



Recurso nº 255/2013

Resolución nº 231/2013

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 20 de junio de 2013.

VISTA la reclamación interpuesta por D. F.G.M., en nombre y representación de la empresa "DARZAL CONSULTORÍA Y PREVENCIÓN, S.L.", contra el acto de apertura de nuevas proposiciones económicas, de fecha 13 de mayo de 2013, llevado a cabo por la Unidad de Contratación de los Servicios Centrales de Aena Aeropuertos, S.A., en el procedimiento de licitación del contrato de servicios de "asistencia técnica seguridad y salud laboral en obras y mantenimientos 2013-Aeropuerto de Madrid-Barajas" (Expediente MAD 300/12), el Tribunal ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. El 8 de diciembre de 2012 se publicó en el Boletín Oficial del Estado Resolución de fecha 19 de noviembre de 2012, de Aena Aeropuertos, S.A., sociedad mercantil estatal íntegramente participada por la entidad pública empresarial Aeropuertos Nacionales y Navegación Aérea, por la que se anuncia la licitación de contrato de servicio, expediente número MAD 300/12, para la asistencia técnica de seguridad y salud laboral en obras y mantenimientos en el Aeropuerto de Madrid-Barajas 2013.

El importe máximo de licitación del contrato es de 372.000 euros (impuestos excluidos), y su duración de doce meses, contados a partir de la fecha de inicio del servicio, renovable por mutuo acuerdo de las partes, hasta un máximo de dos anualidades, de acuerdo con lo previstas en la cláusula 20 del Pliego de Prescripciones Técnicas, por lo que el valor estimado del contrato excluido el IVA, es de 1.116.000 euros, resultado de multiplicar el importe máximo de licitación por la duración máxima del contrato.



El procedimiento y forma de contratación son los de negociado con anuncio de licitación previa.

De conformidad con el apartado 3 del Anexo A del Pliego de Cláusulas Particulares, se selecciona como adjudicatario al licitador que, en su conjunto, realice la oferta más ventajosa en función de sus aspectos técnicos y económicos. Las empresas que hayan acreditado la solvencia técnica exigida en los documentos de contratación, pasan a la segunda fase de adjudicación. En esta fase se califican las ofertas desde el punto de vista técnico y económico. La evaluación técnica se hace conforme a los criterios y subcriterios técnicos que se indican en el Anexo 4 del Pliego de Cláusulas con la ponderación que en él se señala. Realizada la apertura de ofertas económicas, se podrá solicitar *“mejoras económicas de su oferta”* a aquellos licitadores cuya puntuación técnica sea igual o superior al valor mínimo de calidad técnica indicado en el apartado i) del Cuadro de Características del Pliego, un 60%. *“Finalizado el proceso anterior, será considerada como más ventajosa de las recibidas la oferta más económica de las que hayan obtenido en su evaluación técnica una puntuación igual o superior al valor mínimo de calidad técnica, indicado en el apartado i) del Cuadro de Características de este Pliego.”*

Segundo. Al procedimiento de contratación presentó oferta la reclamante.

El día 25 de febrero de 2013, se procede a la apertura de los sobres que contenían la documentación administrativa para tomar parte en la licitación, encontrándose, entre otras, la de la reclamante.

El 6 de mayo de 2013, por la Unidad de Contratación de los Servicios Centrales de Aena Aeropuertos, S.A., se celebró el acto público de apertura de las proposiciones económicas correspondientes a todos los licitadores, publicándose su resultado en el perfil del contratante.

El 7 de mayo de 2013, evaluadas las ofertas técnicas, se invitó a los licitadores cuya puntuación técnica era igual o superior al valor mínimo de calidad técnica indicado en el Pliego, fijado en 60%, a mejorar su oferta económica, en los siguientes términos.

“Realizada la apertura de proposiciones económicas correspondiente al expediente nº MAD 300/12, titulado "A.T. SEGURIDAD Y SALUD LABORAL EN OBRAS Y MANTENIMIENTOS



2013-AEROPUERTO DE MADRID-BARAJAS" y dentro del procedimiento negociado por el que se tramita, Aena Aeropuertos, S.A. ha optado por continuar el proceso de licitación con la solicitud de una segunda petición de proposición económica.

