



Recurso nº 218/2023

Resolución nº 399/2023

Sección 1ª

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

En Madrid, a 30 de marzo de 2023.

VISTA la reclamación interpuesta por D. O.H.M., en representación de la UTE ILS BALIZAMIENTO Y SEÑALIZACIÓN AERONÁUTICA, S.L. e INSAE INFRAESTRUCTURAS, S.A. (en adelante UTE ILS-INSAE BALIZAMIENTO), contra los Pliegos que han de regir la licitación del contrato derivado Pedido 30 - Aeropuerto de Sevilla del "*Acuerdo Marco para el Suministro de productos de ayudas visuales*", así como contra el acuerdo de no aceptación del material propuesto, expediente DIN-584/2021, convocado por AENA SME, S.A., el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. AENA SME, S.A. firmó con fecha 4 de mayo de 2022 Acuerdo Marco para el Suministro de productos de ayudas visuales con varias empresas, entre ellas la UTE recurrente, a los efectos de poder presentar ofertas económicas a los contratos de suministro derivados del citado Acuerdo Marco.

Segundo. Con fecha 10 de febrero de 2023, al amparo del citado Acuerdo Marco, se solicitó a las adjudicatarias Memoria de cláusulas que ha de regir el Pedido 30- Aeropuerto de Sevilla y se solicitó propuesta económica. Este acuerdo derivado tiene un valor estimado de 36.890,90 €.

Tercero. La recurrente considera que la cláusula 2 de la Memoria ("Forma de presentación de las ofertas") es nula por cuanto afecta a la libre concurrencia y discrimina a la licitadora recurrente, al no permitirle participar en el contrato derivado con la marca propuesta.



Dispone la cláusula citada lo siguiente:

“De acuerdo al punto 12.2 del Pliego de Prescripciones Técnicas del expediente, cuando sea adjudicado un pedido, los productos suministrados deberán coincidir en marca y modelo con los ofertados al inicio del Acuerdo Marco. No se podrá cambiar la marca y modelo ofertados, a menos que se comuniqué antes de presentar la oferta al pedido correspondiente y sea aceptado el cambio por la dirección del expediente”.

Sostiene la recurrente que esta cláusula se está aplicando de forma arbitraria por AENA, de modo que se están beneficiando a determinados fabricantes en detrimento y discriminación de otros. En el supuesto concreto objeto de esta reclamación, no se admitió la oferta de suministro presentada para el Pedido 30- Aeropuerto de Sevilla por la UTE recurrente al contener productos con marcas no incluidas en la oferta inicial de la recurrente.

UTE ILS-INSAE BALIZAMIENTO considera que esta cláusula es nula, al discriminar injustificadamente determinadas marcas y modelos, dando lugar su aplicación a resoluciones contradictorias, como ha ocurrido con el Pedido 06- Aeropuerto de Barcelona, en que ante un mismo material se han dictado resoluciones opuestas, admitiéndose en el primero y, sin embargo, rechazándose en el pedido 30 objeto de esta reclamación.

Cuarto. Recibido en este Tribunal el expediente, el órgano de contratación acompañó el informe a que se refiere el art. 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se trasponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP) y 28.4 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, RPERMC), aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre; disposiciones aplicables por remisión establecida en el art. 121.1 del 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.

En el informe remitido el órgano de contratación se opone a la reclamación solicitando su desestimación. Argumenta que la cláusula 2 que rige para el contrato derivado Pedido 30-Aeropuerto de Sevilla realmente reproduce la cláusula 12.2 del Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) del Acuerdo Marco, que señala lo siguiente:

“Cuando sea adjudicado un pedido, los productos suministrados deberán coincidir en marca y modelo con los ofertados al inicio del Acuerdo Marco. No se podrá cambiar la marca y modelo ofertados, a menos que se comunique antes de presentar la oferta al pedido correspondiente y sea aceptado el cambio por la dirección del expediente”.

De modo que lo planteado por la UTE recurrente realmente supone una impugnación indirecta de dichos Pliegos, ya firmes y aceptados por la UTE al firmar el Acuerdo Marco. Por lo demás, se incide en el informe presentado en la discrecionalidad técnica que ha de reconocerse al órgano de contratación en la determinación de las características técnicas que se exijan a los productos objeto de suministro.

Quinto. La Secretaría de este Tribunal dio traslado del recurso interpuesto a las empresas licitadoras que habían presentado oferta para la adjudicación del contrato de suministros a que se refieren los Pliegos recurridos, otorgándolas un plazo común de alegaciones de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan las alegaciones que a su derecho conviniesen, habiendo evacuado el trámite conferido la empresa GOMINTEC AISPORTS, S.L.U. Considera esta empresa que la cláusula impugnada es reproducción de la cláusula 12.2 del PPT del Acuerdo Marco, de modo que si se estimase este recurso y se modificara esta cláusula con el contrato adjudicado, debería valorarse una indemnización de daños y perjuicios a los adjudicatarios, por modificarse las condiciones contractuales en un contrato ya firmado.

