



Roj: **SAN 2402/2015 - ECLI: ES:AN:2015:2402**

Id Cendoj: **28079230042015100154**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **06/05/2015**

Nº de Recurso: **388/2013**

Nº de Resolución: **2/2015**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **ANA ISABEL MARTIN VALERO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN CUARTA

Núm. de Recurso: 0000388 / 2013

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 05748/2013

Demandante: AENA AEROPUERTOS, S.A.U - COADYUVANTE: FUNDACIÓN NATURA PARK

Demandado: AMDAX DREMAS, S.L.

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. ANA MARTÍN VALERO

SENTENCIA N^o:

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. MARÍA ASUNCIÓN SALVO TAMBO

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. MANUEL FERNÁNDEZ LOMANA GARCÍA

D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

D^a. ANA MARTÍN VALERO

Madrid, a seis de mayo de dos mil quince.

Vistos los autos del recurso contencioso administrativo nº **388/2013** que ante esta Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional han promovido la **AENA AEROPUERTOS, S.A.U** representada por la Procuradora D^a Lucía Agulla Lanza y asistida del Letrado D. Vicente M. Ortega Taberner contra la resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de 16 de octubre de 2013, que estima parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad AMDAX DREMAS, S.L contra la adjudicación del contrato de servicios para el control de la fauna en el aeropuerto de Ibiza"; habiendo comparecido como parte demandada la entidad AMDAX DREMAS, S.L, representada por la Procuradora D^a Isabel Torres Ruiz y asistida del Letrado Xavier Gratacós Rodríguez.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- Por el recurrente expresado se interpuso recurso contencioso administrativo mediante escrito presentado en fecha 17 de diciembre de 2013 declarándose su admisión mediante Decreto de fecha 23 de diciembre de 2013, con reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO.- Recibido el expediente se dio traslado a la parte recurrente para que formalizara la demanda en el plazo de veinte días.

TERCERO.- Mediante escrito presentado el 19 de mayo de 2014 formalizó la demanda, en la cual, tras alegar los hechos y fundamentos oportunos, terminó suplicando: << (...) dicte en su día sentencia por la que declare que el acto administrativo recurrido es nulo de pleno derecho por haber sido dictado por órgano manifiestamente incompetente. Subsidiariamente, declare que el acto administrativo es anulable, y por tanto se anula, por desviación de poder, al haber sido dictado por órgano administrativo haciendo uso de poder resolutorio que no tenía. Subsidiariamente, que el acto administrativo es nulo por haber sido dictado con infracción de normas de procedimiento que han generado indefensión a un interesado al que debía haberse llamado al procedimiento. Subsidiariamente, revoque el acto administrativo recurrido, declarando que la resolución de la Mesa de contratación excluyendo a la empresa impugnante AMDAX DREMAS, S.L de la ronda de mejoras de las ofertas económicas, se ajusta a Derecho, al haber sido presentada su oferta fuera del plazo de presentación de las mismas, y después de constituida la mesa de contratación y abiertas las demás ofertas de los otros licitadores>>.

CUARTO.- La Fundación Natura Park presentó escrito en fecha 23 de junio de 2014 solicitando que se le tuviera por allanada a la demanda formulada por AENA AEROPUERTOS, S.A.U; lo que se admitió por diligencia de ordenación de 24 de junio de 2014.

QUINTO.- La representación procesal de la entidad AMDAX DREMAS, S.L contestó a la demanda mediante escrito presentado el 20 de junio de 2014, en el cual, tras alegar los hechos y los fundamentos jurídicos que estimó aplicables, terminó suplicando la desestimación del presente recurso.

SEXTO.- Acordado el recibimiento del pleito a prueba y practicada la propuesta y admitida, se presentó por las partes escritos de conclusiones señalándose para votación y fallo el día 29 de abril de 2015, fecha en que tuvo lugar.

SÉPTIMO.- La cuantía del recurso se ha fijado en indeterminada.

Siendo Magistrado Ponente la Ilma. Sra. D^a ANA MARTÍN VALERO, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- AENA AEROPUERTOS, S.A.U interpone recurso contencioso administrativo contra la resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante TACRC) de 16 de octubre de 2013, que estima parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad AMDAX DREMAS, S.L contra la adjudicación del "contrato de servicios de control de la fauna en el aeropuerto de Ibiza".

En virtud de esa estimación parcial, se anula la adjudicación y se ordena retrotraer las actuaciones al momento previo a la misma, al objeto de que el contrato se adjudique a la oferta más ventajosa en los términos establecidos en la propia resolución.

