



Recurso nº 732/2014

Resolución nº 758/2014

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

En Madrid, a 15 de octubre de 2014.

VISTA la reclamación interpuesta por D. M. G. P., en representación de NÚCLEO DE COMUNICACIONES Y CONTROL S.L.U., contra los pliegos que rigen el procedimiento de contratación del *“Suministro en estado operativo de un sistema de comunicaciones voz y tierra-aire en el Aeropuerto de Jerez”*, Expediente DIN 254/2014, convocado por AENA S.A, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. Con fecha 15 de agosto de 2014 fue publicada en el Boletín Oficial del Estado, la Resolución de fecha 17 de julio de 2014 de AENA S.A, por la que se anuncia la licitación del contrato de *“Suministro en estado operativo de un sistema de comunicaciones voz y tierra-aire en el Aeropuerto de Jerez”* Expediente DIN 254/2014, por el procedimiento negociado con anuncio de licitación previa, con un valor estimado de 955.300€ excluidos impuestos. La publicación de dicho anuncio de licitación en el Diario Oficial de la Unión Europea se produjo con fecha 21 de agosto de 2014. Asimismo, se publicaron los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas, que habían de regir la licitación y el referido contrato de suministro, quedando la documentación a disposición de los potenciales licitadores interesados en el Registro General de AENA S.A y en la web oficial de la entidad.

Segundo. Tras la apertura inicial de la licitación y de conformidad con el artículo 81 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, AENA S.A invitó a presentar sus

ofertas a los candidatos. En concreto, y según consta en el expediente de contratación, con fecha 18 de agosto de 2014 se le invitó a la mercantil recurrente a participar en la licitación.

Tercero. D. M. G. P. en representación de NÚCLEO DE COMUNICACIONES Y CONTROL S.L.U, el 3 de septiembre de 2014 anuncia la interposición de la reclamación. El 4 de septiembre de 2014, se interpone reclamación ante el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Cuarto. La entidad contratante remitió a este Tribunal una copia del expediente de contratación acompañado del oportuno informe, entendiendo que los pliegos son conformes a derecho y solicitando en consecuencia la desestimación de la presente reclamación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. La competencia para resolver la presente reclamación corresponde al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en virtud de lo dispuesto en el artículo 101.1 a) de la Ley 31/2007, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y servicios postales, que se remite al anterior artículo 311 de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público (actual artículo 41 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, en adelante TRLCSP).

Segundo. La reclamación se ha anunciado e interpuesto en el plazo legalmente establecido en el artículo 104 de la Ley 31/2007, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y servicios postales.

Tercero. La reclamación se interpone contra los pliegos de un contrato de suministros de la Ley 31/2007, por una entidad contratante del artículo 3.1 de la Ley mencionada y cuyo valor estimado supera los 414.000 euros, por lo es objeto de impugnación por esta vía al amparo de lo dispuesto en los artículos 16.a) y 101 y siguientes de la Ley 31/2007.

Cuarto. Establece el artículo 102 de la Ley 31/2007: *"Podrá interponer la correspondiente reclamación toda persona física o jurídica cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de reclamación."*

Como ha puesto de relieve la resolución de este Tribunal 105/2013 de 14 de marzo, para precisar el alcance del término "interés legítimo", la doctrina jurisprudencial en el ámbito administrativo considera el concepto con criterios amplios, lo que permitiría recurrir a quienes tengan un interés legítimo distinto al de obtener la adjudicación, aunque tal interés ha de ser propio e ir más allá de la mera defensa de la legalidad".

El interesado ha sido invitado a participar en la licitación por lo que debe entenderse legitimado en la interposición de la presente reclamación.

Quinto. Entrando ya en el fondo del asunto, el reclamante impugna el pliego de cláusulas por varios motivos, alega en primer lugar falta de determinación del objeto del proceso negociado, en segundo término vulneración de los principios de igualdad de trato, transparencia, no discriminación por indeterminación en la metodología (cláusulas 3.a y 3. b del pliego) al no existir en el pliego regulación de las condiciones en que se deberían desarrollar los ulteriores llamamientos para presentar mejoras económicas, y, por último infracción de la seguridad aeroportuaria y de la selección de la oferta más ventajosa al solicitar mejoras únicamente en cuanto al precio.

