



Recurso nº 767/2015

Resolución nº 784/2015

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

En Madrid, a 4 de septiembre de 2015

VISTO el recurso interpuesto por D. J. S. V., en representación de TUNNEL SAFETY TESTING S.A. (en adelante, TST) contra la adjudicación el 27 de mayo de 2015 por AENA Aeropuertos, S.A. del contrato de servicios de *“Formación en materia de extinción de incendios y gestión de emergencias en túneles y galerías para personal del servicio de extinción de incendios (SEI)”*. Expediente nº DRH 73/2015, con valor estimado de 300.000 euros; el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. El 27 de marzo de 2015 se publicó en el perfil del contratante de AENA Aeropuertos S.A. (en adelante, AENA) el anuncio de licitación para adjudicar mediante procedimiento negociado el contrato de servicios de *“Formación en materia de extinción de incendios y gestión de emergencias en túneles y galerías para personal del servicio de extinción de incendios (SEI)”*, Expediente nº DRH 73/2015, con un valor estimado del contrato de 300.000 euros y plazo de duración de 1 año.

Segundo. Dentro del plazo para la presentación de ofertas, concurrieron la ahora recurrente TST y la empresa SEGURIDAD GALLEGA NOSA TERRA S.A. Tras los trámites de evaluación de la documentación administrativa de los licitadores y evacuado el informe técnico con fecha 4 de mayo de 2015, habiendo superado ambos licitadores la calidad técnica mínima, se procedió a la apertura pública de las ofertas económicas de los dos licitadores en fecha 13 de mayo de 2015.

Con posterioridad a dicha apertura AENA invitó a los licitadores a mejorar su oferta económica, de conformidad con el proceso de selección de ofertas previsto en el Pliego de Cláusulas

Administrativas Particulares, realizando un total de tres solicitudes de mejora en fechas 18, 20 y 22 de mayo de 2015.

Tercero. Tras las sucesivas solicitudes de mejoras económicas, la Mesa de Contratación, acordó por unanimidad proponer la adjudicación del contrato a la mercantil SEGURIDAD GALLEGA NOSA TERRA S.A. al presentar la mejor oferta económica en el procedimiento negociado. Con fundamento en la motivación de la propuesta de adjudicación, el órgano de contratación, el Director de Contratación de los servicios centrales de AENA acordó en fecha 27 de mayo de 2015 la adjudicación a favor de SEGURIDAD GALLEGA NOSA TERRA S.A. El acuerdo de adjudicación fue notificado a la adjudicataria en fecha 11 de junio de 2015, y a la mercantil recurrente, TST, en fecha 18 de junio de 2015.

Cuarto. Con fecha 25 de junio de 2015 tuvo entrada en el registro general de AENA, el anuncio previo a la presentación del recurso especial en materia de contratación por la representación de TST y, en la misma fecha TST presentó recurso especial para ante el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en el registro general de AENA, quien da traslado del mismo al Tribunal, con fecha de entrada en el registro general del Tribunal el 7 de julio de 2015). La recurrente solicita la anulación de la adjudicación, instando además la adopción de la medida cautelar de suspensión del procedimiento de licitación.

Quinto. Recibido en este Tribunal el expediente de contratación, acompañado del informe del órgano de contratación, la Secretaría dio traslado del recurso interpuesto a la otra mercantil licitadora y finalmente adjudicataria otorgándole un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimara oportuno, formulase las alegaciones que a su derecho conviniese, habiendo evacuado dicho trámite la adjudicataria mediante escrito de fecha 27 de julio de 2015, solicitando la desestimación del recurso interpuesto por TST.

Sexto. Interpuesto el recurso, con fecha 23 de julio de 2015, este Tribunal notificó resolución de fecha 21 de julio de 2015 por la que se acordaba la suspensión del procedimiento de contratación, con carácter cautelar, conforme a lo dispuesto en los artículos 43 y 46 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).

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 41.3 del TRLCSP.

Segundo. Está legitimado el recurrente al amparo de lo dispuesto en el artículo 42 TRLCSP, al haber concurrido al procedimiento de licitación.

Tercero. Se recurre la adjudicación por lo que el recurso se entiende interpuesto contra acto recurrible, de conformidad con lo establecido en el artículo 40.2. c) del TRLCSP, y se han cumplido todas las prescripciones formales y de plazo establecidas en el artículo 44 TRLCSP.

