

**MEMORIA TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
DE LA COMUNIDAD DE MADRID
AÑO 2016**



TACP

Tribunal
Administrativo
de Contratación
Pública



Comunidad
de Madrid

MEMORIA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN
PÚBLICA DE LA COMUNIDAD DE MADRID

AÑO 2016

ÍNDICE

Pág.

1.	Presentación	3
2.	Creación del Tribunal	7
2.1	Normativa	7
2.2	Composición	8
2.3	Adscripción	9
2.4	Medios personales y materiales	10
	- Medios personales	
	- Medios materiales	
3.	Nuevas competencias	15
4.	Actuaciones del Tribunal. Año 2016	18
4.1	Actuaciones en el ejercicio de sus competencias en materia de contratación	20
	- Volumen de entrada de recursos	
	- Resoluciones dictadas y Estadística	
4.2	Actuaciones en el ejercicio de sus competencias en materia de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.....	29
	- Reclamaciones contra la denegación del acceso a la información pública.	
	- Infracciones en materia de buen gobierno	
4.3	Actuaciones instrumentales del ejercicio de sus Competencias	33
	- Página Web	
	- Resoluciones	
	- Relaciones con otros órganos de resolución de recursos contractuales	
	- Publicaciones y formación	
	- Otras actuaciones	
5.	Objetivos	41
5.1	Respeto del plazo en el ejercicio de sus competencias	43
5.2	Independencia	45
5.3	Actividad formativa	46
5.4	Tramitación electrónica	47
6.	Aplicación práctica del efecto directo de las Directivas de Contratos, a través de las Resoluciones destacables del Tribunal durante el año 2016	49
7.	Conclusiones: Futuro del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid	57
8.	Anexo. LOS CRITERIOS SOCIALES EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. DOCTRINA DE LOS TRIBUNALES DE RECURSOS CONTRACTUALES.....	58

MEMORIA 2016

1. PRESENTACIÓN

La presente Memoria de actividades, comprende el quinto 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.

Esta Memoria se plantea en un escenario normativo especial y distinto del de años anteriores, con una trascendental repercusión en la compra pública, derivado de la aprobación de las nuevas Directivas de contratación pública el 26 de febrero de 2014, lo que ha implicado durante ejercicios anteriores la posibilidad de aplicar a efectos interpretativos las definiciones y conceptos de las mismas, con el objeto de preservar su efecto útil e implementar los principios generales que rigen la contratación pública. Pero es que además durante este año 2016 ha finalizado el plazo de transposición de las Directivas, el día 18 de abril, lo que obliga no solo a realizar una interpretación conforme a las Directivas, tal y como prevé la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea¹, sino que también despliega sus efectos el mecanismo paliativo de la falta de transposición o de transposición incorrecta, derivado del principio de primacía del acervo comunitario, esto es el efecto directo de las Directivas, que ha desempeñado un papel importante afectando a toda la actividad del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, tanto en el ejercicio de su función revisora contractual, como en su actividad de coordinación y actuaciones formativas de las que se dará cuenta.

Por tanto, este documento tiene por objeto, no sólo ofrecer una visión estadística de la actuación del Tribunal durante el año 2016 en el ejercicio de sus competencias, sino también y principalmente, ofrecer una visión práctica del

¹ STJUE de 4 de julio de 2006, Adelenner, asunto C-212/2004.

alcance de la aplicación directa de las nuevas Directivas de Contratos, una vez transcurrido el plazo de transposición sin que por parte del Estado español se haya aprobado la ley que incorpora las normas establecidas en las mismas, en el ámbito de creación de doctrina, en su consideración como órgano jurisdiccional, por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en virtud de lo indicado en la Sentencia de 6 de octubre de 2015, As-C 203/14, (petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público) - Consorci Sanitari del Maresme/Corporació de Salut del Maresme i la Selva, que viene a constatar una realidad del sistema español en el que se puede hablar de generalización de la interposición del recurso especial en materia de contratación².

Otra de las principales cuestiones que deben tratarse en esta Memoria es la de la modificación de determinados aspectos en el funcionamiento del Tribunal Administrativo de Contratación Pública, mediante la Ley 5/2016, de 22 de julio, por la que se modifica la regulación del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid (BOCM nº 190, de 10 de agosto de 2016), tanto por lo que se refiere a su composición y sistema de nombramiento como en lo relativo a sus competencias. Ya en la Memoria del Tribunal del año 2015, se daba cuenta de las nuevas competencias asumidas por éste en el ámbito de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso la información pública y buen gobierno, como consecuencia de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, de Supresión del Consejo Consultivo y que han sido objeto de una nueva modificación este año 2016.

Fueron dos las nuevas competencias que asumió el Tribunal, por mandato de la Ley de supresión del Consejo Consultivo. Por un lado, la resolución de las reclamaciones contra la denegación, expresa o presunta, de acceso a la información pública. Por otro, la iniciación, instrucción y propuesta de resolución

² Esta generalización es constatable en los contratos de servicios, suministros y concesión de servicios, pero no puede decirse lo mismo del contrato de obras y concesiones de obras, al menos en sede del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, en que el porcentaje de recursos contra actos dictados en los procedimientos de licitación de estos contratos no alcanza el 2%.

de los expedientes sancionadores de los Altos Cargos de la Comunidad de Madrid.

La Ley 5/2016, establece en su disposición transitoria segunda que hasta tanto se cree un órgano autonómico propio y entre en funcionamiento, la resolución de las reclamaciones de acceso a la información pública previstas en el artículo 24 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, contra actos de la Comunidad de Madrid, entidades locales de su ámbito territorial y organismos y entidades dependientes de los anteriores, corresponden al Consejo de Transparencia y Buen Gobierno de la Administración General del Estado, con quien se suscribirá el correspondiente convenio, lo que se produjo el 14 de noviembre de 2016, fecha a partir de la cual se transfirieron los expedientes pendientes de resolución ante este Tribunal. Por ello se dará cuenta de la actividad en relación con esta competencia durante el tiempo en que correspondió al Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid.

En el segundo caso, el artículo 6 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, de supresión del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, establece que *“el TACPCM es el órgano competente para la iniciación, instrucción y propuesta de resolución del procedimiento administrativo sancionador previsto en el Título II de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, por las infracciones cometidas en materia de buen gobierno por los altos cargos de la Comunidad de Madrid a que se refiere el artículo 2 de la Ley 14/1995, de 21 de abril, de Incompatibilidades de Altos Cargos”*, competencia que, como se ha dicho, se mantiene.

Se ofrecen en consecuencia en esta Memoria, los datos del resultado de ambas competencias, durante el año 2016.

Por último, pero no menos importante en esta Memoria se quiere dejar constancia del papel que el recurso especial está desempeñando en el panorama de la Justicia Administrativa, derivado de la generalización de su utilización por los operadores económicos, debiendo destacarse no solo el número de recursos

interpuestos, sino la calidad de las resoluciones y especialización de sus miembros. Así el segundo Informe de Justicia Administrativa elaborado por el Centro de Investigación sobre Justicia Administrativa de la Universidad Autónoma de Madrid (CIJA-UAM)-2016, que realiza un análisis sobre las características formales y sustantivas de la justicia administrativa, dedica un metódico y detallado apartado, IV “Análisis de la litigiosidad administrativa y contencioso administrativa en materia de contratación pública”, a la actividad de los órganos encargados de la resolución del recurso especial, destacando que “el éxito de los nuevos órganos de recursos contractuales se ha consolidado en 2016 en el que algunos de ellos cumplen su quinto año de funcionamiento. La celeridad en la resolución de los recursos, la garantía de suspensión automática cuando se impugna el acto de adjudicación, así como la independencia probada de los miembros que componen estos órganos, ha conducido al arraigo en nuestro país de un nuevo modelo de justicia administrativa, que parece extenderse en otros sectores de la actividad administrativa.”

Cabe también destacar el papel creador de doctrina del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, que ha sido acogida por parte de los órganos de contratación, corrigiendo determinadas prácticas que se venían realizando de forma reiterada, asumiendo diversos criterios sentados por los Tribunales.

El 24 de enero de 2017 la Comisión presentó su Informe al Parlamento y al Consejo sobre la eficacia de la Directiva 89/665/CEE y la Directiva 92/13/CEE, modificadas por la Directiva 2007/66/CE, en cuanto a los procedimientos de recurso en el ámbito de la contratación pública. La evaluación efectuada resalta algunos aspectos que conviene destacar:

- Algunos sistemas nacionales exigen que sean los órganos administrativos de recurso y no los órganos jurisdiccionales ordinarios los encargados de la protección jurídica en primera instancia en relación con los procedimientos de contratación pública. Como tendencia general, estos tienden a ser más eficaces. Lo confirmaron una gran mayoría de encuestados en la consulta pública (74,7 %) al considerar que los procedimientos ante los órganos jurisdiccionales ordinarios

llevan, por lo general, más tiempo y dan lugar a criterios de adjudicación menos estrictos que los procedimientos ante órganos administrativos de recurso especializados.

- Existen indicaciones claras de que los beneficios obtenidos gracias a las Directivas superan sus costes.

- En general, los recursos previstos se utilizan frecuentemente en la mayoría de los Estados miembros. Se pronunciaron alrededor de 50.000 resoluciones de primera instancia en todos los Estados miembros durante el período 2009-2012.

- Las Directivas sobre procedimientos de recurso también desempeñan un papel fundamental a la hora de abordar de manera eficaz los incumplimientos de las Directivas sobre contratación pública que podrían implicar, asimismo, irregularidades con consecuencias penales. La evaluación no ha encontrado ningún eventual conflicto de interés con otros ámbitos políticos.

La presente Memoria ha sido aprobada por el Pleno del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid en su sesión de 1 de febrero de 2017.

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. Su ley de creación ha sido modificada mediante Ley 5/2016, de 22 de julio, por lo que se refiere a sus competencias y forma de selección de sus miembros.

2.2 COMPOSICIÓN

En cuanto a su composición el Tribunal Administrativo de Contratación pública de la Comunidad de Madrid cuenta con un Presidente y dos Vocales³, 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, siguiendo en este punto de la designación y nombramiento de sus miembros, lo dispuesto para el ámbito estatal en el artículo 311 de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, mediante la modificación operada por la Ley 34/2010, de 8 de agosto, para dar cumplimiento a los mandatos de la Unión Europea.⁴

Si bien esta composición se estableció siguiendo el modelo previsto para el Tribunal Central de Recursos Contractuales, entre las modificaciones más destacadas establecidas en la Ley 5/2016, se prevé que deberá estar formado por el Presidente y cuatro vocales, los dos vocales añadidos deberán ser elegidos por el sistema de concurso de méritos debiendo estar cubiertos el 1 de enero de 2017, previsión que por el momento no ha sido cumplida.

Otra de las novedades producidas respecto del Tribunal en este ejercicio 2016 es el cambio en el sistema de nombramiento de sus miembros, que serán designados entre funcionarios de carrera por concurso de méritos objetivo en convocatoria pública, por un período de seis años, que no podrá ser objeto de renovación.⁵

³ La Presidenta del Tribunal, Dña. Elena Hernández Salguero, fue nombrada por Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid el 28 de abril de 2011.

Los vocales del Tribunal son D. Juan Martínez Martínez, nombrado asimismo por Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid el 28 de abril de 2011 y Dña. Lourdes Montilla Gordo, nombrada en la primera renovación parcial del Tribunal mediante Acuerdo del Consejo de Gobierno de 29 de mayo de 2014.

⁴ Directivas del Consejo, 89/665/CEE, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras, y 92/13/CEE, de 25 de febrero de 1992, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de las normas comunitarias en los procedimientos de formalización de contratos de las entidades que operen en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones; modificadas por la Directiva de recursos, 2007/66/CE, de 11 de diciembre.

⁵ Frente al anterior sistema de nombramiento por el Consejo de Gobierno una vez seleccionados los miembros por el sistema de libre designación sustituyendo su carácter improrrogable, por no renovable.

Para el concurso se establecen una serie de méritos en la propia Ley, en concreto se previene que la convocatoria establecerá un mínimo de cinco categorías de méritos que permitan valorar los conocimientos y la experiencia profesional en materias de la competencia del Tribunal, que serán valorados por un órgano colegiado de carácter técnico, cuya composición se establecerá en la convocatoria, y responderá al principio de profesionalidad y especialización de sus miembros, adecuándose al criterio de paridad entre mujeres y hombres. Los méritos que se establecen especialmente y por orden decreciente son:

1. Antigüedad en el desempeño de funciones relacionadas con la contratación pública.
2. Experiencia en la participación en mesas de contratación u órganos similares.
3. Experiencia en la redacción de pliegos de contratación pública o en la emisión de informes sobre los mismos.
4. Titulación académica relacionada con la contratación pública.
5. Publicaciones relacionadas con la contratación pública.

2.3 ADSCRIPCIÓN

El Tribunal goza de independencia funcional en el ejercicio de sus competencias, orgánicamente queda adscrito a la Consejería competente en materia de coordinación de la contratación pública. En este momento dicha Consejería es la de Economía, Empleo y Hacienda (Decreto 25/2015, de 26 de junio, de la Presidenta de la Comunidad de Madrid, por el que se establece el número y denominación de las Consejerías de la Comunidad de Madrid y Decreto 193/2015, de 4 de agosto, del Consejo de Gobierno, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Economía, Empleo y Hacienda).

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

2.4 MEDIOS PERSONALES Y MATERIALES

Medios personales

Además de su Presidente y dos Vocales, el Tribunal cuenta con una secretaria y un auxiliar administrativo desde su creación, ampliándose los medios personales en el año 2011 con dos incorporaciones: un administrativo y un técnico de apoyo, que en sesión del Tribunal de 28 de septiembre de 2011, fue designado como Secretario del mismo, en su condición de órgano colegiado con las funciones, que la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, atribuye a la Secretaría de los órganos colegiados, en su artículo 25⁶.

Posteriormente, ante el constante aumento de asuntos sometidos al conocimiento del Tribunal se completó la plantilla con dos puestos de trabajo más entre el personal auxiliar, habiéndose incorporado asimismo un técnico de apoyo en 2016. De manera que en la actualidad el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, emplea en total a nueve personas.

La labor de ponencia o propuestas de resolución de recursos y cuestiones de nulidad, corresponde directamente a la Presidenta y a los Vocales, con la asistencia de la Secretaría del Tribunal por lo que se refiere a la tramitación de los procedimientos de recurso y con el apoyo administrativo del personal auxiliar, constituido por otras cuatro personas y su resolución al Pleno. Mientras que la competencia de incoación de los expedientes sancionadores de altos cargos corresponde a la Presidenta del Tribunal y la propuesta de sanción al Tribunal en pleno, con la preparación técnica de las resoluciones por el técnico de apoyo.

⁶ Esta referencia en la actualidad debe entenderse realizada a la Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Régimen Jurídico del Sector Público (artículo 16).

Por su parte, la competencia temporalmente asumida de resolución de reclamaciones contra la denegación de información pública, en los términos del artículo 24 de la LTAIPBG, corresponde al Pleno del Tribunal.

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 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 exigen los principios de la buena administración, el derecho de defensa, con la agilidad en los procedimientos de contratación, rapidez que constituye, junto con la de la calidad de las resoluciones uno de los objetivos que se ha marcado este Tribunal, con el ánimo de no entorpecer la tramitación de los procedimientos de licitación pública y de atender en su caso, a las pretensiones de los operadores económicos implicados, dotando al sistema de la mayor seguridad jurídica posible.

Como ya se indicaba en la Memoria del año 2011, para tramitar y resolver una volumen de recursos de entre 170 y 180 recursos anuales (en el año 2016 la cifra total de recursos ha sido de 306), la plantilla del Tribunal, resultaba razonable, pero más allá de esta cifra podría pensarse en el aumento del personal de apoyo especializado en materia de contratación pública, a lo que debe sumarse el problema de completar el quórum al tratarse de un órgano colegiado, ya que a diferencia de otros órganos encargados de la resolución del recurso especial, no se ha previsto la existencia de suplentes para el Tribunal madrileño. A ello hay que añadir además la competencia de incoación, instrucción y propuesta de resolución de los expedientes sancionadores a altos cargos.

PUESTOS DE TRABAJO	ABRIL 2011	DICIEMBRE 2012	DICIEMBRE 2013/15	DICIEMBRE 2016
TRIBUNAL	Presidenta	Presidenta	Presidenta	Presidenta
	Vocales (2)	Vocales (2)	Vocales (2)	Vocales (2)
PERSONAL DE APOYO	Personal auxiliar (2)	Secretaría TACPCM	Secretaría TACPCM	Secretaría TACPCM
		Personal Auxiliar (3)	Personal Auxiliar (4)	Personal auxiliar (4)
				Técnico de apoyo

Medios personales

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 Patrimonio y Coordinación de la Contratación Pública de la Consejería de Economía, Empleo y Hacienda, (programa 923 A, Centro Gestor 1207 “D.G. De Contratación, Patrimonio y Tesorería” del Presupuesto para el año 2016, en cuanto a gastos de personal).

