



Recurso nº 1069/2018

Resolución nº 1151/2018

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

En Madrid, a 17 de diciembre de 2018

VISTA la reclamación presentada por D.M.Z.G., actuando en nombre y representación de la mercantil ASFALTOS Y CONSTRUCCIONES ELSAN, S.A.U. y D.J.D.L.R.J., actuando en nombre y representación de la entidad OHL SERVICIOS-INGESAN, S.A.U., empresas que concurrieron en el procedimiento con el compromiso de constituir una UTE, contra el acuerdo de adjudicación publicado el 27 de septiembre de 2018 del contrato de "*Servicio de mantenimiento de edificios del aeropuerto Adolfo Suárez Madrid –Barajas*", expte. (MAD-89/18), convocado por AENA, S.M.E, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Por anuncio publicado el 24 de abril de 2018 en D.O.U.E, AENA SME, S.A. se publicó convocatoria para la adjudicación del contrato de "*Servicio de mantenimiento de edificios del aeropuerto Adolfo Suárez Madrid–Barajas*". Su valor estimado es de 11.324.079 euros, siendo el procedimiento de adjudicación negociado con tramitación ordinaria y subasta electrónica.

En cuanto al procedimiento, interesa destacar que en el sobre 3 se incluiría la oferta técnica, a la que se asigna una puntuación sobre 100. En el sobre 4 contiene la oferta económica, que solo se abrirá si se supera un umbral de calidad de 60% de la propuesta técnica. La oferta económica consistirá en un único porcentaje de baja que el licitador propone aplicar a todos los precios unitarios del presupuesto. El importe total del capítulo 1 del presupuesto estará también afectado por el porcentaje de baja ofertado. En cambio, los importes totales de los capítulos 2 "Repuestos" y 3 "mantenimiento modificativo" se



mantienen en su totalidad, únicamente serán afectados por el porcentaje de baja ofertado los precios unitarios. El anexo A describe el procedimiento de subasta electrónica.

Segundo. Entre otras empresas, superó el umbral técnico la recurrente. Se procedió a la apertura del sobre 4 y dio comienzo la subasta electrónica en los términos establecidos en el anexo A del pliego y se produjo del siguiente modo, en lo que aquí interesa: comenzó el 10 de julio a las 10 de la mañana, y finalizó el mismo día a las 12 horas. En ese periodo temporal CONTROL Y MONTAJES INDUSTRIALES, S.A. formuló 21 pujas, ELECNOR, S.A. 28, LICUAS 27, otra empresa 4 y las tres restantes, entre las que se encontraba la recurrente, 1 sola puja.

A la vista del resultado de la subasta la mesa de contratación propuso la adjudicación a CONTROL Y MONTAJES INDUSTRIALES, S.A., a quien efectivamente el órgano de contratación efectuó la adjudicación el 24 de julio de 2018. Sin embargo, esta empresa renunció a la adjudicación realizada por lo que, se incautó la garantía y se adjudicó el contrato a ELECNOR, S.A., quien también renunció al contrato, de modo que, con incautación de garantía, se adjudicó, finalmente, el contrato a LICUAS.

Tercero. Disconforme con dicho acuerdo el recurrente formula reclamación en la que alega que la subasta electrónica se produjo en forma anómala, con seguidas pujas masivas realizadas por determinados licitadores que impidieron la puja real y efectiva de los restantes. Considera que este comportamiento ha perturbado la libre competencia, que se pone de manifiesto, además, por la renuncia a la adjudicación de esas dos empresas que, en si mismo constituye un acto colusorio, y que el órgano de contratación debía de haber adoptado medidas para evitar esta situación. Todo lo anterior, expuesto con detalle en el recurso y fundado en diversas normas tales los artículos 57 y 91 de la Ley 31/2007 y 53.5 de la Directiva 2014/25/UE, le lleva a sostener la siguiente pretensión:

1) Anule el acuerdo de adjudicación del contrato relativo al “*Servicio de Mantenimiento de Edificios del Aeropuerto Adolfo Suárez Madrid- Barajas*”, adoptado por la entidad AENA, SME., S.A., por vulnerar las previsiones de los artículos 57 y 91 de la Ley 31/2007, así como los principios de igualdad, concurrencia y de selección de la oferta más ventajosa económicamente y/o de mejor calidad-precio.