SEGUNDO.- Los antecedentes fácticos de los que hemos de partir, según lo que resulta del expediente administrativo y de la documentación y prueba practicada en autos, son los siguientes:

1.- El 4 de julio de 2013 se publicó en el perfil del contratante de Aena Aeropuertos, S.A, sociedad mercantil íntegramente participada por la entidad pública empresarial Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea, anuncio de licitación de contrato de servicio para el control de la fauna en el aeropuerto de Ibiza.

El procedimiento y la forma de contratación son los de negociado con anuncio de licitación previo.

2.- La entidad AMDAX DREMAS, S.L, entre otros licitadores, presentó su oferta.

3.- El 25 de julio de 2013 Aena invitó a los licitadores a mejorar su oferta económica, en los siguientes términos:

'Una vez realizada la apertura de sobres económicos del Expdte. IBZ 99/13

"Servicio de control de Fauna en el Aeropuerto de Ibiza", le informamos que, dentro del trámite negociado de dicho expediente y dado que no se han cubierto las expectativas de bajada previstas por Aena Aeropuertos, S.A., se abre el plazo para que las empresas que han presentado oferta puedan mejorar la misma,

manteniendo la oferta técnica intacta.



(...)

Para su conocimiento le informo que las ofertas económicas presentadas son las siguientes:

FUNDACIÓN NATURA PARC 64.100,00€

HALCONERAS AEROPORTUARIAS, S.L. 72.120,00€

AMDAX DREMAS, S.L 72.000,00€"

La mesa de contratación se reunió el 29 de julio de 2013 a las 11:00 horas para la apertura de las ofertas económicas, 1ª ronda, constando en el Acta que las proposiciones presentadas para mejorar su oferta económica eran las de la FUNDACIÓN NATURA PARK (59.850,00 €) y HALCONERAS AEROPORTUARIAS, S.L (60.000,00 €).

Se reconoce que AMDAX DREMAS, S.L presentó su oferta económica ese mismo día por importe de 59.000,00 €, pero es objeto de controversia la hora de la presentación, si bien el TACRC parte de que se presentó en plazo.

La adjudicación fue notificada a AMDAX DREMAS, S.L el 12 de septiembre de 2013, haciéndose constar en ella la fecha del acuerdo de adjudicación, el 2 de

septiembre, la empresa adjudicataria, FUNDACIÓN NATURA PARK, y el importe de su oferta económica, 59.850.00 €.

4- Contra dicho acuerdo AMDAX DREMAS, S.L. interpuso, con fecha 27 de septiembre de 2013, mediante escrito presentado ante el TACRC, reclamación

en los términos previstos en el artículo 101 de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, en la que solicita la nulidad del acuerdo de adjudicación y la adjudicación del contrato a su favor, por cuanto entiende que el criterio seguido para la adjudicación del contrato ha sido el de mejor oferta económica, lo cual se pone de manifiesto en la notificación de la adjudicación donde se hace únicamente referencia al importe económico de la oferta, pues "lo contrario supondría incumplimiento de la normativa de contratación y una grave indefensión para los otros lidiadores, que desconocedores de los motivos de la adjudicación no podrían ejercer su derecho a la reclamación".

5.- En su informe Aena manifestó que el TACRC carecía de competencia

para dilucidar los conflictos derivados de la contratación del expediente de referencia, toda vez que la misma se plantea en relación a un contrato de servicios

no sometido a la Ley 31/2007 (pues no alcanza el umbral de 400.000 € previsto en el artículo 16 a) de la misma), sino al derecho privado.

TERCERO.- El TACRC, en la resolución impugnada. resuelve en primer lugar, sobre su competencia para conocer de la reclamación planteada por AENA, señalando que es preciso analizar si resulta aplicable al supuesto que nos ocupa el régimen propio del recurso especial del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP), la reclamación establecida en 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 (en adelante LCSE), o, si por el contrario, como afirma AENA, se trata de un contrato sujeto al derecho privado no siendo, en consecuencia, ese Tribunal competente para conocer del mismo.

