



**Recurso nº 9/2020**

**Resolución nº 198/2020**

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

En Madrid a 13 de febrero de 2020

**VISTA** la reclamación presentada por D.J.L.G.V., en nombre y representación de la empresa KEYSIGHT TECHNOLOGIES SPAIN, S.L.U., contra la adjudicación del lote nº 1 de la licitación convocada por ENAIRE-Dirección Económico Financiera para *“Contrato de equipamiento de radiofrecuencia para comunicación, navegación y vigilancia de ENAIRE”*. Expediente DNA 312/2019, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

**ANTECEDENTES DE HECHO.**

**Primero.** ENAIRE convocó, mediante anuncios publicados en el DOUE y en la Plataforma de Contratación del Sector Público el día 19 de septiembre de 2019, y en el BOE el día 21 de septiembre de 2019, licitación para la contratación, por el procedimiento abierto 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), de un contrato de suministro de equipamiento de radiofrecuencia para comunicación, navegación y vigilancia, dividido en dos lotes, y cuyo valor estimado es de 806.500 euros.

La empresa KEYSIGHT TECHNOLOGIES SPAIN, S.L.U. concurrió a la licitación de los dos lotes en los que se divide el contrato.

**Segundo.** Previos los trámites procedimentales oportunos, con fecha de 26 de noviembre de 2019 ENAIRE acordó la exclusión de la licitación de la empresa recurrente, resolución que fue notificada a la interesada el día 27 de noviembre de 2017.

**Tercero.** Con fecha de 17 de diciembre de 2019 la empresa KEYSIGHT TECHNOLOGIES SPAIN, S.L.U. interpuso reclamación de la LCSE contra la resolución de exclusión acordada



por ENAIRE (recurso 1604/2019), reclamación que fue desestimada por el Tribunal por Resolución 153/2020, de 6 de febrero de 2020.

La desestimación de dicha reclamación se fundamentó, en síntesis, en los siguientes razonamientos jurídicos del Tribunal:

- El Anexo 3 del Pliego de Condiciones Particulares (PCP) aplicable a la licitación establece dos fases en el procedimiento de selección de ofertas (evaluación técnica y evaluación económica), y sólo las ofertas que superen la fase de evaluación técnica podrán pasar a la fase de evaluación económica. Del PCP también se desprende que la fase de evaluación técnica exige aportar determinada documentación técnica (*"criterios de exclusión"* del Anexo 2) y, adicionalmente, acreditar que los equipos ofertados cumplen las exigencias del PPT (Anexo 3 del PCP). La empresa reclamante subsanó en forma y plazo el trámite referido a la aportación de la documentación de tipo técnico exigida en el Anexo 2 del PCP, pero los servicios técnicos de ENAIRE verificaron que los equipos por ella ofertados no cumplen las exigencias técnicas establecidas en el PPT, por lo que su exclusión fue ajustada a Derecho.
- Los pliegos son claros y no se aprecia en ellos oscuridad ni confusión, ni tampoco causa alguna de nulidad que permita una impugnación indirecta y extemporánea contra los mismos.
- Los defectos técnicos advertidos en los equipos ofertados por la reclamante no son subsanables, pues una eventual subsanación de los incumplimientos del PPT advertidos por los servicios técnicos de ENAIRE implicaría ofertar unos equipos distintos, o de diferentes características, con contravención del principio de inmodificabilidad de la oferta que opera en garantía del principio de igualdad de trato entre los licitadores.
- El incumplimiento de los requisitos técnicos del PPT es, conforme a reiterada doctrina del Tribunal, causa de exclusión de las ofertas, sin que el Tribunal aprecie en el informe técnico de valoración error material, arbitrariedad o discriminación que permita enervar la discrecionalidad técnica que asiste a la Administración.
- El acuerdo de exclusión no incurre en falta de motivación, pues se apoya en un informe técnico al que ENAIRE dio publicidad a través del perfil del contratante (motivación *in aliunde*), y se ajusta a lo dispuesto en el artículo 84.3 de la LCSE.



- El último motivo de impugnación referido al hecho de que de que, según la reclamante, la mayor parte de los concursos convocados por ENAIRE se adjudiquen, desde 2015, a la misma empresa, con vulneración de los principios de libre acceso a las licitaciones, publicidad, transparencia e igualdad de trato, son meras alegaciones de parte carentes de prueba alguna. El Tribunal no puede pronunciarse sobre licitaciones anteriores ajenas a la presente impugnación, y sobre las que la empresa KEYSIGHT TECHNOLOGIES SPAIN, S.L.U. sólo formula meras insinuaciones, siendo así que la carga de probar la vulneración de los principios en los que se asienta la contratación pública incumbe a quien la alega.