Tasas: La realización de actividades competencia del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, por lo que a la revisión contractual se refiere, 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), que también ha resultado modificada por la Ley 5/2016, de 22 de julio, suprimiéndola en el caso de las Universidades Públicas del ámbito territorial de la Comunidad de Madrid y sus organismos vinculados o dependientes y para los municipios de población inferior a 50.000 habitantes, cambiando su denominación por la de compensación, si bien su naturaleza jurídica, sea cual sea su *nomen iuris*, sigue siendo la de una tasa, no siendo recomendable desde la óptica de la técnica legislativa y la seguridad jurídica, modificar las denominaciones de las figuras jurídicas cuyos conceptos legales determinan su posterior régimen jurídico.

Se debe destacar que el recurso es gratuito para los operadores económicos, que no son sujetos pasivos de la tasa ni precisan estar representados y defendidos por procurador y letrado, a diferencia de los recursos ante los órganos judiciales, por lo que el coste no es un elemento disuasorio del recurso.

Son sujetos pasivos de la compensación (tasa):

- Los entes, organismos y entidades del sector público de la Comunidad de Madrid que no tengan la consideración de Administraciones Públicas.
- Las Entidades Locales del ámbito territorial de la Comunidad de Madrid, con una población superior a 50. 000 habitantes 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 2016, la actuación del Tribunal ha devengado 102.926,97 euros en concepto de compensación.

Multas: El artículo 47.5 del TRLCSP, 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. Estas circunstancias se han concretado con carácter general en la interposición reiterada de recursos con fundamento en motivos que han sido desestimados con anterioridad, o en la constatación de la presencia de abuso del derecho o por la intención clara de retrasar la adjudicación a otro licitador por parte del anterior adjudicatario del contrato.

Durante el año 2016 se han impuesto multas por importe total de 13.500 euros.

A continuación se ofrece el cuadro desglosado de ambas cantidades de forma conjunta como ingresos devengados por el Tribunal:

AÑO 2016	DEVENGADO (en euros)
Enero	5.254,53
Febrero	8.036,34
Marzo	6.181,80
Abril	8.345,43
Mayo	5.254,53
Junio	11.745,42
Julio	18.545,40
Agosto	9.581,79
Septiembre	6.181,80
Octubre	6.799,98
Noviembre	8.345,43
Diciembre	8.654,52
Total devengo Tasas	102.926,97
Total devengo Multas	13.500,00
TOTAL TASAS+MULTAS	116.426,97

Ingresos devengados en el año 2016

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.

Ya en las anteriores Memorias del Tribunal se señalaba que uno de los medios materiales que sería necesario implantar sería una base de datos y un buscador eficiente, dirigido a los interesados en la actuación del Tribunal, implementado en la página web que este Tribunal tiene en el dominio www.madrid.org, con el objetivo de hacer efectivos los principios de transparencia y seguridad jurídica que orientan la actuación del Tribunal.

Durante el año 2016 se ha elaborado una base de datos con un buscador que permite encontrar las resoluciones que forman la doctrina del Tribunal, con los parámetros de transparencia y seguridad jurídica antes indicados, teniendo en cuenta que el antiguo sistema de publicación de una somera clasificación de las resoluciones por materias en la página web del Tribunal, no atendía completamente tales necesidades, dado el número de Resoluciones dictadas por el Tribunal desde su creación, y la generalización de la utilización de la doctrina

sentada por el mismo, que exige una mayor especialización en los criterios de búsqueda. Dicha base de datos, creada por la Agencia para la Administración Digital de la Comunidad de Madrid en 2016, será puesta en funcionamiento los primeros días del año 2017, pudiendo acceder a ella a través de la nueva página web del Tribunal (<http://www.madrid.org/es/tacp>).

3. NUEVAS COMPETENCIAS

Como señalábamos en la introducción de este documento, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid vio ampliado su ámbito competencial como consecuencia de la supresión del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid. En concreto el artículo 1.3 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, de Supresión del Consejo Consultivo, establece que *“Corresponderá al Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid el conocimiento y la resolución de las reclamaciones de acceso a la información pública previstas en el artículo 24 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, cuando se interpongan, potestativamente, contra las resoluciones expresas o las desestimaciones presuntas dictadas por la Administración de la Comunidad de Madrid, por las entidades locales comprendidas en su ámbito territorial y por todas las entidades y organismos del sector público de ambas comprendidas en el ámbito de aplicación de la referida Ley.”* Si bien esta última competencia solo ha estado vigente hasta el día 11 de agosto de 2016 en que ha entrado en vigor la Ley 5/2016, de 22 de julio.

Por su parte el artículo 6 del indicado texto legal establece bajo la rúbrica Competencia para la incoación e instrucción de expedientes sancionadores, que *“El Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid es el órgano competente para la iniciación, instrucción y propuesta de resolución del procedimiento administrativo sancionador previsto en el Título II de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, por las infracciones cometidas en materia de buen gobierno por*

los altos cargos de la Comunidad de Madrid a que se refiere el artículo 2 de la Ley 14/1995, de 21 de abril, de Incompatibilidades de Altos Cargos”.

Son dos, por tanto, las nuevas competencias que se asumieron a partir del día 31 de diciembre de 2015, si bien una de ellas durante solo unos meses, por el Tribunal, de un lado la resolución de las reclamaciones contra la denegación, expresa o presunta, de acceso a la información pública y de otro la iniciación, instrucción y propuesta de resolución de los expedientes sancionadores de los Altos Cargos de la Comunidad de Madrid, en materia de buen gobierno.

Con esta asunción de competencias se atendía a una doble finalidad, en primer lugar se daba cumplimiento al mandato contenido en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno y en segundo lugar, se mantiene una política de contención del gasto público, coherente con el hecho de la supresión del Consejo Consultivo⁷, al atribuir las competencias a un órgano integrado en la propia estructura administrativa de la Comunidad de Madrid, pero con plena independencia en el ejercicio de sus funciones, como viene demostrándose durante los cuatro años de actividad del mismo, además con un coste de funcionamiento pequeño y compuesto en su integridad por funcionarios. Esto no obstante la modificación de competencias, obedece a la racionalización de la estructura administrativa al pretenderse, si bien aún no se ha abordado su regulación, atribuir a un único órgano independiente, la materia del control y evaluación de la transparencia, tanto activa, como pasiva, (esta última era la asumida por el Tribunal).

Resulta importante destacar, en relación con la asunción de estas competencias, la efectiva independencia del Tribunal, ya que la Ley de Transparencia atribuye al Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, que a su vez regula en su Título III, la competencia para resolver las reclamaciones en

⁷ Preámbulo de la Ley 7/2015 de Supresión del Consejo Consultivo “*Con el objetivo de aunar las necesidades de racionalización de la Administración con la agilidad y eficacia que supone la conservación de estas funciones en el ámbito de la propia Administración de la Comunidad de Madrid, las funciones que hasta ahora desarrolla el Consejo Consultivo pasarán a desarrollarse por órganos o instituciones integrados dentro de la estructura Administrativa de la Comunidad de Madrid*”.

relación con el ejercicio del derecho de acceso a la información pública, en su condición de órgano independiente en el ejercicio de sus fines, de manera que el órgano que en la Comunidad de Madrid desempeñe esta competencia, debería contar con las mismas características.

A este respecto, de acuerdo con lo establecido en la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, en cuyo artículo 3 se crea el TACPCM, el mismo *“actuará con plena independencia funcional en el ejercicio de sus competencias para garantizar su total objetividad”*. Además de la propia declaración del carácter independiente del TACPCM, en el mismo se dan una serie de notas que refuerzan dicha independencia, especialmente el carácter colegiado del Tribunal para el ejercicio de sus funciones, y la limitación en cuanto a la selección de sus miembros entre funcionarios y su carácter inamovible. No debe olvidarse en este punto que la legislación en materia de recurso contractual es básica y que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha reconocido a los órganos encargados de la resolución del recurso especial la condición de órganos jurisdiccionales, como hemos adelantado.

El Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid fue competente para resolver las reclamaciones contra la denegación del derecho de acceso a la información pública de:

- La Administración de la Comunidad de Madrid sus Organismos Autónomos y sus entes, organismos y entidades, vinculados o dependientes que tengan la consideración de sector público.
- 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 sector público.

4. ACTUACIONES DEL TRIBUNAL AÑO 2016

Deben distinguirse principalmente dos campos de actuaciones del Tribunal, por un lado su actividad principal en el ámbito de la contratación del sector público y de otro las actividades residenciables en la Ley de transparencia, acceso a la información pública y Buen Gobierno.

Con carácter previo al examen de las actuaciones del Tribunal el año 2016 en el ámbito de la contratación pública, debe significarse que su creación, además de ser un mandato de la Unión Europea, obedece a la idea de que la mejor inversión en la contratación pública es la configuración de un sistema de revisión de las decisiones en dicha materia que sea rápido y efectivo⁸. Se ha venido insistiendo en la idea de que el ordenamiento jurídico que se pretenda efectivo y eficiente en la aplicación de sus previsiones necesita de mecanismos procedimentales y procesales que permitan “reparar y corregir” de forma eficaz las contravenciones a dicho ordenamiento. La creación y puesta en funcionamiento de órganos de recursos contractuales ha supuesto un notable avance en la necesidad de un efectivo control que, además de garantizar el derecho a la tutela administrativa, permita una gestión más eficiente de los fondos públicos y posibilite la eficacia del derecho a una buena administración. Puede afirmarse que la existencia de recurso especial redundará en términos de gestión financiera, en una mejor relación calidad-precio en la contratación pública y es disuasorio de prácticas poco transparentes.

Sin embargo, el control que compete al TACPCM, no es omnicompreensivo o general respecto de toda la actividad contractual del Sector Público madrileño, sino que queda limitada a determinados actos de los contratos que a su vez superen determinados umbrales y limitado únicamente a aquellas irregularidades

⁸ Se ha dicho por la mejor doctrina que “el recurso especial en materia de contratación no es un gasto es inversión”. José María Jimeno Feliú. *“Parece primar en esta decisión una única valoración y justificación desde perspectiva de gasto y no de inversión de un modelo preventivo de control eficaz. Habilitar un escenario de no control eficaz en vía administrativa para los contratos no armonizados es un error desde la perspectiva del derecho a una buena administración”*. R.I.T.I. nº 2 Septiembre-Diciembre 2016 EL NECESARIO BIG-BANG CONTRA LA CORRUPCIÓN EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA Y SU MODELO DE CONTROL.

puestas de manifiesto por los recurrentes, habida cuenta del carácter especial del recurso. No es por tanto el Tribunal un órgano de fiscalización, como podría ser la Cámara de Cuentas, sino que solo revisa los contratos en los casos en que se interponga recurso y en los términos en que el mismo se plantee.

Este ámbito competencial, se ha visto modificado como consecuencia de la aprobación de las nuevas Directivas en materia de contratación pública, especialmente la Directiva 2014/23/UE, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión (en adelante, “Directiva de concesiones”).

Es cierto que las tres directivas no derogan la Directiva 89/665/CEE, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras (en redacción dada por la Directiva 2007/66/CE de 11 de diciembre de 2007), tal y como señala su considerando 122: *“Dichos procedimientos de recurso no deben verse afectados por la presente Directiva”*. Únicamente se recogen modificaciones para adaptar el contenido de la Directiva de recursos a estas nuevas Directivas en los artículos 46 y 47 de la Directiva 2014/23 de concesiones. Sin embargo, no cabe desconocer la incidencia que las mismas tienen sobre el recurso especial en materia de contratación.

La primera de las novedades en este sentido es que de acuerdo con el artículo 46 de la Directiva 2014/23, de concesiones, la Directiva de recursos se aplica también a las concesiones de servicios, unificándolas en su condición de contratos sujetos a regulación armonizada en aras a la seguridad jurídica como explica el considerando 18 de la primera. De esta forma serán susceptibles de recurso especial en cuanto estén sujetas a regulación armonizada las concesiones de servicios⁹.

⁹ Sin perjuicio del alcance de la inclusión en el ámbito de interés comunitario de dichas concesiones durante el periodo de transposición de las Directivas que plantearíamos en el estudio incorporado en un apartado de esta Memoria.

Además el elenco de actos susceptibles de recurso se ve ampliado como consecuencia de la incorporación a nuestro ordenamiento de las nuevas Directivas de contratos, y la consiguiente aprobación del Proyecto de Ley de contratos que en la actualidad se está tramitando en el Congreso de los Diputados¹⁰ que en cuanto al recurso especial en materia de contratación, y en consonancia con el nuevo objeto de la Directiva 2014/24/UE que regula aspectos relativos a la ejecución contractual¹¹, amplía su ámbito objetivo al prever su artículo 44. 2.d) *“las modificaciones basadas en el incumplimiento de lo establecido en los artículos 202 y 203 de la presente Ley, por entender que la modificación debió ser objeto de una nueva adjudicación”*, y e) *“la formalización de encargos a medios propios en los casos en que estos no cumplan los requisitos legales”*.

4.1 ACTUACIONES EN EL EJERCICIO DE SUS COMPETENCIAS EN EL ÁMBITO DE LA CONTRATACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO.

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 corresponde¹²:

- 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.

¹⁰http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Iniciativas?_piref73_2148295_73_1335_437_1335437.next_page=/wc/servidorCGI&CMD=VERLST&BASE=IW12&FMT=INITXDSS.fmt&DOCS=1-1&DOCORDER=FIFO&OPDEF=ADJ&QUERY=%28121%2F000002*.NDOC.%29

¹¹ Artículo 70, Condiciones de ejecución del contrato; artículo 71, Subcontratación; artículo 72, Modificación de los contratos durante su vigencia; y artículo 73, Rescisión de contratos.

¹² 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

- 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:

- 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 contratación¹³.

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 contratantes¹⁴.

Actos recurribles: Por último debe señalarse que la función de resolución en materia contractual 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, modificación¹⁵ y extinción de los contratos.

¹³ 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.

¹⁴ 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.

¹⁵ 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, Pressetext Nachrichtenagentur GmbH, Cfr. apdo. 34), y que esa «nueva adjudicación» puede ser objeto de recurso.

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

En este contexto como consecuencia de la necesaria transposición de la Directivas al ordenamiento español se ha abogado por la inclusión legal de la modificación contractual como objeto del recurso especial en materia de contratación, lo que implica un aumento directo del volumen de asuntos de los que conocerá

Si bien la conclusión no puede ser otra a la vista de la normativa actual en materia de contratación pública, lo cierto es que el horizonte interpretativo en torno a las competencias de los Tribunales contractuales, se ha abierto como consecuencia de la inserción en nuestro ordenamiento de las nuevas Directivas de contratos (tanto mediante su aplicación directa como mediante su incorporación a nuestro sistema normativo). Se trata de una cuestión muy técnica que no se ha planteado desde el punto de vista práctico, al menos ante el Tribunal madrileño, pero que no conviene desconocer¹⁶.

Volumen de entrada de recursos

Durante el año 2016 han tenido entrada para su conocimiento y resolución en este Tribunal 303 recursos (más 3 archivos de actuaciones), habiéndose

este Tribunal que necesariamente y ante el incremento constante de la entrada de recursos, debería llevar consigo una mejora en su dotación personal.

¹⁶ Extracto del Documento de estudio de los órganos de recursos contractuales presentado y aprobado en reunión de Madrid, el 1 de marzo de 2016. “Interesa destacar, en primer lugar, que la previsión del artículo 46 de la Directiva 2014/23, de concesiones, que modifica la Directiva 89/665/CEE, y que tiene especial incidencia en la redacción del artículo 1 relativa al objeto del recurso:

«1. La presente Directiva se aplica a los contratos a que se refiere la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo (35) salvo que dichos contratos estén excluidos de conformidad con los artículos 7, 8, 9, 10, 11, 12, 15, 16, 17 y 37 de dicha Directiva.

La presente Directiva se aplica también a las concesiones adjudicadas por los poderes adjudicadores mencionados en la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo (36), salvo que dichas concesiones se excluyan en virtud de los artículos 10, 11, 12, 17 y 25 de dicha Directiva.

A efectos de la presente Directiva, se entiende por «contratos» los contratos públicos, los acuerdos marco, las concesiones de obras públicas o de servicios y los sistemas dinámicos de adquisición.

En lo relativo a los contratos comprendidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 2014/24/UE o de la Directiva 2014/23/UE, los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para garantizar que las decisiones adoptadas por los poderes adjudicadores puedan ser recurridas de manera eficaz y, en particular, lo más rápidamente posible, en las condiciones establecidas en los artículos 2 a 2 septies de la presente Directiva, cuando dichas decisiones hayan infringido el Derecho de la Unión en materia de contratación pública o las normas nacionales de incorporación de dicha normativa».

La nueva redacción, en cuanto elimina la mención al procedimiento de adjudicación de los contratos, implica una ampliación el objeto del recurso, pues de la inicial limitación a las cuestiones de licitación y adjudicación, se incluye ahora a todas las cuestiones de los contratos, lo que afecta claramente a los supuestos relativos a modificaciones contractuales, subcontratación y causas de rescisión/resolución. Igualmente, y sobre la base de la jurisprudencia del TJUE sobre cuándo existe un contrato, podrá ser objeto de revisión un convenio o un encargo a medio propio si a pesar de su denominación, por objeto y causa, hay un contrato público y su adjudicación se considera ilegal.