Y se remite a lo declarado en su resolución 281/2012, de 5 de

diciembre, referida también a un contrato de servicios de AENA por importe inferior a 400.000 euros, en la cual manifestó lo siguiente:

" En relación con la posible aplicación del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público en el caso presente debemos citar la Disposición Adicional octava del mismo, que se refiere a los contratos celebrados en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales, y cuyo apartado 2 dice textualmente: "La celebración por los entes, organismos y entidades del



sector público que no tengan el carácter de Administraciones Públicas de contratos comprendidos en la Ley 31/2007, de 30 de octubre, se regirá por esta norma, salvo que una Ley sujete estos contratos al régimen previsto en la presente Ley para las Administraciones Públicas, en cuyo caso se les aplicarán también las normas previstas para los contratos sujetos a regulación armonizada. Los contratos excluidos de la aplicación de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, que se celebren en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales por los entes, organismos y entidades mencionados, se regirán por las disposiciones pertinentes de la presente Ley, sin que les sean aplicables, en ningún caso, las normas que en ésta se establecen exclusivamente para los contratos sujetos a regulación armonizada."

Por tanto, en la medida en que Aena no es una administración pública, dada su condición de entidad pública empresarial (art. 3.2 in fine del Texto Refundido), y que el presente contrato afecta al sector de los transportes, cabe concluir que en

principio, la norma aplicable no sería la Ley de Contratos del Sector Público, sino la Ley 31/2007. Sin embargo, al tratarse de un contrato de servicios cuyo valor

estimado se encuentra por debajo de los 400.000,- € que señala el artículo 16 a) de la mencionada Ley, resulta de aplicación lo indicado en el último inciso de la Disposición transcrita, en el sentido de que le son aplicables las normas del Texto

Refundido de la ley de Contratos del Sector Público, salvo aquéllas que estuvieran establecidas de forma exclusiva para los contratos de regulación armonizada.

Sentado lo anterior queda por determinar si, excluida la aplicación de la primera de las Leyes citadas y, por consiguiente, de la reclamación regulada en los artículos 101 y siguientes de la misma, resulta posible aplicar las disposiciones de los artículos 40 a 49 del texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público y tramitarlo como recurso especial en materia de contratación.

A tal respecto, debe tenerse en cuenta que la Disposición Adicional antes examinada considera que no son aplicables a los contratos en cuestión las normas establecidas "exclusivamente para los contratos sujetos a regulación armonizada".

Es preciso, así pues, aclarar si el artículo 40.1 entra dentro de esta categoría de normas. El citado precepto dispone: "Serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación previo a la interposición del contencioso-administrativo, los actos relacionados en el apartado 2 de este mismo artículo, cuando se refieran a los siguientes tipos de contratos que pretendan concertar las Administraciones Públicas y las entidades que ostenten la condición de poderes adjudicadores: a) Contratos de obras, concesión de obras públicas, de suministro, de servicios, de colaboración entre el Sector Público y el Sector Privado y acuerdos marco, sujetos a regulación armonizada. b) Contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II de esta Ley cuyo valor estimado sea igual o superior a 200.000 euros y c) contratos de gestión de servicios públicos en los que el presupuesto de gastos de primer establecimiento, excluido el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido, sea superior a 500.000 euros y el plazo de duración superior a cinco años. Serán también susceptibles de este recurso los contratos subvencionados a que se refiere el artículo 17".

Una simple lectura del precepto pone de manifiesto que no se trata de una norma de aplicación exclusiva a los contratos sujetos a regulación armonizada puesto que se refiere, asimismo, a los de gestión de servicios públicos, que no lo son, y a los de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II del Texto

Refundido que, al igual que los anteriores, carecen de esta calificación. Así las cosas, resulta evidente que este precepto no es una norma establecida exclusivamente para los contratos de regulación armonizada y, en tal sentido, no



debe considerarse afectado por la exclusión que, en cuanto a su aplicación a los contratos como el que se analiza, hace la Disposición Adicional octava tantas veces referida.

Como consecuencia de todo ello, proclama, inicialmente, competencia del Tribunal para conocer de los recursos que se interpongan contra los actos del procedimiento de adjudicación y de los pliegos y documentos contractuales en general que lo regulen, por aplicación conjunta del precepto comentado y del artículo 41.1 ambos del Texto Refundido.

Sin embargo, de admitir de forma incondicional la competencia del Tribunal nos encontraríamos ante la paradoja de que para este caso, dicha competencia no vendría determinada en función de que el valor estimado del contrato supere los umbrales previstos en la Ley, sino más exactamente de que se encuentre por debajo del establecido por el artículo 16 a) de la Ley 31/2007, de 30 de octubre .

