementos que podrían conformar el concepto gastos de primer establecimiento, puesto que resta una franja donde el carácter de las inversiones habrá de ser examinado al caso concreto, que es aquella que comprende las inversiones que deben realizarse durante el primer año de la explotación, aunque no se especifique que se trata de inversiones necesarias para la puesta en marcha del servicio. La falta de

especificación no es obstáculo para que a la vista de los conceptos que integra y el carácter del servicio, el órgano competente para resolver el recurso especial, aprecie si se encuentra o no ante una inversión de primer establecimiento, de acuerdo con las siguientes consideraciones.

No es infrecuente que en el caso de servicios que se prestan de forma continuada en el tiempo (recogida de residuos, gestión integral de centros, por ejemplo deportivos o culturales o limpiezas y mantenimiento integral de instalaciones o municipios), el servicio ya cuente con instalaciones, o bienes de equipo para su desarrollo, que se ponen a disposición del nuevo contrato de manera que, debe examinarse también el carácter de dichas inversiones, entendiendo que no constituye gastos de primer establecimiento el valor de los bienes cedidos, si bien el nuevo contratista deberá abonar los costes pendientes de amortización correspondientes a aquéllos, integrando este concepto el de gastos de primer establecimiento.

Respecto de las inversiones previstas durante la ejecución para el mantenimiento del servicio, no deben ser consideradas como costes de primer establecimiento, cabiendo más bien el concepto de inversiones de explotación del servicio.

En todo caso se trata de un concepto que debe ser examinado al caso concreto, desde la óptica de que se trate de inversiones necesarias para el establecimiento del servicio, debiendo entenderse como tal no solo la prestación del servicio *ex novo* por la Administración de que se trate, sino que debe considerarse establecimiento del servicio el que resulte de cada nueva licitación realizada para la prestación de servicios preexistentes.

Es en este sentido como propongo que se interprete la expresión gastos de primer establecimiento:

COSTES PARA LA PUESTA EN MARCHA DE UN SERVICIO, [INVERSIONES+ GASTOS (IVA excluido)] QUE EL ADJUDICATARIO DEBA ASUMIR, EXCLUYENDO LAS INVERSIONES Y GASTOS FUTUROS Y LOS GASTOS DE EXPLOTACIÓN.

Madrid, a 28 de enero de 2014

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

Fdo. Elena Hernáez Salguero