La nueva oferta, deberá ser inferior o igual a la primera oferta recibida y deberá ser presentada en sobre cerrado a hasta las 10:80 horas del próximo Jueves 9 de mayo de 2013, en la Sala Polivalente, sita en la 11 planta del Edificio Plovera Azul, calle Peonias, 12 de Madrid, procediéndose de inmediato a la apertura de estas proposiciones económicas."

Celebrado el acto público de apertura el 9 de mayo de 2013, todos los licitadores invitados presentaron sobres mejorando la oferta, excepto TYPESA e INGENIERÍA Y PREVENCIÓN DE RIESGOS, S. L. que no presentaron sobre alguno.

La entidad contratante estimó, que al no presentar sobre con dicha mejora, se les debía mantener con el importe de su anterior oferta y así se hizo constar en el Acta, que se publicó en el perfil del contratante de la entidad.

El 9 de mayo de 2013, y conforme a lo establecido en el Pliego, se solicitó una segunda mejora económica, a los mismos licitadores a los que se les solicitó la primera mejora, ya que todos habían superado el valor mínimo de calidad técnica, y con una invitación en similares términos que la primera si bien que señalando que *"la nueva oferta, deberá ser inferior o igual a la segunda oferta recibida y deberá ser presentada en sobre cerrado"*. El acto público de apertura se celebró el 13 de mayo de 2013 y los nuevos importes se hicieron constar en el Acta correspondiente, que se publicó en el perfil del contratante.

En este caso INGENIERÍA Y PREVENCIÓN DE RIESGOS, S. L. y TYPESA sí presentaron proposiciones mejorando su oferta económica.

La Mesa de Contratación de Aena Aeropuertos S.A, en la reunión celebrada el 16 de mayo de 2013, acordó por unanimidad, a la vista de la evaluación técnico-económica elaborada, y después del proceso de mejora de ofertas económicas, proponer la adjudicación a la oferta presentada por la empresa INGENIERÍA Y PREVENCIÓN DE RIESGOS, S. L., por ser la más económica de las que superaron la puntuación técnica exigida. La adjudicación, en los



terminos de la propuesta, fue aprobada por el Consejero Delegado de la sociedad como órgano de contratación el mismo día 16 de mayo.

La adjudicación fue notificada en forma singular al adjudicatario el 28 de mayo, no constando en el expediente su notificación a los demás licitadores.

Tercero. El 29 de mayo de 2013 la reclamante presentó anuncio de interposición de recurso especial en materia de contratación ante el órgano de contratación y el mismo día e igualmente ante el órgano de contratación presentó recurso contra el acto de apertura de la tercera presentación de ofertas económicas de 13 de mayo de 2013, solicitando en el suplico que se declarase que *“AENA AEROPUERTOS, ha infringido sus propias determinaciones, así como la normativa aplicable, al permitir que un licitador que no ha presentado proposición económica en la segunda solicitud realizada por la Dirección de Contratación de AENA AEROPUERTOS, dentro de esta misma licitación pueda presentar, en base a una tercera solicitud del órgano de contratación, una nueva proposición económica y, como resultado, ser adjudicatario de la misma, como es el caso de la sociedad mercantil Ingeniería y Prevención de Riesgos, S.L. y, en consecuencia, dicte resolución por la que se declare nulo el acto de recepción y apertura inmediata de proposiciones económicas de fecha 13 de mayo de 2013, relativa a la tercera proposición económica, así como la correspondiente adjudicación del contrato.”*

Cuarto. El órgano de contratación remitió el recurso junto con el expediente de contratación y su informe, teniendo entrada todo ello en el registro de este Tribunal el 6 de junio de 2013.

Quinto. La Secretaría del Tribunal, el 10 de junio de 2013, dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, pudieran presentar las alegaciones y los documentos que a su derecho convinieran. Han evacuado dicho trámite las sociedades Ingeniería y Prevención de Riesgos S.L y Grupo MGO S.A.

Sexto. El 5 de junio de 2013 este Tribunal dictó resolución por la que se acordaba mantener la suspensión del expediente de contratación, producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 104.6, 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 (en adelante LCSE).

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. La presente reclamación se interpone ante la entidad contratante y se dirige a este Tribunal, que es competente para resolverla de conformidad con lo dispuesto en el artículo 101 de la LCSE, en relación con el artículo 41.5 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).