Ello vendría a consagrar una clara excepción al principio general que inspira el ámbito objetivo del recurso, cual es el de que éste se admite sólo con respecto de los contratos que superen ciertos umbrales cuantitativos, admitiéndose respecto del que contemplamos y de los que se encontraran en sus mismas circunstancias cualquiera que sea el importe siempre que no superen los 400.000,- €.

Tal situación no resulta compatible con la configuración general del recurso y, en consecuencia, debe adaptarse de forma que no existan diferencias de trato entre uno y otro tipo de contratos pues no hay un precepto legal que de forma clara y terminante la establezca. En tales circunstancias, debe considerarse de aplicación analógica el mismo límite previsto para admitir el recurso con respecto de los restantes contratos de la misma naturaleza.

Ello nos lleva a entender que sólo aquellos contratos de servicios, en que se den las circunstancias del que constituye el objeto del presente recurso y cuyo valor estimado, además, supere el umbral establecido para los restantes contratos de servicios a efectos del recurso especial en materia de contratación, son susceptibles de éste.

Sentado lo anterior, el límite de la competencia de este Tribunal respecto de los indicados contratos estará establecido en los 200.000,- € que fija el artículo 16.1 b) del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público y, consiguientemente, puesto que el valor estimado del presente contrato supera dicha cifra, debe entenderse que es susceptible de recurso especial en materia de contratación y que la competencia para conocer de él y para resolverlo corresponde a este Tribunal ."

Aplicando la doctrina anteriormente expuesta, afirma que ese Tribunal es competente para conocer y resolver la reclamación interpuesta, si bien la misma, de conformidad lo establecido en el artículo 110.2 de la LRJ- PAC ("El error en la calificación del recurso por parte del recurrente no será obstáculo para su tramitación, siempre que se deduzca su verdadero carácter), debe ser calificada de recurso especial en materia de contratación, en cuanto que se trata de un contrato de servicios cuyo valor estimado asciende a 225.463,32 euros.

Sentado lo anterior, señala que el régimen legal que procede aplicar al recurso que aquí se interpone es el establecido en TRLCSP para los poderes adjudicadores que no tienen el carácter de Administración Pública, como es el caso de Aena, y para contratos no sujetos a regulación armonizada. Así, el expediente objeto de recurso, se regirá en cuanto a su preparación por lo dispuesto en el artículo 137, y en cuanto a la adjudicación por lo establecido en el artículo 191 del TRLCSP. La adjudicación estará sometida a los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación. Aena tiene aprobadas sus instrucciones de contratación, denominadas "Norma interna de contrataciones generales de Aena", que regulan los procedimientos de contratación.

CUARTO.- Analizando, pues, el fondo del recurso, estudia el procedimiento negociado y señala que, en este caso, la negociación articulada sobre la oferta económica se ha ajustado a los principios de publicidad, transparencia, confidencialidad y concurrencia, igualdad y no discriminación, pero considera que la adjudicación no se ha realizado a la oferta más ventajosa en los términos establecidos en el Pliego de Cláusulas Particulares. Y ello por las siguientes razones:

En efecto, el apartado 2.b del Anexo A del Pliego de Cláusulas Particulares, referido a la metodología en el proceso de selección de ofertas, dispone lo siguiente:

" Realizada la apertura de ofertas económicas, Aena Aeropuertos, S.A. podrá

solicitar mejoras económicas de su oferta a aquellos licitadores cuya puntuación técnica sea igual o superior al valor mínimo de calidad técnica indicado en el

apartado i) del Cuadro de Características de este Pliego.

Finalizado el proceso anterior, 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 i) que figura en el Cuadro de Características de este Pliego ".

Por mejoras económicas ha de entenderse disminuciones en el precio

anteriormente ofertado y, en ese sentido, se produjeron las solicitudes de nuevas

proposiciones, ascendiendo el importe de las nuevas ofertas presentadas por

FUNDACIÓN NATURA PARK y AMDAX DREMAS, S.L, respectivamente, a

59.850,00 euros y 59 000,00 euros.

Sin embargo, Aena en lugar de considerar, tal y como establece el Pliego, una vez superado el umbral exigido para la valoración técnica (requisito éste que el Tribunal entiende cumplido por la recurrente, atendiendo a la solicitud de mejora de la oferta económica que realiza Aena a la misma y que, según el pliego, procede respecto de aquellos licitadores que superen el umbral mínimo en la valoración técnica), oferta más ventajosa a la más económica en el proceso de negociación, es decir, la presentada por la ahora recurrente, acuerda adjudicar el contrato a FUNDACIÓN NATURA PARK cuyo importe ofertado es superior al de AMDAX DREMAS, S.L".