Sexto. Interpuesta la reclamación, la parte recurrente solicitó en su escrito la adopción de la medida cautelar de suspensión del procedimiento. La Secretaria de este Tribunal, mediante Resolución dictada de fecha 28 de febrero de 2023, acordó la denegación de la



solicitud de medida cautelar consistente en suspender el procedimiento de contratación, de acuerdo con lo dispuesto en artículos 49 y 56 de la LCSP, de forma que el expediente pueda continuar por sus trámites.

Séptimo. Con fecha 27 de marzo, el recurrente presenta escrito por el que desiste de la reclamación interpuesta.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. La presente reclamación se interpone ante este Tribunal que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46 de la LCSP y 120.1 del Real Decreto Ley 3/2020 cuando dispone:

“Los órganos de recursos contractuales regulados en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, serán los competentes en sus ámbitos respectivos y en relación con las entidades enumeradas en el artículo 5.1 de este real decreto-ley, así como a las que estén adscritas o vinculadas a ellas, o a las que hayan otorgado un derecho especial o exclusivo, para ejercer las siguientes competencias respecto de los contratos cuyos procedimientos de adjudicación se regulan en este real decreto-ley:

a) Resolver las reclamaciones que se planteen por infracción de las normas contenidas en este real decreto-ley”.

Segundo. La reclamación se interpone por persona legitimada. Dispone al efecto el artículo 48 de la LCSP en su primer párrafo lo siguiente:

“Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso”.

Habiendo interpuesto el recurso una licitadora que ha participado en la licitación y cuya oferta no ha sido aceptada, es claro que está legitimada para recurrir tanto los Pliegos



como la no aceptación de su oferta, pues la Resolución que se dicte afectará a la esfera de sus derechos e intereses legítimos.

Tercero. La reclamación se ha interpuesto dentro del plazo legalmente establecido al efecto en el art. 50.1 de la LCSP en relación con el art. 121.1 b) del Real Decreto-Ley 3/2020.

Cuarto. Debe analizarse si el acuerdo recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación de conformidad con lo previsto en el Real Decreto-Ley 3/2020.

La reclamación se interpone contra los Pliegos que han de regir en un contrato derivado de un Acuerdo Marco, así como contra la decisión de no aceptar el material propuesto en la oferta de la UTE recurrente.

Dispone el art. 119 del Real Decreto Ley 3/2020 que:

“1. Serán susceptibles de reclamaciones en materia de contratación, los actos y decisiones relacionados en el apartado 2 de este mismo artículo, cuando se refieran a alguno de los contratos sujetos a este real decreto-ley, o a los acuerdos marco y sistemas dinámicos de adquisición que tengan por objeto la celebración de alguno de estos contratos, así como a los contratos basados, que pretendan concertar las entidades contratantes.

2. Podrán ser objeto de la reclamación en materia de contratación los siguientes actos y documentos:

a) Los anuncios que sirvan como medio de convocatoria de licitación, los pliegos de condiciones y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación.

b) Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de licitación, siempre que estos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. En todo caso se considerará que



concurrir las circunstancias anteriores en los actos de la entidad contratante por los que se acuerde la admisión o inadmisión de candidatos o licitadores, o la admisión o exclusión de ofertas, incluidas las ofertas que sean excluidas por resultar anormalmente bajas como consecuencia de la aplicación del artículo 69”.

Por su parte el art. 1 del citado Real Decreto-Ley 3/2020 dispone que están sujetos a dicho Real Decreto-Ley, los siguientes contratos:

“1. El presente real decreto-ley, en su Libro primero, tiene como objeto la regulación del procedimiento de adjudicación de los contratos de obras, de suministro y de servicios, cuando contraten las entidades públicas y privadas a las que se refiere el artículo 5, en el ámbito de una o más actividades contenidas en los artículos 8 a 14 de este real decreto-ley, siempre que su valor estimado sea igual o superior a los siguientes umbrales:

a) 1.000.000 de euros en los contratos de servicios sociales y otros servicios específicos enumerados en el anexo I.

b) 428.000 de euros en los contratos de suministro y de servicios distintos de los referidos en la letra anterior, así como en los concursos de proyectos.

c) 5.350.000 de euros en los contratos de obras”.

En el supuesto ahora analizado, se interpone reclamación contra los Pliegos de un contrato derivado de un Acuerdo Marco, así como contra la decisión de no aceptar la oferta de la UTE reclamante (derivada de la aplicación de la cláusula del Pliego que ha de regir en el contrato derivado y de la que se solicita su anulación).

Como ya se ha expuesto, el valor estimado del contrato derivado asciende a 36.890,00 €, luego no supera el umbral necesario para sujetarse al ámbito de aplicación del Real Decreto-Ley 3/2020 ni, en consecuencia, al régimen de impugnación que se atribuye a este Tribunal en la citada norma, que exige para los contratos de suministro superar el umbral de 428.000 €.



