

RESOLUCIÓN (Exp. r 372/99 Aena)

PLENO

Excmos. Sres.:

Petitbò Juan, Presidente

Huerta Trolèz, Vicepresidente

Hernández Delgado, Vocal

Castañeda Boniche, Vocal

Pascual y Vicente, Vocal

Comenge Puig, Vocal

Martínez Arévalo, Vocal

Franch Menéu, Vocal

Muriel Alonso, Vocal

En Madrid, a 9 de diciembre de 1999

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia, con la composición expresada al margen y siendo Ponente el Vocal Sr. Martínez Arévalo, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente r 372/99 (1977/99 del Servicio de Defensa de la Competencia) interpuesto por CSt Consultoría y Servicios para la Gestión en el Transporte S.L. contra el Acuerdo de la Dirección General de Política Económica y Defensa de la Competencia de 18 de mayo de 1999, por el que se archivaron las actuaciones iniciadas como consecuencia de su denuncia contra Aeropuertos Nacionales y Navegación Aérea.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 13 de abril de 1.999 tuvo entrada en la Dirección General de Política Económica y Defensa de la Competencia, escrito de denuncia presentado por D. Antonio Rodríguez Pérez en nombre y representación de CSt Consultoría y Servicios para la Gestión en el Transporte S.L. (en adelante CSt) contra Aeropuertos Nacionales y Navegación Aérea (en adelante AENA), por supuestas prácticas restrictivas de la competencia incursas en las prohibiciones de la Ley 16/1989, de 17 de julio (BOE del 18), de Defensa de la Competencia, consistentes en el incumplimiento, por parte de AENA, de las obligaciones que la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas establece respecto al carácter secreto de la licitación pública. De dicho incumplimiento se sigue, en opinión del demandante, un perjuicio para la competencia.

2. La denuncia formulaba las siguientes alegaciones y se basaba en los siguientes hechos:

"1.- La Ley 13/1995, de 18 de Mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, en sus artículos 74.2, 75.3 y 80 definen la "proposición" como el conjunto integrado por el contenido de carácter técnico y económico de la oferta, conjunto que deberá ir acompañado de una serie de "documentos" adicionales relacionados en el artículo 80.2 de la Ley.

2.- AENA, como parte de su normativa interna, tiene publicada y en vigor la Norma General de Contratación, la cual, de un modo coherente con la Ley 13/1995, de Contratos de las Administraciones Públicas, refleja un mismo procedimiento aunque con diferentes palabras.

3.- CSt licitó en el Concurso Público 691/97, convocado por AENA, presentando su proposición el 23 de octubre de 1997.

4.- El Pliego de Bases de dicho concurso, vulnera la Ley 13/1995, de Contratos de las Administraciones Públicas, ya que permite la apertura de las proposiciones/ofertas técnicas antes de la convocatoria y realización del acto público de apertura de proposiciones/ofertas.

5.- CSt entregó la documentación administrativa, "documentos", dentro de un primer sobre cerrado (sobre nº 1), la "proposición técnica" (dos ejemplares) dentro de un segundo sobre cerrado (sobre nº 2), y la "proposición económica" dentro de un tercer sobre (sobre nº 3), todos ellos debidamente precintados.

AENA abrió el sobre nº 2 de CSt, conteniendo los dos ejemplares de su "proposición técnica", antes de celebrarse el acto público de apertura de las "proposiciones/ofertas" (técnica y económica) exigido por la Ley, que nunca se llegó a celebrar, sin saber todavía si CSt sería o no admitida al concurso por los aspectos burocráticos de los "documentos", vulnerando lo exigido por el artículo 80.1 de la Ley 13/1995, de Contratos de las Administraciones Públicas, que establece que las "proposiciones" se mantengan secretas hasta dicho acto público.

6.- El Concurso Público 691/97 fue anulado posteriormente a la citada apertura de las "proposiciones técnicas", sin haberse convocado ni celebrado el acto público de apertura de "proposiciones/ofertas" (técnicas y económicas) exigido por la Ley.

7.- CSt se personó el 29 de junio de 1998, en la División de Contratación de AENA, observando que su "proposición técnica" (sobre nº

2), estaba abierta, negándose a retirar dicha documentación y solicitando formalmente la custodia de toda la documentación.

CSt considera que, el abrir sin ser en acto público, el contenido de carácter técnico de la proposición, da lugar a situaciones anómalas que le perjudican desde la perspectiva de la competencia, como sería la transmisión de información privilegiada de CSt a licitantes competidores y a la Dirección Comercial de AENA, y que dicha proposición técnica esté en manos de unos y otros, y muy posiblemente de la competencia".

3. El Subdirector General de Conductas restrictivas de la Competencia, de la Dirección General de Política Económica y Defensa de la Competencia, mediante Acuerdo de 18 de mayo de 1999, notificó el archivo de las actuaciones arguyendo, esencialmente, que AENA es un ente público, que, al confeccionar la Norma General de Contratación que regía el concurso objeto de la denuncia, actuó dentro de las competencias que le otorga la Ley 13/1995, de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP) y que, en consecuencia, AENA actúa como regulador del mencionado concurso, y no como operador económico, por lo que, en aplicación de la doctrina que el Tribunal de Defensa de la Competencia ha venido estableciendo, procede la revisión de dichos actos en la vía contencioso-administrativa.
4. CSt presentó recurso ante este Tribunal mediante escrito de 3 de junio de 1999. En dicho escrito, en esencia, se alegaba:
 - que la apertura y la divulgación por parte de AENA de la información competitiva entregada por CSt, para el Concurso 691/97, constituyen actuaciones no exigidas por la LCAP que, a su vez, vulneran.
 - que, además AENA, confeccionó el Pliego de Bases del citado concurso con mala fe al utilizar el término *documentación técnica*, en lugar del de *proposición técnica* que hubiera sido el correcto.
 - que, al resolver el concurso, AENA actúa como operador económico por lo que su actuación quedaría sometida a la LDC según la doctrina establecida por este Tribunal, en su Resolución de 30 de abril de 1996, al Exp. r 148/96.
 - que, al vulnerar la LCAP, los actos de AENA no se encuentran amparados por la estipulación del art. 2.1 de la LDC.
 - que las actuaciones denunciadas no se circunscriben a un caso aislado, sino que son prácticas generalizadas en la Administración y *afectan a un mercado con un volumen de muchos miles de millones*

de pesetas, en especial a los tipos de contratos de consultoría y asistencia técnica.

