



Roj: **SAN 2750/2015** - ECLI: **ES:AN:2015:2750**

Id Cendoj: **28079230042015100190**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **13/05/2015**

Nº de Recurso: **337/2013**

Nº de Resolución: **38/2015**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **MARIA ASUNCION SALVO TAMBO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN CUARTA

Núm. de Recurso: 0000337 / 2013

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 04830/2013

Demandante: COINTER CONCESIONES, S.L, HINOSAL INVERSIONES, S.L, E HINOBEPA, S.L

Procurador: D. MANUEL LANCHARES PERLADO

Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRAACTUALES

Codemandado: EMPARK APARCAMIENTOS Y SERVICIOS S.A. Y AENA

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. MARÍA ASUNCIÓN SALVO TAMBO

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 trece de mayo de dos mil quince.

Vistos los autos del recurso contencioso-administrativo **num.337/13** que ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido el Procurador D. Manuel Lanchares Perlado en nombre y representación de **COINTER CONCESIONES, S.L, HINOSAL INVERSIONES, S.L, E HINOBEPA,S.L.**, contra las Resoluciones de 24 de julio de 2013 y de 26 de septiembre de 2013 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales ; en el que la Administración demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado.Siendo codemandados las entidades EMPARK APARCAMIENTOS Y SERVICIOS representada por el Procurador D. Iñigo Muñoz Durán y AENA representada por la Procuradora D^a Lucía Victoria Agulla Lanza. La cuantía ha quedado fijada en indeterminada.

ANTECEDENTES DE HECHO



1. La parte actora interpuso, en fecha 4 de noviembre de 2013 este recurso; admitido a trámite y reclamado el expediente se le dio traslado para que formalizara la demanda, lo que hizo en tiempo y forma; y en ella realizó una exposición fáctica y la alegación de los preceptos legales que estimó aplicables, concretando su petición en el suplico de la misma, en el que literalmente dijo:

" Que se admita el presente escrito y sus copias, teniendo por formalizado escrito de demanda, y previos los trámites legales oportunos, dicte sentencia por la que se estime el presente recurso contencioso administrativo interpuesto contra las resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de fecha 24 de julio (nº 313/2013) y de 26 de septiembre de 2013 (nº 413/2013) referenciadas en el escrito de interposición del presente recurso', se declaren nulas de pleno derecho: (i) la comunicación de 19 de julio de 2013, (ii) la adjudicación de fecha 25 de junio de 2013 a la sociedad "EMPARK APARCAM. Y SERV SA", del Lote 1 del Contrato de Servicio de Gestión Integral de los Aparcamientos de Aena Aeropuertos (expediente DIC 20/2013) y la del Lote 2 a SABA, Yy (III) así como la comunicación de 2 de agosto de 2013 de AENA a mis representadas, por las que se daba a conocer que se había procedido a la adjudicación definitiva del Lote 1 a favor de EMPARK y del Lote 2 a favor de SABA".

2. De la demanda se dio traslado al Sr. Abogado del Estado, que en su escrito de 30 de abril de 2014 manifiesta que no es parte en el procedimiento, toda vez que no se han recibido instrucciones de personación en nombre de AENA.

3. Mediante escrito de 15 de enero de 2014 el Procurador D. Iñigo Muñoz Duran en nombre y representación de EMPARK APARCAMIENTOS Y SERVICIOS, S.A., se personó como codemandado y por escrito de 12 de mayo de 2014, contestó a la demanda mediante escrito de 6 de junio de 2014, y la Procuradora D^a Lucía Agulla Lanza en nombre y representación de AEROPUERTOS ESPAÑOLES Y NAVEGACIÓN AÉREA (AENA), se personó igualmente en calidad de codemandada y contestó la demanda por escrito de 8 de julio de 2014.

4. Solicitado el recibimiento a prueba del recurso, la Sala dictó auto, de fecha 22 de julio de 2014 acordando el recibimiento a prueba, habiéndose practicado la propuesta y admitida con el resultado obrante en autos; finalmente, presentados escritos de conclusiones por las partes, quedaron los autos pendientes de señalamiento; y, mediante providencia se señaló para votación y fallo el día 29 de abril de 2015, en que efectivamente se deliberó y votó.

5. En el presente recurso contencioso-administrativo no se han quebrantado las formas legales exigidas por la Ley que regula la Jurisdicción. Y ha sido **Ponente la Ilma. Sra. D^a MARÍA ASUNCIÓN SALVO TAMBO, Presidente de la Sección.**

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. Son objeto de impugnación por parte de las entidades COINTER CONCESIONES, S.L, HINOSAL INVERSIONES, S.L, E HINOBEPA, S.L, las siguientes dos resoluciones:

- Resolución de 24 de julio de 2013 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, nº 313/2013 por la que se desestima la reclamación interpuesta por la representación de dichas tres entidades contra la adjudicación de los lotes 1 y 2 del Contrato de Gestión Integral de los aparcamientos de AENA AEROPUERTOS, S.A..