2) Ordene a la entidad contratante la retroacción de actuaciones hasta la primera clasificación de ofertas efectuada en el momento anterior a la celebración de la subasta electrónica, con la finalidad de que, sobre esa base, se repita tal subasta, y que todos los licitadores puedan participar en la misma con pleno respeto a las reglas derivadas de los principios de concurrencia, competencia e igualdad de oportunidades.

3) Indique a la entidad contratante que adopte las medidas oportunas frente a los operadores económicos que han alterado el desarrollo de la subasta electrónica y que luego han retirado su oferta.

4) Declare que la metodología aplicada por AENA, SME., S.A. a la hora de articular la subasta electrónica genera relevantes distorsiones en la selección de las ofertas más ventajosas económicamente, vulnerando de manera indebida, entre otros, los principios de libre concurrencia, igualdad y transparencia, y sobre todo perjudicando a los operadores económicos de buena fe que participan en estos procedimientos.

Cuarto La entidad contratante considera el recurso inadmisibile, por cuanto se dirige extemporáneamente contra los pliegos, ya que se impugna el funcionamiento de la subasta electrónica descrita en ellos con detalle. Igualmente, considera extemporáneo el recurso por dirigirse contra el acuerdo de adjudicación de 24 de julio de 2018. Por otro lado, considera que no hay indicios de infracción de principio de libre concurrencia, puesto que concurrieron ocho licitadores, o del principio de igualdad, puesto que la metodología de la subasta ha sido aplicada a todos los licitadores por igual. El principio de transparencia ha sido especialmente observado en el sistema de subasta electrónica. Los pliegos no establecen criterios bajo los que se considera que una proposición no puede ser cumplida y, por tanto, no cabe intervención del órgano de contratación durante la subasta, excepto caso de incidencia. Asimismo, expone que ante la retirada de las ofertas de dos licitadores se han incautado las garantías provisionales, que es lo único que puede hacer el órgano de contratación.

Quinto. La Secretaría del Tribunal dio traslado de la reclamación a los restantes interesados, el día 29 de octubre de 2018. Ha presentado alegaciones CONTROL Y MONTAJES INDUSTRIALES CYMI S.A. sosteniendo que el tribunal no es competente para



investigar actos anticompetitivos. También ha presentado escrito de alegaciones LICUAS, S.A., para quien el recurso, al dirigirse contra los pliegos resulta extemporáneo y carece de justificación haber esperado a la tercera adjudicación para la interposición del recurso.

Sexto. Por acuerdo de 25 de octubre de 2018 se adoptó la medida provisional consistente en la suspensión del procedimiento de licitación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverla de conformidad con lo dispuesto en el artículo 101 de la Ley 31/2007, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, por tratarse de un proceso de licitación convocado por una entidad que ostenta la condición de poder adjudicador y ser el valor estimado del contrato de 3.914.895,94€.

Segundo. El recurso se dirige formalmente frente al acuerdo de adjudicación de fecha 25 de septiembre de 2018.

Tercero. Atendiendo a tal objeto, y sin perjuicio de lo que después se dirá, el recurso se ha interpuesto en plazo del artículo 104 LCSE.

Cuarto. En tanto que licitador ostenta legitimación de acuerdo con el artículo 102 de la LCSE.

Quinto. De acuerdo con lo transcrito anteriormente, el recurso contiene las siguientes pretensiones: i) anulación del acuerdo de adjudicación; ii) retroacción y repetición de la subasta; iii) que se indique a la entidad contratante para que adopte las medidas oportunas frente a dos licitadores; iv) declare que la metodología aplicada por AENA, SME, S.A. genera distorsiones y vulnera los principios de libre concurrencia, igualdad y transparencia, perjudicando a los operadores de buena fe.

Sostiene el órgano de contratación que, si el motivo de impugnación de la adjudicación es la irregularidad de la subasta, debía de haberse recurrido la primera adjudicación, de 24 de



julio, de modo que el recurso es extemporáneo. Alega que en ese momento el recurrente tuvo un acto recurrible en el que la subasta producía sus efectos completos y le fue notificado el día 10 de agosto, de modo que era esperable un recurso frente al mismo esgrimiendo la razón ya conocida de irregularidad en la subasta. Esta alegación no puede ser estimada, puesto que las dos primeras empresas propuestas como adjudicatarias no llegaron a ser adjudicatarias del contrato, incautándoseles la garantía provisional, por lo que no existía un acto de adjudicación recurrible, sino una mera propuesta.