Por ello concluye que, si bien Aena ha seguido la metodología prevista en el

Pliego respecto del proceso de selección de ofertas, en cambio, la adjudicación no

la ha realizado a la oferta más ventajosa en los términos recogidos en el Pliego de

Cláusulas Particulares, la más económica en el proceso de negociación,

contraviniendo así los principios de igualdad de trato y no discriminación.

En consecuencia, estima el recurso interpuesto y anula la adjudicación

realizada, retrotrayendo las actuaciones al momento previo a la misma, al objeto de que el contrato se adjudique a la oferta más ventajosa en los términos establecidos en el Pliego de Cláusulas.

QUINTO.- AENA AEROPUERTOS, S.A.U opone en la demanda, en primer lugar, que la resolución es nula de pleno derecho al haber sido dictada por órgano incompetente.

Alega que según lo establecido en la Disposición Adicional Cuarta de la Ley 48/98 , no derogada por la Ley 31/2007, AENA, en lo no previsto en dicha Ley ajustará su régimen de contratación al derecho privado.

Y según la Ley 31/2007, el umbral para que la contratación de los entes contratantes, en materia de servicios, esté sujeta a la misma es de 400.000 €, tal y como dispone el artículo 16 a); límite que no alcanza el contrato que nos ocupa.

Por otro lado, el Decreto Ley 13/2010, de 3 de diciembre de 2010, de creación de Aena Aeropuertos, S.A, en su artículo 8 dispone que, sin perjuicio de lo establecido en la normativa administrativa de aplicación en materia presupuestaria, patrimonial, contable y de control financiero, Aena Aeropuertos S.A se regirá por lo dispuesto en la legislación mercantil. Y la Disposición Transitoria Tercera transforma los contratos administrativos en contratos de derecho privado, condenando a la extinción aquellos que no sean admitidos por los adjudicatarios de los mismos.

Por tanto, concluye que el régimen que rige en la contratación de Aena Aeropuertos, S.A.U es el derecho privado, de modo que será la jurisdicción civil o mercantil la competente para dirimir las cuestiones que se susciten en relación con la misma, y no la jurisdicción contencioso administrativa. Y en consecuencia, el TACRC carece de competencia objetiva para dilucidar los conflictos entre AENA y la entidad recurrente, derivados de la contratación del Expediente IBZ99/2013, correspondiendo dicha competencia a la jurisdicción civil ordinaria.

SEXTO.- Ley 48/1998, de 30 de diciembre sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones por la que se incorporan al ordenamiento jurídico español las Directivas 93/38/CE y 92/13/CE, regulaba en su Disposición Adicional Cuarta el régimen del organismo público Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea, estableciendo en su apartado 1º que "El Organismo público Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (AENA), en lo no previsto en la presente Ley, ajustará su régimen de contratación al derecho privado".

La Ley 31/2007 de de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, en su Disposición Derogatoria Única declara expresamente vigente esta Disposición.

El Real Decreto-Ley 13/2010, de 3 de diciembre, modifica la gestión aeroportuaria, de forma que las competencias sobre navegación aérea permanecen en manos de la Entidad Pública Empresarial AENA, mientras que la gestión de la actividad aeroportuaria, entre ella las instalaciones, como es el caso, será llevada a cabo por Aena Aeropuertos S.A.

El artículo 8, sobre régimen jurídico de « Aena Aeropuertos S.A.», determina, entre otros aspectos, su régimen de contratación, estableciendo que se aplicará la normativa mercantil con las siguientes especialidades: "a) Aplicará el mismo régimen de contratación previsto para la entidad pública empresarial AENA, teniendo la consideración entre sí y con respecto a la Administración General del Estado de empresas asociadas a los efectos 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".

Ahora bien, tras la aprobación del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, su Disposición Adicional 8ª, apartado 2º establece que: "La celebración por los entes, organismos y entidades del sector público que no tengan el carácter de Administraciones Públicas de contratos comprendidos en la Ley 31/2007, de 30 de octubre se regirá por esta norma, salvo que una Ley sujete estos contratos al régimen previsto en la presente Ley para las Administraciones Públicas, en cuyo caso se les aplicarán también las normas previstas para los contratos sujetos a regulación armonizada. **Los contratos excluidos de la aplicación de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, que se celebren en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales por los entes, organismos y entidades mencionados, se regirán por las disposiciones pertinentes de la presente Ley, sin que les sean aplicables, en ningún caso, las normas que en ésta se establecen exclusivamente para los contratos sujetos a regulación armonizada**".