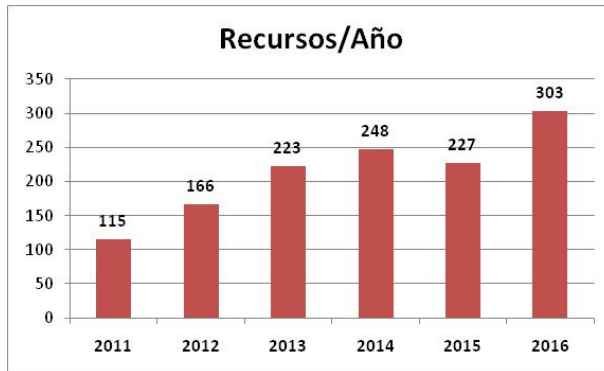
Esto significa que el recurso especial deja de ser un recurso precontractual, y que se debe considerar contractual”.

dictado 283 resoluciones, lo que supone un notable aumento de recursos respecto del año anterior, 76 en concreto, lo que permite afirmar que continúa la tendencia de la generalización en la utilización del recurso especial, sin duda como consecuencia de la brevedad de su tramitación y resolución, el carácter gratuito del mismo, su eficacia en cuanto impide la formalización de los contratos cuando el acto recurrido es la adjudicación, el porcentaje de estimación de recursos, que no desanima a potenciales recurrentes, y la calidad de las resoluciones.¹⁷

Con casi seis años de funcionamiento puede ofrecerse un panorama de la evolución del recurso especial en materia de contratación, si bien sacar conclusiones respecto de los datos puede ser excesivamente aventurado dada la escasa línea histórica del recurso. Sin embargo, cabe exponer que el aumento del número de recursos entre el año 2011 y 2012 fue de 51, el incremento en el ejercicio 2013 fue de 57, en el año 2013 tuvieron entrada 223 recursos, en el 2014 248, en el 2015 descendió en 21 respecto al año anterior hasta 227, y en 2016 se incrementó en 76 el número de recursos. Si se tienen en cuenta periodos anuales de actividad completos, teniendo en cuenta que el Tribunal comenzó su actividad en mayo de 2011, se puede observar un incremento anual próximo al 14%.

¹⁷ Sentencia del Tribunal Supremo, 4223/2014 de 23 de octubre. *“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 “porque 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 los legisladores europeos y, en consonancia con él, español. Esto es, la de preservar la funcionalidad de este mecanismo de la 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).

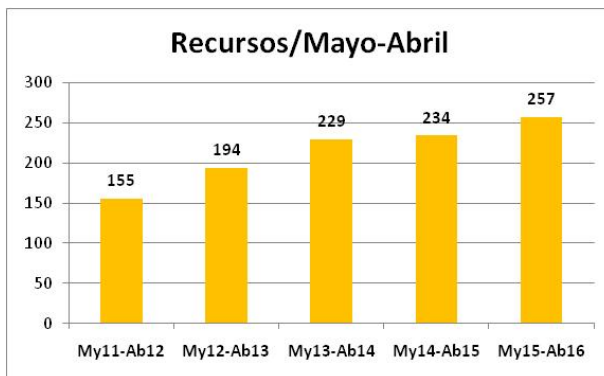


INCREMENTO ANUAL

AÑO	Diferencia	Porcentaje
2011 (*)		
2012 (**)	51	44%
2013	57	34%
2014	25	11%
2015	-21	-8%
2016	76	33%

(*) Comienzo de actividad en mayo 2011.

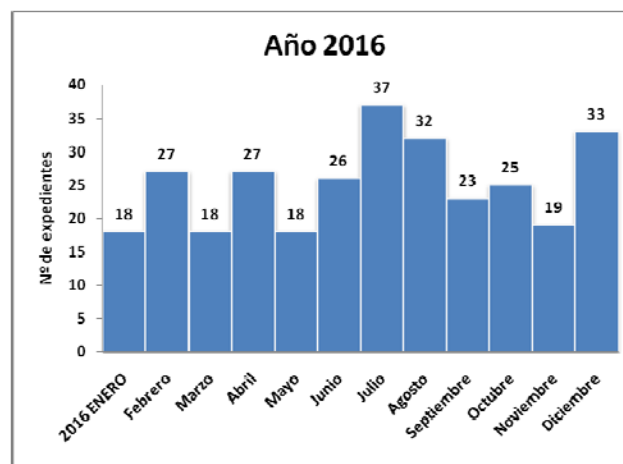
(**) Respecto a mayo 2011.



INCREMENTO ANUAL (Mayo/Abril) (*)

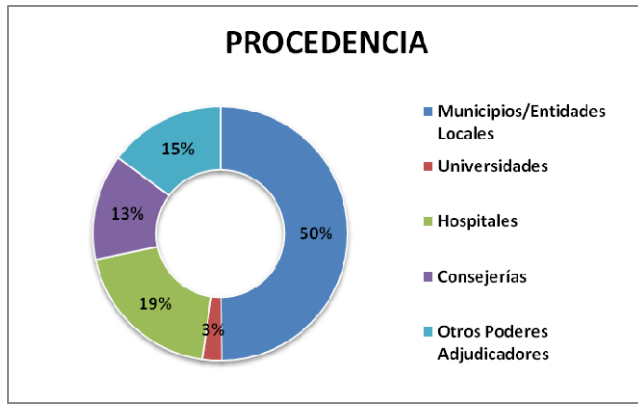
AÑO	Diferencia	Porcentaje
2013	39	25%
2014	35	18%
2015	5	2%
2016	23	10%

(*) Comienzo de actividad en mayo 2011.

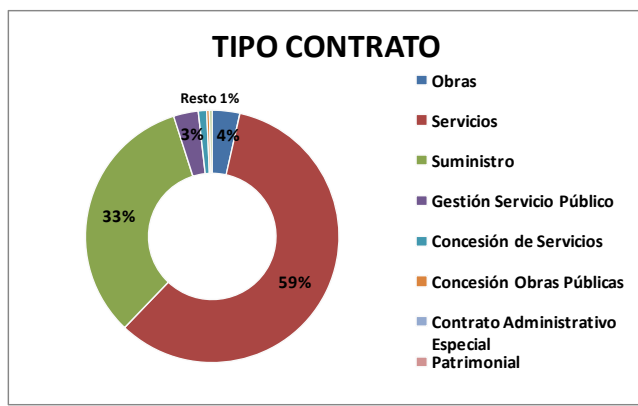


Distribución mensual de entrada de recursos durante el año 2016

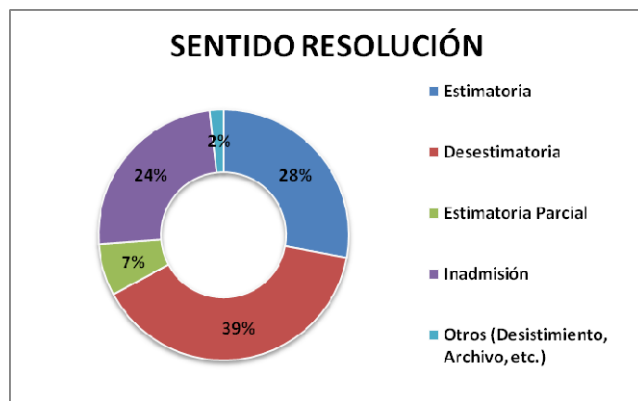
Resoluciones dictadas y estadística



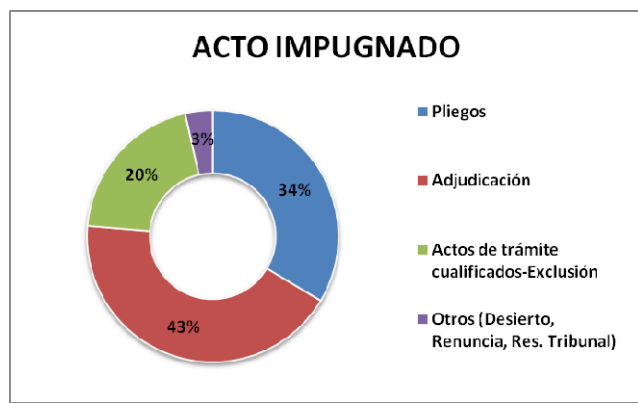
PROCEDENCIA	Nº
Municipios/Entidades Locales	141
Universidades	7
Hospitales	55
Consejerías	38
Otros Poderes Adjudicadores	42



TIPO CONTRATO	Nº
Obras	10
Servicios	166
Suministro	93
Gestión Servicio Público	9
Concesión de Servicios	3
Concesión Obras Públicas	1
Contrato Administrativo Especial	0
Patrimonial	0
Otros/Mixto	1



SENTIDO RESOLUCIÓN	Nº
Estimatoria	79
Desestimatoria	111
Estimatoria Parcial	19
Inadmisión	69
Otros (Desistimiento, Archivo, etc.)	5



ACTO IMPUGNADO	Nº
Pliegos	95
Adjudicación	121
Actos de trámite cualificados-Exclusión	57
Otros (Desierto, Renuncia, Res. Tribunal)	10

En cuanto a las causas que determinan el volumen de inadmisiones indicado son: la extemporaneidad con 31 resoluciones, la falta de legitimación con 18 resoluciones, no alcanzar los umbrales necesarios para la interposición del recurso 7 resoluciones, el carácter no recurrible del acto con 9 resoluciones y por último otras causas como la cosa juzgada administrativa con 4 resoluciones¹⁸.

Del total de las 283 resoluciones dictadas, tan solo 3 han sido objeto de impugnación ante la jurisdicción contencioso administrativa, lo que representa el 1,1% del total, debiendo hacerse constar que en uno de los procedimientos el recurrente desistió de sus pretensiones.¹⁹

Junto con la actividad principal de resolución del recurso se desempeñan varias actuaciones instrumentales o accesorias de la misma, como los acuerdos de adopción o denegación de medidas cautelares que en el año 2016 ascendieron a 166 o los incidentes de ejecución de resoluciones introducidos por el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Central de Recursos Contractuales, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, que han sido 4 y las aclaraciones de resoluciones cuyo número asciende a 5. Se han dictado asimismo 12 Acuerdos motivados de acceso al expediente con examen de la confidencialidad de las ofertas.

Un dato que recogió por primera vez en la Memoria del año 2013, es el relativo a la incidencia económica de la actuación del Tribunal calculada sobre el valor estimado de los contratos sometidos a recurso y que constituye un reflejo de la importancia que tiene su actividad, que en el año 2016 ha sido de 3.008.558.862 euros.

¹⁸ Debe tenerse en cuenta que en algunos casos las resoluciones inadmiten parcialmente las pretensiones, aunque puedan tener un contenido estimatorio o desestimatorio respecto del resto de las pretensiones, habiéndose ofrecido el dato de las inadmisiones totales de los recursos.

¹⁹ El carácter de este dato es incierto en tanto es posible que durante el año 2015 se hayan interpuesto recursos de los que a la fecha de cierre de esta Memoria de los que no se ha dado traslado al Tribunal.

Debe apuntarse una distinción más, que no se ha ofrecido en Memorias anteriores, pero que ante el aumento de asuntos en tal ámbito y la importancia de los mismos, exige ofrecer el dato de las reclamaciones interpuestas en el ámbito 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. Dicha Ley contiene una serie de especialidades y un régimen algo más flexible, que justifica que se ofrezca el dato de forma diferenciada respecto del recurso especial en materia de contratación que, sin embargo, por número es sin duda la actuación más numerosa del Tribunal.²⁰ En resumen, han sido 14 las reclamaciones interpuestas en el ámbito de la Ley 31/2007, lo que supone el 5% del total de 283 recursos y reclamaciones interpuestos durante el 2016.

Se ofrece en esta Memoria el dato de las Sentencias resolutorias de los recursos contencioso administrativos interpuestos contra las Resoluciones del Tribunal de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, dictadas en el año 2016. Si bien no se recoge el dato del total de recursos interpuestos, dado que desde su creación solo han transcurrido cinco años, por lo que no existían datos relevantes al respecto. Así en el año 2016 se han dictado 14 sentencias sobre resoluciones del Tribunal, de las cuales se han estimado 6.

En cuanto al ejercicio de las competencias en el ámbito de la Ley de transparencia y buen gobierno aunque la competencia para la resolución de las reclamaciones de acceso a la información no se ha desarrollado más que durante la primera mitad del año debe darse cuenta de las mismas.

²⁰ Efectivamente tal y como se indica en su exposición de motivos *“Este régimen singular en lo que concierne a determinados aspectos de la ordenación de su actividad contractual, entre ellos la selección del contratista, es menos estricto y rígido que el establecido en la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, asegurando en todo caso los principios de apertura del mercado principios de publicidad y concurrencia.*

La Comisión Europea estimó en su momento, ponderando, como se preocupó de señalar, razones políticas, estratégicas, económicas, industriales y jurídicas, que era oportuno introducir criterios originales o específicos en el campo contractual de los entonces denominados sectores excluidos, ya que éstos, en el contexto de los países comunitarios, están gestionados por entidades u organismos públicos o privados de manera indistinta.”

4.2 ACTUACIONES EN EL ÁMBITO DE LA TRANSPARENCIA, ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA Y BUEN GOBIERNO.

Reclamaciones contra la denegación del acceso a la información pública

El Tribunal Administrativo de Contratación pública de la Comunidad de Madrid asumió la competencia para resolver las reclamaciones contra la denegación del derecho de acceso a la información pública cuyo objeto puede ser la denegación expresa o presunta de las solicitudes de acceso a la información pública. La denegación presunta se entenderá producida transcurrido un mes desde la solicitud, o dos meses en el caso de que el órgano al que fuera dirigida la petición hubiera ampliado el plazo de concesión de acceso a la información por otro mes, cuando el volumen y/o la complejidad de la información respecto de la que se solicita el acceso así lo hicieran necesario. Cabe también interponer reclamación contra la concesión parcial del derecho de acceso.

Si bien como se ha explicado dicha competencia en la actualidad se ha atribuido al Consejo de la Transparencia del Estado, debe darse cuenta de las reclamaciones tramitadas desde el 1 de enero de 2016 hasta el 11 de agosto del mismo año.

El ejercicio de las competencias en esta materia se realizó en coordinación con el Consejo de Transparencia del Estado y con el resto de órganos creados en las Comunidades Autónomas, a través de la Presidenta del Tribunal. En concreto se tuvieron dos reuniones de coordinación una el 16 de febrero y otra el 14 de abril de 2016.

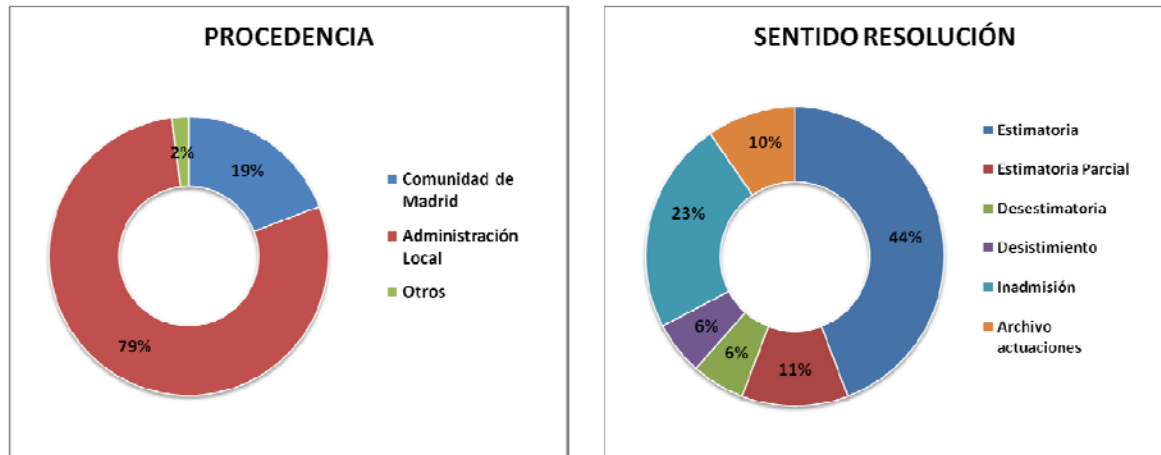


Reunión de coordinación febrero de 2016



Reunión de coordinación de abril de 2016

Durante el año 2016, de enero a agosto, esto es durante el periodo en que el Tribunal ostentó la competencia, se presentaron 62 reclamaciones contra denegaciones expresas, presuntas o parciales de acceso a la información pública de las que se resolvieron 51.



Resoluciones de las reclamaciones contra la denegación de acceso a la información pública

Estas Resoluciones fueron trasladadas al Defensor del Pueblo en cumplimiento de lo establecido en el artículo 24 de la Ley de Transparencia.