En este punto hay que indicar que aun cuando el recurrente califica su escrito como recurso especial en materia de contratación, el mismo ha de ser considerado como reclamación de las reguladas en el Capítulo I del Título VII (artículos 101 y ss.) de la LCSE, pues Aena Aeropuertos, S.A. tiene la consideración de entidad contratante a efectos del artículo 3.1 y 2.b) de la LCSE, y el objeto del contrato debe considerarse incluido en el ámbito de aplicación de la citada Ley, de acuerdo con el artículo 10 de la misma.

En efecto, el recurrente erróneamente atribuye al importe máximo de licitación del contrato de 372.000 euros (impuestos excluidos) la condición de valor estimado.

A este error induce la inclusión en un documento improcedente conforme al artículo 34 de la LCSE, cual es el Pliego de Prescripciones Técnicas, de la previsión de que a la duración inicial de doce meses del contrato, pudiera añadirse la prórroga del mismo por un máximo de dos anualidades más, unida a la ausencia de toda referencia a dicha posibilidad de prórroga tanto en el Pliego de Cláusulas Particulares y como en el anuncio de licitación.

Así las cosas el valor estimado del contrato excluido el IVA, es de 1.116.000 euros, conforme al artículo 17.1 de la LCSE.

Dejando a un lado la interpretación de la disposición adicional cuarta de la LCSE del recurrente que le lleva a concluir que con arreglo a la cuantía del importe máximo de licitación a entender íntegramente aplicable el régimen de recursos del TRLCSP, sin entrar en la aplicación de lo dispuesto en el artículo 137 del TRLCSP, lo cierto es que el recurso ha sido



calificado erróneamente por la reclamante de recurso especial en materia de contratación, y procede aplicar lo establecido en el artículo 110.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJ-PAC), que señala que *“el error en la calificación del recurso por parte del recurrente no será obstáculo para su tramitación, siempre que se deduzca su verdadero carácter”*, dándole la tramitación que legalmente le corresponde.

Segundo. La recurrente es licitadora del procedimiento de adjudicación, por lo que tiene legitimación activa para interponer la reclamación conforme al artículo 102 de la LCSE.

Tercero. El acto impugnado formalmente es el acto de apertura de la tercera proposición económica llevado a cabo por la Unidad de Contratación de los Servicios Centrales de Aena Aeropuertos, S.A., el 13 de mayo de 2013, *“así como la correspondiente adjudicación del contrato”*.

El acto expresamente impugnado debe calificarse como acto de trámite pues si bien integra el procedimiento no pone fin a éste, a diferencia de la resolución o acto definitivo que pone fin al procedimiento, que en el procedimiento de adjudicación es el acto en que aquella se manifiesta

La regla general en nuestro ordenamiento, que se establece en el artículo 107.1 de la LRJ-PAC, es que los actos de tramite no son susceptibles de recurso sin perjuicio de que la oposición a dichos actos de trámite pueda alegarse por los interesados para su consideración en la resolución que ponga fin al procedimiento, al igual que hacerse valer en el recurso contra la resolución.

Con carácter excepcional el artículo 107.1 LRJ-PAC permite recurrir los denominados actos de tramite cualificados que son aquellos que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos.

Este mismo criterio es el reproducido por el artículo 40, en sus apartados 2.b) y 3, del TRLCSP al disponer que podrán ser objeto del recurso *“los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que éstos decidan directa o indirectamente sobre la*



adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. Se considerarán actos de trámite que determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento los actos de la Mesa de Contratación por los que se acuerde la exclusión de licitadores” y que “los defectos de tramitación que afecten a actos distintos de los contemplados en el apartado 2 podrán ser puestos de manifiesto por los interesados al órgano al que corresponda la instrucción del expediente o al órgano de contratación, a efectos de su corrección, y sin perjuicio de que las irregularidades que les afecten puedan ser alegadas por los interesados al recurrir el acto de adjudicación.”

La Ley 31/2007 no establece una norma similar al artículo 40 del TRLCSP, por lo que debe aplicarse el artículo 107.1 antes transcritos de la LRJ-PAC.