Por tanto, es preciso determinar si el contrato que nos ocupa está sometido o no a la Ley 31/2007. Y a estos efectos, el artículo 16 a) establece que "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) 400.000 euros en los contratos de suministro y servicios".

No se discute que el contrato que nos ocupa tiene un valor estimado inferior a 400.000 euros, y por tanto, quedaría excluido de la Ley 31/2007. La cuestión que se plantea entonces es si se rige exclusivamente el Derecho privado como defiende AENA o es aplicable el Real Decreto legislativo 3/2011, como sostiene el TACRC.

La Sala comparte el criterio del TACRC y considera que a tenor de lo dispuesto en el último inciso del apartado 2º de la Disposición Adicional Octava del Real Decreto Legislativo 3/2011, son de aplicación las normas establecidas en el mismo para los poderes adjudicadores que no tienen el carácter de Administración Pública, y para los contratos no sujetos a regulación armonizada. Y en concreto lo dispuesto en el artículo 137 en cuanto a la preparación de los contratos, y por lo que se refiere a la adjudicación se llevará a cabo, según lo dispuesto en el artículo 195, de acuerdo con las instrucciones, de obligado cumplimiento en el ámbito interno de las mismas, en las que se regulen los procedimientos de contratación de forma que quede garantizada la efectividad de los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación, y que el contrato sea adjudicado a quien presente la oferta económicamente más ventajosa. Estas normas deben publicarse en el perfil de contratante de la entidad. En el caso de Aena Aeropuertos, S.A.U consta en el expediente las "Normas internas de contrataciones generales de AENA".



Una vez sentado lo anterior, procede examinar si el acuerdo de adjudicación de dicho contrato es susceptible de recurso especial en materia de contratación. El artículo 40.1 b) TRLCSP dispone que "Serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación previo a la interposición del contencioso-administrativo, los actos relacionados en el apartado 2 de este mismo artículo (entre los que se encuentran los acuerdos de adjudicación), cuando se refieran a los siguientes tipos de contratos que pretendan concertar las Administraciones Públicas y las entidades que ostenten la condición de poderes adjudicadores: (...) b) Contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II de esta Ley cuyo valor estimado sea igual o superior a 200.000 euros".

Tratándose el contrato que nos ocupa de un contrato de servicios comprendido en la categoría 27 "Otros servicios" del Anexo II de la Ley y con valor estimado superior a 200.000 euros, lo que no se discute, hemos de concluir que es susceptible de recurso especial en materia de contratación, siendo, por tanto, el TACRC competente para resolver dicho recurso.

En consecuencia, procede desestimar el primer motivo de impugnación consistente en la nulidad de pleno derecho de la resolución impugnada por haber sido dictada por órgano incompetente, así como la invocada anulabilidad por desviación de poder al resolver dicho órgano una impugnación que correspondería a la jurisdicción civil.

SÉPTIMO.- La siguiente cuestión que plantea la entidad recurrente es la nulidad de la resolución recurrida por infracción de las normas procesales (art. 46.3º RD leg. 3/2011) que causan indefensión al interesado. Alega que el TACRC no dio el traslado establecido en el punto 3 del artículo 46 por plazo de cinco días, a la adjudicataria del contrato FUNDACIÓN NATURA PARK, que tenía un interés directo en el expediente, lo que le causa una grave indefensión a dicha entidad.

El artículo 46.5 TRLCSP dispone que "Dentro de los cinco días hábiles siguientes a la interposición del recurso, dará traslado del mismo a los restantes interesados, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones(...)". Y en este caso, si bien es cierto que no consta en el expediente que el TACRC hubiera dado traslado de la reclamación interpuesta por AMDAX DREMAS, S.L a los otros interesados, y particularmente a la FUNDACIÓN NATURA PARK como adjudicataria de contrato. Ahora bien, la omisión del trámite de audiencia no constituye un vicio de nulidad de pleno derecho, sino en todo caso de anulabilidad, siempre que hubiera causado indefensión al interesado. Pero esa indefensión la podría invocar aquel sujeto interesado que la hubiera sufrido y no un tercero, como es en este caso AENA AEROPUERTOS, S.A, que no padeció indefensión material alguna, dado que sí se le dio traslado de la reclamación a efectos de que emitiera el correspondiente informe, lo que efectivamente verificó en los términos que estimó oportunos.