Cuarto. Entrando ya en el fondo del asunto, la recurrente impugna el acuerdo de adjudicación al entender que Pliego de Cláusulas que rigió el expediente de licitación adolece de falta de concreción al no regular las condiciones en que se deberían desarrollar los ulteriores llamamientos para presentar mejoras económicas con vulneración de los principios de igualdad, transparencia en el desarrollo del procedimiento, solicitando se deje sin efecto la adjudicación realizada, dictando resolución en la que se le adjudique el contrato.

Por su parte, la entidad contratante manifiesta que procedió a solicitar mejoras económicas de conformidad con lo establecido en el Anexo A del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares. En cuanto a la falta de regulación en los pliegos del número de solicitudes de mejora a realizar, dada la naturaleza del procedimiento negociado, 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 fase de mejora del elemento económico.

Con carácter previo debemos recordar que existe un límite a nuestra competencia respecto de la pretensión de la recurrente de que este Tribunal declare la adjudicación del contrato a su favor. Como hemos señalado en numerosas ocasiones, este Tribunal tiene exclusivamente una función revisora de los actos recurridos en orden a determinar si se ha producido un vicio de nulidad o anulabilidad, conforme con lo que se establece para el conjunto de los recursos administrativos en el artículo 108 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC), de forma que de existir tales vicios hemos de proceder a anular el acto o actos impugnados, ordenando se repongan las actuaciones al momento anterior al que el vicio se produjo, pero sin

que el Tribunal pueda sustituir la competencia de los órganos intervinientes en el proceso de contratación, en este caso de la mesa de contratación, so pena de incurrir en incompetencia material sancionada con nulidad radical (artículo 62.1.b LRJPAC). Por ello, debemos inadmitir dicha pretensión, por carecer de competencia para resolverla, sin perjuicio de la plena competencia de este Tribunal para conocer del recurso en la pretensión de anulación de la adjudicación.

Quinto. Señalado lo anterior, y habida cuenta que la recurrente atribuye falta de concreción del Pliego aunque no se dirige expresamente contra el mismo, debemos traer a colación nuestra doctrina sobre la imposibilidad de su impugnación con ocasión de la impugnación de un acto de aplicación, salvo supuestos muy cualificados, si no ha sido recurrido en tiempo y forma,

En este sentido, de igual modo recordamos, la eficacia jurídica vinculante del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares para cualquier interesado en el procedimiento de licitación cuando, como en el caso que nos ocupa, el pliego no ha sido impugnado. Así, la resolución nº 253/2011 de este Tribunal señala que: *“a los efectos de lo concluido en el punto anterior de esta resolución, es menester recordar, que de acuerdo con una inveterada jurisprudencia, los pliegos constituyen ley del contrato como expresión de los principios generales esenciales que rigen las relaciones nacidas de la convención de voluntades, tales como el sintetizado en el brocardo “pacta sunt servanda” con los corolarios del imperio de la buena fe y del non licet contra los actos propios y, en segundo lugar, que en su interpretación es posible la aplicación supletoria de las normas del Código Civil, cuyo artículo 1.281 establece que si los términos del contrato son claros y no dejan lugar a dudas sobre la intención de los contratantes, habrá que estarse al sentido literal de sus cláusulas (Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de marzo de 2001, 8 de junio de 1984 o 13 de mayo de 1982)*

Jurisprudencia más reciente como la que se deriva de la Sentencia de la Sección 4ª, Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 8 de julio de 2009 se refiere a la interpretación literal o teleológica (si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas, artículos 1.281 del Código Civil) y también a la propia interpretación lógica de las cláusulas del contrato. No se puede olvidar que el artículo 1.282 del Código Civil, en relación con el alcance y el contenido de las reglas

interpretativas en materia contractual, exige tener en cuenta para juzgar la intención de los contratantes, los actos de aquellos coetáneos y posteriores al contrato.

En última instancia, es necesario apuntar que una interpretación distinta llevaría a una interpretación del pliego en contra de su contenido natural, lo cual implicaría una grave vulneración del principio de seguridad jurídica y una ruptura del principio de igualdad, para aquellos licitadores que han respetado el contenido del pliego de cláusulas aquí discutidas.”

Sexto. El recurrente articula el recurso en torno a la pretensión de que se adjudique el contrato a la primera proposición que resulte más ventajosa, línea argumental contraria a la propia naturaleza del procedimiento negociado.

En efecto, este Tribunal ya se ha pronunciado en numerosas resoluciones sobre esta cuestión, pudiendo citar, además de las resoluciones apuntadas en el informe del órgano de contratación, la Resolución nº 453/2013 y la Resolución nº 829/2014.