Con fecha 14 de noviembre de 2016, se publicó en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid el “Convenio entre el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno y la Comunidad de Madrid (Consejería de Presidencia, Justicia y Portavocía del Gobierno) para el traslado del ejercicio de la competencia para la resolución de las reclamaciones previstas en el artículo 24 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno”, cuya cláusula tercera atribuye al Consejo la obligación de conocer las reclamaciones de acceso a la información que puedan interponerse al amparo de la LTAIBG respecto de los actos de la Administración de la Comunidad de Madrid, de las Entidades Locales comprendidas en su territorio y demás entes u organizaciones obligadas al cumplimiento de la Ley en el mismo ámbito territorial. En consecuencia, por el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, se procedió a la remisión de las reclamaciones pendientes que se presentaron ante el Tribunal con posterioridad al 11 de agosto de 2016, al Consejo de Transparencia y Buen Gobierno.

Infracciones en materia de buen gobierno

Por lo que respecta a las infracciones en materia de Buen Gobierno, de acuerdo con la Disposición Transitoria segunda de la Ley 5/2016, de 22 de julio,

por la que se Modifica la Regulación del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, corresponderá al Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, la incoación, instrucción y propuesta de resolución del procedimiento administrativo sancionador previsto en el Título II de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, por las infracciones cometidas por los altos cargos de la Comunidad de Madrid a que se refiere el artículo 2 de la Ley 14/1995, de 21 de abril, de Incompatibilidades de Altos Cargos de la Comunidad de Madrid, correspondiendo a su Presidenta la incoación de estos procedimientos de acuerdo con el artículo único apartado seis de la Ley 5/2016.

El 18 de marzo de 2016 la Intervención General de la Comunidad de Madrid remitió al Tribunal Administrativo de Contratación Pública todos los expedientes de convalidación por omisión del trámite de fiscalización previa que había informado con carácter previo a su aprobación por el Consejo de Gobierno, procedentes del Consejo Consultivo que no inició ningún procedimiento sancionador por no entenderlo procedente en base a la documentación remitida así como por falta de motivación al no existir una explicación adecuada de la presunta conducta culpable ni identificación concreta e individualizada del alto cargo responsable de la actuación que pudiera ser constitutiva de presunta infracción, sin que tampoco procediera al archivo del expediente.

Los expedientes remitidos del Consejo Consultivo fueron 59 ²¹ de los cuales 28 han sido archivados mediante Resolución del Pleno en un primer momento y de la Presidenta a partir de la entrada en vigor de la Ley 5/2016, de 22 de julio, en los cuales no se observa de forma ostensible y sin necesidad de solicitar ulterior información que justificara la apertura de un trámite de información reservada, la concurrencia de los elementos que configuran la infracción.

Dichos expedientes remitidos por la Intervención General de la Comunidad de Madrid al TACPCM en 2016 son todos por posible infracción del artículo 28.d)

²¹ Durante el año 2016 ha tenido entrada un expediente de buen gobierno de forma independiente de los remitidos desde el Consejo Consultivo por lo que la cantidad total de expedientes ascendió a 60.

de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno (LTAIPBG) en materia de gestión económico-presupuestaria por *“la omisión del trámite de fiscalización previa de los gastos, obligaciones o pagos, cuando ésta resulte preceptiva o del procedimiento de resolución de discrepancias frente a los reparos suspensivos de la intervención, regulado en la normativa presupuestaria”*. En algunos de ellos se aprecia además posible infracción del artículo. 28.c): *“los compromisos de gastos, reconocimiento de obligaciones y ordenación de pagos sin crédito suficiente para realizarlos o con infracción de lo dispuesto en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria u otra normativa que sea aplicable”*.

En cuanto a los expedientes pendientes de resolución, debe tenerse en cuenta el incremento del volumen de trabajo en relación con la actividad principal del Tribunal de resolución de recursos contractuales, con los medios materiales con los que cuenta. No obstante el Tribunal Administrativo de Contratación pública de la Comunidad de Madrid, podrá apreciar la procedencia de incoación o archivo de los expedientes mientras no haya prescrito la infracción de que se trate, que de acuerdo con lo establecido en el artículo 32 de la LTAIPBG, será de cinco años para las infracciones muy graves, tres años para las graves y un año para las leves, teniendo todas las remitidas al Tribunal por la Intervención General de la Comunidad de Madrid, el carácter de muy graves.

4.3 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, atendiendo al mandato de la Ley de transparencia, sin perjuicio de que este Tribunal ha tenido desde el momento inicial de su creación especial interés, no solo desde la óptica de la transparencia, sino sobre todo de la seguridad jurídica, en la publicación de sus resoluciones.

Continuando con esta tarea durante el año 2016, se ha mantenido y actualizado la información ofrecida a los usuarios. En este ejercicio 2016 además, se ha elaborado una nueva página por la Agencia para la Administración Digital de la Comunidad de Madrid, que se publicará con acceso para el público en general los primeros días del año 2017, en la dirección de internet <http://www.madrid.org/es/tacp>. Así, en la página web del Tribunal se incluye, además de la publicación de todas las resoluciones aprobadas por el Tribunal, información institucional, organizativa y de relevancia jurídica, en concreto, información sobre la sede del Tribunal, formas de acceso al mismo, su composición, memoria anual de actividades, una relación de respuestas a las preguntas más frecuentes, la normativa de aplicación en materia de contratación, procedimientos de revisión, enlaces de interés a los órganos revisores de otras Administraciones Públicas y una detallada “Guía de funcionamiento”, donde se recogen los aspectos más importantes del procedimiento de recurso que tramita el Tribunal, que ha sido objeto de modificación mediante la Resolución 1/2016, de la Presidenta del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la

Comunidad de Madrid, por la que se modifica la guía informativa sobre la regulación del Tribunal y los procedimientos de revisión contractual seguidos ante el mismo, con el objeto de introducir en la misma los distintas novedades derivadas de la entrada en vigor el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Central de Recursos Contractuales, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre y de la Orden HAP/2846/2015, de 29 de diciembre, por la que se revisan los umbrales del recurso especial.

En este año, donde se ha producido la finalización del periodo de transposición de las Directivas, además se ha publicado en la página web un documento de estudio de los órganos de recursos contractuales presentado y aprobado en reunión de Madrid, el 1 de marzo de 2016 denominado “Los efectos jurídicos de las Directivas de contratación pública ante el vencimiento del plazo de transposición sin nueva ley de contratos del sector público”.

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 con un buscador incorporado a la página del 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 2/2016, de 29 de julio, de la Presidenta del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, por la que se suspenden los procedimientos pendientes ante el Tribunal, durante el mes de agosto de 2016,

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 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (actual artículo 17 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público).

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

Durante el año 2016, la relación entre los distintos órganos de resolución de recursos contractuales ha seguido la tendencia iniciada ya en el mismo año de su creación, con el objeto de coordinar actuaciones.

El día 1 de marzo de 2016, se organizó por el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid una reunión de coordinación con el objeto de atender al compromiso adquirido en la IV reunión de coordinación que tuvo lugar el 24 de junio de 2015, en la que se acordó que para el supuesto de que antes de finalizar el plazo de trasposición (18 de abril de 2016) no estuvieran aprobadas las leyes de contratos en tramitación, considerando que los Tribunales de contratación deben aplicar los preceptos incondicionados de aplicación directa de las directivas, constituir un grupo de trabajo de forma voluntaria por miembros del TACP de Aragón, del País Vasco y de Madrid, al objeto de elaborar un estudio los preceptos que pueden verse afectados, con objeto de adoptar un criterio detallado y uniforme. La finalidad última de dicha actuación es atender a la seguridad jurídica, dotando al sistema de recursos de la mayor predictibilidad posible²². Cabe añadir que además de la deseable seguridad jurídica en las

²² Cabe señalar que se han elaborado otros textos que atienden a esta misma finalidad. Así podemos citar el Decreto Ley de 31 de mayo de medidas urgentes en materia de contratación pública de la Generalitat de Cataluña con el objeto de transponer en su ámbito las directivas de contratos, la Recomendación JCCA de 6 de marzo de 2016, el Informe JCCAT de 6 de abril de 2016 y la Instrucción 1/2016, de 28 de abril.

relaciones entre los operadores jurídicos y los entes públicos, existen otras consecuencias de índole práctica que obligan a considerar la aplicación de las Directivas de contratos y es que no cabe olvidar la posibilidad de condena al estado incumplidor en los términos de los artículos 258 y siguientes del TFUE.²³



Reunión efecto directo de las directivas de contratos 1 de marzo de 2016

²³LA COMISIÓN EUROPEA EXPEDIENTA A ESPAÑA Y A OTROS 20 PAÍSES POR NO TRANSPONER EN PLAZO LAS DIRECTIVAS DE CONTRATACIÓN. En su paquete mensual de decisiones por infracción, la Comisión Europea ha emprendido acciones legales contra los Estados miembros por no cumplir sus obligaciones en virtud del derecho de la UE. En materia de contratación pública la Comisión expedienta a 21 Estados miembros -entre ellos España- por no transponer antes del 18 de abril del presente año una o varias de las tres nuevas directivas comunitarias sobre contratación pública.

La Comisión ha enviado cartas de emplazamiento a Austria, Bélgica, Bulgaria, Croacia, la República Checa, Chipre, Estonia, Irlanda, Grecia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, los Países Bajos, Polonia, Portugal, Rumania, Eslovenia, Finlandia, España y Suecia. Las nuevas directivas pretenden una contratación pública en Europa más eficiente, con reglas más inteligentes y procedimientos más electrónicos. Según la nota de prensa de la Comisión (Acceder aquí a la versión en inglés -no disponible aun en español-, -ver punto 4-), las autoridades que ya han hecho la transición a la contratación electrónica han informado de un ahorro entre el 5 y el 20%. Dado que el gasto anual de los Estados miembros de la UE supera los 1,9 billones de euros, cada 5% supone casi 100 mil millones de euros ahorrados a las arcas públicas. Las nuevas reglas hacen que sea más fácil y más barato para pequeñas y medianas empresas presentar sus ofertas para contratos públicos y que exista un mayor respeto a los principios de transparencia y de competencia de la UE. Una mayor transparencia mejora la responsabilidad y ayuda a combatir la corrupción. Las normas también permiten a las autoridades utilizar la contratación pública para trabajar hacia objetivos políticos más amplios, en ámbitos tales como el de la innovación ambiental y social.



Reunión efecto directo de las directivas de contratos 1 de marzo de 2016

Dicho documento se ofrece, como más arriba se ha indicado en la página web del Tribunal.²⁴

El 24 noviembre 2016, tuvo lugar en Sevilla la V reunión de coordinación, 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 en materia de contratación.

A la misma asistieron, además de los representantes del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, convocantes y organizadores de la reunión, representantes del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de

²⁴http://www.madrid.org/cs/Satellite?c=CM_InfPractica_FA&cid=1354579659723&idConsejeria=1109266187242&idListConsj=1109265444710&idOrganismo=1142625383087&language=es&pagename=ComunidadMadrid%2FEstructura&pid=1109265444699&sm=1109266100977

Aragón, Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, Órgano Administrativo de Recursos Contractuales del País Vasco, Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad Autónoma de Canarias, y por primera vez representantes de la Comisión Jurídica de Extremadura que ostenta las competencias en relación con el recurso especial, el último de los creados a dicha fecha.²⁵ El resultado de la reunión puede consultarse en el acta que se publicó en el Observatorio de Contratos del Sector Público²⁶.

Dicha reunión se centró en la discusión de cuestiones técnicas relacionadas con el recurso especial. En las mismas fechas se celebraron unas jornadas sobre el nuevo marco normativo de la contratación pública, organizadas por el Tribunal Andaluz en colaboración con el Instituto Andaluz de Administración Pública, en las que el Tribunal madrileño participó a través de su Presidente con la ponencia “Los criterios sociales en la contratación pública. Doctrina de los tribunales de recursos contractuales”.

Publicaciones y Formación

En el año 2016 además de la Memoria del Tribunal, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid ha publicado, a través de su Presidenta Dña. Elena Hernández Salguero el artículo, en la revista Contratación Administrativa Práctica, Walters Kluwer La Ley, Año 2016, Número 143, dedicado al efecto directo de las directivas de contratos, titulado “Pautas, requisitos y límites para apreciar el efecto directo”.

Así mismo ante las novedades normativas en materia de contratación la actividad formativa del Tribunal a través de su Presidenta ha sido importante,

²⁵ Posteriormente se ha creado el Tribunal de Contratación Pública de Extremadura en el Consejo Consultivo.

²⁶ <http://www.obcp.es/index.php/mod.noticias/mem.detalle/id.1100/chk.6efbba8ab3855432f654926fb9cb7b25>

habiendo participado en programas de formación destinados a empleados públicos, como el programa de formación continua de jueces y magistrados del Consejo General del Poder Judicial en el curso sobre “Contratación en el sector público: aspectos sustantivos y procesales con especial referencia a las exigencias derivadas del Derecho de la Unión Europea (CU16109)” y en el II Encuentro de Contratación Pública “El efecto directo de las directivas de contratación pública”, los días 13 y 14 de junio de 2016, en el INAP.

Cabe también destacar en el ámbito de la formación el Seminario organizado por el Instituto de Estudios Fiscales del Ministerio de Hacienda Y Administraciones Públicas “La transposición de las nuevas Directivas en materia de contratación pública” 28 y 29 de junio de 2016, con la ponencia “La contratación pública en la Unión Europea como estrategia para alcanzar los retos y promover políticas públicas en áreas de crecimiento esenciales. El horizonte Europa 2020 y sus grandes líneas de actuación en el ámbito de la contratación pública: las nuevas Directivas”.

El Tribunal ha participado también a través de su Presidenta en las Jornadas sobre Contratación Pública organizadas por la Abogacía General de la Comunidad de Madrid el 19 de diciembre de 2016.

Así mismo el Tribunal ha colaborado con el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid impartiendo cursos destinados a los colegiados sobre el recurso especial en materia de contratación y la principal doctrina de los Tribunales, impartidos en diversas sesiones por los Vocales y Presidenta del Tribunal.

Otras actuaciones

Asimismo, desde abril de 2012, el Tribunal, a través de su Presidenta, forma parte del Observatorio de Contratación Pública, que constituye un lugar de encuentro para los profesionales de la materia desde el que proceder al debate y análisis de las novedades introducidas en su ordenación jurídica, así como para la realización de nuevas propuestas de actuación para la modernización de la

contratación pública y materializar en la misma los principios de eficiencia, integridad y buena administración, como resultado del Proyecto de investigación concedido por el Ministerio de Ciencia e Innovación para el período 2009-2011 sobre “Nuevos escenarios de la contratación pública: urbanismo, contratación electrónica y cooperación intersubjetiva”, habiendo continuado esta colaboración durante el año 2016. En concreto en el Observatorio de Contratación Pública se han publicado y comentado las Resoluciones del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid de especial interés por fijar algún tipo de doctrina, y se han publicado algunos estudios realizados en el desempeño de sus funciones.

En el mismo ámbito de la investigación y el desarrollo doctrinal del control de la actividad contractual pública, el Tribunal ha participado a través de su Presidenta en el “Congreso Internacional sobre Contratación Pública: hacia una nueva Ley de Contratos Públicos”, organizado por la Universidad de Castilla-La Mancha los días 21 y 22 de enero de 2016, en la Facultad de Ciencias Sociales de Cuenca, con la ponencia “Retos del control de la contratación pública”.

5. OBJETIVOS

En este apartado de la Memoria, se pretende dar cuenta del cumplimiento de los objetivos que podrían denominarse de carácter legal, relativos al ejercicio de sus funciones por el Tribunal, así como explicar los objetivos que sin constituir el objeto de la actividad del Tribunal, el mismo se fija.

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

Por otro lado, la eficacia en la atribución de la competencia a los órganos encargados de la resolución del recurso especial se ha constatado por los operadores jurídicos. De hecho, ya la Sentencia del Tribunal Supremo, de 23 de octubre de 2014, dictada en el recurso de casación Núm: 3014/2013 afirmaba 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.”

Debe destacarse muy especialmente el reto que supone, desde la perspectiva de la seguridad jurídica, la aprobación durante el siguiente ejercicio 2017 del Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público, que está siendo tramitado en el Parlamento, presentado el 25 de noviembre de 2016 y cuyo plazo de presentación de enmiendas que ha sido ampliado en cuatro ocasiones concluirá presumiblemente el 4 de febrero de 2017.

En todo caso debe destacarse el aval de la Comisión Europea a la eficacia del recurso especial en su el Informe al Parlamento y al Consejo sobre la eficacia de las Directivas sobre procedimientos de recursos contractuales, de 24 de enero de 2017, COM (2017) 28 final, que pone en valor el recurso especial en materia de contratación como instrumento de eficiencia en el control del gasto público.