**Cuarto.** Al no haber acordado el Tribunal la suspensión del procedimiento de contratación, el órgano de contratación continuó su tramitación y, con fecha de 11 de diciembre de 2019, acordó adjudicar los dos lotes del contrato a la empresa RODHE SCHWARZ ESPAÑA, S.A.

La resolución de adjudicación fue notificada a la empresa KEYSIGHT TECHNOLOGIES SPAIN, S.L.U. el día 13 de diciembre de 2019.

**Quinto.** Con fecha de 3 de enero de 2020 KEYSIGHT TECHNOLOGIES SPAIN, S.L.U. interpuso reclamación de la LCSE contra la resolución de adjudicación del lote nº 1 del contrato de continua referencia.

Indica en la reclamación que su legitimación deriva del hecho de haber recurrido previamente el acto de exclusión de su oferta de la licitación, porque, de no impugnar la posterior adjudicación del lote nº 1 (que considera que debería haber recaído a su favor), dicho acto quedaría firme y consentido.

Reitera los argumentos de su anterior reclamación (recurso nº 1604/2019), afirmando, en síntesis:

- Que subsanó adecuadamente su documentación técnica en el trámite conferido al efecto por ENAIRE, por lo que la decisión de exclusión de su oferta fue contraria a Derecho.
- Que la notificación de la exclusión carecía de motivación, siendo una decisión caprichosa y arbitraria de ENAIRE.



- Que la actuación de ENAIRE *“pareciera destinada, exclusivamente, a evitar la apertura del sobre nº 3 del licitador ‘incómodo’, de modo que disfrazándose en el pliego de requisitos técnicos y de ‘verificación’ técnica de los mismos se hubiera articulado un sistema de filtrado previo que, al menos en el presente caso, habría funcionado, pues ENAIRE habría logrado neutralizar la oferta de KEYSIGHT bajo la excusa de la discrecionalidad técnica”*.

Y, como nuevos argumentos, referidos al acto de adjudicación, la reclamante señala que, según el Pliego de Condiciones particulares (PCP), la ponderación técnico- económica tiene un reparto porcentual del 0% y 100%, respectivamente, por lo que, siendo su oferta económica al lote nº 1 más ventajosa que la formulada por la empresa adjudicataria, la adjudicación de dicho lote debe recaer a su favor, dado que nunca debió ser excluida de la licitación por razones técnicas.

La empresa reclamante añade que en la notificación de la adjudicación efectuada por ENAIRE se indica que el lote nº 1 se había adjudicado a la empresa RODHE SCHWARZ ESPAÑA, S.A. *“ya que es la que ha obtenido mayor puntuación técnico- económica”*, lo que considera que contraviene el procedimiento de licitación, que exige superar la fase de valoración técnica para acceder a la fase de valoración económica, pero sin que pueda asignarse ninguna puntuación a la oferta técnica. En suma, de la referida expresión deduce la reclamante que ENAIRE ha atribuido, indebidamente, alguna puntuación a la oferta técnica de la empresa adjudicataria, en contra de lo dispuesto en el PCP: *“La oferta de KEYSIGHT acreditó sobradamente los requisitos del sobre nº 2, y lo hizo a la vista del trámite de subsanación. Por eso su oferta nunca debió haber quedado excluida. Al tratarse de requisitos técnicos de mínimos, no cabe entrar en esta fase a describir las bondades de las soluciones técnicas de KEYSIGHT sobre las del competidor RODHES, pues no caben mejoras, ni hay porcentaje de baremación previsto para solución técnica alguna, pues se asigna reparto de 0% tal y como fijan los pliegos”*.

Solicita, por todo lo expuesto, la anulación de la adjudicación del lote nº 1.

**Sexto.** De conformidad con lo dispuesto en el artículo 105.2 de la LCSE, el órgano de contratación ha remitido al Tribunal el expediente de contratación, con un informe en el que alega la falta de legitimación de la empresa reclamante, excluida de la licitación, para recurrir el acto de adjudicación. Subsidiariamente, argumenta sobre la adecuación a Derecho de la



decisión de exclusión, pues aunque la reclamante subsanó la documentación técnica que le fue inicialmente requerida, los equipos por ella ofertados no superaron la fase de evaluación técnica al detectarse varios incumplimientos de los requisitos mínimos exigidos en el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT), por lo que, de acuerdo con el PCP, no se procedió a la apertura del sobre nº 3 de su oferta económica.