- Resolución de 26 de septiembre de 2013 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, nº 413/2013 por la que se desestima "el primero de los argumentos en que funda la reclamación presentada por D. Alfonso Budiño Carbonero en representación de la Sociedad COINTER CONCESIONES, S.L; ...HINOSAL INVERSIONES, S.L E HINOBEPA, S.L., contra la comunicación del acuerdo del Consejo de Administración de 2 de agosto de 2013 por la que ésta, unida a las explicaciones ofrecidas el día 9 de agosto de 2013, amparadas en el artículo 84.3 de la LCSE, completan el procedimiento para entender cumplidas las Resoluciones 318/2013 y 324/2013 de este Tribunal" ; y se acuerda también "Inadmitir el argumento segundo de la reclamación por estimar que contra la Resolución 351/2013, en el que se hizo valer de forma extemporánea el mismo argumento sólo procedía el recurso contencioso-administrativo de acuerdo con el artículo 108 de la LCSE".

2. 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:

- En el Boletín Oficial del Estado nº 39, de 14 de febrero de 2013 fue publicada la resolución de 18 de diciembre de 2012 de "AENA AEROPUERTOS, S.A." por la que se anuncia la licitación de contratos de servicios, por el procedimiento negociado con anuncio de licitación previa; expediente número: DIC 20/13 "Servicio de gestión integral de los aparcamientos de los aeropuertos de AENA AEROPUERTOS, S.A.". En los números 46, 70,



71,73,78 y 99 del BOE, de 22 de febrero, 22 de marzo, 23 de marzo, 26 de marzo, 1 de abril y 25 de abril de 2013, se anuncian las sucesivas correcciones de errores de la Resolución de 18 de diciembre de 2012.

La publicación de dicho anuncio en el Diario Oficial de la Unión Europea se lleva a efecto el 22 de febrero de 2013.

- La licitación se llevó a cabo de conformidad con los trámites previstos 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.

Tramitado todo el procedimiento el Consejo de Administración de AENA del 25 de junio de 2013 acordó la adjudicación del contrato, conforme a la propuesta de la mesa de contratación, de 24 de junio de 2013, a favor de EMPARK APARCAMIENTOS Y SERVICIOS, el Lote 1 y de SABA APARCAMIENTOS, el Lote 2.

Contra la resolución de adjudicación del contrato, publicada en el perfil de contratante de AENA AEROPUERTOS, S A, se interpusieron las siguientes reclamaciones en materia de contratación, resueltas por el TACRC:

1º) Recurso 351/2013, interpuesto por las sociedades: COINTER CONVECCIONES, S.L., HINOSAL INVERSIONES, S.L. y HINOBEPA, S.L. Esta reclamación es resuelta por la Resolución nº 313/2013, de 24 de julio de 2013, en la que el Tribunal resuelve desestimando la reclamación interpuesta por las empresas ahora reclamantes.

En esta redamación las empresas reclamantes presentaron unas alegaciones complementarias el día 24 de julio de 2013 sobre las que el TACRC no se pronunció en la Resolución 313/2013 de 24 de julio, puesto que entraron en el Registro del mismo día en el que se dictó la resolución.

2º) Recurso 361/2013, interpuesto por las sociedades ESTACIONAMIENTOS Y SERVICIOS, SAU. y OPERADORA CENTRAL DE ESTACIONAMIENTOS, SA, DE C.V. y resuelto por Resolución 318/2013 de 24 de julio de 2013, en la que se estima parcialmente la reclamación, anulando la adjudicación y ordenando que la misma se motive debidamente y se notifique en los términos que se describen en los fundamentos que en la propia resolución se contienen.

En esta reclamación presentaron alegaciones las empresas recurrentes, COINTER CONCESIONES, S.L, HINOSAL INVERSIONES, S.L y HINOBEPA, S.L

3º) Recurso 368/2013, interpuesto por la sociedad CONTINENTAL PARKING, S.L y resuelto por el TACRC en Resolución 324/2013 de 30 de julio de 2013, en la que se estima parcialmente la reclamación contra el acto de trámite -que excluye a la empresa del procedimiento- y el acto de adjudicación del contrato, anulando ambos y ordenando que la misma se motive debidamente y se notifique en los términos que se describen en los fundamentos de la resolución.