En concreto, tal y como queda reflejado en el informe del órgano de contratación, en la Resolución nº 301/2014, de 11 de abril de 2014, resolviendo el recurso interpuesto por la ahora recurrente TNT frente a la adjudicación del mismo contrato de servicios licitado en el año 2013 por AENA ya se indicaba- con cita de la Resolución de este Tribunal 50/2011, de 24 de febrero que recoge 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-, que a diferencia de los procedimientos abierto y restringido en los que no es posible negociar la propuesta presentada por el licitador, en el procedimiento negociado precisamente se exige la negociación, debiendo fijarse previamente en el pliego cuál será el objeto de la negociación o los aspectos económicos y técnicos que hayan de ser objeto de negociación.

El Informe 21/97 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, citado en las resoluciones señaladas de este Tribunal se indica que “*el precio u oferta económica es uno de los elementos, quizá el fundamental, que se negocia con los empresarios en el procedimiento negociada sin que pueda quedar fijado con carácter inalterable en la oferta a diferencia de lo que ocurre en las proposiciones.*” En dicho informe también se señala que “*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.”

Pues bien partiendo del carácter flexible del procedimiento negociado no hay duda que la negociación de la oferta económica se ha ajustado, en el caso analizado, a tales consideraciones.

AENA ha seguido la metodología prevista en el Pliego respecto del proceso de selección de ofertas. Así, el apartado 2.b del Anexo A del Pliego de Cláusulas Particulares dispone lo siguiente: *“Realizada la apertura de ofertas económicas, AENA 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. 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) que figura en el Cuadro de Características de este Pliego.”*

Tal y como resulta de lo señalado en el Pliego, la entidad contratante establece una primera fase técnica en la que se requiere una puntuación mínima a los licitadores para una vez superada dicha fase, pasar a la fase económica en la que AENA se reserva la facultad de solicitar mejoras económicas respecto de la oferta que los licitadores realicen.

De tal manera, dada la naturaleza del propio procedimiento negociado no es posible hablar de falta de concreción en el pliego por el hecho de que no se fije un número concreto y máximo de solicitudes de mejora económica, ya que como hemos señalado, el aspecto económico en este procedimiento es objeto de negociación conforme a la naturaleza flexible del mismo. La falta de reglas y criterios en cuanto al procedimiento negociado permite que por razones estratégicas no se determinen de antemano cuántas mejoras se van a solicitar, ya que ello dependerá del importe de las ofrecidas.

Por otra parte, no se advierte actuación de la entidad contratante que haya supuesto vulneración de los principios de transparencia e igualdad de trato y no discriminación, en perjuicio de la recurrente. Al respecto, es de significar que la recurrente no argumenta por qué

la falta de concreción del número de mejoras en el pliego o por la entidad contratante supone una falta de transparencia e igualdad en el procedimiento de licitación.

El artículo 176 TRLCSP, bajo el epígrafe “*Delimitación de la materia objeto de negociación*”, en su apartado tercero señala: “*Durante la negociación, los órganos de contratación velarán porque todos los licitadores reciban igual trato. En particular, no facilitarán, de forma discriminatoria, información que pueda dar ventajas a determinados licitadores con respecto al resto.*”

En el supuesto debatido, partiendo de que el procedimiento negociado exige por definición una negociación sobre la primera oferta e implica siempre que la primera realizada no será la definitiva, ha quedado acreditado que las solicitudes de mejora se realizaron con total transparencia, igualdad de trato y publicidad, con la misma comunicación para los dos licitadores que superaron la calidad técnica exigida en la que se les da la posibilidad de presentar nueva oferta económica, sin condición alguna.

En definitiva, de acuerdo con lo anteriormente expuesto, siguiendo AENA la metodología prevista en el Pliego, que no fue impugnado por ningún licitador, respecto del proceso de selección de ofertas, la adjudicación se ha realizado a la oferta más económica en el proceso de negociación, con pleno respeto a los principios de igualdad de trato y no discriminación.

VISTOS los preceptos legales de aplicación

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

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D. J. S. V. en representación de TUNNEL SAFETY TESTING S.A. contra la adjudicación del contrato de servicios de “*Formación en materia de extinción de incendios y gestión de emergencias en túneles y galerías para personal del servicio de extinción de incendios (SEI)*”. Expediente nº DRH 73/2015.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento acordada por este Tribunal el 21 de julio de 2015.

Tercero. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 TRLCSP.

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 de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11.1 f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.