5. Por su parte, AENA, en su escrito de alegaciones ante el Tribunal, de fecha de 28 de junio de 1999, señala esencialmente:
 - que al ente público empresarial AENA no le es de aplicación la LCAP
 - que *la actuación de AENA en este caso ha de ser considerada como un acto administrativo* y estos actos deben ser recurridos ante la jurisdicción contencioso administrativa.
6. El Pleno del Tribunal, en su sesión del día 10 de noviembre de 1999, deliberó y falló la presente Resolución.
7. Son interesados:
 - CSt Consultoría y Servicios para la Gestión en el Transporte S.L.
 - Aeropuertos Nacionales y Navegación Aérea

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. El aspecto fundamental que se dilucida en este caso es el de si el ente público AENA, al confeccionar la Norma General de Contratación que regía el concurso objeto del recurso, que no excluía la posibilidad de apertura de las proposiciones u ofertas técnicas, actuó conforme a las normas de rango superior que regulan su actividad. Se suscita, además, el problema de cuál es la norma aplicable: a estos efectos, el demandante alega que dicha norma es la LCAP, mientras que AENA considera que se encuentra excluida de su ámbito de aplicación, en virtud de la Disposición Transitoria Primera del Real Decreto 905/1991, de 14 de junio. Además, AENA señala que, en virtud de la Ley 48/1998, de 30 de diciembre, ciertos aspectos de su actividad, en concreto los no previstos por dicha Ley, deben ajustarse al régimen de contratación del derecho privado, por lo que no serían de aplicación las cláusulas de secreto establecidas en la LCAP.

El dilucidar, en definitiva, si AENA se conformó a la normativa que regula su modo de actuar en cuanto ente público es algo que, en virtud de los principios tradicionales del Derecho administrativo y de la propia doctrina de este Tribunal, corresponde a los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa. Por ello, el Tribunal no debe entrar a juzgar tal cuestión y considera correcta la decisión de archivo adoptada por el Servicio.

2. La alegación de CSt relativa a la falta de protección legal por AENA, en virtud del art. 2.1 de la LDC, en caso de incumplimiento de la norma que supuestamente sirve de cobertura, puede subsumirse en la anterior ya que es evidente que el aspecto trascendental a estos efectos es el de si efectivamente se produce dicho incumplimiento. Consideraciones similares cabe realizar respecto a la alegación relativa a que la sustitución del término *proposición técnica* por el de *documentación técnica*, en el punto 6.2.2. del Pliego de Bases del Concurso Público 691/97, supone una forma soterrada de incumplir la normativa vigente en materia de contratación, puesto que el responder a dicha alegación, que no constituye un elemento incidental, sino que forma parte del problema nuclear que se debate en el expediente, debe dilucidarse en la vía contencioso-administrativa.

3. Finalmente, CSt hace una referencia a que las actuaciones denunciadas no se circunscriben a un caso aislado (Concurso *Aena* 691/97), *sino que son prácticas generalizadas en la Administración y afectan a un mercado con un volumen de muchos miles de millones de pesetas, en especial a los tipos de contratos de consultoría y asistencia técnica*. La alegación se realiza de forma general y, aunque parece referirse a AENA, no se especifica si, mediante el empleo del término Administración, el denunciante se refiere sólo a esa entidad o al conjunto de las Administraciones Públicas.

En relación con dicha alegación conviene hacer referencia, a que el Tribunal entiende que la resolución de los concursos mediante los que la Administración se provee de los bienes y servicios necesarios para desarrollar sus actividades constituye un ejemplo de actos en los que dicha Administración actúa como operador económico, por lo que no es inconcebible que incurra en prácticas anti-competitivas, susceptibles de denuncia ante los órganos de defensa de la competencia. Sin embargo, en el expediente objeto del presente recurso, y a pesar de la citada alusión de carácter genérico, no se sustancian cargos relativos a la actuación anticompetitiva de AENA en la resolución del concurso, y mucho menos sobre una supuesta actuación sistemática, centrándose el demandante en las alegaciones respecto a la supuesta violación de las normas que rigen las bases de los concursos y su aplicación al caso concreto del Concurso Público 691/97, motivo por el que el Servicio, de forma correcta, no ha procedido a una revisión de las actuaciones de AENA desde la óptica de las leyes de defensa de la competencia.

Por todo ello, el Tribunal

RESUELVE

Único : Desestimar el recurso interpuesto por CSt Consultoría y Servicios para la Gestión en el Transporte S.L. contra el Acuerdo del Servicio de 18 de mayo de 1999, por el que se archivó la denuncia presentada por CSt Consultoría y Servicios para la Gestión en el Transporte S.L. contra Aeropuertos Nacionales y Navegación Aérea; dicho Acuerdo del Servicio queda, pues, confirmado.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que contra ella no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses contados desde la notificación de esta Resolución.