

Recurso especial en materia de contratación: doctrina recurrida y recurrente

Directora

*M.^a Eugenia López
Mora*

© De los autores, 2025
© ARANZADI LA LEY, S.A.U.

ARANZADI LA LEY, S.A.U.

C/ Collado Mediano, 9
28231 Las Rozas (Madrid)
www.aranzadilaley.es

Atención al cliente: <https://areacliente.aranzadilaley.es/>

Primera edición: Febrero 2025

Depósito Legal: M-4155-2025

ISBN versión impresa: 978-84-7052-976-4

ISBN versión electrónica: 978-84-7052-977-1

Diseño, Preimpresión e Impresión: ARANZADI LA LEY, S.A.U.

Printed in Spain

© **ARANZADI LA LEY, S.A.U.** Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, ARANZADI LA LEY, S.A.U., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Diríjase a **Cedro** (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

El editor y los autores no asumirán ningún tipo de responsabilidad que pueda derivarse frente a terceros como consecuencia de la utilización total o parcial de cualquier modo y en cualquier medio o formato de esta publicación (reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación pública, transformación, publicación, reutilización, etc.) que no haya sido expresa y previamente autorizada.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

ARANZADI LA LEY no será responsable de las opiniones vertidas por los autores de los contenidos, así como en foros, chats, u cualesquiera otras herramientas de participación. Igualmente, ARANZADI LA LEY se exime de las posibles vulneraciones de derechos de propiedad intelectual y que sean imputables a dichos autores.

ARANZADI LA LEY queda eximida de cualquier responsabilidad por los daños y perjuicios de toda naturaleza que puedan deberse a la falta de veracidad, exactitud, exhaustividad y/o actualidad de los contenidos transmitidos, difundidos, almacenados, puestos a disposición o recibidos, obtenidos o a los que se haya accedido a través de sus PRODUCTOS. Ni tampoco por los Contenidos prestados u ofertados por terceras personas o entidades.

ARANZADI LA LEY se reserva el derecho de eliminación de aquellos contenidos que resulten inveraces, inexactos y contrarios a la ley, la moral, el orden público y las buenas costumbres.

Nota de la Editorial: El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de **ARANZADI LA LEY, S.A.U.**, es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

Abreviaturas	7
Presentación	13
CAPÍTULO 1. Reflexiones sobre el precio en la contratación pública: una visión crítica de su tratamiento en la LCSP, en la jurisprudencia y en la doctrina de los tribunales de recurso especial	15
I) Introducción	17
II) La «caída en desgracia» del precio en la contratación pública	18
1) El precio no es «estratégico».	19
2) El desplazamiento del precio por la calidad	20
3) ¿Se «tiran» los precios?	21
4) La oferta económicamente más ventajosa en la LCSP	22
III) La onerosidad como elemento esencial del contrato y las ofertas a precio 0	26
1) Planteamiento del problema.	27
2) La solución del TJUE: la sentencia C-367/19.	28
3) Algunas consecuencias de la jurisprudencia del TJUE sobre las ofertas a precio 0.	29
IV) El equilibrio económico del contrato y la «combinación» de prestaciones en los contratos mixtos	32
1) Planteamiento del caso	32
2) La solución del TS	33
3) El «rigor» conceptual de la calificación legal del contrato, por encima de la racionalidad económica (y una peculiar interpretación del principio de igualdad de trato)	34
V) El precio como criterio de adjudicación.	37
1) La valoración del precio en los contratos con precios unitarios o parciales	38
2) El umbral de saciedad: ¿un nuevo / viejo debate?	41
VI) Algunas conclusiones y un elogio ¿fúnebre? del precio	46
VII) Bibliografía.	48

CAPÍTULO 2. Análisis de la doctrina de los TARCs relativa a los supuestos de exclusión	51
1. Introducción	53
2. Exclusiones antes de la LCSP.	56
2.1. Exclusiones adoptadas por la mesa de contratación	56
2.2. Exclusiones adoptadas por el órgano de contratación.	67
3. Supuestos de exclusión después de la LCSP	70
3.1. Exclusiones adoptadas por la mesa de contratación	70
3.2. Exclusiones acordadas por el órgano de contratación.	85
4. Conclusiones	93
5. Bibliografía.	95
CAPÍTULO 3. Jurisprudencia y doctrina de los órganos de resolución de recursos contractuales sobre la motivación	97
1. Introducción	99
2. La motivación de los actos en materia contractual: relevancia y consecuencias de la ausencia y/o insuficiencia de motivación.	100
3. La motivación en la fase de preparación y aprobación del expediente de contratación. Su constancia en el expediente y publicidad en el perfil de contratante	103
3.1. Objeto del contrato. División en lotes. Motivación de la unidad del objeto	104
3.2. Motivación de la elección de los criterios de solvencia.	112
3.3. Motivación de la elección de los criterios de adjudicación	115
3.4. Prescripciones técnicas. Casos en que debe justificarse su establecimiento.	123
3.5. Motivación de la declaración de urgencia en la tramitación del procedimiento de adjudicación	127
3.6. Justificación de la elección del procedimiento negociado.	130
4. La motivación en la fase de licitación de los contratos del sector público	134
4.1. Motivación de la exclusión de licitadores y/o de ofertas	138
4.2. Motivación de la adjudicación	142
5. Reflexión final	150
6. Bibliografía.	152
Bases de Datos consultadas.	152
Artículos doctrinales	152
CAPÍTULO 4. La solvencia: estudio de la principal doctrina de los TARCS	153
1. Introducción	155
1.1. Regulación de la solvencia.	155
1.2. Configuración y alcance de la solvencia	156
1.3. Requisitos	158
2. Especial referencia a la doctrina relativa al tratamiento de la experiencia.	161
2.1. Evolución: de la previsión como solvencia únicamente a la posibilidad que se contemple también como criterio de adjudicación	161