**Séptimo.** Con fecha de 21 de enero de 2020 la Secretaría del Tribunal dio traslado de la reclamación interpuesta a los restantes licitadores, confiriéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones (artículo 105.3 de la LCSP), trámite que ha sido evacuado por la empresa RODHE & SCHWARZ ESPAÑA, S.A, que con fecha de 28 de enero de 2010 formuló alegaciones solicitando la inadmisión del recurso (por falta de legitimación de la recurrente, excluida de la licitación y, subsidiariamente, la desestimación de la reclamación, por ser la actuación de ENAIRE ajustada a Derecho, reiterando en este punto las alegaciones ya formuladas en el recurso nº 1604/2019.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**Primero.** Este Tribunal es competente para conocer de la presente reclamación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 101 de la LCSE.

**Segundo.** Se recurre una resolución de adjudicación (artículo 44.2.c) de la LCSP) de un contrato de suministros licitado por una entidad sujeta a la LCSE que, por su objeto e importe (artículos 12.b) y 16.a) de la LCSE), es susceptible de la reclamación regulada en los artículos 101 y siguientes de la LCSE.

**Tercero.** Consta en el expediente de contratación el anuncio de la reclamación al órgano de contratación exigido en el artículo 104.1 de la LCSE.

**Cuarto.** La reclamación que se examina se ha presentado en el plazo de quince días hábiles previsto en el artículo 104.2 de la LCSE.

**Quinto.** Dado que el Tribunal, por Resolución 153 /2020, de 6 de febrero de 2020, acordó desestimar la reclamación interpuesta por KEYSIGHT TECHNOLOGIES SPAIN, S.A. contra



el acto de exclusión de su oferta de la presente licitación, no concurre en la empresa reclamante la legitimación exigida en el artículo 102 de la LCSE.

Conviene recordar, a estos efectos, la reiterada doctrina de este Tribunal que niega legitimación para recurrir el acto de adjudicación al licitador excluido de la licitación y que, por tal motivo, nunca podría llegar a ser adjudicatario del contrato impugnado.

Siguiendo, por todas, la Resolución 1239/2019, de 4 de noviembre, cabe indicar lo siguiente:

*“Señalábamos en la Resolución de 21 de octubre de 2016: ‘Por tanto, los requisitos para que pueda apreciarse la existencia de interés legítimo y, por tanto, de legitimación activa, son los siguientes: 1.- Por interés, que la normativa vigente califica bien de ‘legítimo, personal y directo’, o bien, simplemente, de ‘directo’ o de ‘legítimo, individual o colectivo’, debe reputarse toda situación jurídica individualizada, caracterizada, por un lado, por singularizar la esfera jurídica de una persona respecto de las de la generalidad de los ciudadanos o administrados en sus relaciones con la Administración Pública, y dotada, por otro, de consistencia y lógica jurídico-administrativas propias, independientes de su conexión o derivación con verdaderos derechos subjetivos. 2.- Ese interés, que desde el punto de vista procedimental administrativo es una situación reaccional, en pro de la defensa y efectiva reintegración de lo que doctrinalmente se ha llamado el propio círculo jurídico vital y en evitación de un potencial perjuicio ilegítimo temido, está conectado precisamente con este concepto de perjuicio, de modo que el interés se reputa que existe siempre que pueda presumirse que la declaración jurídica pretendida habría de colocar al accionante en condiciones legales y naturales de conseguir un determinado beneficio material o jurídico o como cuando la persistencia de la situación fáctica creada o que pudiera crear el acto administrativo ocasionaría un perjuicio como resultado inmediato de la resolución dictada. 3. Ese ‘interés legítimo’, que abarca todo interés que pueda resultar beneficiado con la estimación de la pretensión ejercitada (siempre que no se reduzca a un simple interés por la legalidad), puede prescindir, ya, de las notas de ‘personal y directo’, pues tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo como la del Tribunal Constitucional (en Sentencias, entre otras, de este último, 60/1982, de 11 octubre, 62/1983, de 11 julio, 160/1985, de 28 noviembre, 24/1987, 257/1988, 93/1990, 32y 97/1991 y 195/1992, y Autos 139/1985, 520/1987 y*