El acto que nos ocupa no determina la imposibilidad de continuar el procedimiento para la reclamante, pero en los términos en que suscita la impugnación, que se funda en la hipotética improcedencia de la admisión de la proposición del licitador que resulta adjudicatario, si se le produciría indefensión del recurrente y perjuicio irreparable a sus derechos e intereses legítimos, por lo que el acto al ser de trámite cualificado es recurrible.

Además la reclamación se interpone no sólo contra el acto de trámite sino también contra la adjudicación que sería su consecuencia, resolución que al tiempo de interponerse el recurso ya se había dictado pero de la que no consta su notificación a la reclamante, con lo que aunque el acto de trámite no fuera impugnabile debería entenderse formulada la reclamación contra el acto de adjudicación.

Cuarto. Con carácter previo a analizar el fondo del asunto, hay que examinar si se han cumplido las prescripciones formales y los requisitos de plazo para el anuncio e interposición de la reclamación, previstos en el artículo 104 de la LCSE.

La reclamante anunció previamente su recurso ante la entidad contratante y simultáneamente presentó la misma ante aquella, el 29 de mayo de 2013, si bien la reclamación se interpuso dentro de plazo, tanto más cuanto el acto impugnado no se le notificó singularmente al licitador teniendo conocimiento por el perfil del contratante, la reclamación tuvo entrada en el registro de este Tribunal el día 6 de junio de 2013 por remisión del órgano de contratación.



Una de las especialidades de la reclamación regulada en la LCSE (artículo 101 y ss.) respecto del recurso especial regulado en el TRLCSP (artículo 40 y ss.) es precisamente su lugar de presentación. En este sentido el artículo 104.3 de la LCSE establece que *“la presentación del escrito de interposición deberá hacerse necesariamente en el registro del órgano competente para resolver la reclamación.”*

No obstante lo anterior, el acto recurrido no fue notificado individualmente al licitador y por tanto no se hizo con especificación de la reclamación que contra él procedía ni del órgano ante quien debía presentarla, como tampoco consta en el expediente que se haya hecho respecto del acto de adjudicación.

Además, como quedó dicho en el fundamento anterior, la reclamante fue inducida al error en cuanto al procedimiento de impugnación aplicable, por el silencio del anuncio de licitación y del Pliego de Cláusulas sobre el valor estimado del contrato, creyendo que el procedente era el recurso especial en materia de contratación y no la reclamación de la LCSE, aquel sí de posible presentación ante el órgano de contratación.

Por todo ello al objeto de evitar indefensión a la ahora reclamante y proteger su derecho a la tutela judicial, debe estimarse interpuesta la reclamación en tiempo y forma.

Quinto. Entrando ya en el fondo del asunto resulta necesario hacer referencia a las características del procedimiento negociado para atender a la impugnación formulada.

En nuestra Resolución 50/2011, de 24 de febrero, recogiendo la doctrina del Informe 21/97, de 14 de julio de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, ratificada en el Informe 48/09, de 1 de febrero de 2010, señalamos respecto de la entonces vigente Ley de Contratos del Sector Público, hoy TRLCSP, que el elemento diferenciador del procedimiento negociado, respecto de los procedimientos abierto y restringido, es que mientras en éstos no es posible negociar la propuesta presentada por el licitador, en el procedimiento negociado se exige la negociación, debiendo de fijarse previamente en el pliego y, en su caso, en el anuncio, cual será el objeto de la negociación, o como señala el artículo 176 del TRLCSP, los aspectos económicos y técnicos que hayan de ser objeto de negociación. Por otro lado, con carácter general debe afirmarse que en el procedimiento negociado no existe una licitación en sentido estricto como existe en el procedimiento abierto, ya que las ofertas a que se refiere el artículo



178 del TRLCSP no son equiparables a las proposiciones del artículo 145 de la citada Ley, entre otras razones y como fundamental, porque el precio u oferta económica es uno de los elementos que debe de ser objeto de negociación sin que pueda quedar fijado con carácter inalterable en la oferta a diferencia de lo que ocurre en las proposiciones. Consideraciones que en nuestra Resolución 269/2011, de 10 de noviembre, declaramos igualmente aplicables al procedimiento negociado configurado en los artículos 58.4, 80 y 81 de la LCSE.