2.2.	Requisitos para la configuración de la experiencia como criterio de adjudicación	162
2.3.	Criterios de adjudicación que valoran experiencia enlazados con la solvencia técnica o profesional. Efectos	165
3.	Doctrina relativa al requisito de <i>similitud con el objeto del contrato</i>	168
4.	La integración de la solvencia con medios externos.	171
4.1.	Funcionalidad y alcance de este mecanismo	171
4.2.	Regulación jurídica.	173
4.3.	El supuesto de la agrupación de empresas	174
4.4.	Distinción con otras figuras	184
4.5.	Especial referencia a los contratos de servicios de transporte.	186
4.6.	Límites	188
4.7.	Acreditación de la integración de la solvencia	189
5.	Otras formas para completar solvencia. El supuesto del grupo empresarial.	191
5.1.	Doctrina de los TARCes.	191
5.2.	Reciente doctrina del TACRC: falta de presunción de la voluntad única del grupo empresarial	195
6.	Conclusión.	200
7.	Bibliografía.	201
	CAPÍTULO 5. Algunas reflexiones sobre las consideraciones medioambientales en la contratación pública.	203
1.	Introducción	205
2.	Importancia de su justificación en la fase previa de celebración del contrato.	209
3.	Los certificados de gestión medioambiental, conflictos y consecuencias	211
3.1.	La obligación de prever la admisión de certificados equivalentes.	214
3.2.	Criterio de solvencia o criterio de adjudicación.	216
3.3.	Nuevas Etiquetas.	219
4.	Criterios de solvencia. La importancia de su motivación	222
4.1.	Un caso singular, los certificados de energía de origen renovable	225
5.	Criterios de adjudicación.	227
6.	Prescripciones técnicas	231
7.	Condición especial de ejecución	235
8.	Legislación ambiental con incidencia en la contratación pública.	237
9.	Conclusiones	242
10.	Bibliografía.	244
	CAPÍTULO 6. Evolución de la legislación y doctrina de los tribunales de contratación en relación con las cláusulas sociales.	247
1.	Introducción	249
2.	Antecedentes	249
3.	Nuevas directivas de contratación de 2014 y su aplicación directa	254
4.	Transposición al derecho nacional de las normas de responsabilidad social recogidas en la directiva 2014/24/UE	260
5.	Doctrina actual de los TARCes en relación con la responsabilidad social	270

5.1.	TACRC	270
5.2.	TARCJA	275
5.3.	TACPA	277
5.4.	TCCSP	278
5.5.	Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Galicia, TACGAL	280
5.6.	TACPM	282
5.7.	Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de Euskadi (OARC/KEAO)	285
5.8.	Otras Resoluciones y Sentencias	287
6.	Conclusiones	288
7.	Bibliografía	290
CAPÍTULO 7. La evolución de la doctrina de los TARCs en el acceso al expediente de licitación		293
1.	Introducción	295
2.	Evolución normativa y jurisprudencial del acceso al expediente de licitación	296
3.	Doctrina de los TARCs	302
3.1.	Principales características del acceso	302
3.2.	Alcance de la información calificada confidencial	313
3.3.	Recurribilidad de la decisión denegatoria de la comunicación a un candidato o un licitador de información considerada confidencial	318
3.4.	Obligaciones de los poderes adjudicadores y de los operadores económicos	321
4.	Conclusiones	330
5.	Bibliografía	331

«Debemos hacer un mejor uso de la contratación pública, que representa el 14 % del PIB de la UE»

Ursula von der Leyen

Presidenta de la Comisión Europea

Orientaciones Políticas 2024-2029

La obra «El recurso especial en materia de contratación: la doctrina más recurrida y recurrente», es una obra colectiva cuyo principal objetivo es el estudio sistemático, práctico y reflexivo de la doctrina actual, así como de la evolución de siete de los asuntos que se plantean con más frecuencia ante los tribunales y órganos resolutorios de recursos especiales en materia de contratación (TARCs).