Considera el órgano de contratación, en segundo lugar, que el recurso, en realidad, se dirige contra los pliegos. No se impugna la aplicación de la regulación de la subasta sino la regulación misma, que es la que ha propiciado esta situación, y que, por ello, sería un recurso extemporáneo. Así sería si, en realidad, se dirigiera el recurso contra los pliegos directamente, pero lo que se formula es una suerte de recurso indirecto contra estos, puesto que se dirige contra el acuerdo de adjudicación, pero invoca defectos de los pliegos, concretamente el anexo que regula la subasta. No es, por tanto, cuestión de extemporaneidad del recurso sino de impugnación indirecta de los pliegos. Sin embargo, resulta claro que en vía de recurso especial está vedada esta impugnación indirecta por impedirlo el artículo 50.1 de LCSP y, sobre todo, porque la presentación de una proposición sin la previa impugnación de los pliegos supone su aceptación incondicional.

No obstante, ello, podría entenderse que cuando el recurso se refiere a la metodología lo hace no a los pliegos, sino a la forma en la que estos han sido aplicados por el órgano de contratación. Así lo sostiene el recurso cuando indica: *Desde esta óptica teórica nada hay que objetar a las previsiones de los pliegos reguladores de la presente licitación. Sin embargo, no sucede lo mismo con las actuaciones que se derivan de la implementación de esta metodología, y del resultado práctico de la subasta electrónica.* En concreto, lo que se reprocha es la falta de intervención del órgano de contratación durante las dos horas de subasta para evitar lo que considera la práctica abusiva de determinados licitadores. Sin embargo, no dice el recurso en qué debe consistir esa actuación que considera debida y exigible del órgano de contratación, cuando, en realidad, éste ha actuado de acuerdo con la metodología de la subasta establecida en el pliego en el que no figura actuación posible alguna aun cuando las pujas sean excesivas por bajas. La alegación de que el artículo 53.5 de la Directiva hubiera permitido alguna actuación consistente en rechazar las ofertas



sucesivas que considera abusivas no es correcta, pues que tal precepto se refiere a un momento anterior a la práctica de la subasta electrónica y no sirve para justificar una actuación como se pretende. Por ello no puede considerarse que la falta de intervención durante de la subasta del órgano de contratación sea contraria a los pliegos o a la ley. Tampoco se consideran infringidos los artículos 57 y 91 de la LCSE. El artículo 57 dispone: *Las entidades contratantes no podrán recurrir a las subastas electrónicas de manera abusiva o de manera que la competencia se vea obstaculizada, restringida o falseada o que se vea modificado el objeto del contrato tal como se ha definido en el anuncio utilizado como medio de convocatoria de licitación y en el pliego de condiciones.* La entidad contratante ha acudido a la subasta electrónica de modo legítimo y no abusivo ni obstaculizando la competencia. De hecho, lo que considera el recurrente que ha obstaculizado la competencia es, o bien el comportamiento de otros licitadores o bien la omisión de la actuación del órgano de contratación, pero no la subasta en sí que es lo que el precepto sanciona. Por la misma razón no se considera que el órgano de contratación haya incurrido en práctica restrictiva de la competencia.

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 formulada por D.M.Z.G. en representación de ASFALTOS Y CONSTRUCCIONES ELSAN, S.A.U. y D.J.D.L.R.J., actuando en nombre y representación de la entidad OHL SERVICIOS-INGESAN, S.A.U., empresas que concurrieron en el procedimiento con el compromiso de constituir una UTE, contra el acuerdo de adjudicación publicado el 27 de septiembre de 2018 del contrato de “*Servicio de mantenimiento de edificios del aeropuerto Adolfo Suárez Madrid –Barajas*”, expte. (MAD-89/18).

Segundo. Alzar la suspensión de la tramitación del procedimiento de licitación.

Tercero. Declarar que no se aprecia mala fe o temeridad en la interposición de la reclamación a los efectos del artículo 106.5 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.f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.