



Recurso nº 1661/2021

Resolución nº 1833/2021

Sección 1ª

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

En Madrid, a 16 de diciembre de 2021.

VISTO el recurso interpuesto por D. A.G.N., en representación de ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE EMPRESAS DE INGENIERÍA, CONSULTORÍA Y SERVICIOS TECNOLÓGICOS (TECNIBERIA), en impugnación de los pliegos de la licitación convocada por AENA, S.A., S.M.E. para la *“Contratación de los servicios consistentes en la ATRP (Asistencia Técnica para la Redacción del Proyecto) y ATDOCV (Asistencia Técnica de Control y Vigilancia de las obras y la dirección de la Obra) para actuaciones descentralizadas en Aeropuertos de Aena Fase IV. Zona Este y Sur”*, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. AENA, S.A., S.M.E ha tramitado el procedimiento para la *“Contratación de los servicios consistentes en la ATRP (Asistencia Técnica para la Redacción del Proyecto) y ATDOCV (Asistencia Técnica de Control y Vigilancia de las obras y la dirección de la Obra) para actuaciones descentralizadas en Aeropuertos de Aena Fase IV. Zona Este y Sur”*, (Expediente DIN-156/2021).

Segundo. El anuncio de licitación del citado procedimiento fue publicado en el perfil del contratante el 13 de mayo de 2021 y en el DOUE 18 de mayo de 2021. Los pliegos iniciales fueron impugnados por TECNIBERIA, y este Tribunal dictó la Resolución nº 1300/2021, de 29 de septiembre, estimando el recurso y anulando la utilización de la subasta de precio.



Posteriormente, el día 19 de octubre de 2021 se han publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público los nuevos pliegos, una vez eliminada de los mismos la mencionada subasta.

Tercero. El escrito de recurso se presentó el día 10 de noviembre de 2021. El recurrente impugna en su recurso los pliegos que rigen la licitación. Concretamente, impugna el PCAP, la *“metodología de la selección de la oferta”* de la cláusula 31. En dicha cláusula se indica que *“Se propondrá como potencial adjudicatario a la oferta más económica resultante de la apertura de ofertas económicas.”*

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 17 que figura en el Cuadro de Características de este Pliego”.

Expone el recurrente que el cuadro de características al que se remite la cláusula reproducida, en su apartado 16, establece hasta un total posible de puntuación cualitativa de cien (100) puntos, según la mayor o menor calidad técnica de la oferta. Y que el sistema de valoración de las ofertas establecido en los pliegos no es un sistema que integre los criterios técnicos y económicos, sino que se trata de un sistema que establece un umbral mínimo para las ofertas técnicas, una vez superado el cual, el único criterio de adjudicación es el de la oferta económica. Explica el recurrente que la oferta técnica solo se tiene en cuenta a efectos de alcanzar un determinado umbral mínimo (puntuación técnica mínima de 70 puntos sobre un máximo de 100). Por ello, entiende el recurrente que el elemento técnico opera como un verdadero requisito de solvencia, quedando el económico como el único criterio real de adjudicación del contrato. Así pues, continúa el recurrente, se desprecia o se ignora la posible puntuación por encima de los 70 puntos que se obtenga en la oferta técnica sujeta a criterios de juicio de valor. Además, esos 70 puntos no operan tampoco como criterio de saciedad, es decir como valor máximo a partir del cual ya no se otorga puntuación alguna. Argumenta igualmente el recurrente que *“tampoco se trata del umbral mínimo de calidad al que hacen referencia los artículos 66.10 del Real Decreto-Ley 3/2020 y 146.3 de la LCSP, para los supuestos en los que el procedimiento de adjudicación se articule en varias fases, pues dicho umbral de un*



mínimo del cincuenta (50) por ciento de la puntuación cualitativa no se establece en dicho precepto como una mera criba previa de ofertas para solo valorar posteriormente el elemento económico, sino que las ofertas que superen dicho umbral tienen que valorarse sin ignorar en lo sucesivo las diferencias de calidad existentes en las mismas". Concluye el recurrente afirmando que "lo que hace la cláusula que ahora nos ocupa es convertir a la calificación técnica en un mero filtro previo de admisión de ofertas para terminar adjudicando el contrato en atención exclusiva al elemento económico. Es decir, se convierte al elemento técnico en un verdadero requisito de solvencia, quedando el económico como el único real a los efectos de adjudicación del contrato".

