



Recurso nº 166/2019

Resolución nº 332/2019

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

En Madrid a 29 de marzo de 2019.

VISTO el recurso interpuesto por D. J. G. M., en nombre y representación de EULEN SA, contra la resolución por la que se acuerda la exclusión de la recurrente de la licitación y la adjudicación a SERVINJACA SL de la contratación en el procedimiento abierto del *“Servicio De Mantenimiento, Desarrollo Y Fomento De Las Zonas Verdes Y Ajardinadas Del Aeropuerto de Tenerife Sur”*, Expediente TFS-142/2018, de AENA-Dirección del Aeropuerto de Tenerife Sur, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. AENA-Dirección del Aeropuerto de Tenerife Sur ha tramitado el procedimiento abierto para la contratación del *“Servicio De Mantenimiento, Desarrollo Y Fomento De Las Zonas Verdes Y Ajardinadas Del Aeropuerto de Tenerife Sur”*, Expediente TFS-142/2018.

El valor estimado del contrato es de 252.325,21 euros, IVA excluido.

Segundo. La licitación se ha llevado a cabo de conformidad con los trámites previstos en la Ley 9/2017 de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP en adelante), y, en cuanto no se encuentre derogado por ésta, por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

Fue publicado en el perfil del contratante el día 13 de diciembre de 2018 y en la Plataforma de Contratación del Sector Público el día 17 de diciembre de 2018.



Tercero. Como consta en el expediente administrativo remitido, han presentado ofertas tanto la entidad recurrente como la entidad que resultó adjudicataria, SERVINJACA SL.

Tras la oportuna tramitación, el día 11 de enero de 2019 se reúne la mesa de contratación y procede a la apertura de las proposiciones económicas presentadas por los dos únicos licitadores.

Como se refleja en el acta correspondiente, la entidad recurrente no acreditó debidamente su solvencia técnica, mientras que la adjudicataria sí que lo hizo.

En consecuencia, se propone adjudicar el contrato a la entidad SERVINJACA, lo que tiene lugar por medio de acuerdo de 16 de enero de 2019, que se publica en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 21 de enero del mismo año.

El recurrente impugna esta resolución por la que se acuerda su exclusión de la licitación, así como la adjudicación de la misma a la entidad SERVINJACA.

Considera que la resolución por la que se le excluye de la licitación y por la que se adjudica el contrato carece de la necesaria motivación y vulnera el Art. 150 LCSP, al no realizar una clasificación decreciente de las proposiciones presentadas.

Sostiene que esta forma de proceder le causa indefensión, en la medida en que no puede conocer los motivos de su exclusión ni reaccionar frente a dicha decisión, máxime cuando sostiene que sí que presentó el archivo que contenía la referencia a la solvencia técnica.

Cuarto. De acuerdo con lo previsto en el artículo 56.2 LCSP se solicitó por el Tribunal al órgano de contratación la remisión del expediente, habiendo sido recibido éste acompañado del correspondiente Informe.

En el meritado informe, el órgano de contratación interesa la inadmisión del recurso porque considera que el expediente TFS 142/2018 se encuentra comprendido en el ámbito de aplicación de la Ley 31/2007 pero no está sujeto a ella, por no superar su valor estimado el umbral previsto en el Art. 16 de la citada norma. De modo que el contrato no es susceptible de recurso especial.

Subsidiariamente, considera que el recurso debe ser desestimado, dado que la resolución en la que se acuerda la exclusión del recurrente y la adjudicación del contrato sí que está debidamente motivada. Se sostiene que el único criterio de adjudicación es el



precio, por lo que es fácilmente comprobable que la oferta de la recurrente superaba a la de la adjudicataria. Añade el órgano de contratación que como el único criterio de adjudicación era el precio, la aportación o no de los documentos relativos a la solvencia técnica es indiferente, porque la oferta económica de la recurrente sería, en todo caso, peor que la de la adjudicataria. Por lo tanto, entiende que el recuso debe ser desestimado.

Ha presentado alegaciones la entidad que ha resultado adjudicataria, SERVINJACA SL. En ellas, interesa la desestimación del recurso y confirmación de la resolución de adjudicación recurrida, por entender que no concurren los vicios que se alegan por la entidad recurrente. Y ello porque la propuesta presentada por SERVINJACA S.L. para la licitación del expediente TFS-142/2018 *“ha sido confeccionada conforme al Pliego de Cláusulas Particulares que sirvió de base a la licitación y bajo el estricto cumplimiento de lo preceptuado en el Manual de Usuario Licitador de la Plataforma Electrónica de Presentación de Ofertas (PPO) de AENA”*. Manual en cuyo artículo segundo se distinguen cinco archivos a presentar, entre ellos, el ST, sobre solvencia técnica.

Quinto. La Secretaria del Tribunal por delegación del mismo, en fecha 15 de febrero de 2019, ha resuelto conceder la medida provisional interesada por la parte recurrente, consistente en la suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en los artículos 53 y 57 LCSP

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO. A la hora de determinar la competencia de este Tribunal para conocer del recurso interpuesto, es necesario analizar si el contrato se haya comprendido dentro del ámbito de aplicación 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 (LCSE), y por tanto puede considerarse una reclamación de las reguladas en el Capítulo I del Título VII (artículos 101 y siguientes), o si por el contrario debe quedar sujeto a la Ley 9/2017, LCSP.