Con la creación y funcionamiento de los primeros TARCs hace ya catorce años y la entrada en vigor de la ley de contratos actual hace siete años, se ha ido tejiendo una importante doctrina que reclama una continua actualización en los pronunciamientos de los diferentes órganos resolutorios del recurso especial de todas las partes implicadas: poderes y entidades adjudicadores, operadores económicos y juristas. Atendiendo al elenco de resoluciones dictadas, resulta necesario estudiar y profundizar la principal doctrina que se emite de resultas de la presentación de los recursos especiales.

La presente obra se estructura en siete capítulos que corresponden a los temas que los autores han considerado claves e imprescindibles para el conocimiento y seguimiento de dicha doctrina. Desde esta óptica, se abordan aspectos sustantivos y nucleares como son los de carácter económico de las licitaciones desde un punto de vista reflexivo y con una mirada a la finalidad primaria de la contratación pública como es el precio; la importancia de la obligación de la motivación por parte de los órganos de contratación de las diferentes decisiones verdadero talón de Aquiles de las decisiones de los poderes adjudicadores; el alcance e importancia de la solvencia y los diferentes efectos atendiendo a su configuración y naturaleza, así como la plasmación y observancia de la contratación

estratégica en las licitaciones públicas, tanto desde el punto de vista medioambiental, como social. Pero también se ocupa de los nada desdeñables aspectos procedimentales, como son los diferentes supuestos de exclusión de las empresas licitadoras, cuestión de gran calado e impacto para todas las partes del procedimiento de licitación y los relativos al acceso del expediente de licitación *versus* la protección de la confidencialidad de las ofertas en atención a la necesidad de la observancia del principio de competencia leal, uno de los principales pilares de la contratación pública.

Por lo tanto, en esta obra se analizan desde una visión transversal y global los temas más recurridos y recurrentes de la doctrina de todos los TARCs. Y todo ello, es abordado por seis autores, vocales de diferentes tribunales y órganos resolutorios del recurso especial a los que les une la pasión por la contratación pública y el entusiasmo en que esta obra sirva para aportar claridad y seguridad jurídica en la práctica diaria de las licitaciones públicas. Todos ellos, especialistas de un muy reconocido prestigio, aportan el necesario y elevado conocimiento especializado, adquirido durante su trayectoria profesional en los diferentes tribunales y órganos resolutorios. A todos ellos, agradezco sus apreciadas aportaciones, así como su rigor, dedicación incondicionable y compromiso en esta obra.

M.^a Eugenia López Mora

2.1.4. Por no adaptarse la proposición económica al modelo de los pliegos

En este tipo de casos sí se aprecia una evolución en la doctrina de los TARCs, pasándose de aplicar un principio más formalista que no permitía la posibilidad de subsanación de los errores de la oferta económica dentro de un procedimiento de concurrencia competitiva (por ejemplo, la falta de firma de la oferta económica presentada), a la posibilidad de permitirse subsanaciones y/o aclaraciones siempre que no supongan una alteración de la oferta inicial.

En este sentido, se anulan las exclusiones de plano que se efectúan sin conceder trámite de subsanación y/o aclaración en los casos en que esta fuera posible.

En este tipo de supuestos de exclusión es clave lo señalado en el artículo 84 del RD 1098/2001 sobre las proposiciones, que establece que *«si alguna proposición no guardase concordancia con la documentación examinada y admitida, excediese del presupuesto base de licitación, variara sustancialmente el modelo establecido, comportase error manifiesto en el importe de la proposición, o existiese reconocimiento por parte del licitador de que adolece de error o inconsistencia que la hagan inviable, será desechada por la Mesa en resolución motivada. Por el contrario, el cambio y omisión de algunas palabras del modelo, con tal que lo uno o lo otro no altere su sentido no será causa bastante para el rechazo de la proposición»*.

Un ejemplo de la aplicación del criterio antiformalista y a favor de la mayor concurrencia y de no aplicación de posturas más rigoristas por los TARCs, es la Resolución núm. 4/2011 de 4 de agosto del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi (OARC / KEAO) que resolvió un recurso especial contra el acuerdo de la mesa de contratación por el que se excluía de la licitación a una empresa por aplicar un tipo del 18% en el Impuesto Sobre el Valor Añadido (en adelante IVA) de su oferta económica, en lugar del 8% previsto en el PCAP. El OARC/KEAO estimó totalmente el recurso anulando la exclusión y expuso el Dictamen de la Abogacía del Estado, de 26 de marzo de 2009 citado por las partes en el procedimiento que se reproduce por su interés:

«La cuestión que se suscita en el presente recurso especial es si el error en la aplicación de un porcentaje u otro del IVA es causa de exclusión de la proposición económica o si por el contrario se trata de un defecto subsanable (.../...) un Dictamen de la Abogacía del Estado, de 26 de marzo de 2009, que por su claridad en la cuestión objeto de recurso exponemos a continuación:

De acuerdo con la doctrina antiformalista examinada, cabe entender que los dos defectos que se examinan son susceptibles de subsanación. Así:

A) Por lo que se refiere a la fijación en la proposición económica de un importe erróneo del IVA que haya de ser repercutido, la subsanabilidad de este defecto se desprende de los siguientes argumentos:

1.º En primer lugar, aunque de los artículos 81 y 83 del RGLCAP pudiera inferirse que el trámite de subsanación es únicamente aplicable a los defectos advertidos por la Mesa en la documentación administrativa, de la que no forma parte la proposición económica, lo cierto es que el artículo 84 del citado RGLCAP, al regular taxativamente los supuestos de rechazo de las proposiciones, viene a admitir implícitamente la subsanabilidad del resto de defectos que no constituyan causa de rechazo o exclusión, siendo así que el propio Tribunal Supremo ha admitido la posibilidad de subsanar defectos, como la falta de firma, que afecten a las proposiciones económicas (STS de 21 de septiembre de 2004, Ar. 415/2995, antes citada).