Las anteriores consideraciones implican, según el recurrente, que se vulnere el artículo 66 del Decreto-Ley 3/2020, que prohíbe que, para la adjudicación de servicios intelectuales, el único criterio determinante sea el precio. E igualmente el apartado cuarto del mismo artículo 66, que establece que en los servicios intelectuales *"los criterios relacionados con la calidad deberán representar, al menos, el 51 por ciento de la puntuación asignable en la valoración de las ofertas"*.

Añade el recurrente que el sistema de valoración fijado en los pliegos supone una ruptura del principio de mejor relación calidad-precio y un elemento desincentivador de la formulación de ofertas de alta calidad.

Por otra parte, advierte el recurrente de que la Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Octava), 4412/2021, de 4 de octubre, si bien también tenía como objeto una cláusula de pliegos de AENA por la que se establecía un umbral de 70 puntos para después adjudicar a la oferta más barata de las que lo cumplan, aplica la ya derogada Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales. Y no la nueva regulación contenida en el Decreto-Ley 3/2020 y en la Ley 9/2017. Expone que la anterior normativa no contemplaba la obligación de fijar al menos el 51% de la puntuación en base a criterios de calidad para los servicios intelectuales. Por lo que excluye el valor que pudiera tener dicha sentencia a los efectos del presente recurso.



Por otra parte, también alega el recurrente que los pliegos no prevén los criterios de anormalidad de las ofertas, constituyendo ello también un vicio de anulabilidad. Vulnerando el artículo 69.2 del Real Decreto-Ley 3/2020, pues la fijación de los parámetros objetivos que permitan valorar la anormalidad no es una potestad sino una obligación del Órgano de Contratación.

Por dichas razones, el recurrente solicita la anulación de los pliegos, y que se retrotraigan las actuaciones al momento inmediatamente anterior al de la aprobación de los mismos.

Cuarto. El Órgano de Contratación emitió informe con fecha de 17 de noviembre de 2021. En dicho informe se defiende la legalidad de los pliegos de cláusulas administrativas particulares. Se argumenta que es lícito el sistema de adjudicación basado en la obtención del mínimo exigido de criterios técnicos y posterior valoración de la oferta económica, citando jurisprudencia comunitaria. Explica que los pliegos establecen un modelo de dos fases, valorando en primer lugar los criterios cualitativos, en los que se exige obtener un mínimo de 70 puntos sobre 100. Pasando después los licitadores que hayan alcanzado ese mínimo a la segunda fase, en la que se valora la oferta económica. Señala que el art. 66.10 del Decreto-Ley 3/2020 prevé el sistema de fases. Indica el Órgano de Contratación que ese precepto establece un mínimo de 50% de valoración para poder pasar a la siguiente fase, y que ese porcentaje se supera holgadamente en este caso. Cita jurisprudencia comunitaria en la que se ampara la fijación de un criterio mínimo en cuanto a la valoración técnica, de suerte que las ofertas que no alcancen ese umbral mínimo no puedan pasar a la siguiente fase.