356/1989) han declarado, al diferenciar el interés directo y el interés legítimo, que éste no sólo es superador y más amplio que aquél sino también que es, por sí, autosuficiente, en cuanto presupone que la resolución administrativa o jurisdiccional a dictar ha repercutido o puede repercutir, directa o indirectamente, pero de un modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica de quien se persona. En materia de legitimación ya en el ámbito de la contratación señala la citada sentencia que 'Tratándose de contratos administrativos, el interés legítimo viene determinado en general por la participación en la licitación (ss. 7-3-2001 citada por la de 4-6-2001), por cuanto quienes quedan ajenos a la misma, en principio no resultan afectados en sus derechos e intereses, si bien no puede perderse de vista que la determinación de la legitimación, en cuanto responde a los intereses que específicamente estén en juego en cada caso, ha de efectuarse de forma casuística, lo que tiene una proyección concreta en los supuestos de procedimientos de concurrencia, en los cuales la condición de interesado no deriva de la genérica capacidad para participar en los mismos sino de la actitud de los posibles concursantes respecto del concreto procedimiento de que se trate, es decir, la condición de interesado no es equiparable a la genérica condición de contratista con capacidad para participar en el concurso sino que es preciso que se ejercite tal condición, ya sea participando en el procedimiento o de cualquier otro modo, sin que pueda descartarse la impugnación de la convocatoria del concurso por quien no participa en razón de las propias condiciones en que es convocado'. De acuerdo con esta doctrina, para que pueda apreciarse la existencia de legitimación para la impugnación de resoluciones administrativas en materia contractual, deben concurrir los siguientes requisitos: 1. Con carácter general, el interés legítimo viene determinado por la participación en la licitación. 2. No obstante, la condición de interesado no es equiparable a la genérica condición de contratista con capacidad para participar en el concurso, sino que es preciso que se ejercite tal condición, ya sea participando en el procedimiento o de cualquier otro modo. Por su parte, este Tribunal ha señalado en múltiples resoluciones, a propósito de la impugnación de la adjudicación por un licitador excluido (por todas Resoluciones nº 237/2011, de 13 de octubre, nº 22/2012, de 18 de enero, y nº 107/2012, de 11 de mayo de 2012), que el interés invocado ha de ser un interés cualificado por su ligazón al objeto de la impugnación, no siendo suficiente a los efectos de la legitimación del licitador excluido el interés simple y general de la eventual restauración de la legalidad



supuestamente vulnerada y de la satisfacción moral o de otra índole que pueda reportarle al recurrente el que no resulten adjudicatarias algunas otras empresas licitadoras, toda vez que nuestro ordenamiento no reconoce la acción popular en materia de contratación pública. La anterior doctrina ha sido confirmada por la Sentencia de la Audiencia Nacional de 23 julio de 2014 de la sección 4ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (...)".

**Sexto.** A efectos meramente dialécticos, y a modo de argumentación "*obiter dicta*", cabe añadir que, de no concurrir la falta de legitimación de la empresa reclamante, procedería la desestimación de la presente reclamación por razones de fondo.

Dado que no procede entrar a examinar de nuevo en los motivos de exclusión que reitera aquí la empresa reclamante –que fueron abordados e íntegramente desestimados en la Resolución al recurso nº 1604/2019–, cabe únicamente señalar que de las actas de la Mesa de contratación y del informe de valoración incluidos en el expediente de contratación remitido se desprende que la decisión de adjudicación del lote nº 1 adoptada por ENAIRE se ajustó al procedimiento y a los criterios de selección previstos en el PCP, habiendo obtenido la empresa adjudicataria del lote nº 1 (cuya oferta económica es la única que se abrió) una puntuación global de 100 puntos "*ya que es la única aceptada y cumple con todos los requisitos exigidos*" una vez superada la fase de evaluación técnica. Tal y como señala el órgano de contratación en su informe, "*a la vista de las ofertas que continuaron en la licitación, tras haber acreditado la correspondientes solvencia y cumplimiento de los requisitos mínimos técnicos exigidos en el PPT, y realizada la correspondiente apertura de ofertas económicas, se acordó con fecha de 11 de diciembre de 2019 la adjudicación del expediente DNA 321/2019, lote nº 1, a la oferta presentada por la empresa RODHE SCHWARZ ESPAÑA*".

Las afirmaciones de la empresa reclamante relativas a la circunstancia de que los concursos de ENAIRE siempre se adjudiquen a la misma empresa son, como se indicó en la Resolución del recurso nº 1604/2019, meras alegaciones de parte carentes de prueba alguna, debiendo circunscribir el Tribunal su examen a la adecuación a Derecho del acto de adjudicación del lote nº 1 de este concreto expediente de contratación, en el que no se advierte ningún defecto o irregularidad que implique su anulación.

Por todo lo anterior,



**VISTOS** los preceptos legales de aplicación

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

**Primero.** Inadmitir la reclamación interpuesta por la reclamación presentada por D.J.L.G.V., en nombre y representación de la empresa KEYSIGHT TECHNOLOGIES SPAIN, S.L.U., contra la adjudicación del lote nº 1 de la licitación convocada por ENAIRE-Dirección Económico Financiera para *“Contrato de equipamiento de radiofrecuencia para comunicación, navegación y vigilancia de ENAIRE”*.

**Segundo.** Declarar que no se aprecia mala fe ni temeridad en la interposición de la presente reclamación, por lo que no procede imponer la multa prevista en el artículo 106.5 de la LCSE.

**Tercero.** Acordar el levantamiento de la suspensión automática del procedimiento de contratación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 106.4 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.f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa.