



Recurso nº 613/2020

Resolución nº 866/2020

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

En Madrid, a 31 de julio de 2020.

VISTO el recurso interpuesto por D. A. P. y D. O. P. C., en nombre y representación de DFS AVIATION SERVICES GmbH, contra el acuerdo de exclusión de dicho licitador del procedimiento de licitación del contrato de “*servicio de tránsito aéreo (ATS) de aeródromo en los aeropuertos de Aena*”, con expediente DEA-562/2019, convocado por AENA, S.M.E., S.A., el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Mediante anuncio publicado en su web con fecha 5 de noviembre de 2019 y en el DOUE con fecha 8 de noviembre de 2019, Aena convocó licitación para adjudicar el contrato “*servicio de tránsito aéreo (ATS) de aeródromo en los aeropuertos de Aena*” expediente DEA-562/2019, dividido en tres lotes, por el procedimiento negociado con convocatoria de licitación previa.

Segundo. El procedimiento se rige por 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 su normativa de desarrollo.

No obstante, debe tenerse en cuenta que con fecha 6 de febrero de 2020 entró en vigor el Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales (RDL 3/2020), cuyo Libro I contiene una nueva regulación de los procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales que sustituye a la



Ley 31/2007, la cual queda derogada por la Disposición derogatoria única.1 del Real Decreto-Ley.

Sin embargo, conforme a la Disposición transitoria primera.1, “los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de este real decreto-ley se regirán por la normativa anterior. A estos efectos se entenderá que los expedientes de contratación han sido iniciados si se hubiera publicado la correspondiente convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato.” Por tanto, el expediente objeto del presente recurso continuará rigiéndose por la Ley 31/2007.

Sin perjuicio de lo cual, dispone el apartado 3 párrafo segundo de la misma DT 1ª que “en los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de este real decreto-ley podrá interponerse la reclamación prevista en el artículo 119 contra actos susceptibles de ser recurridos en esta vía, siempre que se hayan dictado con posterioridad a su entrada en vigor”. En este caso se recurre la exclusión, que como veremos se produce después de esa entrada en vigor, por lo que la normativa a aplicar a la presente reclamación será la de los arts. 119 ss. del citado Real Decreto-Ley.

Tercero. De acuerdo con el PCAP, y en concreto con su Cuadro de Características, el contrato se divide en tres lotes, referido cada uno de ellos a un grupo de aeropuertos. Sin embargo, conforme al Anexo A, ningún licitador podrá ser adjudicatario de más de dos lotes.

Cuarto. Como se desprende del PCAP, y en concreto de su Anexo A, para la adjudicación del contrato se tienen en cuenta por un lado criterios técnicos y por otro económicos.

Los criterios técnicos se detallan en el Anexo 4 del PCAP, que establece 8 criterios y atribuye a cada uno de ellos una puntuación máxima, sumando un total de 100 puntos como máximo entre los 8 criterios. A continuación se define, para cada uno de los criterios, los aspectos que se valorarán en la documentación presentada y se establecen tres horquillas de puntuación para cada criterio en función de hasta qué punto se observan o no esos aspectos en la documentación presentada, describiendo detalladamente cada horquilla. La documentación a presentar por cada criterio, a su vez,



se determina en el Anexo 3, donde se establece qué documentos se deben presentar y qué debe incluir cada uno.

Por otro lado, como se desprende del Anexo A, solo entrarán en la negociación sobre la propuesta económica los licitadores cuyas propuestas técnicas hayan alcanzado el valor numérico mínimo en la valoración de su propuesta técnica, que el Anexo 4 establece en 70 puntos.

Quinto. Al procedimiento concurrió, entre otros, el ahora recurrente. Tras la valoración de su propuesta técnica, obtuvo una puntuación de 60,05 puntos. Esta valoración se contiene en los tres informes técnicos que constan en el expediente, uno por cada lote, en los que se detallan los motivos por los que se valora como se hace la propuesta técnica de cada uno de los licitadores, conforme a los criterios establecidos en el PCAP que han referido antes.

Como consecuencia de no haber obtenido la puntuación mínima en la propuesta técnica en ninguno de los lotes, el licitador fue excluido del procedimiento, lo que se le notifica el 16 de junio de 2020.

Sexto. Contra esta exclusión se alza el recurrente mediante la presente reclamación, en la cual ha presentado informe la entidad contratante y alegaciones otro licitador, y en el que se ha solicitado la medida cautelar de suspensión del procedimiento, la cual se acordó por resolución de la Secretaria del Tribunal de fecha 20 de julio de 2020.

Séptimo. El 14 de julio de 2020, por la Secretaría del Tribunal se dio traslado del recurso a los restantes licitadores para que pudieran formular alegaciones. Han presentado alegaciones los siguientes licitadores: SERVICIOS AERONÁUTICOS, CONTROL Y NAVEGACIÓN, S.L. y FERRONATS AIR TRAFFIC SERVICES, S.A., solicitando ambos la desestimación del recurso.

Octavo. El 21 de julio de 2020 la Secretaria del Tribunal, por delegación de éste, resolvió conceder la medida provisional consistente en la suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en los artículos 49 y 56 de la LCSP.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en los arts. 120.1 del RDL 3/2020 y, por remisión, 45.1 de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público.

Segundo. El contrato al que se refiere el acto impugnado es un contrato de servicios sujeto al RDL 3/2020, por lo que cabe interponer la reclamación contra actos relativos al mismo conforme al art. 119.1 del RDL 3/2020. El acto es recurrible al suponer la exclusión de un licitador, de acuerdo con el art. 119.2.b del RDL 3/2020.

Tercero. El recurrente está legitimado a tenor del art. 48 de la LCSP, al que se remite el 121.1 del RDL 3/2020, al ser uno de los licitadores participantes en el procedimiento, que podría eventualmente resultar adjudicatario en caso de estimación.

Cuarto. La interposición del recurso se ha producido dentro del plazo legal del artículo 50 de la LCSP, al que se remite el 121.1 del RDL 3/2020, al no haber transcurrido más de quince días hábiles entre la fecha de notificación del acto impugnado y la de presentación del recurso.

Quinto. En cuanto al fondo, si bien de forma algo confusa al hacerlo por duplicado en el apartado de hechos y en el de fundamentos jurídicos, articula la reclamación básicamente dos motivos de impugnación: por un lado, imputa a la exclusión falta de motivación y arbitrariedad respecto de la exclusión del licitador de los lotes 2 y 3; y por otro afirma que en la valoración de su oferta existen varias “deficiencias valorativas” que han supuesto que se valore con menos puntuación de la debida, y que desarrolla prolijamente.

Comenzaremos por el primer motivo. Afirma el licitador que existe falta de motivación y arbitrariedad respecto de la exclusión del licitador de los lotes 2 y 3 por dos razones: primero, que cuando se le comunica la exclusión solo se hace referencia al lote 1 cuando en realidad se la ha excluido de los tres lotes, de forma que no hay una verdadera exclusión de los lotes 2 y 3; y segundo, que no existiría ninguna diferencia en el análisis



de las ofertas presentadas a cada uno de los distintos lotes que hacen los informes de valoración cuando las ofertas son diferentes por referirse a aeropuertos diferentes.

Es cierto que la exclusión, tal como se notifica al licitador, menciona únicamente el lote 1. Pero consta en el expediente que, el mismo día en que se comunica la exclusión, un representante de la licitadora envía un correo electrónico a Aena en el que dice “*we sincerely regret to receive the news that we did not qualify for the further steps concerning the AENA DEA-562/2019 tender (ATS at 12 AENA airports) [...]*”, es decir “*lamentamos sinceramente recibir la noticia de que no hemos cumplido los requisitos para los próximos pasos en el expediente de licitación nº 562/2019 (ATS en 12 aeropuertos de AENA) [...]*”. Nótese la referencia a 12 aeropuertos: 12 aeropuertos son el total de aeropuertos a que se refiere el contrato, entre los tres lotes, no solo los incluidos en el lote 1 (que son cuatro).

Por otra parte, como reconoce la reclamación (pág. 72), la entidad contratante remitió al licitador los tres informes técnicos de valoración (uno por cada lote, recuérdese), y en ellos constaba que su oferta había obtenido en todos los lotes la misma puntuación, siempre inferior al valor mínimo determinado por el PCAP.

Así pues, es evidente que la licitadora nunca ha tenido ninguna duda sobre el alcance de su exclusión, sino que conocía perfectamente desde el mismo momento en que se le comunica que dicha exclusión afectaba a los tres lotes del contrato. De hecho, ahora formula el recurso refiriéndose en todo momento a su exclusión en los tres lotes.

Por tanto, si bien es cierto que la comunicación de la exclusión es incorrecta en su literalidad al mencionar únicamente el lote 1, ello no pasa de ser un mero error material, que no ha provocado indefensión alguna a la licitadora al haber conocido desde el principio el alcance de la exclusión y los motivos en que se basaba (dado que se le facilitó inmediatamente el informe de valoración). Como, por otra parte, evidencia el hecho de que ahora interpone una reclamación extensa y prolijamente fundamentada, impugnando múltiples aspectos de la valoración.

Por lo mismo, no es cierto que la motivación de la exclusión de los lotes 2 y 3 no exista, como afirma la reclamación. Por el contrario, dicha motivación se contiene en los



informes de valoración correspondientes, pues es por no alcanzar la puntuación mínima que se produce la exclusión. Y en esos informes se explicita por qué se otorga a la propuesta técnica la puntuación que se le otorga, por lo que la motivación existe, sin perjuicio de que se pueda discrepar de ella.

Por otro lado, critica el reclamante que el contenido de los informes de valoración sea igual para los tres lotes. Sobre ello debe hacerse una primera observación: una cosa es que el recurrente discrepe de la motivación –lo cual hace, como analizaremos en el siguiente fundamento–, y otra muy distinta es que no la haya. Para que el hecho de que el contenido de los informes técnicos sea el mismo para los tres lotes supusiera falta de motivación, sería necesario que hubiera entre las ofertas técnicas presentadas a cada lote diferencias de tal calado que hicieran imposible decir lo mismo sobre todos ellos, lo que evidenciaría un error de base de la motivación. Es decir, para que esta identidad de motivación llegase a ser falta de motivación, sería necesario que las ofertas para cada lote fuesen tan diferentes que fuese imposible decir lo mismo de las tres; de manera que respecto de la oferta para alguno de los lotes el informe de valoración estuviese haciendo consideraciones carentes de sentido.

Sin embargo, el reclamante no acredita, ni siquiera alega, que exista esta diferencia entre las ofertas presentadas a cada lote. No señala un solo aspecto en que difieran las ofertas siendo igual la valoración hecha en los informes. De hecho, a lo largo de su recurso, cuando detalla los motivos de su desacuerdo con cada concreto aspecto de la valoración, lo hace sin distinguir por lotes. Pero, sobre todo, es que si se examinan los documentos constitutivos de su oferta, que el licitador presenta con su reclamación, se constata que los documentos presentados a cada lote son de hecho idénticos.

Así pues, el reclamante reprocha a la entidad contratante que valore igual sus ofertas a cada lote cuando ha presentado ofertas iguales. No hace falta decir por qué esto no puede admitirse.

Sexto. En cuanto al segundo motivo de impugnación, es decir, las supuestas “deficiencias valorativas” que habrían supuesto que la oferta del reclamante se valorase con menos puntuación de la debida, se plantean bajo el mismo varias cuestiones,



divididas entre los hechos y los fundamentos de derecho, que podemos sistematizar como sigue: en primer lugar, afirma la reclamante que se le ha penalizado en la valoración de sus ofertas por no aportar documentación no exigida por los pliegos; en segundo, que la entidad contratante no ha valorado cierta documentación; en tercero, que se le ha exigido un conocimiento del funcionamiento de los aeropuertos que no podía tener al formular las ofertas; y en cuarto lugar, plantea una serie de discrepancias concretas con la valoración.

Con estas consideraciones, la reclamante impugna la concreta valoración de su oferta en criterios de valoración no automática sino sujeta a juicio de valor. Procede, pues, recordar la doctrina de este Tribunal en punto a la discrecionalidad técnica del órgano de contratación o, como en este caso, entidad contratante, en la valoración de las ofertas en cuanto a sus aspectos sujetos a juicio de valor. Por todas, cabe traer a colación la resolución nº 1332/2019, que señala:

«Dada la índole de la alegación es imperativo comenzar recordando el alcance limitado de la revisión que este Tribunal puede hacer de las valoraciones técnicas realizadas por la Administración dada la presunción de acierto que la Jurisprudencia le ha reconocido sobre la base de su independencia y especialización.

Tal y como hemos dicho, entre muchas más, en Resolución 841/2015, 18 de septiembre de 2015 recaída en el Recurso no 856/2015 en relación con los criterios no cuantificables automáticamente, la valoración realizada por el órgano de contratación se encuentra amparada por el principio de discrecionalidad técnica que ha de ser respetado por el Tribunal. Este Tribunal ha de limitarse a comprobar si se han seguido los trámites procedimentales y de competencia, analizar si se ha incurrido en error material y si se han aplicado formulaciones arbitrarias o discriminatorias. Así se ha reiterado en múltiples ocasiones, por todas, la Resolución número 176/2011 de 29 de junio, al considerar que, a este tipo de criterios, les es de aplicación la jurisprudencia del Tribunal Supremo respecto de la denominada “discrecionalidad técnica de la Administración”.

En este sentido, cabe reiterar la doctrina de este Tribunal en diversas resoluciones sobre la discrecionalidad técnica a la hora de aplicar los criterios basados en juicio de valor por



cuanto solo en el sentido que se indica en la misma, procede analizar aquellas. En efecto, por todas las resoluciones, citamos la 77/2014 siendo suficientemente ilustrativa al incidir en que "Por lo que se refiere a la pretensión de revisión de la puntuación obtenida en los criterios sometidos a un juicio de valor por la oferta técnica del recurrente debe acudir a la doctrina de este Tribunal sobre la aplicación de los criterios no valorables mediante fórmula y el carácter discrecional de su apreciación, según la cual, este Tribunal ha de limitarse a comprobar si se han seguido los trámites procedimentales y de competencia, analizar si se ha incurrido en error material y si se han aplicado formulaciones arbitrarias o discriminatorias. Así lo hemos reiterado en múltiples ocasiones (por todas, resolución 176/2011, de 29 de junio) al considerar que, a este tipo de criterios, les es de aplicación la jurisprudencia del Tribunal Supremo respecto de la denominada "discrecionalidad técnica" de la Administración. En este mismo sentido, la resolución 189/2012 señalaba que la valoración de las ofertas de los licitadores en aquellos aspectos dependientes de juicios de valor por parte de la Mesa de contratación, constituye una manifestación particular de la denominada "discrecionalidad técnica" de la Administración, debiendo aplicarse la doctrina jurisprudencial elaborada, con carácter general, en relación con la posibilidad de revisión jurisdiccional de los actos administrativos dictados en ejercicio de las potestades discrecionales y, en particular, en relación con la actuación de las Mesas de contratación al valorar criterios subjetivos o dependientes de juicios de valor. Por su parte, la resolución 159/2012 señalaba que "sólo en aquellos casos en que la valoración deriva del error, la arbitrariedad o el defecto procedimental cabe entrar, no tanto en su revisión, de conformidad con los términos de la resolución que la acuerde-, a lo que se añade que, para apreciar la posible existencia de error en la valoración no se trata de realizar "un análisis profundo de las argumentaciones técnicas aducidas por las partes sino más exactamente y tal como la jurisprudencia ha puesto de manifiesto, de valorar si en la aplicación del criterio de adjudicación se ha producido un error material o de hecho que resulte patente de tal forma que pueda ser apreciado sin necesidad de efectuar razonamientos complejos" (resolución de este Tribunal núm. 93/2012). Por tanto, en el presente caso el análisis de este Tribunal debe quedar limitado de forma exclusiva a los aspectos formales de la valoración, tales como las normas de competencia o de procedimiento, a que en la valoración no se hayan aplicado criterios de arbitrariedad o discriminatorios o que, finalmente, no se haya incurrido en error material al efectuarla,



circunstancias que no concurren en el presente caso. Fuera de estos aspectos, el Tribunal debe respetar los resultados de dicha valoración».

Constan en el expediente los tres informes de valoración en los que se examina cada oferta detalladamente y se motiva por qué se le otorga la puntuación que se le otorga, señalando tanto sus puntos fuertes como sus puntos débiles y contrastándolas con los requerimientos del pliego. Por tanto, es innegable que se ha cumplido con el trámite de valoración de las ofertas y que la motivación existe. Así pues, nos centraremos en examinar las tres primeras cuestiones planteadas bajo este motivo de impugnación en la medida en atañen a aspectos jurídicos de la valoración que sí podemos revisar; pero no podemos entrar en la cuarta, toda vez que ello supondría que este Tribunal sustituyese la valoración puramente técnica de la entidad contratante efectuada en los informes, algo que no puede hacer.

Séptimo. Sentado lo anterior, analizaremos en primer lugar la alegación de la reclamante según la cual se le ha penalizado en la valoración de sus ofertas por no aportar documentación no exigida por los pliegos.

Estos documentos son los estudios de coordinación o de coherencia a que se refiere el Anexo 4 del PCAP. El licitador reconoce que se mencionan en dicho Anexo pero, afirma, no como documentos específicos, por lo que según él serían documentos no exigidos por el PCAP. Afirma además que el propio Anexo 4 señala que se valorará el nivel de coherencia de los documentos y que el informe así lo hace, por lo que incurre en una contradicción al restarle puntos por no aportar el estudio de coherencia y coordinación.

Este argumento no puede acogerse. El Anexo 4 es claro en el sentido de que aportar esos estudios tiene efectos en la puntuación, señalando, por ejemplo, en el criterio 1 “*estructura organizativa*” que si se entrega la documentación adecuada, pero “*sin estudio de coordinación entre las distintas funciones*” se obtendrán hasta 7 puntos, pero que si se aporta “*un estudio de coordinación entre las distintas funciones*” se obtendrán hasta 10. Igualmente, en el criterio 2 “*aspectos operativos*” se establece que para que la oferta sea valorada en la horquilla superior ha de presentarse “*un estudio adecuado de coherencia entre la diferente documentación exigida*”. “*Un estudio adecuado de coherencia entre la*



diferente documentación exigida” no es lo mismo que que la documentación sea coherente, pues de la propia literalidad del inciso ya se desprende que ese “estudio” es algo distinto y separado del resto de la documentación.

Por tanto, no podía dudar el licitador que ese “estudio de coordinación” o “*estudio de coherencia*” eran algo adicional y distinto a la mera coherencia interna del contenido de los documentos presentados –y aun en el caso de haberlo dudado–, podría haber pedido aclaraciones a la entidad contratante, lo que no consta que hiciera.

Así pues, no cabe admitir que los estudios cuya falta penalizó a las ofertas de la reclamante fueran documentación no exigida por el pliego, y como es obvio tampoco puede ahora la reclamante impugnar un pliego al que se ha sometido al presentar oferta. Por tanto, esta alegación debe desestimarse.

Octavo. Por otro lado, alega la recurrente que la entidad contratante no ha valorado cierta documentación que habría sido aportada por el licitador.

Debe señalarse en primer lugar que algunos de esos documentos que se citan como aportados y no valorados son precisamente los estudios de coherencia. Que en otra alegación reconoce que no aportó y afirma que es porque no lo exigía el pliego, de modo que no le puede penalizar. Por tanto, en ese punto esta alegación del licitador es incoherente con la anterior.

En lo demás, esta alegación no denuncia realmente que no se hayan valorado concretos documentos aportados por el licitador, sino en realidad “*aspectos de la documentación analizada por el informe de valoración*”. No afirma que se aportó un determinado documento y que el informe lo obvia; sino que un determinado aspecto de la oferta que el informe señala que falta en realidad sí está presente. Al margen del nulo sustento de estas afirmaciones, al hacer esto en realidad se está planteando una discrepancia con la concreta valoración, aunque se hace de manera soterrada para intentar hacerlo pasar como una arbitrariedad. Discrepancia con la concreta valoración que, como se ha fundamentado antes, no puede este Tribunal entrar a valorar porque al hacerlo entraría dentro del ámbito reservado a la discrecionalidad técnica de la entidad contratante.



Noveno. Finalmente, afirma la reclamante que se le ha exigido un conocimiento del funcionamiento de los aeropuertos que no podía tener al formular las ofertas.

Así ocurriría en los criterios 2, 3 y 8. Si se analizan las valoraciones que impugna la reclamante, se observa que en los tres casos ocurre sustancialmente lo mismo: el informe señala que la documentación presentada es excesivamente genérica o no es concreta, y la reclamante señala que si ello es así es porque para ser más específico necesita acceder a determinada información que no está a su disposición; pero no justifica en concreto cuál es esa información, por qué es imprescindible, o por qué no puede acceder a ella.

Pero, sobre todo, es que con esta alegación, al igual que ocurría con la anterior, en realidad se está planteando una discrepancia con valoración de la oferta, y en concreto con la apreciación de que la documentación presentada es demasiado genérica. En la que, como se ha dicho, no puede entrar este Tribunal porque al hacerlo invadiría el ámbito reservado a la discrecionalidad técnica de la entidad contratante.

Décimo. En lo demás, como ya se ha adelantado, lo que el recurso realmente plantea es una discrepancia con la concreta valoración efectuada por la entidad contratante, en la que, por los motivos más arriba expresados, este Tribunal no puede entrar, so pena de desconocer el ámbito de discrecionalidad técnica de la entidad contratante.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D. A. P. y D. O. P. C., en nombre y representación de DFS AVIATION SERVICES GmbH, contra el acuerdo de exclusión de dicho licitador del procedimiento de licitación del contrato de “*servicio de tránsito aéreo (ATS) de aeródromo en los aeropuertos de Aena*”, con expediente DEA-562/2019, convocado por AENA, S.M.E., S.A.



Segundo. Levantar la medida cautelar de suspensión en aplicación del art. 57.3 LCSP, aplicable por remisión del art. 121.1 del RDL 3/2020.

Tercero. No apreciar mala fe ni temeridad a los efectos del art. 58.2 LCSP, aplicable por remisión del art. 121.1 del RDL 3/2020.

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 al de 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.