A continuación, defiende el Órgano de Contratación que los pliegos sí contemplan más de un criterio de adjudicación, pues se deben obtener al menos 70 puntos de 100 en la parte técnica cualitativa. Y cita doctrina de este Tribunal, así como la Sentencia de la Audiencia Nacional de 4 de octubre de 2021, en apoyo de sus alegaciones. Respecto de esta última, reconoce que, si bien se dictó en aplicación de la anterior legislación de contratación de sectores excluidos, también se refiere expresamente la sentencia *“a título ejemplificativo”* a que la solución sería la misma, bajo el actual Decreto-Ley 3/2020. Expone que en este caso los pliegos fijan unos altísimos estándares cualitativos, fijando un buen número de criterios técnicos de forma detallada.



Insiste el Órgano de Contratación que los pliegos atribuyen a los criterios cualitativos una valoración muy superior al 51% mínimo exigido en la ley. Y que ese sistema establecido en los pliegos es mucho más respetuoso con las exigencias de calidad que el sistema propugnado por el recurrente, en el cual una baja oferta técnica podría compensarse con la oferta económica. Mientras que el sistema diseñado en los pliegos exige pasar del umbral mínimo de 70 puntos sobre 100.

Por otra parte, en cuanto a la alegación del recurrente de la falta de inclusión de parámetros para la valoración de la anormalidad de las ofertas, el Órgano de Contratación afirma que esa inclusión de parámetros en los pliegos es de carácter potestativo y no obligatorio. Y cita doctrina de este Tribunal (Resolución nº 345/2020, de 5 de marzo y Resolución 284/2016). Además, el Órgano de Contratación efectúa una serie de consideraciones respecto de otras medidas existentes para asegurar la correcta ejecución del contrato.

Finalmente, el Órgano de Contratación finaliza su informe realizado una serie de consideraciones respecto de la previsión legal de la consideración de los servicios de ingeniería como servicios de carácter intelectual. Defiende que, en realidad estamos ante un servicio que no puede calificarse materialmente como intelectual, aunque lo sea por criterio legislativo. Exponiendo además las razones por las que considera que esa situación de considerar en todo caso como intelectuales este tipo de servicios, vulnera el derecho comunitario.

Por todo ello, solicita que el recurso sea desestimado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Competencia, y acto recurrible.

El recurso ha sido debidamente interpuesto ante este Tribunal, que es competente para su resolución de conformidad con lo dispuesto en el artículo 45 de la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP), en relación con el art. 120 del Decreto-Ley 3/2020.



De acuerdo con el artículo 119.2.a) del Decreto-Ley 3/2020, los pliegos son susceptibles de recurso especial.

Segundo. Legitimación del recurrente.

A la vista del recurso y de las alegaciones efectuadas por el Órgano de Contratación, este Tribunal debe examinar en primer lugar la cuestión de la legitimación del recurrente. La misma cuestión se planteó en idénticos términos en la Resolución nº 964/2017 de este Tribunal (FJ Tercero):

“El art 24.1 del RD 814/2015 establece que: “Artículo 24. Casos especiales de legitimación. 1. Sin perjuicio de los supuestos generales previstos en el artículo 42 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público y en el 102 de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, los recursos regulados en este Reglamento podrán ser interpuestos por las asociaciones representativas de intereses relacionados con el objeto del contrato que se impugna exclusivamente cuando lo sean para la defensa de los intereses colectivos de sus asociados (...)”.

La peculiaridad en estos casos es que la actuación de la persona jurídica se hace en defensa de los intereses de sus asociados, de manera que deberá reconocérsele la existencia de interés legítimo siempre que una eventual estimación del recurso genere una ventaja para sus integrantes o la eliminación de un gravamen o situación de desventaja que les afectaba (cfr.: Sentencias del Tribunal Supremo, Sala III, de 11 de junio de 2013 –Roj STS 3174/2013-, 26 de febrero de 2008 –Roj STS 1052/2008-, 14 de septiembre de 2004 –Roj STS 5670/2004-, 29 de enero de 2002 –Roj STS 514/2002-, 16 de noviembre de 2001 –Roj STS 8951/2001-, 16 de marzo de 1967 –Roj STS 189/1967-, entre otras muchas).