Por su parte la entidad contratante se remite a numerosos informes enviados al Tribunal en expedientes previos sobre estas cuestiones, cita la resolución de este Tribunal 313/2013 y también las licitaciones previas semejantes no impugnadas por el ahora recurrente y en las que obtuvo incluso alguna adjudicación, para concluir que los pliegos son ajustados a derecho.

Respecto de la metodología, AENA S.A reproduce el apartado 3 del anexo A del pliego de cláusulas particulares del presente expediente en el que se describe el proceso de selección de ofertas, que recoge lo siguiente en cuanto a la Metodología, realizada la apertura de ofertas económicas, AENA S.A podrá solicitar mejoras económicas de su oferta a aquellos licitadores cuya puntuación técnica sea igual o superior al valor mínimo de calidad técnica, 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.

En cuanto al fondo, las cuestiones planteadas por la reclamante, tal y como apunta el informe de la entidad contratante, han sido tratadas ya por este Tribunal en la Resolución 313/2013 de 24 de julio (recurso 351/2013), que se extracta a continuación:

“Sexto. Por su parte, la entidad contratante manifiesta, en cuanto a la falta de regulación en los pliegos de las condiciones en que se deberían desarrollar los ulteriores llamamientos para presentar mejoras económicas; que según lo previsto en el pliego, queda perfectamente claro que es potestad de AENA AEROPUERTOS proceder a solicitar mejora de ofertas económicas o no, una vez se haya realizado la primera apertura pública de ofertas. Ante dicha situación condicional o potestativa de AENA AEROPUERTOS, y en ningún caso obligatoria, no se puede fijar de antemano el número de solicitudes que se realizarán, porque dependerá de las circunstancias que se produzcan en cada una de las solicitudes de mejora las que aconsejen que la Mesa de Contratación solicite una nueva mejora o no.

Una vez que AENA AEROPUERTOS opta por solicitar mejora de ofertas, esta Compañía lo lleva a cabo con total transparencia, igualdad de trato y publicidad. Así lo solicita en igualdad de condiciones con la misma carta a todos y cada uno de los licitadores que han superado la calidad técnica exigida, con igualdad de trato porque a todos se les brinda la misma posibilidad de presentar una nueva oferta económica, sin condición alguna y con publicidad, porque el acto de presentación de la mejora, seguido de la apertura de los sobres económicos se hace en presencia del público que considere oportuno asistir. (...)

Séptimo. Antes de traer a colación lo que dispone el pliego de cláusulas que rigió el expediente de licitación, y que según el reclamante adolece de falta de concreción, lo que unido a la conducta de la entidad contratante vulnera los principios de igualdad, transparencia y no discriminación, debe tenerse en cuenta que en el procedimiento negociado, el pliego también constituye al igual que en el resto de procedimientos, el marco normativo para el desarrollo del mismo. Por tanto, las actuaciones que se lleven a cabo durante la fase de negociación tienen que estar previstas y reguladas en aquél, de

tal manera que todos los participantes conozcan las reglas del proceso de adjudicación y, en especial, los aspectos objetivos que resultan esenciales para que formulen la oferta.

Ahora bien, en el procedimiento negociado, tal y como se recoge en el artículo 169 del TRLCSP, la adjudicación recaerá en el licitador justificadamente elegido tras efectuar consultas con varios candidatos y negociar las condiciones del contrato con uno o varios de ellos. En términos similares se pronuncia el artículo 58.4 de la Ley 31/2007.

Por tanto, en el procedimiento negociado, la entidad contratante deberá solicitar la oferta de empresas capacitadas para la realización del objeto del contrato, y tras negociar con ellas los aspectos económicos y técnicos, en los términos establecidos en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, adjudicará el contrato al empresario elegido justificadamente, tras fijar con él tanto el precio, como el resto de los términos del mismo. En él no hay una licitación en sentido estricto; sino que, como indican los preceptos mencionados, las entidades contratantes negociarán con los licitadores las ofertas que éstos hayan hecho. En este sentido y tal como indica también el artículo 176 del TRLCSP, los aspectos objeto de negociación (económicos y técnicos) estarán predeterminados inicialmente en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, pero éstos serán objeto de auténtica negociación entre la entidad contratante y el candidato al contrato.