Por tanto, ha de rechazarse también este motivo de impugnación.

OCTAVO.- Ya en relación con la cuestión de fondo se alega en la demanda que la empresa AMDAX DREMAS, S.L presentó la mejora de su oferta extemporáneamente, y por ello no fue tenida en cuenta. Relata que la evolución de los hechos fue la siguiente:

El día 25 de julio de 2013 se procedió a la apertura de las ofertas económicas de las distintas empresas, habiendo ofertado AMDAX DREMAS, S.L la suma de 72.000 euros por el periodo de doce meses; importe superior a los 64.100 euros que constituía la mejor de las ofertas económicas que había presentado la FUNDACIÓN NATURA PARK

La Mesa de Contratación, al estar así previsto en el Pliego de Condiciones, abrió una primera ronda de posibles mejoras de las ofertas económicas presentadas, estableciéndose como fecha de apertura el día 29 de julio siguiente a las 11:00 horas y como lugar de apertura la Sala de Juntas del Bloque Técnico del Aeropuerto de Ibiza.

A las 11:00 horas del día 29 de julio, se constituyó la Mesa de contratación al objeto de proceder a la apertura de todas las mejoras recibidas a esa hora del día, resultando que en ese momento había, únicamente, dos ofertas económicas presentadas, una la de la FUNDACIÓN NATURA PARK, y otra la de HALCONERAS AERPORTUARIAS.

Ese día y a esa hora, en el momento de constitución de la mesa, no había ninguna oferta económica presentada por la entidad AMDAX DREMAS, S.L.

El mismo día, ya celebrada la mesa de contratación y comunicados los resultados a que los hubiera solicitado, a una hora que no consta registrada de modo expreso, ni en el acuse de recibo puesto por AENA en el sobre de entrega, ni en ningún otro registro contrastable, llegó al Departamento Económico Administrativo del Aeropuerto de Ibiza, cuya Jefa es la Presidenta de la mesa de contratación, un sobre, presumiblemente



contiendo la oferta de AMDAX DREMAS, S.L, al que se dio tratamiento de oferta presentada fuera de plazo, lo que fue comunicado a la referida entidad.

La entidad AMDAX DREMAS, S.L alegó que el sobre indicado había entrado en el registro general del Aeropuerto de Ibiza a las 10:59 horas, invocando para ello el registro que le remitió la empresa de mensajería, aportando una fotografía de un mensaje en un teléfono móvil, según parece, tomada a las 13:45 h cuando ya sabía que su oferta no había entrado en plazo, y que, según la hora a la que estaba programado el dispositivo del que se toma la foto, se dice enviado a las 11:04 horas. En el mensaje se afirma que el envío ha sido entregado a las 10:59.

Manifiesta que para contrastar la veracidad de dicha hora se ha acudido al registro de entrada de vehículos a la zona donde se halla el Bloque Técnico, ya que es una zona de acceso controlado por una empresa de seguridad, en aquellas fechas TRABLISA. Y de la lectura del registro de vehículos se desprende que al Bloque Técnico, el día 29 de julio de 2013 llegó un único mensajero, si bien su hora de llegada fue las 11:27 y su hora de salida lo fue a las 11:46.

Señala que antes de proceder a la constitución de la mesa, por parte de su Presidencia se constató que no habían llegado otras ofertas, ni existía ningún sobre adicional entregado al Aeropuerto para la mesa que iba a celebrarse. No obstante, la nueva propuesta no implicaba la exclusión de la empresa en la contratación, sino que la oferta que se tendría en cuenta sería la anteriormente presentada, la cual era superior que la de la finalmente adjudicataria, la FUNDACIÓN NATURA PARK.

NOVENO.- La entidad AMDAX DREMAS, S.L que ha comparecido como parte demandada, manifiesta que presentó en plazo la nueva oferta económica por un valor de 59.000 euros, en concreto el día 29 de julio de 2013 a las 10:59 horas, y sin embargo el contrato le fue adjudicado a la empresa FUNDACIÓN NATURA PARK por una cantidad de 59.850 euros, precio superior al ofertado por la demandada.

Alega que la prueba aportada, que consta en el expediente administrativo, emitida por un servicio de mensajería, resulta acreditativa de la entrega en plazo, lo cual se efectuó en el Departamento Administrativo que se establecía en el requerimiento de fecha 9 de septiembre de 2013. Y el supuesto registro de entrada de vehículos de mensajeros que se aportada de contrario carece de capacidad probatoria, pues el mensajero de MRW que entregó el sobre no usó ningún vehículo.