En concreto destaca que: *“en relación con la eficacia las Directivas sobre procedimientos de recurso han cumplido, por lo general, sus objetivos de aumentar las garantías de transparencia y no discriminación”,* exponiendo en cuanto a la percepción pública del papel del recurso especial que *“Por lo que se refiere a las opiniones de las partes interesadas, una clara mayoría de los encuestados en la consulta pública llevada a cabo por los servicios de la Comisión consideraron que las Directivas sobre procedimientos de recurso han tenido un efecto positivo en el procedimiento de contratación pública. Se considera que es más transparente (80,59%), más justo (79,42%) y más abierto y accesible (77,65%), y que proporciona mayores incentivos para cumplir con las normas sustantivas de la contratación pública (81,77%).”*

Por último, en relación con la eficiencia cabe destacar que *“Existen indicaciones claras de que los beneficios obtenidos gracias a las Directivas superan sus costes”.*

Las conclusiones de este informe provienen de la constatación del papel del recurso especial y de los órganos encargados de su resolución en cada Estado miembro, que puede ser considerado como un modelo de éxito en la aplicación del sistema, y que, en el ámbito que nos corresponde, nos anima a continuar trabajando en esa dirección.

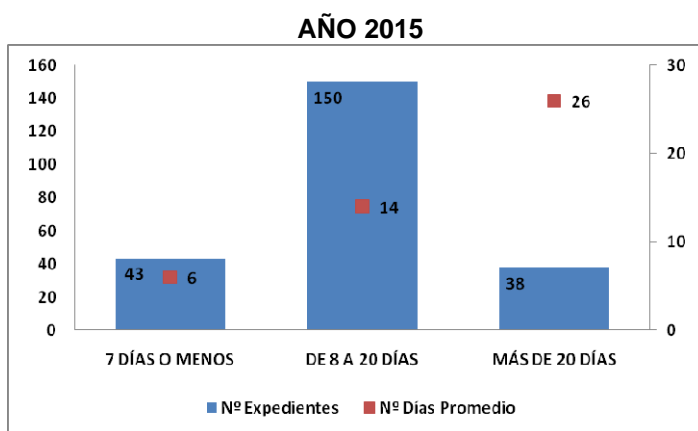
5.1 RESPETO DEL PLAZO DE RESOLUCIÓN

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

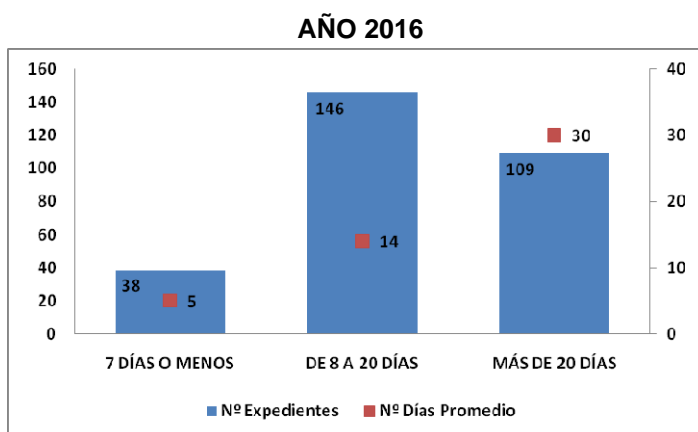
El plazo medio que el Tribunal ha empleado para la tramitación completa de los recursos, cuestiones de nulidad y reclamaciones que se han sustanciado ante el mismo, durante el ejercicio 2016 es de **19 días naturales**, por lo que

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 persiguen.²⁷

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.



TIEMPO RESOLUCIÓN EXPEDIENTES. AÑO 2015	Nº Exptes	Nº Días Promedio	Porcentaje
7 DÍAS O MENOS	43	6	18,6%
DE 8 A 20 DÍAS	150	14	64,9%
MÁS DE 20 DÍAS	38	26	16,5%



TIEMPO RESOLUCIÓN EXPEDIENTES. AÑO 2016	Nº Exptes	Nº Días Promedio	Porcentaje
7 DÍAS O MENOS	38	5	13,0%
DE 8 A 20 DÍAS	146	14	49,8%
MÁS DE 20 DÍAS	109	30	37,2%

Comparativa del tiempo de resolución de expedientes (años 2015 y 2016)

²⁷ 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.

5.2 INDEPENDENCIA

Los órganos encargados de la resolución del recurso especial en materia de contratación y por ende el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, son órganos administrativos que se configuran legalmente como órganos independientes. Este rasgo de la independencia, al haber optado el legislador español por un órgano administrativo, tal y como permitía el apartado 8 del artículo 2 de la Directiva 89/665/CEE, de Recursos²⁸, se convierte en una característica fundamental, no solo finalista en su actividad, sino incluso justificativa de la propia existencia de tales órganos. Esta independencia además de garantizarse a través de mecanismos como la inamovilidad de sus miembros, tras cinco 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”²⁹.

SENTIDO RESOLUCIÓN	Nº	TASA DE ÉXITO 2016
Estimatoria y Est. Parcial	98	35%
Desestimatoria	111	
Inadmisión	69	
Otros (Desistimiento, Archivo, etc.)	5	
TOTAL	283	47%

Tasa de éxito

Efectivamente tal y como se recoge en los datos más arriba expuestos el TACPCM ha dictado 98 resoluciones estimatorias, tanto parciales como totales, que constituye un 35% 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,

²⁸ 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.

²⁹ 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).

este porcentaje se eleva alcanzando el 47% 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. Además, la tasa de éxito del recurso es un elemento disuasorio de comportamientos irregulares en el ámbito de la licitación pública y un elemento eficaz en la lucha contra la corrupción.

Ello no quiere decir en modo alguno que el 47% de la contratación pública en el ámbito de la Comunidad de Madrid presente algún tipo de defecto o déficit de legalidad, puesto que este dato debe ponerse en relación no solo con el número de recursos formulados, sino con el total de contratos licitados tanto en la Comunidad de Madrid y entidades vinculadas, como en las Entidades Locales, Universidades y en general en las entidades que constituyen el ámbito subjetivo de aplicación del recurso.³⁰

5.3 ACTIVIDAD FORMATIVA

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

En esta línea, este Tribunal desea continuar realizando 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

³⁰ Se desconoce el dato de la totalidad de los expedientes de licitación tramitados durante el año 2016, en el ámbito subjetivo de aplicación del recurso, pero centrándolo solamente en la Comunidad de Madrid y trayendo a colación los datos publicados en la Memoria para el año 2014 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid (última publicada), resulta que durante dicho año se inscribieron en el registro de contratos de la Comunidad de Madrid, 3.125 contratos, (incluyendo contratos no SARA por tanto no sujetos al recurso), por lo que la incidencia estimatoria de los recursos respecto de la actividad contractual de la Comunidad de Madrid no es llamativa.

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 las anteriores memorias se abordaban algunas de las cuestiones que se han manifestado como dudosas, doctrinal y técnicamente con el objeto de 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 la Memoria de actividades del año 2016 se quiere destacar la incidencia que en el control de la contratación pública, tienen las nuevas Directivas de contratos incluyendo para ello un apartado explicativo de la aplicación efectiva de las directivas en virtud del efecto directo por el Tribunal madrileño, hasta la fecha.

5.4 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. A partir de la entrada en vigor de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, el 2 de octubre de 2016, resulta de aplicación lo establecido en su artículo 14, que previene la obligación de relacionarse a través de medios electrónicos con las Administraciones Públicas para determinados sujetos, entre los que se encuentran en la generalidad de los supuestos los operadores económicos que participan en las licitaciones de contratos públicos, que constituyen el ámbito específico del recurso especial.

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 (Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas). No obstante, cuando el recurrente hubiese admitido las notificaciones por medios informáticos, electrónicos o telemáticos durante la tramitación del procedimiento de adjudicación, en el caso de que hubiese intervenido en él, y, en todo caso, cuando lo solicitara en el escrito de interposición del recurso, las notificaciones se le efectuarán por estos medios.

El Tribunal Administrativo de Contratación Pública sensible a la necesidad de acelerar los procedimientos, y facilitar los trámites tanto a los particulares como a los órganos de contratación, aunque en el momento actual no ha implantado un sistema que permita la tramitación telemática de los procedimientos seguidos ante el mismo, realiza las comunicaciones, requerimientos de subsanación y concesión de trámite de alegaciones a través del correo electrónico, con aquellos usuarios que prestan su consentimiento para ello, a través de un correo propio tribunal.contratacion@madrid.org. Asimismo desde el mes de septiembre de 2013 todas las resoluciones y comunicaciones que se dirigen a los interesados en el procedimiento (órganos de contratación y particulares) se firman electrónicamente, y se notifican exclusivamente por correo electrónico, salvo que los afectados no acepten este medio de comunicación.

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

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

Durante el año 2016 se ha procedido a implantar como sistema de notificaciones el sistema NOTE de la Comunidad de Madrid y se ha solicitado la inclusión en la plataforma de tramitación electrónica de la Comunidad de Madrid Atlantis, que estará operativa los primeros días del año 2017.

6. APLICACIÓN PRÁCTICA DEL EFECTO DIRECTO DE LAS DIRECTIVAS DE CONTRATOS A TRAVÉS DE LAS RESOLUCIONES DESTACABLES DEL TRIBUNAL DURANTE EL AÑO 2016.

En este apartado se ofrece un resumen de la doctrina recogida como destacada entre las resoluciones dictadas por el Tribunal el año 2016 en relación con la aplicación de las nuevas Directivas de contratos. En este punto cabe destacar que si bien en el Estudio sobre el efecto directo de las directivas se ofrecían las pautas, requisitos y límites de dicho mecanismo paliativo, sin embargo la realidad se ha mostrado más rica y con más matices jurídicos que no son abarcados en su totalidad por el indicado estudio, que por otra parte no tenía vocación de exhaustividad en cuanto a la determinación de los preceptos concretos que gozaban de tal efecto. Antes bien se pretendía ofrecer los parámetros para su aplicación concreta, siendo el objeto de este apartado, precisamente ofrecer los resultados de aplicación de los mismos por el Tribunal.

A) Justificación de la no división de contratos en lotes: Resoluciones 106/20161 de junio; 120/2016, de 23 de junio y 171/2016, de 14 de septiembre.

Una de las novedades introducida por la Directiva 2014/24/UE ha sido el sistema de división en lotes de los contratos. Así el artículo 46 de la Directiva

establece en su apartado 1 que *“Los poderes adjudicadores podrán optar por adjudicar un contrato en forma de lotes separados, y podrán decidir el tamaño y el objeto de dichos lotes. Excepto en el caso de los contratos cuya división resulte obligatoria en virtud del apartado 4 del presente artículo, los poderes adjudicadores indicarán las principales razones por las cuales han decidido no subdividir en lotes. Dicha decisión se incluirá en los pliegos de la contratación o en el informe específico al que se refiere el artículo 84”*, incluso previendo que los Estados miembros puedan hacer obligatoria la adjudicación de contratos en forma de lotes separados, en condiciones que habrán de especificarse de conformidad con el Derecho nacional y teniendo en cuenta el Derecho de la Unión. Esta regulación obedece a la Estrategia Europa 20-20 de la que las Directivas de Contratos son una herramienta de aplicación “Tool box”, para promocionar y proteger la actividad de pequeñas y medianas empresas (Small Bussines Act).

Esta precepto contiene un sistema distinto del previsto en la actualidad en el artículo 86.3 del TRLCSP, que *“Cuando el objeto del contrato admita fraccionamiento y así se justifique debidamente en el expediente, podrá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes, siempre que éstos sean susceptibles de utilización o aprovechamiento separado y constituyan una unidad funcional, o así lo exija la naturaleza del objeto”*.

Como vemos se trata de normas contradictorias que exige en aplicación del efecto directo del artículo 46 de la Directiva el desplazamiento en su favor del precepto de la normativa nacional. Sin embargo no se trata de una novedad de carácter sustantivo, sino más bien formal, ya que se sigue pudiendo optar por dividir o no dividir el contrato en lotes, si bien con la nueva normativa debe justificarse en lugar de la división, la no división.

Tal y como se planteaba en las resoluciones citadas, la aplicación del artículo 46 de la Directiva de contratos implica que en el expediente de contratación debe constar la justificación de la no división del objeto del contrato en lotes.

El diseño y la regulación de la división en lotes tiene que efectuarse teniendo en cuenta aspectos tales como la tipología o el fundamento de la división del objeto del contrato (lotes por funcionalidades, por criterios geográficos, por umbrales o franjas económicas, etc.) y el sector a que se dirige la licitación, así como el perfil y la tipología de empresas llamadas a participar.

El principio de concurrencia, invocado por las recurrentes, tiende a facilitar la competencia en la contratación permitiendo la adjudicación mediante división del objeto en lotes, intensificando la participación de licitadores. Sin embargo, si bien es cierto que la división en lotes intensifica la competencia, no lo es menos que la falta de división en lotes no implica en todo caso la existencia de una restricción al principio de libre concurrencia. Así la decisión de dividir o no en lotes el objeto de un contrato con carácter general corresponde al órgano de contratación, que deberá motivarlo en el expediente. Únicamente en el caso de que la agrupación en un solo contrato de varios objetos o la no división en lotes del mismo supongan una vulneración del principio de libre concurrencia, cabría apreciar la necesidad de aplicar de forma imperativa tal fraccionamiento.

El inicial reconocimiento de la discrecionalidad del órgano de contratación para configurar los lotes debe ser matizado al señalar que un principio rector básico de la contratación pública es la eficiente utilización de los fondos públicos que exige que el órgano de contratación a la hora de integrar la prestación objeto de un contrato en un único lote deba ponderar la mayor eficiencia en la ejecución de las prestaciones y la libertad de acceso a las licitaciones, no discriminación y salvaguarda de la competencia. La motivación de lo discrecional es el elemento que lo diferencia de lo arbitrario.

<p>B) Inclusión de criterios sociales: Resoluciones 187/2016, de 22 de septiembre; o 190/2016 de la misma fecha.</p>
--

En este caso, la casuística se refiere a la carencia de efecto directo del artículo 18 de la Directiva 2014/24/UE, invocado por las recurrentes, al no gozar

del suficiente grado de precisión, como se exige entre otras en la Sentencia del TJUE 19 de enero de 1982, Asunto Becker, C-8/81, sin perjuicio de su consideración como orientador e inspirador de la práctica de los órganos de contratación, sin perjuicio del carácter imperativo “*per se*” de las obligaciones de carácter laboral previstas en la ley o en los convenios colectivos.

Ello no obstante cabe destacar que durante el año 2016 ha sido una constante el reconocimiento de la posibilidad de incluir criterios sociales en la licitación pública, en cuyo reconocimiento el Tribunal de Madrid ha sido pionero a través de la Resolución 16/2016, 3 de febrero, de la que se dará cuenta en un Anexo a esta Memoria aportando un estudio respecto de las cuestiones sociales incorporables a la contratación pública.

C) Justificación de la solvencia de los licitadores mediante declaración responsable: el DEUC. Resolución 200/2016, de 20 de julio. *

Esta resolución examina el carácter obligatorio del indicado documento de acuerdo con el artículo 59 de la Directiva 2014/24/UE, al que se otorga efecto directo, en sus apartados 1, 2, 4 y 6, tal y como se expone en el estudio sobre el efecto directo de las Directivas. Igualmente, es de aplicación el Reglamento (UE) nº 2016/7, de 5 de enero por el que se establece el formulario normalizado del documento europeo único de contratación, que de acuerdo con sus artículos 1 y 2 “*Será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro a partir del 18 de abril de 2016.*” Sin perjuicio de que su presentación en línea no es obligatoria hasta el 18 de abril de 2018.

Con este documento la Comisión Europea pretende sustituir las diversas declaraciones nacionales de las personas interesadas en las licitaciones, con la intención de reducir los problemas relacionados con la precisión de la redacción de las declaraciones formales y los problemas lingüísticos, al estar disponible el formulario en las lenguas oficiales y, especialmente, persigue favorecer un aumento de la participación transfronteriza en los procedimientos de contratación pública.

En cuanto al carácter del documento, el Informe 1/2016 de 6 de abril de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Cataluña, en su conclusión II, parece considerar el mismo como una obligación para los operadores económicos, cuando afirma: *“A partir del 18 de abril de 2016 resulta aplicable la obligación de utilizar el documento único europeo de contratación. De acuerdo con el formulario normalizado facilitado por la Comisión, en contratos sujetos a regulación armonizada”*.

No obstante la Resolución, también de 6 de abril de 2016, de la Dirección General del Patrimonio del Estado, por la que se publica la Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre la utilización del Documento Europeo Único de Contratación previsto en la nueva Directiva de contratación pública, considera que la utilización del DEUC es un derecho para la persona licitadora y no un deber al afirmar que el DEUC tiene un doble objetivo:

“- Facilitar a los órganos de contratación la aplicación de la DN y del Reglamento (UE) nº 2166/7.

- Ayudar a las empresas interesadas a cumplimentar correctamente el Formulario normalizado del DEUC según ha quedado éste aprobado por el citado Reglamento comunitario.

Cuando el tipo de procedimiento y de contrato impliquen la aplicación del DEUC los órganos de contratación deberán reconocer expresamente en los pliegos el derecho de las empresas a acreditar el cumplimiento de los requisitos previos de acceso que enumera el artículo 59.1 DN mediante la presentación de una declaración responsable que siga el formulario normalizado del DEUC establecido por el Reglamento (UE) nº 2016/7. Dicho en otras palabras, las empresas deben tener la posibilidad, que no la obligación de presentar el DEUC en esta primera fase que da acceso a la licitación.”