2.º La JCCA ha efectuado una interpretación antiformalista del artículo 84 del RGLCAP, invocando la doctrina del Tribunal Supremo con arreglo a la cual en los procedimientos de adjudicación de los contratos debe tenderse a lograr la mayor concurrencia posible, y así, en el dictamen 23/08, de 29 de septiembre de 2008, consideró subsanable un defecto consistente en un error de cálculo, al entender que "la omisión de la multiplicación por 15 expresada en el modelo de proposición no impide que el órgano de contratación pueda ponderar el resultado de la misma habida cuenta que es ilusorio pretender interpretar que la oferta realizada, que obviamente está referida a una quinceava parte del período total de ejecución del contrato y que coincide con la ponderación anulada que se expresa en la cláusula sexta, pueda ser considerada como comprensiva de la totalidad del contrato, y que realizada tal multiplicación coincide con el tipo de licitación establecido...".

Cabe entender, en consecuencia, que los errores de cálculo que resulten evidentes en las proposiciones económicas pueden ser objeto de subsanación.

Con mayor motivo ha de serlo la errónea consignación del importe del IVA, que es una partida cuya cuantificación viene impuesta por la normativa tributaria y sobre la que el licitador no tiene poder de disposición.

3.º El error de cálculo que se examina afecta a un aspecto tributario sobre el que, de acuerdo con la jurisprudencia aludida, los órganos de contratación se han de limitar a efectuar un control meramente formal, siendo en principio subsanables los defectos formales y no esenciales que afecten a la documentación de los licitadores. Además, por ser la cuota tributaria del IVA un concepto cuyo importe viene predeterminado por lo dispuesto en la normativa tributaria aplicable, la subsanación de un error de cálculo que afecte a la misma ni entraña una estrategia poco limpia del licitador (que en todo caso tendrá que repercutir, en caso de resultar adjudicatario, la cuantía del IVA que resulte procedente), ni tiene virtualidad para producir resultados sorprendidos en perjuicio del resto de licitadores, puesto que la valoración de las ofertas ha de efectuarse por el órgano de contratación en función de los precios ofertados, y no del importe del IVA indicado por los licitadores en sus proposiciones económicas (informe de la JCCA 07/08, antes citado). Procedería entonces, en atención a la jurisprudencia expuesta, su subsanación.

4.º El cálculo erróneo del porcentaje del IVA aplicable a la oferta del licitador no constituye, objetivamente, ninguno de los supuestos que el artículo 84 del RGLCAP enumera como causas de rechazo de las proposiciones (falta de concordancia entre la proposición y la documentación examinada y admitida, proposición que exceda del presupuesto base de licitación, proposición que varíe sustancialmente del modelo establecido, proposición que comporte error manifiesto en el importe de la proposición, o reconocimiento por el licitador de error o inconsistencia en su proposición que la haga inviable).

Ello partiendo de la premisa inexcusable de que cualquier corrección del error padecido por el licitador en el cálculo del IVA pasa por la inalterabilidad del precio ofertado por el mismo en la proposición económica.

Dicho de otro modo, el error susceptible de subsanación ha de consistir única y exclusivamente en un cálculo defectuoso del porcentaje del IVA a repercutir (operación matemática consistente en multiplicar el precio ofertado por el licitador por el tipo de gravamen del IVA aplicable, y en dividir el resultado entre 100), permaneciendo en todo caso inalterable el importe del precio ofertado por el licitador en la proposición económica.

5.º Finalmente, constituye una regla general en nuestro ordenamiento jurídico que el simple error de cálculo no produce efectos invalidantes, sino que tan sólo da lugar a su corrección. Así, en el ámbito del Derecho privado el artículo 1266 del Código Civil dispone, al regular el error como vicio del consentimiento, que "el simple error de cuenta sólo dará lugar a su corrección". De forma análoga, en el Derecho administrativo el artículo 105.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, permite a las Administraciones Públicas corregir, en cualquier momento, los "errores materiales, de hecho, o aritméticos" existentes en sus actos, sin que se asocie a los mismos una eficacia invalidante. Siendo el error

que se examina un simple error de cálculo en el que el licitador habría incurrido al calcular el porcentaje de IVA aplicable a su oferta, lo procedente es no asociar a dicho error una eficacia invalidante del consentimiento, permitiendo su subsanación.