Al amparo de esta disposición, Resoluciones como la 1105/2015 de este Tribunal han admitido la legitimación de asociaciones en defensa de los intereses colectivos.

En el presente caso, este Tribunal considera que la estimación del recurso atañe a los intereses colectivos de los asociados de las recurrentes, a los que puede interesar una restricción del uso de un medio novedoso que implica cargas para el administrado y que,



en definitiva, quiere favorecer la baja de la oferta, lo cual sin duda no es de interés del contratista”.

Idénticas consideraciones son aplicables al presente recurso, en el que la asociación recurrente actúa en defensa del interés colectivo de sus asociados, por lo que debe afirmarse la legitimación para la interposición del recurso. Al igual que en el anterior recurso nº 872/2021, resuelto por este Tribunal en Resolución nº 1300/2021, con idéntico recurrente e idéntico objeto de impugnación (los pliegos de AENA para esta misma contratación).

Tercero. Plazo de interposición.

Contra los pliegos de este procedimiento se interpuso por la empresa recurrente el Recurso especial 872/2021, que fue estimado por este Tribunal, declarando que bajo la actual legislación los contratos de ingeniería o consultoría no pueden ser adjudicados mediante subasta electrónica.

A consecuencia de la anterior Resolución estimatoria 1300/2021, el Órgano de Contratación ha modificado los pliegos en el sentido resuelto por este Tribunal. Pero ni el umbral mínimo de puntuación del 70% que debe obtenerse en los criterios de evaluación técnica para pasar a valorar el criterio precio, valorándose posteriormente sólo el criterio precio, ni la inexistencia de parámetros para apreciar la anormalidad de las ofertas han sufrido modificación alguna en estos pliegos, respecto de los anteriores.

Por tanto, el recurso debe inadmitirse por extemporáneo, al recurrirse aspectos de los pliegos que no han sufrido modificación y que, por no haber sido recurridos en plazo, han devenido consentidos y firmes.

El recurso contra los nuevos pliegos sólo es admisible contra las cláusulas modificadas a consecuencia de la Resolución del Tribunal, y contra aquellas que hayan sufrido modificación por motivos de oportunidad, pero no contra las que han permanecido inalteradas.



En el Recurso 872/2021 la Asociación recurrente, después de alegar cuanto a su derecho convino, concluyó que los pliegos debían anularse porque la previsión de subasta electrónica en el contrato licitado por AENA suponía una causa de anulabilidad. Aunque hacía referencia en la página 3 de su escrito de recurso a que el precio no podía ser el único factor determinante de la adjudicación (lo que era obvio que no sucedía, porque para evaluar el criterio precio era necesario haber obtenido una puntuación de al menos el 70% en los criterios técnicos), y se mencionaba que la puntuación técnica mínima era un verdadero requisito de solvencia, nada se decía sobre la necesidad de que los pliegos establecieran un porcentaje mínimo del 51% en la valoración de los criterios de calidad, por tratarse de una prestación de carácter intelectual. Por eso no se resolvió sobre este asunto, ni se instó la aclaración o revisión de la Resolución 1300/2021.

Hemos declarado la inadmisión en casos similares, como en la resolución del Recurso 1587/2021.

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. A.G.N., en representación de ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE EMPRESAS DE INGIENERÍA, CONSULTORÍA Y SERVICIOS TECNOLÓGICOS (TECNIBERIA), en impugnación de los pliegos de la licitación convocada por AENA, S.A., S.M.E. para la *“Contratación de los servicios consistentes en la ATRP (Asistencia Técnica para la Redacción del Proyecto) y ATDOCV (Asistencia Técnica de Control y Vigilancia de las obras y la dirección de la Obra) para actuaciones descentralizadas en Aeropuertos de Aena Fase IV. Zona Este y Sur”*.

Segundo. 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 multa prevista en el artículo 58 de la 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 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 letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.