Concluía la Resolución comentada que los Estados miembros están obligados, en virtud del Reglamento 2016/7, a posibilitar que los licitadores aporten en lugar de la documentación acreditativa de su capacidad de forma dispersa o mediante una declaración responsable el DEUC, como instrumento

además de simplificador de su actividad como licitadores y la de las Mesas de contratación, como instrumento homogeneizador de la acreditación de dicha capacidad en todos los Estado miembros en pro de la Unidad de Mercado. En este sentido la redacción del primer inciso del artículo 59 de la Directiva de contratos es suficientemente ilustrativo al respecto *“los poderes adjudicadores aceptarán como prueba preliminar el documento europeo único de contratación”*.

D) Competencia de los Tribunales para resolver recursos respecto de contratos de servicios sociales y otros servicios específicos enumerados en el Anexo XIV de la Directiva 2014/24/UE, como consecuencia de la prohibición del efecto directo vertical descendente.* Resoluciones: 107/2016; 127/2016; 129/2016; 139/2016; 202/2016; 205/2016, 229/2016 y 248/2016.

La misma solución se ha adoptado en la Resolución 118/2016, de 23 de junio respecto del umbral para las concesiones de servicios al ser diferente del previsto en el artículo 40 TRLCSP para los contratos de gestión de servicio público y en cuanto al cálculo del valor estimado del contrato aplicando el artículo 8 de la Directiva de concesiones. España no ha procedido a la adaptación de la legislación nacional en materia de contratos públicos dentro del plazo de transposición que venció el 18 de abril. Por tanto, de la redacción hay que resaltar que el objeto del recurso debe garantizar que al menos coincide plenamente con las materias reguladas en las Directivas de contratación pública. Es decir, la Directiva de recurso obliga a los Estados miembros de la Unión solo a garantizar la vía de recurso en aquellos contratos que superen determinados umbrales la determinación de qué contratos de este tipo hay que considerar sujetos a regulación armonizada también habrá que realizarla de acuerdo con la Directiva, de manera que tendrán tal consideración los que estando regulados en la misma, tengan un valor estimado superior al umbral comunitario y no estén excluidos de su ámbito de aplicación, y no únicamente los que, teniendo un valor estimado superior a aquel umbral, están recogidos en las categorías 1 a 16 del Anexo II del TRLCSP, que son los reconocidos por el artículo 16.1 del mismo. De manera que todos los contratos de servicios, con sus especialidades, quedan regulados en la

nueva Directiva 2014/24/UE y están sujetos a regulación armonizada, según los umbrales que se establece.

Cabe aún hacer una precisión en cuanto al grado de intensidad de aplicación de la Directiva, ya que para determinados servicios del Anexo XIV, se contempla un umbral diferente de sujeción a regulación armonizada. Así el artículo 74 de la Directiva 2014/24/UE, establece que *“los contratos públicos de servicios sociales y otros servicios específicos enumerados en el Anexo XIV se adjudicarán de conformidad con el presente capítulo cuando el valor de dichos contratos sea igual o superior al umbral indicado en el artículo 4, letra d)”* (750.000 euros), lo que implica un régimen algo menos estricto que para el resto de contratos de servicios con el pleno respeto a los principios de la contratación pública. Sin embargo dicho precepto no produce el efecto de desplazar a la normativa vigente en el TRLCSP en virtud de la interdicción del efecto directo vertical descendente, produciéndose la posibilidad de aplicar el apartado 1.b) del artículo 40 de este último, para los servicios que no alcanzando el umbral de 750.000 euros, superan los 209.000.

E) El concepto de concesión de servicios desplaza a la categoría del contrato de gestión de servicios; las normas de cálculo del valor estimado de la concesión y los requisitos de duración, gastos de primer establecimiento y riesgo operacional de la concesión: Resoluciones 118/2016; 129/2016; 164/2016; 169/2016; 179/2016; 214/2016.

En estas Resoluciones destaca, además, que si la concesión no alcanza el umbral comunitario de 5.186.000 euros (artículo 8 de la Directiva 2014/23/UE), puede ser susceptible de recurso especial si supera los umbrales establecidos en el artículo 40.1.c) del TRCLSP.

F) Régimen jurídico de los poderes adjudicadores de los sectores del agua, la energía, el transporte, y los servicios postales: Resolución 199/2016.

El Título III, Capítulo I, de la Directiva 2014/25/UE, establece las normas que han de regir la contratación de los servicios sociales y otros servicios específicos enumerados en el anexo XVII, determinando que se adjudicarán de conformidad con dicho capítulo, cuando el valor de dichos contratos sea igual o superior al umbral indicado en el artículo 15, letra c). El umbral establecido es de 1.000.000 de euros.

De acuerdo con lo establecido por la artículo 92 y 93 de la Directiva, el régimen aplicable a estos contratos de servicios, se circunscribe a la publicación de los anuncios (artículo 92) y a los principios de adjudicación de los contratos (artículo 93), principios que concreta en los de transparencia y e igualdad de trato de los operadores económicos.

Por tanto, los contratos del Anexo XVII (servicios contemplados en el artículo 91) se encuentran sometidos a la Directiva únicamente en cuanto a los anuncios de licitación y los de los contratos adjudicados, así como al respeto a los principios de transparencia e igualdad.

G) El principio de libre concurrencia e igualdad de trato en las especificaciones técnicas: Resoluciones 201/2016; 212/2016; 218/2016.

H) Los criterios de selección deberán ser objetivos. Resoluciones; 182/2015; 216/2016

I) Determinados contratos de servicios no quedan incluidos en la Directiva de concesiones por carecer de interés transfronterizo. Resolución 179/2016, de 14 de septiembre en el caso de la Plaza de Toros de las Ventas.

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

Puede afirmarse que las previsiones, por lo que al volumen de trabajo se refiere, puestas de manifiesto en la Memoria del Tribunal para los años 2011-2015, se han cumplido e incluso superado, en tanto en cuanto el recurso administrativo especial en materia de contratación ha sido utilizado de forma generalizada por las operadores económicos que usualmente se relacionan con los distintos Poderes Adjudicadores del ámbito de aplicación de la Ley, habiéndose llegado a formular 306 recursos, durante el año 2016.

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

Madrid, a 1 de febrero de 2017.

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

Fdo. Elena Hernández Salguero

ANEXO

LOS CRITERIOS SOCIALES EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. DOCTRINA DE LOS TRIBUNALES DE RECURSOS CONTRACTUALES

Es una evidencia que nos encontramos inmersos en un proceso de cambio normativo en materia de contratación pública, como se ha explicado a lo largo de la presente memoria pero, debe destacarse que en relación con las cuestiones sociales, no se trata únicamente de un proceso normativo, sino, en algunos aspectos, un cambio de filosofía en la forma de contemplar la compra pública.

Si bien, no tenemos aún aprobado el Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público, lo cierto es que a través del mecanismo paliativo del incumplimiento de la obligación de transposición, que es el efecto directo de las directivas de contratación pública, por parte del “Juez nacional”, se pueden adelantar en cierto modo las líneas generales de lo que constituye la nueva normativa en materia de contratación pública.

No obstante tal y como he comenzado señalando no todas las tendencias de la compra pública vienen únicamente de la mano de la normativa europea, sino que muchas de ellas se deben a la propia idiosincrasia del legislador nacional y de las propias circunstancias en que se desenvuelve la contratación. Así una de las cuestiones que ha irrumpido recientemente con más fuerza en el panorama nacional de la contratación del sector público es el de las cuestiones de índole social, teniendo especialmente en cuenta el papel que, en la admisión de las mismas, han desempeñado los Tribunales de recursos contractuales.

Estos años de actividad de los tribunales han estado marcados por la profunda crisis económica en nuestro entorno que ha afectado muy especialmente a la actividad de las Administraciones Públicas y, por ende a la contratación, a través de la que se instrumenta. Así se han observado tendencias

tales como utilización indebida de contratos que permiten diferir o trasladar el déficit, como el contrato de gestión de servicios públicos, la acumulación forzada de prestaciones en los denominados contratos integrales, amén del establecimiento de mecanismos para aquilatar el coste de la contratación el recurso al contrato con criterio único precio y muy especialmente la suficiencia de los importes de licitación que han podido repercutir en las condiciones laborales del personal asignado a los contratos. No podemos olvidar la importantísima influencia que la contratación pública, tiene en el ámbito económico, no en vano la contratación representa aproximadamente el 19% del PIB de la Unión Europea, y en términos semejantes del Estado Español, de manera que cualquier actuación en tal ámbito tiene la potencialidad de producir ahorros significativos por lo menos en una primera instancia. Son varios los factores que durante esos años de crisis han colocado los factores sociales de la contratación en un segundo plano respecto de los factores económicos, que a la postre convergen todos en la insuficiencia de los costes del contrato para garantizar la calidad social de la contratación pública.

Todo ello con la finalidad de intentar atender el pacto fiscal europeo firmado por los Estados miembros el 2 marzo 2012, y aprobado por el Congreso el 21 de junio de 2012 , que establece la obligación a los países de la UE de cumplir con la denominada “regla de oro” destinada a limitar el déficit estructural anual al 0,5 % del PIB y, en aquellos países en los que la deuda es inferior al 60% del PIB, 1%; y la obligación de mantener el déficit público por debajo del 3% siempre del PIB, como lo exige el Pacto de Estabilidad y Crecimiento.

Ahora bien, la contratación pública, aunque con claros componentes de naturaleza presupuestaria, no puede verse condicionada por los mismos, ya que tiene naturaleza autónoma. Es más, en muchas ocasiones son esos condicionantes presupuestarios los que obligan a una lectura o una práctica no conforme con la esencia de las reglas de los contratos públicos. Práctica que está comportando la imposición de medidas financieras de corrección por las Instituciones comunitarias al constatarse un incumplimiento de las reglas de licitación pública en prestaciones financiadas con ayudas comunitarias. Ello en el

bien entendido de que tal y como señala el Informe Especial del Tribunal de Cuentas Europeo núm. 10 de 2015, relativo a la “Necesidad de intensificar los esfuerzos para resolver los problemas de contratación pública”, el objetivo a satisfacer es la racionalización del uso los fondos públicos que garantice la sostenibilidad del sistema.

Se aprecia entonces la existencia de tensión entre dos fines o filosofías presentes en la compra pública. Así, mientras de un lado se pretende lograr el máximo ahorro en la contratación pública adquiriendo bienes y servicios con la mejor relación calidad-precio, por otro lado en la misma se encuentran presentes una serie de objetivos de política social, más concretamente laboral. En concreto de un tiempo a esta parte la tendencia que podríamos llamar de “rebote” o “efecto muelle”, es precisamente la contraria y supone atraer al ámbito de la contratación pública los criterios sociales que nos ocupan.

Debemos situarnos ante lo que el profesor Gimeno Feliú denomina compra pública estratégica. *“Una correcta utilización de la compra pública como instrumento al servicio de políticas públicas debe permitir reforzar el modelo social europeo”*. La concepción de lo que es la compra pública y su fundamento ha cambiado de forma muy notable en los últimos años. Así la compra pública puede ser concebida como un instrumento para la adquisición en régimen de concurrencia de productos, obras y servicios con la mejor relación coste-eficacia (oferta económicamente más ventajosa, incluyendo el coste de ciclo de vida -art. 67 Directiva 2014/24/UE-); o bien contemplar otros aspectos de promoción de las políticas que corresponden a los poderes públicos, singularmente sobre cuestiones sociales o medio ambientales.

En el ámbito de la Unión Europea en el que debemos desenvolvemos a la hora de interpretar las cuestiones básicas en materia de contratación pública, se viene hablando desde hace tiempo de contratación estratégica. La contratación pública no puede ser considerada como un fin en sí misma (adquisición de bienes y servicios) sino que se contempla como una herramienta al servicio de los poderes públicos para el cumplimiento efectivo de sus fines o políticas públicas.

Son muchos los documentos de trabajo de la Unión donde queda patente esta consideración de la compra pública, entre los que sin ánimo exhaustivo destacan:

- Estrategia Europa 2020, establecida en la Comunicación de la Comisión de 3 de marzo de 2010 titulada «Europa 2020, una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador» («Estrategia Europa 2020»), como uno de los instrumentos basados en el mercado que deben utilizarse para conseguir un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, garantizando al mismo tiempo un uso más eficiente de los fondos públicos con un claro objetivo de alcanzar una tasa de empleo mínima del 75 % para la población de entre 20 y 64 años; reducir en 20 millones el número de personas que viven por debajo del umbral de la pobreza o en riesgo de exclusión social.
- Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Banco Central Europeo, al Comité Económico y Social Europeo, al Comité de las Regiones y al Banco Europeo de Inversiones: Medidas en favor de la estabilidad, el crecimiento y el empleo [COM (2012) 299 final]. A la luz de la crisis económica, la Comunicación analiza el papel de la UE y de sus Estados miembros en una nueva iniciativa de crecimiento cuyo objetivo es volver a sentar bases sólidas para la economía europea. La Comisión sugiere que la UE debe aprovechar las fuentes exteriores de crecimiento; el potencial de financiación por parte de la UE del crecimiento que necesita Europa y el potencial de crecimiento de la Unión Económica y Monetaria, del mercado interior y del capital humano.
- Decisión 2010/707/UE del Consejo, de 21 de octubre de 2010, relativa a las orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembros [Diario Oficial L 308 de 24.11.2010].
- Recomendación 2010/410/UE del Consejo, de 13 de julio de 2010, sobre directrices generales para las políticas económicas de los Estados miembros y de la Unión [Diario Oficial L 191 de 23.07.2010].
- Conclusiones del Consejo Europeo de 25 y 26 de marzo de 2010. El Consejo Europeo aprobó los principales aspectos de la estrategia Europa 2020 para el empleo y el crecimiento.

- “Resumen de la evaluación del impacto y la eficacia de la legislación de la UE sobre contratación pública”, se afirma que “La revisión de las Directivas de la UE sobre contratación pública es una de las doce actuaciones clave mencionadas en el Acta del Mercado Único¹, que contribuirá a potenciar el crecimiento y el empleo en Europa. La revisión debe sustentar “una política equilibrada que preste su apoyo a una demanda de bienes, servicios y obras que sean respetuosos del medio ambiente, socialmente responsables e innovadores (...)”.

Antes que nada debe destacarse que muchas de las cuestiones de índole social que se plantean en la Directiva 2014/24/UE y que han sido acogidas por los operadores económicos y por algunos órganos de contratación como una novedad o cambio de sistema, no lo son a mi juicio. La circunstancia de que la Directiva reconozca expresamente la obligación de cumplimiento de las obligaciones laborales o medioambientales, no las hace más obligatorias (valga la redundancia) ni les añade un plus de imperatividad. Esto no obstante no cabe desconocer que esta regulación ha servido para poner el foco de atención sobre este tipo de cuestiones.

En primer lugar el cumplimiento de dichas obligaciones legales del ámbito laboral se recoge como un principio o declaración programática de la propia Directiva en el apartado 2 de su artículo 18, que si bien carece de efecto directo al no gozar de la precisión necesaria, debe informar la actuación de los poderes adjudicadores en cuanto establece que: *“Los Estados miembros tomarán las medidas pertinentes para garantizar que, en la ejecución de contratos públicos, los operadores económicos cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral establecidas en el Derecho de la Unión, el Derecho nacional, los convenios colectivos o por las disposiciones de Derecho internacional medioambiental, social y laboral enumeradas en el anexo X”.*

En segundo lugar en relación con la apreciación de la capacidad para la ejecución del contrato, señala el artículo 56 de la Directiva que los poderes adjudicadores podrán decidir no adjudicar un contrato al licitador que presente la oferta económicamente más ventajosa cuando hayan comprobado que la oferta

no cumple las obligaciones aplicables contempladas en el artículo 18, apartado 2. Lo que ya constituye toda una declaración de principios, si bien prima facie resulta aparentemente contradictoria que no se utilice el término “deberán”, como ocurre en el caso de las bajas temerarias (artículo 69). Se trata en realidad de la posibilidad de establecer en los pliegos un control de la viabilidad de la oferta, aun en el caso de que la misma no se encuentre incurso en presunción de temeridad, de ahí la utilización del término potestativo. La explicación a la diferencia entre ambos preceptos radica en que mientras este examen de viabilidad es obligatorio en el caso de ofertas temerarias para garantizar la adecuada ejecución del contrato, no lo es en el caso de ofertas no temerarias, debiendo por tanto establecerse en el pliego en el caso de querer realizarlo a elección del órgano de contratación.

Este mecanismo se viene utilizando de forma habitual por algunos poderes adjudicadores en contratos de gran complejidad en la ejecución, para comprobar la viabilidad económica de la oferta aun en el caso de no estar incurso en presunción de temeridad, debiendo a mi juicio lo diga o no la norma, ser un parámetro de viabilidad obviamente el cumplimiento de las obligaciones legales de todo tipo. Este rechazo de la oferta en todo caso es obligatorio en el caso de que la oferta sea anormalmente baja porque no cumple las obligaciones aplicables contempladas en el artículo 18, apartado 2): *“Los poderes adjudicadores rechazarán la oferta si comprueban que es anormalmente baja porque no cumple las obligaciones aplicables contempladas en el artículo 18, apartado 2”*. De nuevo aquí cabe preguntarse ¿pero es que no había que examinar dicho cumplimiento antes de la Directiva para que el informe de justificación de la viabilidad de la oferta gozara de la lógica, y razonabilidad que constituye el límite de la actuación discrecional del órgano de contratación a la hora de valorar las ofertas?