Por tanto, uno de los elementos característicos del procedimiento negociado es la facultad de negociación con las empresas, de tal suerte que en cuanto a la negociación se refiere, sólo están reglados determinados trámites. No obstante cabe afirmar, tal y como hace la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su informe 21/97 que, "el precio u oferta económica es uno de los elementos, quizá el fundamental, que se negocia con los empresarios en el procedimiento negociado sin que pueda quedar fijado con carácter inalterable en la oferta a diferencia de lo que ocurre en las proposiciones". Asimismo, señala el citado informe "el carácter necesariamente flexible y sin formalismos innecesarios que derivan de la utilización del procedimiento negociado, cuyo elemento esencial es la negociación entre la entidad contratante y uno o varios empresarios y que resulta incompatible con la rigurosidad de tramitación de la subasta y el concurso.

En cuanto al desarrollo de la negociación, hay que tener en cuenta que el procedimiento negociado es esencialmente un procedimiento flexible, si bien esta flexibilidad debe conciliarse con un cierto formalismo que deriva de la necesidad de aplicar las garantías esenciales en la contratación pública. Dada la ausencia de regulación a la que hemos aludido anteriormente, el PCAP constituye el marco legal para el desarrollo de cada procedimiento negociado. Las actuaciones que se lleven a cabo durante la fase de negociación tienen que estar previstas en el mismo, de tal manera que todos los participantes conozcan las reglas del proceso de adjudicación y, en especial, los aspectos objetivos que resultan esenciales para que formulen la oferta y fundamenten la decisión. Por tanto, las empresas participantes tienen que tener acceso a la misma información.

Además, en el procedimiento de negociación los licitadores podrán plantear modificaciones de sus proposiciones iniciales hasta que en este proceso la entidad contratante crea que puede, con suficientes elementos de juicio y motivación, determinar cuál es el adjudicatario del contrato siendo que el precio u oferta económica es el aspecto fundamental que se negocia sin que pueda quedar fijado de manera inalterable en la oferta a diferencia de lo que ocurre en el procedimiento abierto.

(...) Tal y como se deduce de lo estipulado en el pliego de cláusulas administrativas particulares, la entidad contratante establece en este procedimiento fases sucesivas: primero, una técnica en la que necesariamente se requiere una puntuación mínima a los licitadores para luego proceder a la fase económica en la que AENA AEROPUERTOS se reserva la facultad de solicitar mejoras económicas respecto de la oferta que los licitadores realicen. Posibilidad de fases diferentes como posibilidad prevista expresamente en el TRLCSP.

Desde esta perspectiva y dada la naturaleza del propio procedimiento negociado tal y como hemos visto anteriormente, no es posible hablar de falta de concreción del pliego por el hecho de que no se fije un número concreto y máximo de posibles llamamientos o fases de mejoras del elemento económico a solicitar a los licitadores. Como hemos sostenido, el aspecto económico puede ser en este procedimiento, objeto de negociación con cierto margen de flexibilidad, siendo que el término negociación implica precisamente

la posibilidad de alterar la oferta económica a diferencia de lo que ocurre en los procedimientos abiertos.

Es, por ello, que debe entenderse que el pliego de cláusulas administrativas cumple en rigor con lo que establece la legislación vigente para este tipo de procedimientos. (...)

(...) La falta de reglas y criterios en cuanto al procedimiento negociado se refiere permite que, como afirma la entidad contratante, por razones estratégicas no se determinen, de antemano, cuántas mejoras se van a solicitar a los licitadores, toda vez que esto además dependerá también del importe de las ofrecidas. En cualquier caso, lo que no se argumenta en la reclamación es por qué debe entenderse que la falta de establecimiento del número de mejoras en el pliego de cláusulas administrativas o a posteriori por parte de la entidad contratante supone per se una falta de transparencia e igualdad en el procedimiento de licitación."

Por lo tanto aplicando el criterio precedente a la presente impugnación no se aprecia ninguna de las infracciones alegadas en la reclamación ni en cuanto a la falta de determinación del objeto del proceso negociado, ni en cuanto a la determinación previa del número de llamamientos para la mejora de las ofertas presentadas, ni tampoco en la selección de la oferta más ventajosa en atención al precio, una vez superada la fase de calidad técnica mínima exigible.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Desestimar la reclamación interpuesta D. M. G. P., en representación de NÚCLEO DE COMUNICACIONES Y CONTROL S.L.U, contra los pliegos que rigen el procedimiento de contratación del "Suministro en estado operativo de un sistema de

comunicaciones voz y tierra-aire en el Aeropuerto de Jerez” Expediente DIN 254/2014, al ser ajustados a derecho los pliegos que rigen la licitación.

Segundo. 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 Ley 31/2007.

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