De acuerdo con el Dictamen de la Abogacía del Estado transcrito, el error en la aplicación del tipo de IVA es subsanable, ya que consiste en una operación matemática.

En el presente recurso la operación matemática es aún más sencilla, toda vez que según los artículos 75.2 y 129.5 LCSP, el precio del contrato y el importe de IVA figuran como partidas independientes. De esta forma, únicamente con aplicar un tipo de IVA de un 8%, en lugar del 18%, a la oferta presentada, se obtiene fácilmente el importe final de gasto de la propuesta económica en cuestión subsanable, ya que consiste en una operación matemática».

Por su parte la Resolución núm. 37/2015 de 4 de marzo del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid (TACPM) haciéndose eco de esa doctrina en un caso de omisión producida en la oferta económica de una licitadora en el que la mesa de contratación no pidió aclaraciones, dejó sin efecto la exclusión producida ordenando retrotraer el procedimiento para solicitar las aclaraciones oportunas sobre la oferta. Expuso la Resolución:

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

Por otro lado, de la jurisprudencia se desprende que es esencial que la entidad adjudicadora pueda asegurarse con precisión del contenido de la oferta y, en particular, de la conformidad de ésta con los requisitos establecidos en los documentos de licitación. De ese modo, cuando la entidad adjudicadora no tiene la posibilidad de determinar, de modo cierto el contenido que corresponde efectivamente a la oferta, no tiene otra elección que rechazarla (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 27 de septiembre de 2002, Tideland Signal/Comisión, asunto T-211/02, Rec. p. II-3781, apartado 34).

Es aceptable la corrección de meros errores aritméticos, pero al admitir aclaraciones o subsanaciones que vayan más allá, se estaría aceptando implícitamente la posibilidad de que las proposiciones fueran modificadas de forma sustancial después de haber sido presentadas y tal posibilidad es radicalmente contraria a los principios de la contratación del sector público. Los datos de la oferta pueden corregirse o completarse de manera puntual, principalmente porque sea evidente una mera aclaración o para subsanar errores materiales manifiestos, a condición de que no equivalga a proponer en realidad una nueva oferta.

La actuación del órgano de contratación encuentra sus límites en la garantía de los principios de igualdad y transparencia, enunciados en el artículo 2 de la Directiva 2004/18, y en los artículos 1 y 139 del TRLCSP, de modo que el error no suponga una ventaja para el que lo padece, sobre el resto de los licitadores. De manera que, si no se responde a la solicitud de aclaraciones, si la aclaración remitida resulta insuficiente, o si la respuesta ofrecida excede de lo que es una aclaración, pretendiendo modificar algún extremo consignado en la proposición presentada, circunstancias cuya apreciación corresponde al órgano encargado de valorar las ofertas, la consecuencia que se impone es, evidentemente, el rechazo de la proposición (.../...)

En el asunto examinado, a la vista de la omisión producida en la oferta económica de la recurrente, a la Mesa de contratación se le plantean dos opciones, o bien rechazar automáticamente la oferta o bien

pedir aclaraciones e integrar su oferta a la vista del precio unitario ofertado y número máximo de horas previstas de prestación del servicio a que se compromete según el PPT.».

2.1.5. Por adelantado de información proscrita, «contaminación de sobres»

Desde que la normativa de contratación española, por imperativo de las Directivas europeas, estableció en los contratos que tuviesen los dos tipos de criterios de adjudicación (sujetos y no sujetos a juicio de valor) la necesidad de que los licitadores separaran en los sobres de su oferta la información de ambos criterios y que se abriesen y valorasen los llamados «criterios subjetivos» en primer lugar, para que no pudiese existir conocimiento anticipado de la documentación de los criterios objetivos o automáticos con posibilidad de influir en la valoración de los no automáticos, muchos han sido los recursos especiales en materia de contratación basados en exclusiones por dicho motivo.

Este tema también ha evolucionado en el sentido de que no basta «cualquier contaminación» para excluir del procedimiento al licitador correspondiente, sino que dicho adelantado de información debe suponer la posibilidad de influir al menos hipotéticamente en la valoración de los criterios subjetivos que se haga. En el mismo sentido, el llamado secreto de las proposiciones viene aplicándose, atendiendo al principio de proporcionalidad.

Así la Resolución núm. 262/2012, de 21 de noviembre del TACRC consideró improcedente la exclusión acordada por la mesa de contratación en un procedimiento de licitación de servicios de consultoría y asistencia. La mesa había procedido al examen de la documentación presentada por los licitadores y excluyó del procedimiento a la empresa recurrente por haber incluido en el sobre 2 (de documentación administrativa no evaluable automáticamente), aspectos relativos a dos criterios objetivos, que debían incluirse en el sobre 3, a saber, el plazo de realización de informes y el compromiso de verificar la elegibilidad de la totalidad de los gastos declarados al VII PM (mejoras de valoración automática previstas en el PCAP), pero el TACRC consideró que no se había producido adelanto de esa información.