En este ámbito se produce uno de los más importantes avances, no ya solo de la legislación, sino del tratamiento que a la compra pública se vienen dando en el sector público español, y es que se obliga entonces a realizar unos pliegos con unos adecuados estudios de costes para permitir ofertas viables y la realización

de ofertas serias y rigurosas con un estudio económico que garantice la viabilidad de la ejecución, abandonando la costumbre de “adecuar a posteriori la oferta hecha a bulto”. Esta consecuencia deriva también de la restricción que de la modificación de contratos se contiene en el anteproyecto de ley de contratos del sector público, más rigurosa que la propia Directiva de contratos, que abocaría a la resolución contractual los contratos con ofertas poco serias que han relativizado la necesidad del cumplimiento de las obligaciones sociales, o medioambientales.

También cabe la introducción de cuestiones sociales a través de las condiciones de ejecución del contrato, reguladas en el artículo 70 de la Directiva de contratos. *“Los poderes adjudicadores podrán establecer condiciones especiales relativas a la ejecución del contrato, siempre que estén vinculadas al objeto del contrato, en el sentido del artículo 67, apartado 3, y se indiquen en la convocatoria de licitación o en los pliegos de la contratación. Dichas condiciones podrán incluir consideraciones económicas o relacionadas con la innovación, consideraciones de tipo medioambiental, social, o relativas al empleo”.*

El cumplimiento de las obligaciones sociales también puede ser exigido a los subcontratistas de acuerdo con lo establecido en el artículo 71.

Especial atención merece la doctrina de Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid en torno a diversas cuestiones sociales. **La más destacada de ellas se refiere a la posibilidad de la introducción de cuestiones sociales a través de los criterios de valoración,** que se produjo en la Resolución 16/2016, de 3 de febrero de 2016, por primera vez y con carácter posterior en las Resoluciones 90 y 91/2016, consolidando la anterior doctrina. Seguidamente el Tribunal Central de Recursos Contractuales dictó la Resolución de 13 de marzo de 2016, en el mismo sentido, siendo seguidos por otros tribunales, que han aplicado y matizado esta doctrina al caso concreto, como el Acuerdo del TACPAragón 80/2016, de 30 de agosto, y la Resolución 46/2016, de 18 de febrero, del TARJCAAndalucía.

Esta cuestión no dimana directamente como hemos adelantado de las nuevas directivas, sino de la propia evolución de los poderes adjudicadores nacionales, avalada en los términos que se expondrán por los Tribunales de recursos contractuales.

En cuanto a la inclusión de los criterios sociales y medio ambientales como criterio de valoración, la Directiva 24/2014 no se aparta en lo fundamental de su predecesora y de nuevo exige que los criterios estén vinculados con el objeto del contrato, no sean discriminatorios, y se encuentren debidamente establecidos en los pliegos. Si bien introduce en su artículo 67 algunos matices importantes, precisando el concepto oferta económicamente más ventajosa que había planteado algunos problemas interpretativos, (Vid STJUE de 17 de septiembre de 2002, As. C-513/99, Concordia Bus Finland Oy Ab) por el del cálculo del coste del ciclo de vida, utilizando un planteamiento que atienda a la relación coste-eficacia, como con arreglo al artículo 68, que podrá incluir la mejor relación calidad-precio, que se evaluará en función de criterios que incluyan aspectos cualitativos, medioambientales y/o sociales vinculados al objeto del contrato público de que se trate.

En todo caso debe considerarse la declaración de principios contenida en su considerando 95: *“Es de capital importancia aprovechar plenamente las posibilidades que ofrece la contratación pública para alcanzar los objetivos de la Estrategia Europa 2020 (...) Sin embargo, ante las grandes diferencias existentes entre los distintos sectores y mercados, no sería apropiado imponer a la contratación unos requisitos medioambientales, sociales y de innovación de carácter general y obligatorio”.*

La vinculación con el objeto del contrato ha sido el principal escollo para reconocer abiertamente la posibilidad de incluir criterios de adjudicación de índole social en la contratación pública, a lo que cabe añadir que la cuestión en relación con la calidad social de los contratos trae causa en gran medida de lo establecido en el artículo 82.3 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET),

que permite el “descuelgue” como excepción al carácter vinculante del Convenio Colectivo, entendiendo por tal el procedimiento legal que permite no aplicar en la empresa las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo aplicable, sea este de sector o de empresa, que afecten a determinadas materias, si se dan determinadas circunstancias previstas en la Ley. Es lo que la Ley denomina una medida de “flexiseguridad” para evitar la destrucción de empleo. De manera que tan legal es realizar una oferta teniendo en cuenta los precios del Convenio Colectivo Sectorial aplicable, como el Convenio de empresa derivado de la aplicación del precepto anterior; por lo que en principio tales ofertas no podrían rechazarse.

El examen de la cuestión en concreto por el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, parte del reconocimiento de la dificultad dogmática de la cuestión, señalando dos paradojas a mi juicio, ya que la doctrina y la jurisprudencia en este punto parecen admitir la inclusión de criterios medio ambientales sin problema, pero no hay jurisprudencia en el ámbito de los criterios sociales, y de otro se admite la inclusión de cuestiones sociales como cuestiones de ejecución del contrato pero no como criterio de valoración. ¿Cuál es el obstáculo para ello, cuando las condiciones de ejecución tal y como establece el artículo 70 de la Directiva deben estar asimismo vinculadas el objeto del contrato? La vinculación directa de los criterios de adjudicación con el objeto del contrato, hasta el momento, ha sido elevada a categoría casi de principio general por la doctrina y la jurisprudencia que impide casi de plano en su interpretación literal la aplicación de criterios de valoración de corte social.

Se produce aún una tercera paradoja y es que no cabe legislar en los pliegos y el establecimiento a modo de obligación de un criterio social frente a otro que puede ser perfectamente legal implica una suerte de derogación normativa de las medidas legales que puedan haberse adoptado, singularmente el descuelgue de convenios que sí obedece a causas reales podría perjudicar a empresas en situación financiera delicada y especialmente a las PYMES. Sin embargo lo que se está pretendiendo realizar en los Pliegos mediante el establecimiento de un requisito social o medioambiental frente a otro que puede ser perfectamente legal,

es promover un cambio en las prácticas empresariales que podría llevar en un futuro a un cambio en la legislación.

Si bien es cierto que las medidas legales que en este caso puedan haberse adoptado, singularmente el descuelgue de convenios, obedecen a causas reales, que podrían ayudar a empresas en situación financiera delicada y especialmente a las PYMES, también es una realidad que la aplicación de tales medidas ha provocado que la Audiencia Nacional haya anulado hasta el momento 45 convenios colectivos de empresa por haberse celebrado en fraude de ley, situación que los órganos de contratación y los de resolución de los recursos no pueden desconocer.

Para llegar a la conclusión de admisibilidad de criterios de valoración de índole social se parte de que la Directiva no niega la posibilidad, señalando su Considerando 39 (de la misma forma que su predecesora en su artículo 26, transpuesto a su vez en el artículo 118 del TRLCSP), que: *“También debe ser posible incluir cláusulas que garanticen el cumplimiento de convenios colectivos, de conformidad con el Derecho de la Unión, en los contratos públicos. El incumplimiento de las respectivas obligaciones podría considerarse una falta grave del operador económico, pudiendo acarrearle su exclusión del procedimiento de adjudicación de un contrato público”*.

Por otro lado fue determinante el considerando 91 de la Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de mayo de 2012, en el Asunto C-368/10, que señala que *“no es necesario que un criterio de adjudicación se refiera a una característica intrínseca de un producto, es decir, a un elemento incorporado materialmente en éste”*, que concluye que *“nada se opone, en principio, a que dicho criterio se refiera al hecho de que un producto proceda del comercio justo”*. De manera que el Tribunal entendió que existía identidad de razón suficiente para considerar aplicable el criterio sustentado por la Sentencia dictada en el Asuntos C-368/2010, - que permite establecer como criterio de adjudicación un elemento no intrínseco del producto a suministrar, como es su procedencia del comercio

justo, - para apreciar su calidad, a efectos interpretativos del artículo 150 del TRLCSP.

A todo ello cabe añadir que el considerando 92 de la Directiva de contratos contempla esta opción señalando “(...) *En el contexto de la mejor relación calidad-precio, la presente Directiva incluye una lista no exhaustiva de posibles criterios de adjudicación que incluyen aspectos sociales y medioambientales*”.

Nada hay que objetar a tal criterio, de acuerdo con el TRLCSP y su interpretación a la luz de las Directivas y jurisprudencia europea, tal y como más arriba se ha expuesto, puesto que su inclusión, especialmente en contratos en los que nos encontramos con prestaciones personales y en los que el componente esencial viene dado por el coste de la mano de obra, no supone trato discriminatorio para ninguna empresa, puesto que a la hora de elaborar sus ofertas, las empresas que pretendan obtener puntuación por este o los otros dos criterios de carácter social, necesariamente obtendrán una menor puntuación en el apartado de la oferta económica, ya que deberán presupuestar en principio mayores gastos. En consecuencia, una puntuación compensa a la otra, dependiendo de la estrategia empresarial que se opte por un apartado o el otro.

Además el criterio, que pretende primar a las empresas que mejoren las condiciones de trabajo de los empleados en el contrato, no “descolgándose” de los convenios colectivos estatales, no parece ser considerado como abusivo o gravoso, con carácter general, ya que el aumento de costes laborales puede ser compensado con la oferta económica, en el marco de la libertad de empresa.

Ello sin embargo con ciertas matizaciones: En primer lugar como señala el Informe 1/2015, de 17 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón sobre integración de aspectos sociales, laborales y medioambientales en la contratación pública: “a) *En primer lugar, es imprescindible acotar de alguna manera el ámbito de aplicación, ya que cláusulas como la propuesta solo tienen sentido cuando se contraten prestaciones en las que el componente económico fundamental venga constituido por el coste de la*

mano de obra, o en las que se incorporen cláusulas de subrogación de trabajadores.

b) En segundo lugar, y no menos importante, además de adaptarse según el objeto y tipología de contrato, su inclusión requiere de una evaluación previa para determinar la idoneidad de incluirla e, incluso, su alcance temporal. Salvo que el Gobierno de Aragón se dote de algún instrumento normativo que establezca su obligatoriedad o, en su caso, la recomendación, de su inclusión en las licitaciones, su incorporación en cada caso dependerá de la decisión del órgano de contratación competente, valorando las circunstancias de la concreta licitación.

c) En tercer lugar, la cláusula debe incorporar los necesarios parámetros objetivos para determinar cuando la obligación se entiende cumplida; debe establecerse un importante y responsable control por la Administración en la fase de ejecución del contrato, que permita aplicar con rigor la cláusula; y sus consecuencias («supresión» de la prórroga o resolución del contrato) deben también acotarse en cada caso”.

Lógicamente este examen deberá hacerse al caso concreto, como decimos y así se desprende del considerando 98 de la Directiva 2014/24/UE: *“Es fundamental que los criterios de adjudicación o las condiciones de ejecución de un contrato relacionados con los aspectos sociales del proceso de producción se refieran a las obras, suministros o servicios que hayan de facilitarse con arreglo al contrato de que se trate”.*

Por último no debe olvidarse que la inclusión de esos criterios sociales debe respetar, por su puesto, en todo caso el principio de igualdad y no discriminación entre las empresas licitadoras como ya determinó el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto C-225/98, en el que afirmó que los poderes adjudicadores pueden basarse en una condición vinculada a la lucha contra el desempleo, siempre que esta se atenga a todos los principios fundamentales del Derecho comunitario y que los poderes adjudicadores tengan ante sí dos o más ofertas económicamente equivalentes. Finalmente, refiriéndose a la aplicación de un criterio de adjudicación relacionado con la lucha contra el

desempleo, el Tribunal precisa que este no debe tener una incidencia directa o indirecta en los licitadores procedentes de otros Estados miembros de la Comunidad y ha de mencionarse expresamente en el anuncio de contrato, con el objeto de que los contratistas puedan tener conocimiento de la existencia de tal condición. En igual sentido se pronuncia el Tribunal de Justicia en la Sentencia de 20 de septiembre de 1988, Beentjes, asunto C-31/87.

Como última reflexión cabe señalar que en este punto la actuación de las Administraciones Públicas españolas parece ciertamente pendular, pasando de la situación inicial de contención a ultranza del gasto en la contratación, a la generalización de la utilización de criterios y otras cuestiones de corte social, a través de instrumentos normativos respecto de los que, al menos cabe dudar en algunos casos la existencia de título competencial que los sustente.

Ante ello cabe recomendar prudencia y mesura a la hora de introducir estos criterios sin duda de origen muy loable, pero que sin reposo y rigor pueden producir efectos distorsionadores no deseados.

Otro de los aspectos sociales tratados durante este año 2016 con más incidencia por el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la comunidad de Madrid, es el de la insuficiencia del importe de licitación y vinculación a los convenios colectivos. Son muchas las ocasiones en que el fundamento de los recursos especiales en materia de contratación es la insuficiencia bien del presupuesto en el caso de que lo impugnado sean los pliegos, como de la oferta si el acto impugnado es la adjudicación del contrato, en tanto las cantidades indicadas no permitirían al adjudicatario ni siquiera cubrir los costes de personal (especialmente en los casos de subrogación de personal o en los casos en que existe compromiso de adscripción de medios del art. 64 TRLCSP). Si bien en resoluciones anteriores se había adelantado el criterio del Tribunal madrileño, durante el año 2016 se han dictado varias Resoluciones en el mismo sentido por ejemplo 246/2016, 16 de noviembre de 2016, sobre la limpieza de diferentes inmuebles de la Consejería de Educación, Juventud y Deporte de la Comunidad de Madrid o la Resolución 210/2016, de 16 de septiembre de 2016 del

TARJCA, en relación con el servicio de apoyo y asistencia escolar al alumnado con necesidades educativas de apoyo específico en los centros docentes públicos de la provincia de Málaga.

Debe recordarse que el TRLCSP en el artículo 87 dispone, que en los contratos del sector público la retribución del contratista consistirá en un precio cierto y que: *“Los órganos de contratación cuidarán de que el precio sea adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato, mediante la correcta estimación de su importe, atendiendo al precio general de mercado en el momento de fijar el presupuesto de licitación y la aplicación en su caso de las normas sobre ofertas con valores anormales o desproporcionados”*.

La exigencia de que el cálculo del valor de las prestaciones, y correlativamente el monto de las ofertas, se ajuste a los precios de mercado, tiene por objeto garantizar que en la contratación exista un equilibrio entre las partes y que ninguna de ellas obtenga un enriquecimiento injusto, así como garantizar la viabilidad de las prestaciones objeto del mismo, que se establecen en función del interés general que persigue la actuación administrativa. Tratándose de contratos en que el coste del personal es significativo, tal y como los Tribunales han señalado en diversas ocasiones, los indicados precios de mercado a considerar en la oferta, deben tener obviamente en cuenta los salarios y demás prestaciones incluidas en su caso en los convenios colectivos aplicables.

Siendo esto así, debe señalarse que el escenario que debe tenerse en cuenta a la hora de resolver, parte de la consideración de la negociación colectiva en lo que respecta a la Administración licitante como una *“res inter alios acta”* que no vincula a la Administración sino a los trabajadores y empresarios implicados en el ámbito del convenio y las condiciones económicas pactadas en convenio sobre los precios de los servicios no pueden ser trasladadas al ente titular del servicio, pues no ha intervenido en su gestación. No solo la Administración no está vinculada por lo establecido en un convenio colectivo para fijar el precio de un contrato sino tampoco los licitadores a la hora de realizar su proposición económica (debe tenerse en cuenta el Real Decreto-ley 3/2012, de 10

de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral que flexibiliza el alcance de la vinculación de los convenios colectivos.)

En tales casos el Tribunal madrileño viene aplicando la doctrina anterior y por lo tanto considera dentro del ámbito de la libertad de empresa la distribución de costes, siempre dentro de la suficiencia total de la oferta. Esto no obstante, en aquellos casos en que las prestaciones del contrato vengan determinadas en los pliegos especificando el mantenimiento de determinada plantilla durante toda la vida del contrato, indicando el número de horas o jornadas que deben realizar, necesariamente el precio hora del convenio colectivo de aplicación debe constituir como mínimo el importe de licitación, al no contar el licitador con más margen de costes.

En relación con este aspecto el artículo 56 de la Directiva de contratos contiene una interesante posibilidad de apreciar el cumplimiento de obligaciones de índole laboral, sin necesidad de que la oferta esté incurso en presunción de temeridad, para lo que habrá que prever en los pliegos tal posibilidad y el modo de llevarla a cabo.³¹

Caso distinto se produce cuando la oferta de la adjudicataria esta incurso en presunción de temeridad en cuyo caso, dado que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 152.3 del TRLCSP debe articularse un procedimiento contradictorio de justificación de la viabilidad de la oferta, el Tribunal sí puede y con las nuevas Directivas debe, examinar dicha justificación.