DÉCIMO.- En primer lugar, hay que señalar que el TACRC en su resolución indica que no existe en el expediente remitido constancia de las actuaciones realizadas por Aena a los efectos de adjudicar el contrato recurrido. Y como consecuencia, al examinar y resolver sobre el acto ahora impugnado la adjudicación del contrato, ha tenido en cuenta la información proporcionada por Aena (pliegos, anuncio e informe) y la remitida por la recurrente en su escrito de recurso, esto es, la solicitud de mejora de oferta económica de la proposición inicial y la notificación de adjudicación del contrato.

En consecuencia, da por buenas las alegaciones y la prueba aportada por la parte recurrente; prueba que, sin embargo, no permite tener por acreditado que el sobre con la mejora de la proposición económica de la entidad AMDAX DREMAS, S.A se presentó en plazo, esto es, antes de las 11:00 horas del día 29 de julio de 2013 en el Bloque Técnico del Departamento Económico del Aeropuerto de Ibiza.

En efecto, lo que se aportó fue un documento de la empresa de mensajería MRW en el que consta como remitente AMDAX DREMAS, S.L y como destinatario Aeropuerto de Ibiza Departamento económico, y en observaciones Bloque Técnico entrega urgente. Hora máxima de entrega 11:08.

Si bien dicho documento tiene el sello de Aena Aeropuertos, éste no indica la fecha y hora de la recepción. Y la indicación "Sello 29/07/2013 10:59" que aparece en la fotocopia aportada, fuera del propio documento, está impreso por la propia empresa de mensajería, y no consta corroborado por el destinatario.

Por el contrario, en el registro de control de vehículos que llevaba la empresa de seguridad Trablisa no consta ninguna entrada de un mensajero de MRW ese día. Alega la parte demandada que este es un control de vehículos y que el mensajero que llevó el sobre no usó vehículo alguno, pero aunque esto fuera así, lo cierto es que no hay constancia fehaciente del momento en que entregó el sobre, y según consta en el acta de la mesa de contratación de fecha 20/07/2013, en el momento en que la misma se reunió, las 11:00 horas según estaba previsto y se había comunicado a los licitadores en el requerimiento, sólo constan como presentadas las ofertas de la FUNDACIÓN NATURA PARK (59.850,00 €) y de HALCONERAS AEROPORTUARIAS, S.L (60.000 €).

En consecuencia, el órgano de contratación actuó conforme a lo establecido en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares al adjudicarle el contrato a la FUNDACIÓN NATURA PARK, que había presentado la oferta más ventajosa económicamente.



En virtud de lo expuesto, procede estimar el recurso en este aspecto, anulando la resolución del TACRC en cuanto estima parcialmente el recurso especial en materia de contratación, declarando conforme a derecho el acuerdo de adjudicación del órgano de contratación.

UNDÉCIMO.- No procede hacer expresa imposición de costas procesales a ninguna de las partes, de conformidad con el artículo 139 de la Ley Jurisdiccional, dada la estimación de una de las pretensiones subsidiarias del recurso.

VISTOS los preceptos constitucionales y legales citados y los demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

1º) DESESTIMAR la pretensión de la parte recurrente AENA AEROPUERTOS, S.A.U consistente en que se declare nula la resolución recurrida por haber sido dictada por órgano manifiestamente incompetente.

2º) ANULAR la resolución del TACRC en cuanto estima parcialmente el recurso especial interpuesto por AMDAX DREMAS, S.L y anula la adjudicación del contrato de servicios de control de la fauna en el aeropuerto de Ibiza efectuada a favor de la FUNDACIÓN NATURA PARK con retroacción de actuaciones al momento previo a la misma al objeto de que el contrato se adjudique a la oferta más ventajosa económicamente.

3º) DECLARAR la conformidad a derecho del acto de adjudicación.

Sin imposición de costas.

Notifíquese la presente sentencia a las partes, con indicación de que frente a la misma no cabe interponer recurso de casación.

Así por esta nuestra Sentencia, testimonio de la cual será remitida en su momento a la oficina de origen, a los efectos legales, junto con el expediente -en su caso-, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de su fecha, fue leída y publicada la anterior Sentencia por El/La Ilmo/a. Sr/a. Magistrado Ponente, hallándose constituida en Audiencia Pública, de lo que yo, el Secretario, doy fe.