Señaló el Tribunal:

«de acuerdo con el artículo 150.2 TRLCSP, que establece la obligación de que la evaluación de las ofertas conforme a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas se realizará tras efectuar previamente la de aquellos otros criterios en que no concurra esta circunstancia, dejándose constancia documental de ello, los pliegos del contrato objeto de recurso han sido redactados advirtiendo con claridad, con las menciones transcritas, que los licitadores no debían incluir, con sanción de exclusión en caso contrario, aquellos aspectos de su oferta que fueran objeto de valoración automática, en este caso las mejoras, en el sobre número 2 (.../...) La advertencia formulada en el punto 6.3 del pliego de cláusulas administrativas particulares es clara: "Serán excluidos los licitadores que presenten la proposición económica o hagan referencia a algún aspecto de la proposición técnica que deban cuantificarse mediante fórmulas o de modo objetivo, en un sobre distinto al reservado para ello".

(.../...) es cierto que en la oferta se incluye un diagrama con los plazos máximos previstos en el contrato, pero con ello solo se quiere detallar el funcionamiento de este informe de seguimiento y no se concluye que la empresa ofrezca información anticipada sobre su decisión de reducir o no reducir esos plazos, sobre lo que se guarda completo silencio.

3. DOCTRINA DE LOS TARC'S

Esbozado el marco normativo y jurisprudencial actual del acceso al expediente de licitación, a continuación se analiza la doctrina más reciente de los TARC'S que ya está acogiendo los principales pronunciamientos de las últimas Sentencias del TJUE sobre el tema.

3.1. Principales características del acceso

Como se ha avanzado, la principal nota característica del acceso es el carácter instrumental de este trámite (resoluciones núm. 36/2019 del TACRJA; resoluciones núm. 1.168/2017, 789/2021, 803/2021 del TACRC; resoluciones núm. 25/2023, 45/2023, 231/2023, 324/2023 y 327/2024 del TCCSP) en aras de procurar y permitir el ejercicio de la tutela judicial efectiva de la empresa recurrente.

En este sentido, el TJUE en la Sentencia *Klaipedos* (apartado 138) insiste en la necesidad que los Estados miembros adopten la regulación procesal de los recursos para garantizar los derechos de los candidatos y licitadores perjudicados por las decisiones de los poderes adjudicadores para que puedan accionar contra éstas, al afirmar que:

*«Por ello, incumbe a los Estados miembros adoptar la regulación procesal de los recursos judiciales destinados a garantizar la salvaguardia de los derechos que el Derecho de la Unión confiere a los candidatos y licitadores perjudicados por las decisiones de los poderes adjudicadores de modo que no se menoscabe la eficacia de la Directiva 89/665 ni los derechos conferidos a los particulares por el Derecho de la Unión. Además, tal como se desprende de su considerando 36, la Directiva 2007/66 y, en consecuencia, la Directiva 89/665, que modificó y completó, pretenden garantizar el pleno respeto del derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial, consagrado en el artículo 47, párrafos primero y segundo, de la Carta (véase, en ese sentido, la sentencia de 15 de septiembre de 2016, *Star Storage* y otros, C-439/14 y C-488/14, EU:C:2016:688, apartados 42 a 46 y jurisprudencia citada). Por consiguiente, al configurar la regulación procesal de los recursos judiciales, los Estados miembros deben garantizar el respeto de este derecho. Así pues, a pesar de que no existen normas del Derecho de la Unión relativas a las modalidades de los recursos ante los órganos jurisdiccionales nacionales, para determinar la intensidad del control jurisdiccional de las decisiones nacionales adoptadas con arreglo a un acto del Derecho de la Unión, hay que tener en cuenta la finalidad de este y velar por que no se menoscabe su eficacia (sentencia de 26 de junio de 2019, *Craeynest* y otros, C-723/17, EU:C:2019:533, apartado 46 y jurisprudencia citada)».*

Así las cosas, la finalidad del acceso del expediente va ligada a la necesidad que el interesado conozca determinados extremos de la información y documentación imprescindibles y claves del resultado de la licitación, para que pueda fundamentar el recurso especial en materia de contratación. Así las cosas, no se concibe como un fin en sí mismo, como de manera reiterada ha quedado expresado en la doctrina de los TARC'S, exigiendo, en todo caso, una concreción de los extremos objeto de la petición del acceso, pues una invocación genérica al acceso sin vincularla a ningún interés, determina su desestimación.

3.1.1. Desde el punto de vista procedimental

Para que pueda prosperar el acceso al expediente en sede del órgano resolutorio del recurso especial en materia de contratación, mediante la apertura de una pieza dentro del procedimiento del recurso especial, deben concurrir dos circunstancias:

- que la empresa recurrente haya solicitado el acceso con carácter previo al órgano de contratación *ex artículo* 52 de la LCSP y que
- el poder adjudicador no haya cumplido su deber de permitir el acceso o éste haya sido insuficiente.