En este punto la apreciación de la viabilidad de la oferta corresponde al órgano de contratación en virtud de la discrecionalidad técnica que le es dada, ahora bien ello no implica que dichas decisiones estén exentas de control, antes bien, los elementos de control serían, además del cumplimiento de las formalidades jurídicas, que exista motivación y que la misma resulte racional y razonable excluyendo toda posibilidad de arbitrariedad.

³¹ “Los poderes adjudicadores podrán decidir no adjudicar un contrato al licitador que presente la oferta económicamente más ventajosa cuando hayan comprobado que la oferta no cumple las obligaciones aplicables contempladas en el artículo 18, apartado 2”

Esta cuestión que el TACPCM venía aplicando como el resto de órganos encargados de la resolución del Recurso especial, encuentra acomodo expreso en la nueva Directiva de contratos en su artículo 69³². Al carácter de *res inter alios acta* de los convenios cabe añadir otros condicionantes legales o jurídicos que el Tribunal Madrileño ha considerado indisponibles al mismo. Así se considera intangible al ámbito de la contratación pública los derechos de los trabajadores, entre ellos los de la negociación colectiva o el derecho de huelga (Vid. Resoluciones 95/2013, y 27/2014).

Por último resulta obligado referirse, entre las cuestiones de corte social, más tratadas por el Tribunal durante el año 2016, la de la previsión o establecimiento de la obligación de subrogación de los trabajadores en los pliegos.

Para ello la Resolución 235/2016 de 2 de noviembre del TACPCM, resume la doctrina en la materia. Esta resolución contempla un contrato de servicios de mantenimiento integral en el que se prevé la subrogación contractual condicionada a la aceptación de los trabajadores afectados, tal y como se reconoce en la Sentencia de la Audiencia Nacional de 25 de marzo de 2015.

En esa Resolución se ponen de relieve la diferencia de criterios doctrinales en la Jurisdicción Social y Contencioso Administrativa

En el ámbito de la Jurisdicción Social, se reconoce la posibilidad de subrogación contractual vía pliegos. En concreto la Sentencia del Tribunal Supremo dictada en el recurso de casación para la unificación de la doctrina 2423/2003, de fecha 4 de abril de 2005, señala en su fundamento de derecho tercero, *“en otro caso de conformidad con esa doctrina, la sucesión únicamente se produce por que la imponga el convenio colectivo estatutario que sea de aplicación, o con determinadas restricciones, cuando se derive del pliego de condiciones de la concesión”*.

³² Artículo 69 de la Directiva de contratos *“Los poderes adjudicadores rechazarán la oferta si comprueban que es anormalmente baja porque no cumple las obligaciones aplicables contempladas en el artículo 18, apartado 2.”*

Así mismo la Sentencia, de 20 de febrero de 2000, 4949/1998, dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina, cuyo objeto estriba en si resulta o no válida la subrogación en diversos contratos de trabajo, impuesta en el pliego de condiciones a una empresa a quien se adjudica una contrata en régimen de competencia con otra contratista que hasta ahora había venido desempeñando, como monopolista, el servicio, y continúa prestándolo en lo sucesivo en concurrencia con la nueva adjudicataria, oponiéndose a tal subrogación los trabajadores afectados por ella, en la actividad de handling, parece asimismo considerar esta opción cuando de forma negativa previene que no es posible imponer la obligación sin contar con el consentimiento de los trabajadores lo que implica, a sensu contrario, su admisión en caso de concurrir este último: *“Siendo ello así, no resulta aplicable el citado art. 44.1 del ET, y por ello el Pliego de Condiciones impuesto al nuevo adjudicatario no obliga a los trabajadores que estaban al servicio de aquella empleadora que continúa prestando la misma actividad en concurrencia con la nueva, porque el tratar de imponerles el paso de una empresa a otra supone una novación de contrato por cambio de empleador (deudor en cuanto a las obligaciones legalmente impuestas a todo empresario), y ello no puede hacerse sin el consentimiento de los acreedores en dichas obligaciones (art. 1205 del Código Civil), siendo por ello de acoger la tesis de los recurrentes, que invocan como infringidos el precepto últimamente citado, y los arts. 1257 y 1091 del Código Civil, por inaplicación, y de la Jurisprudencia interpretadora del art. 44 del ET, por aplicación indebida”*.

Por su parte la Jurisdicción Contencioso Administrativa y la doctrina de los Tribunales de Recursos Contractuales y de las Juntas Consultivas sostiene la tesis contraria de acuerdo con los siguientes argumentos, que asimismo son los que ha sostenido el Tribunal madrileño.

Así se parte de que la obligación de subrogación de los trabajadores que con anterioridad vinieran prestando el servicio, se deriva del artículo 44 del ET, que la establece en el caso de la denominada sucesión de empresas, en transposición de lo dispuesto en la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de

marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad, *“El cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, incluyendo los compromisos de pensiones, en los términos previstos en su normativa específica, y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido el cedente”*. Respecto de este tipo de subrogación legal el Tribunal Supremo ha señalado, entre otras muchas, en la Sentencia de 16 de julio de 2003, dictada en el recurso de casación 2343/2002, que para exista la sucesión empresarial que determina la subrogación lo transmitido tiene que ser *“una unidad patrimonial susceptible de ser inmediatamente explotada”*, añadiendo la Sentencia de 27 de enero de 2015, dictada en el recurso de casación 15/2014, que *“lo importante (para determinar si concurre el supuesto de sucesión de empresas), no es el coste de las inversiones en medios materiales, sino la necesidad de los mismos”*, así mismo la STJUE de 6 de marzo de 2014, C-458/12, afirma que la unidad productiva autónoma *“debe preexistir a la transmisión y tener autonomía funcional suficiente”*.

Ahora bien la raíz de la controversia se presenta precisamente porque no cabe entender que el cambio de contratista para la ejecución de un contrato de servicios constituya un supuesto de sucesión de empresas. Así lo ha señalado expresamente el Tribunal Supremo, ya desde su Sentencia de 13 de marzo de 1990 ROJ 17364/1990, relativa a la sucesión en el caso de personal al servicio de los recaudadores de zona de la Hacienda Pública, *“sin perjuicio de posibles garantías adicionales a través de normas sectoriales (caso de las empresas de limpieza de edificios y locales o de los servicios de vigilancia y seguridad), para ello es necesario que la transmisión afecte a un conjunto de elementos patrimoniales susceptible de constituir un soporte productivo dotado de autonomía funcional y no a una mera actividad y a los contratos de trabajo a ella vinculados”*.

Lo anterior significa que, si bien existe una obligación legal, de ámbito laboral, de subrogar a los trabajadores en los supuestos de sucesión de empresas, ello no implica que cada vez que se produzca un cambio de adjudicatario en la prestación de un servicio contratado por la Administración nos hallemos ante un supuesto de sucesión de empresas que exija la subrogación indicada, sin perjuicio de que ello pueda ser así al caso concreto en virtud de los acuerdos que puedan incorporar los convenios colectivos aplicables.

Cabe añadir que también se considera que se produce un supuesto de sucesión empresarial aunque no se transfiera la organización y medios productivos en los casos de contratos con gran carga de personal en que se transfiera precisamente la mano de obra necesaria para la realización del contrato. Es lo que se ha venido a denominar la “sucesión de la plantilla”, sentada por la STJUE de 11 de marzo de 1997 Asunto C-13/95 Süzen, o la STJUE de 10 de diciembre de 1998, Asunto C-127 y 229/96, Sánchez Hidalgo - Hernández Vida, entre otras y recogida por el Tribunal Supremo en Sentencias de 29 y 27 de octubre de 2004 (RJ 7162 y 7202) o la de 5 de marzo de 2013 (RJ 3649).

Además cabe la denominada subrogación convencional de acuerdo con lo establecido entre otras en Sentencias del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 2001, una dictada en el Recurso de Casación 4206/2000, y otra de 3 de junio de 2002, dictada en el Recurso de Casación 4892/2000, vienen a determinar que la única vía por la que puede operar una subrogación obligatoria, partiendo de la premisa de que no existe sucesión de empresa en la sucesión de contratos administrativos, es porque así lo establezca la norma sectorial contenida en el convenio colectivo de aplicación, excluyendo el convenio de empresa y con los límites que se establezcan en el propio convenio colectivo que la prevea.

En el mismo sentido más recientemente se ha pronunciado el Informe 5/2014, de la Comisión Consultiva de Contratación Pública de la junta de Andalucía, de 24 de noviembre, sobre diversas cuestiones surgidas en torno a la figura de la subrogación de personal en materia de contratación pública. Asimismo el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en sus

Resoluciones núm. 75/2013, de 14 de febrero o 969/2015, de 23 de octubre, siguiendo una línea doctrinal constante, señala del mismo modo al respecto que *“la cláusula de subrogación empresarial excede del ámbito subjetivo propio de los pliegos, -Administración contratante y adjudicatario-, en la medida en que dicha cláusula supondría establecer en un contrato administrativo estipulaciones que afectan a terceros ajenos al vínculo contractual, como son los trabajadores de la anterior empresa adjudicataria. Desde un punto de vista objetivo, dicha cláusula impondría al contratista obligaciones que tienen un “contenido netamente laboral” (la subrogación en los derechos y obligaciones del anterior contratista respecto al personal de éste destinado a la prestación del servicio) y “que forman parte del status de trabajador”, de cuyo cumplimiento o incumplimiento no corresponde conocer ni a la Administración contratante ni a la jurisdicción contencioso-administrativa, sino a los órganos de la jurisdicción social”.*

De ahí que los órganos los Tribunales de recursos contractuales hayan señalado en diversas resoluciones que no es preciso que la obligación de subrogar a los trabajadores del servicio anterior estuviera recogida con carácter general en los pliegos, puesto que dicha obligación no deriva de los pliegos, sino del régimen jurídico laboral aplicable a las relaciones existentes entre los empleadores y empleados, de manera que a sensu contrario, si procediera legalmente la subrogación de trabajadores, ninguna virtualidad tendría desde la óptica del derecho de los trabajadores y la correlativa obligación del empleador, que se estableciera lo contrario en los pliegos.

Sin embargo la Sentencia de la Audiencia Nacional de 25 de marzo de 2015, de la Sala de lo contencioso administrativo establece que junto con la subrogación legal y convencional, cabe un tercer supuesto constituido por la subrogación contractual vía pliegos, de forma condicionada a la voluntad del trabajador con un “claro objetivo de defensa de un interés público y que se aplica por igual a todas las empresas del ramo”. No desconoce esa Sentencia la corriente jurisprudencial opuesta, ya que cita de contrario la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 12 de febrero de 2014, que llega a la conclusión contraria, precisamente en un asunto en que se impugnaba una

resolución del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, negando la posibilidad de subrogación contractual y avalando nuestra postura.

Pero es que además el Tribunal Supremo, Sala de lo contencioso, en diversas Sentencias, como la de 8 de junio de 2016, dictada en el recurso de casación 1602/2015, confirmando una Resolución del Tribunal Central de Recursos Contractuales señala que: *“La resolución del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales es conforme a la interpretación que la Sala ha realizado en la sentencia de 16 de marzo de 2015 (casación 1009/2013) y en las anteriores a las que se remite”*.

En efecto, en esa Sentencia se sigue el mismo criterio sentado con anterioridad a propósito de cláusulas de los pliegos de condiciones de licitaciones semejantes a las de este caso en las que se preveía la atribución de determinados puntos a las ofertas que incluyeran el compromiso de subrogación en los contratos laborales del personal del operador saliente. La Sala confirmó la anulación de las mismas dispuesta en la instancia, corroborando que esa subrogación resultaría, en su caso, de lo establecido en la legislación laboral y en los convenios colectivos y, por eso, no debía ser fuente de asignación de puntos. La diferencia en el caso de la Sentencia de 16 de marzo de 2015 (casación 1009/2013) es que en esa ocasión la cláusula cuestionada no preveía la atribución de puntos por la subrogación sino que exigía al nuevo adjudicatario que se subrogase en las relaciones laborales del anterior. Ahora bien, aquí la Sala siguió entendiendo que era a la legislación laboral a la que se debía atender para imponer o no esa obligación” (vid asimismo la Sentencia de 11 de junio de 2004, RJ 5170).

La reciente Sentencia de la Audiencia Nacional, sala de lo contencioso administrativo de 14 de septiembre de 2016 dictada en el recurso 57/2016 señala que: *“tampoco la Administración puede imponer la obligación de subrogación legal del nuevo adjudicatario pues, además de afectar únicamente a las relaciones laborales de la empresa saliente y entrante con sus empleados, relaciones y*

obligaciones ajenas al poder adjudicador, el artículo 20 del TRLCSP solo obliga a facilitar información sobre la subrogación en los contratos que la impongan a los adjudicatario no pudiendo exigirla como confirma la STS de 8 de junio de 2016’.

A la vista de la doctrina anteriormente expuesta, y con objeto de resolver este caso concreto, debe considerarse que no se han traído a colación argumentos suficientes como para separarse de la doctrina que ha venido sosteniendo con fundamento en los anteriores pronunciamientos jurisprudenciales, a lo que cabe añadir, que no comparte el conjunto de los argumentos expuestos por la Audiencia Nacional en la Sentencia citada, al justificar la procedencia de la obligación contractual de subrogación. Cuestión distinta y con los mismos fundamentos hechos valer por la Sentencia comentada, es la de la posibilidad de prever en los pliegos el mantenimiento de la plantilla de la contrata anterior, como criterio de adjudicación, que quizá sí tendría cabida en la interpretación de la indicada Sentencia.

A todo lo anterior hay que añadir que si bien teóricamente pudieran caber ambas interpretaciones, desde el punto de vista de la praxis, se aprecia que en muchas ocasiones las empresas realizan “política de personal” a través de la contratación pública, lo que puede colocar a las pequeñas y medianas empresas eventualmente ante la imposibilidad o incertidumbre de asumir una contratación con una importante carga de personal, salvo en el caso de imposición convencional o legal, ante la inseguridad de que la obligación pueda o no establecerse en los pliegos (circunstancia que se produce en cada licitación pero despliega efectos respecto de la siguiente). Además en mi opinión, no cabe desdeñar la dificultad de realizar una oferta cabal ante la necesidad de contar con el consentimiento de los trabajadores que dependería de la empresa que resultara adjudicataria, de forma que los costes de personal de los contratos serían inciertos en cuanto a la subrogación al menos hasta el momento de la adjudicación, lo que puede llevar a ofertas ineficientes ante la eventualidad de contar con un personal y en unas condiciones inciertas.

Por último no cabe olvidar tampoco que a través de sucesivas subrogaciones de personal no pactadas convencionalmente, la Administración se coloca en la posición de empleador, pero sin embargo carece de capacidad de negociación al ser un tercero en las relaciones laborales entre empresa y trabajadores.

Cuestión distinta es la de la virtualidad que puedan tener posibles acuerdos firmados entre la empresa que actualmente presta el servicio y los trabajadores. Estos acuerdos, operan como los convenios de empresa. Tales convenios vinculan a la empresa que lo suscribió y a sus trabajadores, pero no puede extenderse o trasladarse a la nueva adjudicataria a través del pliego de cláusulas administrativas, máxime en casos en que parece deducirse que la intención de la empresa no era regirse por el nuevo acuerdo alcanzado, sino “atar” la situación de los trabajadores, o vincular a terceros ajenos al acuerdo (bien sea la Administración, bien la empresa adjudicataria) debiendo tenerse en cuenta la fecha en que fue firmado, próxima a la terminación del contrato. En este punto resulta ilustrativa la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, 1128/2003 de 24 diciembre, cuando afirma: *“Pero, afectando la anterior afirmación al convenio colectivo del sector, no puede decirse lo mismo del convenio de empresa, ya que las condiciones laborales y económicas que la Administración ha de imponer al nuevo adjudicatario deben ser las que se establecen en el convenio del sector, que es la norma que impone la subrogación del personal, pero no las que el anterior adjudicatario pueda haber negociado con su personal, cuyas mejoras las asume personalmente con cargo al precio del contrato, sin que sea aplicable para este caso la Directiva 2001/23/CEE, en tanto su artículo 1.1 aclara que se aplica a las transmisiones de empresas, de centros de actividad o partes de actividad a otro empresario como resultado de una cesión contractual o de una fusión, lo que no es el caso dado que no existe relación entre empresarios sino sucesión de contratos administrativos para la prestación del servicio de limpieza, siendo de recordar que las anteriores Directivas 98/50/CEE y 77/188/CEE, así como el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, de adaptación de aquellas a nuestro ordenamiento, contienen derechos de índole*

puramente laboral que deben hacerse valer ante los órganos de la jurisdicción social”.

En todo caso no cabe desconocer la tendencia a la incorporación de cuestiones sociales en la contratación pública, que deberá ser atendida por los Tribunales en cada caso.