Así el carácter diferenciado del procedimiento negociado respecto de los demás procedimientos de adjudicación, que permite tener en cuenta tanto en la valoración técnica como en la económica no sólo la oferta inicial, sino también los aspectos que hayan sido objeto de negociación a fin de seleccionar la propuesta más ventajosa, determina, como señala la Junta Consultiva en el ya referido Informe 21/97, la presencia en la licitación del *“principio de flexibilidad derivado de la negociación [lo] que caracteriza a este procedimiento de adjudicación”*. De modo que cualquier interpretación formalista que impidiese la negociación sobre los términos de la oferta inicial vaciaría de contenido el procedimiento negociado y lo convertiría en abierto o restringido.

A ello añadiremos que, no obstante la flexibilidad característica del procedimiento negociado, han de guardarse en la negociación los principios de transparencia e igualdad de trato y no discriminación, como expresamente lo señala el apartado 3 del artículo 178 del TRLCSP y resulta igualmente aplicable al procedimiento regulado en la LCSE en virtud de sus artículos 19 y 80.2.

En el procedimiento que nos ocupa la negociación, articulada sobre la oferta económica, se ha ajustado a tales consideraciones.

En efecto como señalamos el apartado 3.b del Anexo A del Pliego de Cláusulas Particulares *“realizada la apertura de ofertas económicas, Aena Aeropuertos podrá solicitar mejoras económicas de su oferta a aquellos licitadores cuya puntuación técnica sea igual o superior al valor mínimo de calidad técnica indicado en el apartado i) del Cuadro de Características de este Pliego”*.

Por mejoras económicas ha de entenderse disminuciones en el precio anteriormente ofertado y en ese sentido se produjeron las solicitudes de nuevas proposiciones.

Es cierto que en las solicitudes de nuevas proposiciones se contenía una referencia errónea a la presentación no sólo de nuevas ofertas inferiores a la anterior oferta presentada, lo que constituye sin duda la mejora, sino también “o iguales” lo que manifiestamente no es una mejora de la oferta sino su mero mantenimiento de la oferta anterior.

Ahora bien, de dicha formulación errónea de la solicitud no puede pretenderse, como argumenta la reclamante, que se exigía una expresa ratificación de la oferta anterior de modo que de no presentarse plica con dicha ratificación, el licitador que hubiera omitido el citado trámite formal quedaba con ello automáticamente excluido de la licitación.

En efecto, tal interpretación no resulta de las solicitudes, ni menos aún del Pliego de Cláusulas Particulares como quedo visto, ni en fin tiene amparo alguno en la LCSE. Tampoco resulta del Pliego que abierta una primera ronda de negociación el licitador que no hubiere mejorado la oferta no pueda acudir a las sucesivas rondas de negociación.

En fin, la interpretación del órgano de contratación que entendió que no presentado el sobre con nueva oferta a la primera solicitud el licitador mantenía la oferta anterior, al no mejorarla, resulta por tanto conforme a derecho, del mismo modo la solicitud a todos los licitadores incluidos en la negociación de nuevas ofertas tras la segunda proposición económica se acomoda plenamente al Pliego.

En fin, dada la oportunidad a todos los licitadores de mejorar sus ofertas, guardando el secreto de las nuevas ofertas hasta su apertura simultánea en acto público y en fin, publicando en el perfil del contratante el resultado de los actos de apertura, incluyendo el mantenimiento de las ofertas de aquellos que no presentaron plica de mejora, el órgano de contratación se ha ajustado en todo momento a los principios de transparencia, igualdad de trato y no discriminación en el desarrollo de la negociación.

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha **ACUERDA**:

Primero. Desestimar reclamación interpuesta por D. F.G.M., en nombre y representación de la empresa "DARZAL CONSULTORÍA Y PREVENCIÓN, S.L.", contra el acto de apertura de

proposiciones económicas, de fecha 13 de mayo de 2013, llevado a cabo por la Unidad de Contratación de los Servicios Centrales de Aena Aeropuertos, S.A., del procedimiento de licitación del contrato de servicios de "asistencia técnica seguridad y salud laboral en obras y mantenimientos 2013-Aeropuerto de Madrid-Barajas" (Expediente MAD 300/12).

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento acordada de conformidad con el artículo 106.4 de la LCSE.

Tercero. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición de la reclamación por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 106.5 de la LCSE.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11.1, letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.