En relación a la primera circunstancia, si no se solicita el acceso primero al poder adjudicador, ello determina su desestimación pues se rechaza que se pueda plantear el acceso directamente en sede de los TARCes si previamente no se ha efectuado este trámite como expresamente exige la LCSP. En este sentido, cabe citar la Resolución núm. 325/2023 del TARCJA, Resolución núm. 622/2022 del TACRC y las resoluciones núm. 588/2023 y 601/2023 del TCCSP en las que se reitera que el acceso es instrumental y primero hay que pedirlo al órgano de contratación.

En todo caso, si se reconoce el derecho al acceso, y accede, posteriormente se podrá ampliar el recurso especial de resultados del acceso, pero en ningún caso formular un recurso «*ex novo*». Ahora bien, si solicitado el acceso, y habiendo desplegado el órgano de contratación la vía correspondiente para que se realice, si es la propia empresa licitadora interesada quien no accede al mismo, pesa sobre ésta las consecuencias, no pudiendo posteriormente solicitarlo al tribunal competente (tal y como se analiza en la Resolución núm. 237/2022 del TCCSP).

Sobre el momento en el que se puede solicitar el acceso, cabe indicar que viene determinado por la fase procedimental de la decisión en cuestión, pero sin que quede acotado al momento final de la licitación con la adjudicación del contrato como se entendió en la primera etapa de funcionamiento de los TARCes (Resolución núm. 267/2022 del TCCSP). En todo caso, el acceso al expediente debe solicitarse tras la producción del acto que se va a impugnar, no antes, por lo que si aún no existe el acto o decisión, se deberá denegar el acceso (por todas, Resolución del TACPM núm. 60/2023).

De la casuística existente, resulta algún supuesto en el que, practicado el acceso porque así lo estimó algún TARCes, la empresa recurrente no presentó ningún complemento al recurso inicial (Resolución 29/2024 del TACPC) o se vio forzada a reiterar de nuevo los mismos argumentos pero sin añadir más argumentación al recurso principal porque el acceso no le permitió aportar más fundamento (como analiza el TCCSP en la Resolución núm. 468/2023 una vez que se le había reconocido que tenía derecho al acceso en la Resolución núm. 45/2023). Y si se presentó un recurso alegando únicamente la falta de acceso y finalmente se procedió al acceso, si la empresa recurrente no completa el recurso, el efecto es que se deja sin contenido el recurso especial como aconteció en el supuesto analizado por la Resolución núm. 505/2022 del TARCJA.

Al hilo de la regulación referenciada, no resulta procedente ir solicitando accesos si ya se practicó anteriormente (por todas, Resolución núm. 155/2022 del TARCJA),

salvo, claro está, que hubiese sido incompleto o insuficiente. También este Tribunal se ha pronunciado de manera reciente el TACPA en el Acuerdo núm. 77/2024 sobre una solicitud de acceso al expediente de la licitación a la que no accede porque la empresa recurrente ya tuvo acceso a la documentación que interesa:

«En este sentido, en el momento en el que el recurrente tuvo acceso al expediente, el 30 de abril de 2024, ya constaba toda la documentación necesaria para poder realizar una adecuada defensa de sus intereses, pudiendo consultar la documentación presentada por los otros licitadores, así como todas las actuaciones de la mesa de contratación (sin perjuicio de éstas sean publicadas en la PCSP). Este extremo es reconocido por el recurrente en su escrito de recurso...».

A la vista que el acceso se debe de solicitar dentro del plazo improrrogable de los para presentar el recurso especial (Resolución núm. 651/2023 del TCCSP y Resolución núm. 73/2016 del TACRC) y que los órganos de contratación han de proceder en ese momento procedimental a comprobar si ciertamente se trata de información confidencial como se analizará en el punto 3.4, ello provoca que en la práctica, no siempre dichas actuaciones se puedan ajustar a los breves tiempos fijados para la tramitación del recurso especial. Buen ejemplo de esta práctica, fue el supuesto enjuiciado en la mencionada Resolución núm. 45/2023 del TCCSP en el que, tras los correspondientes trámites efectuados por el órgano de contratación para dar traslado a las partes sobre el alcance de la confidencialidad de sus ofertas y previa a la clasificación efectuada por el órgano de contratación, se comunicó el acceso al expediente el mismo día en que finalizaba el plazo para presentar el recurso especial en materia de contratación, con lo que se cruzaron en la misma fecha recurso y comunicación del acceso, por lo que el sentido de la Resolución fue el de estimar el recurso para permitir el acceso a la empresa recurrente.

Situaciones como ésta, o aquéllas en las que de manera continua un poder adjudicador ha de ir analizando la información que sea realmente confidencial, previa consulta al resto de candidatos o licitadores, comportan un serio obstáculo para que el recurso especial en materia de contratación alcance una de las principales finalidades, esto es, el carácter rápido y eficaz de la resolución de los temas controvertidos para evitar consolidar situaciones en el tiempo⁷, pues la delimitación de la confidencialidad debería quedar zanjada con la presentación de las ofertas (por todas, Resolución núm. 63/2015 del TACPM).