Es cierto que el acto objeto de reclamación corresponde a un contrato derivado de un Acuerdo Marco, superando ampliamente el Acuerdo Marco el citado umbral económico (dado que el valor estimado del Acuerdo Marco se fijó en 12.236.860,60 €). Sin embargo este Tribunal ha tenido ocasión de señalar, en supuestos como el que ahora se analiza, que ha de estarse al valor estimado del contrato derivado.

Dispuso la Resolución de este Tribunal 973/2020 al respecto, lo siguiente:

“Cuarto. El recurso se interpone en el seno del procedimiento de adjudicación de un contrato basado, que, en atención a su valor estimado, 49.704,00 euros, no es susceptible de ser impugnado ante este Tribunal.

Conforme a los artículos 40.1.a) y 15.1.a) del TRLCSP, el contrato basado que se examina no es, por su importe, susceptible de recurso especial en materia de contratación, pues no alcanza la cifra exigida de 135.000 euros.

Cabe añadir que el contrato tampoco sería susceptible de impugnación conforme al artículo 44.1.b) de la vigente LCSP, pues dicho precepto admite la interposición de recurso frente a “los Acuerdos marco y sistemas dinámicos de adquisición que tengan por objeto la celebración de alguno de los contratos tipificado en la letra anterior (entre los que se incluyen los contratos de suministro de valor estimado superior a 100.000 euros), así como los contratos basados en cualquiera de ellos”.

Como ya decíamos en la Resolución de este Tribunal nº 650/2019, no cabe admitir que, por el hecho de ser el Acuerdo Marco susceptible, por su valor estimado, de recurso especial en materia de contratación, lo hayan de ser también todos los contratos basados que se celebren en ejecución del mismo, aunque su valor estimado no alcance los límites establecidos para los contratos SARA por el TRLCSP, pues dicha conclusión, además de carecer por completo de base o fundamento legal, resulta inadmisibles porque reconocería un régimen de recurso más favorable a los contratos basados (cuya recurribilidad se admitiría, con independencia de su valor estimado, por el solo hecho de ser recurrible el Acuerdo Marco que les sirve de fundamento), frente al resto de contratos de obras,



suministros o servicios que se liciten al margen de la técnica del Acuerdo Marco (que no son susceptibles de recurso especial si no alcanzan el referido importe).

Por ello, el recurso resulta inadmisibile por haberse interpuesto frente a un acto correspondiente a un contrato no susceptible de impugnación”.

A la vista de lo expuesto, resulta evidente que la licitación no alcanza el umbral de cuantía legalmente establecido, de lo que indudablemente se deduce la improcedencia de la presente reclamación. Procede, pues, declarar su inadmisión con base en el artículo 55 c) de la Ley 9/2017, aplicable supletoriamente con base en el artículo 121 del RDL 3/2020.

Quinto. *Obiter dicta* este Tribunal debe declarar que si la reclamación no hubiese sido inadmitida con base en el artículo 55 c) de la LCSP, esta habría sido archivada, como consecuencia del desistimiento del recurrente, al que hemos hecho referencia en los antecedentes de hecho de esta resolución.

Dicha declaración habría seguido el criterio reiteradamente manifestado por este Tribunal, entre otras, en nuestra reciente Resolución nº 222/2023, en la cual citando otras anteriores dijimos:

“El desistimiento no viene regulado en el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, pero sí en cambio en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, al que cabe acudir dado el carácter supletorio que tiene conforme al artículo 2.1 del Real Decreto 814/2015. Así, el art. 94 de la Ley 39/2015 dispone al regular las formas de terminación del procedimiento: 1. Todo interesado podrá desistir de su solicitud o, cuando ello no esté prohibido por el ordenamiento jurídico, renunciar a sus derechos. .../... 4. La Administración aceptará de plano el desistimiento o la renuncia, y declarará concluso el procedimiento salvo que, habiéndose personado en el mismo terceros interesados, instasen éstos su continuación en el plazo de diez días desde que fueron notificados del desistimiento o renuncia. 5. Si la cuestión suscitada por la incoación del procedimiento entrañase



interés general o fuera conveniente sustanciarla para su definición y esclarecimiento, la Administración podrá limitar los efectos del desistimiento o la renuncia al interesado y seguirá el procedimiento.”

Pues bien, dado que no se tiene constancia de que se hayan presentado en el procedimiento terceros interesados en defender la posición manifestada por la recurrente, ni reúne la cuestión suscitada los caracteres señalados en el apartado 5º del art. 94 de la Ley 39/2015, este Tribunal si hubiera admitido el recurso, *quod non*, no habría apreciado la existencia de motivos que aconsejasen limitar los efectos del desistimiento, por lo que habría aceptado éste, archivando el recurso especial.

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 D. O.H.M., en representación de la UTE ILS-INSAE BALIZAMIENTO, contra los Pliegos que han de regir la licitación del contrato derivado Pedido 30 - Aeropuerto de Sevilla del “*Acuerdo Marco para el Suministro de productos de ayudas visuales*”, así como contra el acuerdo de no aceptación del material propuesto, expediente DIN-584/2021, convocado por AENA SME, S.A.

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 58.2 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.

LA PRESIDENTA

LOS VOCALES