En esta reclamación también presentaron alegaciones las empresas, COINTER CONCESIONES, S.L, HINOSAL INVERSIONES, S.L e HINOBEPA, S.L

- En cumplimiento de las Resoluciones 316 -recurso 361- y 324 -recurso 368- del TACRC se procedió comunicar motivadamente el resultado de la adjudicación por carta personalizada, certificada y con acuse de recibo, de fecha **2 de agosto de 2013** a todos los licitadores que no resultaron adjudicatarios. En particular, en relación con las sociedades recurrentes, el informe de la entidad contratante señala que con fecha 6 de agosto de 2013 COINTER CONCESIONES, S.L presenta anuncio de la reclamación y consulta de expediente. Esta consulta del expediente se lleva a cabo el día 9 de agosto de 2013, previa consulta a todos los licitadores, sobre el tratamiento de confidencialidad a las ofertas técnicas presentadas.

En la comunicación que se remitió a las sociedades reclamantes se identifica el procedimiento, se indican los adjudicatarios de los Lotes 1 y 2, el importe de la adjudicación y el plazo del contrato. Asimismo, se transcribe el apartado 3b "Metodología", cláusula 3 "Proceso de selección de ofertas" del Anexo A del Pliego de Cláusulas Particulares.

Por último, se añade la puntuación técnica obtenida por la oferta presentada por la, ahora recurrente, de acuerdo con el informe técnico de 3 de junio de 2013.

- El día 6 de agosto de 2013 tiene entrada en el Registro General de AENA AEROPUERTOS, SA el anuncio de la reclamación frente a la comunicación de la adjudicación del procedimiento.

Y el día 12 de agosto de 2013 fue interpuesta la reclamación ante el TACRC.

- Con fecha, 29 de agosto de 2013, se dio traslado de la reclamación a los restantes licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan las alegaciones que a su derecho conviniesen.



El día 6 de septiembre de 2013 tuvieron entrada en el Registro del TACRC, las alegaciones de las interesadas, por una parte, de la adjudicataria del Lote 2, SABA APARCAMIENTO, SA, por otra de una de las licitadoras, empresas ESTACIONAMIENTOS Y SERVICIOS, SAU. y OPERADORA CENTRAL DE ESTACIONAMIENTOS, SA DE C.V. Estas últimas licitadoras fueron las reclamantes en el procedimiento del Recurso 361/2013, en el que se dictó la Resolución 318/2013 cuya ejecución se discute en esta reclamación. Resumidamente, las alegaciones de estas sociedades se corresponden con el primero de los argumentos de la reclamante en el sentido de no entender cumplidas las Resoluciones 318 y 324 del Tribunal puesto que AENA AEROPUERTOS, SA no ha dictado una nueva resolución limitándose a comunicar individualmente a cada licitador la adjudicación anterior anulada.

3. Los motivos de impugnación alegados en la demanda, y no obstante ser dos las resoluciones impugnadas, van todos ellos dirigidos a la primera de las Resoluciones del TACRC, esto es la de 24 de julio de 2013 (nº 313), sin que contenga en la fundamentación de la misma alusión alguna a la notificación de 2 de agosto de 2013, realizada por AENA en cumplimiento de las Resoluciones del propio TACRC nº 318/2013 y nº 324/2013, menos aún justificación alguna de haber incumplido aquellas, por lo que en ningún caso puede entenderse desvirtuada la decisión del TACRC al respecto contenida en la Resolución 413/2013 que, como decimos, ha permanecido propiamente inatacada.

No obstante ello, en línea con lo señalado por las codemandadas ha de ponerse de manifiesto que en dicha comunicación se da efectivamente cumplimiento a las resoluciones del propio TACRC nº 318/2013 y nº 324/2013 que anularon el Acuerdo de Adjudicación por falta de motivación; y ello una vez que AENA AEROPUERTOS procedió a realizar una nueva notificación motivada de la adjudicación, con fecha 2 de agosto de 2013, en los términos exigidos.

La comunicación de AENA no constituye una nueva Resolución de Adjudicación, sino una notificación de la decisión de adjudicación adoptada por el Consejo de Administración de la entidad contratante, de 25 de junio de 2013, según certifica el 28 de junio de 2013 el Secretario de dicho Consejo. Esta comunicación se produce de forma individualizada a cada licitador, según también consta en el expediente, con indicación de la puntuación que se atribuyó a su oferta técnica.