En todo caso, del estudio de la doctrina de los TARCes, se extrae la conveniencia que los operadores económicos que precisen el acceso para completar y fundamentar el recurso especial en materia de contratación, lo soliciten en un plazo temprano y razonable dentro del período para la presentación del recurso especial, pues apurar los tiempos y pedir el acceso justo en último día para presentar el recurso especial puede comportar que por parte del tribunal resolutorio considere que se trate de una maniobra o estrategia en la que concurra mala fe y un ánimo dilatorio por parte de la empresa recurrente. Así lo entendió el TACRC en la Resolución núm. 1.334/2022 en la que

7. De acuerdo la Directiva 89/665/UE del Consejo, 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.

reprochó que el último día, tan solo 17 minutos antes de la presentación del recurso especial en materia de contratación, se solicitase al órgano de contratación el acceso por lo que recordó que:

«El derecho de acceso al expediente es un derecho instrumental de la tutela que se pretende con el recurso, esto es, su fin es evitar la indefensión producida por la falta de información necesaria para la formulación del recurso. Esta circunstancia se debe exclusivamente a la conducta del recurrente. Solo a él se debe no haber tenido acceso al expediente en el plazo de interposición del recurso, y, por tanto, solo él es el causante de su eventual indefensión».

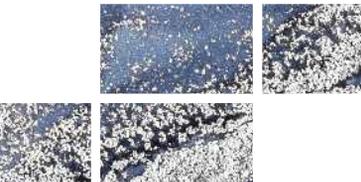
Tampoco escapa a los TARC's que, una vez reconocido el derecho al acceso, la diligencia de la efectiva realización de este trámite pesa sobre el propio operador económico. Resulta muy clara la Resolución núm. 368/2023 del TACRJA que resolvió un recurso especial interpuesto contra la adjudicación de un contrato. En esta ocasión, el Tribunal denegó la solicitud del acceso al expediente, sobre la base que la recurrente tuvo acceso en la sede del órgano de contratación a la documentación necesaria para interponer un recurso suficientemente fundado, obedeciendo la dilación en la vista a la falta de la diligencia exigible a la empresa recurrente para atender el requerimiento ante la solicitud formulada de manera indiscriminada de acceso a la totalidad de la documentación.

Más flagrante fue el caso analizado por el TCCSP en la Resolución núm. 268/2018 en la que la empresa recurrente solicitó el acceso vía recurso, y si bien el órgano de contratación no facilitó la documentación requerida en el plazo *ex artículo 16.1 del RD 814/2015*, quedó acreditado en el expediente que la vista solicitada al órgano de contratación no fue denegada, sino autorizada expresamente, pero la empresa recurrente ni hizo uso del trámite y lo ocultó al Tribunal.

Desde el punto de vista del *lugar* en el que se ha de practicar el acceso al expediente de licitación, el artículo 52 de la LCSP es claro al respecto, si procede dicho acceso, debe realizarse en las dependencias del órgano competente para resolverlo (por todas, Resolución núm. 1309/2020 del TACRC).

Respecto a la práctica del acceso, una de las formas abordadas por la doctrina más idónea para posibilitar el conocimiento de las ofertas sin vulnerar la confidencialidad de las mismas es la de la anonimización de la información como resolvió el TACPM en la Resolución núm. 385/2023; suprimiendo o sombreando determinados datos como apuntó el TACRC en las resoluciones núm. 509/2016, 710/2016 y 865/2016 al indicar en esta última que:

«En particular, en nuestro caso se ha denegado en aras de la confidencialidad el acceso a la escritura de constitución de la sociedad adjudicataria (ésta, incluso, que obra en un registro público), a la documentación acreditativa de la solvencia técnica y profesional y del cumplimiento de normas de gestión medioambiental y de calidad, y a la documentación acreditativa del cumplimiento de obligaciones tributarias, de Seguridad Social, y de la constitución de garantía definitiva: Pues bien, en aplicación de la doctrina antes expuesta, entendemos que, salvo que la propia ofertante señale y justifique qué datos concretos de tal documentación considera que pueden afectar a sus secretos comerciales o industriales, o por otra causa deben resultar confidenciales, tal documentación debería ser de acceso a los licitadores; siendo que, además, el acceso debe facilitarse, aunque se justifique la existencia de concretos datos confidenciales, si éstos pueden ser suprimidos (sombreados, etc.) en la documentación que se exhiba.



En el momento actual, dado el ingente número de resoluciones dictadas por los tribunales y órganos resolutorios del recurso especial en materia de contratación desde su funcionamiento en el año 2011, así como la evolución de la doctrina y su impacto, resulta necesario el continuo estudio y actualización de los principales pronunciamientos emitidos por estos órganos. Con esta finalidad, esta obra aborda los siete temas más recurridos y recurrentes, elaborados por seis vocales de diferentes tribunales y órganos resolutorios del recurso especial, quienes aportan una evidente visión reflexiva, práctica, transversal y especializada. Se trata pues de una obra colectiva de referencia imprescindible que sirve de guía a los juristas tanto del ámbito público como privado, a los operadores económicos y entidades públicas que participan en las licitaciones públicas, así como estudiosos de la contratación pública.

ISBN: 978-84-7052-976-4