El contrato es de los celebrados por entidades que operan en los sectores excluidos, dado que se trata de una licitación de un contrato de servicios, convocada por AENA, sociedad mercantil estatal, que opera en el sector del transporte. El valor estimado del contrato es de 252.325,21 euros, IVA excluido.



Quedan fuera del ámbito de aplicación de la Ley 31/2007 los contratos celebrados por las entidades sujetas a dicha Ley que desarrollen actividades comprendidas en su ámbito, siempre que no superen el umbral legal del artículo 16 de aquella Ley, lo que es el caso, puesto que dicho Art. 16 dispone que:

Artículo 16. Importe de los umbrales de los contratos.

La presente ley se aplicará a los contratos cuyo valor estimado, excluido el Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA), sea igual o superior a los siguientes límites:

a) 443.000 euros en los contratos de suministro y servicios.

b) 5.548.000 euros en los contratos de obras

Y el hecho de que dicha Ley no les sea aplicable determina que tampoco sean susceptibles de la reclamación prevista en los Arts. 101 y ss. Ley 31/2007, pues solo los contratos comprendidos en el ámbito de la Ley 31/2007 pueden ser objeto de la reclamación prevista en dicha norma.

Es decir, los contratos sujetos a regulación armonizada que se realicen en el ámbito de la Ley 31/2007 son los únicos susceptibles de la reclamación contenida en los Arts. 101 y ss. de dicha Ley. Aquéllos que no alcancen los umbrales fijados en el citado Art. 16, como el presente caso, no son susceptibles de la reclamación regulada en la Ley 31/2007.

Por el mismo motivo, el presente contrato, al no estar por razón de cuantía comprendido en su ámbito desde un principio, no es un contrato excluido de la Ley 31/2007 -si no están comprendidos en su ámbito, no pueden ser excluidos-, sino que se trata de un contrato no sujeto, por lo que tampoco es susceptible de recurso especial.

Efectivamente, los contratos que la Ley 31/2007 excluye expresamente son los que quedan sujetos al nuevo régimen del recurso especial introducido por la Ley 9/2017, pues aquéllos en ningún caso son ni serán contratos sujetos a regulación armonizada. Por ello, el único umbral aplicable es el del artículo 16 de la Ley 31/2007, que al no alcanzarse excluye la posibilidad de reclamación, sin que proceda aplicar el nuevo régimen del recurso especial de la Ley 9/2017, ya que no estamos ante contratos excluidos del ámbito objetivo de la ley de sectores, sino ante un contrato no sujeto a la misma.



Consideramos aplicable la DA 8ª, apartado 2, párrafos primero y cuarto de la Ley 9/2017, que sujeta dichos contratos a las normas de la Ley de sectores excluidos en un caso y en otro, a la Ley 9/2017, si bien en éste excluyendo siempre las normas exclusivamente aplicables a los contratos sujetos a regulación armonizada, cuando se trata de contratos excluidos, lo que no es el caso, pues estamos ante contratos sujetos por la actividad, pero no por el umbral, por lo que no pueden calificarse como contratos excluidos.

Por su parte, la DA. 4ª de la Ley 31/2007 distingue entre contratos que no superan el umbral del artículo 16 y los excluidos por los artículos 14 y 18 de la misma, y ordena aplicar las normas pertinentes del TRLCSP. La pertinente y principal es la DA 8 Octava del TRLCSP, aplicable al caso, que reenvía a dicha Ley 31/2007 que determina que:

“La adjudicación por las entidades del sector público que no tengan el carácter de Administraciones Públicas de contratos que tengan por objeto alguna de las actividades enumeradas en el ámbito de aplicación objetiva de la legislación vigente sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, se regirá por dicha legislación, salvo que una Ley sujete estos contratos al régimen previsto en la presente Ley, en cuyo caso se les aplicarán las normas previstas para los contratos sujetos a regulación armonizada”.

Como se puede apreciar, se refiere genéricamente a contratos que tengan por objeto alguna de las actividades enumeradas en el ámbito de aplicación objetiva de la misma, sin referirse al umbral, lo que nos lleva a que los contratos comprendidos en las actividades enumeradas, pero que no superan el umbral, se sujetan a dicha Ley, al menos en cuanto a la improcedencia de reclamación y por ello de recurso, y a su vez, por aplicación de la misma ley 31/2007, DA 4ª, los contratos no sujetos por razón del umbral a la Ley 31/2007, que celebren las entidades que enumera, que no sean Administraciones Públicas, se sujetan a las normas *pertinentes* de la LCSP, que son la sustantivas de contratación, no las de recurso.

En definitiva, el contrato objeto de este recurso no está sujeto a regulación armonizada por lo que está desde un principio fuera de la Ley 31/2007, pero no está excluido. Por tanto, dicho contrato no está sujeto a reclamación de la Ley 31/2007, pero tampoco a recurso especial.



En el mismo sentido nos hemos pronunciado en la Resolución 905/2018 (Recurso nº 782) y en la 989/2018 (Rec. nº 852).

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Inadmitir el recurso interpuesto por D. J. G. M., en nombre y representación de EULEN SA, contra la resolución por la que se acuerda la exclusión de la recurrente de la licitación así como la adjudicación a SERVINJACA SL de la contratación en el procedimiento abierto del *“Servicio De Mantenimiento, Desarrollo Y Fomento De Las Zonas Verdes Y Ajardinadas Del Aeropuerto de Tenerife Sur”*, Expediente TFS-142/2018, de AENA-Dirección del Aeropuerto de Tenerife Sur.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación.

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 Art. 58 LCSP.

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 letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.