Por el contrario, no resulta del expediente remitido que el Consejo de Administración de AENA AEROPUERTOS, S.A., dictará un nuevo acuerdo de adjudicación por lo que resulta correcta la conclusión a la que se llega en la resolución impugnada de que la comunicación practicada es del acuerdo anulado por TACRC, de 25 de junio de 2013, anulado por las repetidas Resoluciones 318 y 324. En cualquier caso el art. 84.3 de la LCSE permite, en efecto, integrar la motivación del acto de adjudicación después, exponiendo los motivos del rechazo de la oferta o las características y ventajas, de la oferta seleccionada, quedando así integrada la decisión con las justificaciones posteriores, como en este caso aconteció a través de la comunicación de 2 de agosto de 2013 y con el acceso al expediente permitido al objeto de completar dicha comunicación.

Debemos, pues desestimar el recurso entablado contra la Resolución nº 413/2013, de 26 de septiembre de 2013.

4. En cuanto a la otra de las resoluciones impugnadas, la de 24 de julio de 2013 (nº 313) la demanda concreta su impugnación en los siguientes motivos de recurso:

- Falta de regulación en el Pliego de las condiciones en que se deberán desarrollar los posteriores llamamientos para presentar mejoras económicas que no han sido completadas durante el desarrollo del procedimiento, en el que AENA ha actuado de forma desordenada y en el que los licitadores han contado con información desigual.
- Las exigencias derivadas de los principios de igualdad y transparencia de acuerdo con el Derecho Europeo.
- Vulneración de los principios de igualdad y transparencia en el desarrollo del procedimiento, fundamentalmente por contar EMPARK con información con la que no contaban los otros licitadores acerca del número de llamamientos, lo que ha de anular el procedimiento en su totalidad y la adjudicación de ambos lotes.
- Indeterminación de los Pliegos sobre este extremo unida a la falta de una información complementaria facilitada por AENA antes del comienzo de la fase de mejoras, lo que constituye en sí misma una infracción de los principios de publicidad y concurrencia.
- Indefensión generada al denegarle a la actora el acceso al expediente de forma arbitraria.
- El órgano de contratación, a pesar de haber constatado que las ofertas de EMPARK y SABA incurrieron en graves infracciones de los Pliegos, no procedió a excluir dichas ofertas o a puntuar con 0 puntos aquellos



apartados en que las ofertas incurrieron en incumplimientos, por las que las adjudicaciones deben ser anuladas.

5. Las recurrentes impugnaron originariamente el acuerdo de la mesa de contratación de 19 de junio de 2013 por el que se solicitó una quinta mejora económica y la adjudicación del lote nº 2, así como la adjudicación del lote nº 1.

Pues bien, para analizar la primera de las alegaciones de las demandantes en relación con la falta de regulación en el Pliego de las condiciones en que se deberían desarrollar los posteriores llamamientos para presentar mejoras económicas y la falta de concreción ulterior de estas condiciones así como el cambio de criterio de la Codemandada AENA, hemos de partir del tenor literal de los Pliegos que rigieron el proceso de licitación y adjudicación que establecen en su Anexo A que:

Aena Aeropuertos S.A. seleccionará como adjudicatario de cada uno de los lotes al licitador que, en su conjunto realice la oferta más ventajosa en función de sus aspectos técnicos y económicos, de acuerdo con lo que a continuación se indica

Estrategia de contratación

Las empresas que hayan acreditado la solvencia técnica exigida en los documentos de contratación, pasarán a la segunda fase de adjudicación

En esta fase se calificarán las ofertas desde el punto de vista técnico y económico.

3a. Evaluación de la oferta técnica

Para la evaluación técnica de este expediente se tendrán en cuenta los criterios y subcriterios técnicos que se indican en el Anexo 4 de este Pliego con la ponderación que se señala.

3b. Metodología

Realizada la apertura de ofertas económicas, Aena Aeropuertos podrá solicitar mejoras económicas de su oferta a aquellos lidiadores cuya puntuación técnica sea igual o superior al valor mínimo de calidad técnica indicado en el apartado i) del Cuadro de Características de esta 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) del Cuadro de Características de este Pliego..

Estrategia de contratación

Las empresas que hayan acreditado la solvencia técnica exigida en los documentos de contratación, pasarán a la segunda fase de adjudicación.

Según tales previsiones queda claro que es potestad de AENA AEROPUERTOS proceder a solicitar mejora de ofertas económicas o no, una vez se haya realizado la primera apertura pública de ofertas. Por ello no se puede fijar, como por la recurrente se pretende, de antemano el número de solicitudes que habrán de realizarse, porque ello dependerá de las concretas circunstancias que concurran en cada una de las solicitudes de mejora las que aconsejen que la Mesa de Contratación solicite una nueva mejora, o no, lo que, por lo demás, resulta adecuado al procedimiento de que se trata, es decir un procedimiento negociado, cuyo elemento característico es la facultad de negociación entre la entidad contratante y uno o varios empresarios, algo en esencia flexible y al que no resultan de aplicación los pormenores de la tramitación de la subasta y el concurso a las que se refieren las demandantes tratando de equiparar el procedimiento negociado con el procedimiento de subasta electrónica.

Por ello la Sala comparte las consideraciones efectuadas por el TACAR cuando entiende que el Pliego de cláusulas administrativas cumple en rigor con lo que establece la legislación vigente para este tipo de procedimientos. Y en todo caso debemos destacar que en ningún momento los Pliegos fueron impugnados por ningún licitador, habiendo sido, por tanto, aceptado por las recurrentes su contenido, sin que se echara de menos la concreción que sólo más tarde se reclama al recurrir precisamente el acto de adjudicación.

Cuestión distinta es que la flexibilidad amparada en el Pliego de causas administrativas particulares se materialice en actuaciones por parte de la entidad contratante que puedan suponer discriminación en perjuicio de algún licitador provocando un incumplimiento del principio de igualdad que debe prevalecer en la contratación pública.

Al respecto se trae a colación en la Resolución impugnada el informe de la entidad contratante que, atendiendo a la documentación obrante en el expediente, pone de manifiesto para acreditar la igualdad de trato de todos



los licitadores, que una vez superada la oferta técnica, los sucesivos llamamientos para mejorar la oferta económica se hacen, simultáneamente y en las mismas condiciones, sin discriminación por la puntuación técnica y la oferta económica presentada. El hecho de que se llame a diversas rondas de mejoras económicas no incumple la normativa, ni vulnera ninguno de los principios rectores de la contratación pública que tampoco, en absoluto, puede decirse algo tan grave como los incumplimientos denunciados, como es la violación de los principios de igualdad, no discriminación y transparencia, sin probar en qué ha consistido dicha vulneración o igualmente, como hacen las demandantes, insinuar que alguna de las empresas disponía de información privilegiada, basándose al efecto en simples suposiciones o conjeturas que en absoluto han quedado probadas.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que la UTE constituida por las hoy demandantes, exceptuando la oferta primera presentada nunca obtuvo mejor puntuación económica que el resto de los licitadores para ninguno de los lotes cuya adjudicación se cuestiona, por lo que nunca resultó perjudicada por el hecho de que se realizara un número determinado de llamamientos para proceder a las sucesivas mejoras económicas.

Igualmente las demandantes hablan de la vulneración de los principios de publicidad y transparencia en el procedimiento, basándose en meras suposiciones, por lo que también debe decaer el correlativo motivo de recurso.

Y, por último, en cuanto a la falta de acceso a las ofertas del resto de licitadores por parte de las recurrentes, baste señalar que tampoco se acredita ningún tipo de irregularidad cometida por AENA en la puesta a disposición de todos y cada uno de los licitadores interesados del informe correspondiente a su oferta, para que pudieran analizar cómo se les evaluó, así como los argumentos del equipo evaluador y pudiesen identificar aquellos aspectos que puedan ser mejorables para sucesivas ofertas. Lo que no es dable a las recurrentes reclamar que se ponga por parte de AENA en manos de firmas competidoras la información depositada por terceros, vulnerando la legislación de protección de datos y protección industrial que en la demanda se pretende desconocer y sin que, por lo demás, exista tampoco la más mínima prueba de decisión arbitraria en relación a la respuesta dada para todos y cada uno de los licitadores.

6. De lo anterior deriva la desestimación del recurso con la paralela confirmación de las resoluciones impugnadas por su conformidad a Derecho, en cuanto a los extremos impugnatorios aquí analizados.

FALLO

DESESTIMAR el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de **COINTER CONCESIONES, S.L, HINOSAL INVERSIONES, S.L, E HINOBEP, S.L** contra contra las Resoluciones de 24 de julio de 2013 y de 26 de septiembre de 2013 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, a que las presentes actuaciones se contraen y, en consecuencia, confirmar las resoluciones impugnadas por su conformidad a Derecho.

Con expresa imposición de costas a la parte actora.

Así por ésta nuestra sentencia, que se notificará haciendo constar que contra la misma **cabe recurso ordinario de casación**, siguiendo las indicaciones prescritas en el artículo 248 de la Ley Orgánica 6/1985, y testimonio de la cual será remitido 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 Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por la Magistrada Ponente en la misma, Ilma. Sra. D^a MARÍA ASUNCIÓN SALVO TAMBO estando celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Contencioso-Administrativo Doy fe.