



Roj: **SAN 4758/2013** - ECLI: **ES:AN:2013:4758**

Id Cendoj: **28079230032013100579**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **04/11/2013**

Nº de Recurso: **444/2012**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **FRANCISCO DIAZ FRAILE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

Madrid, a cuatro de noviembre de dos mil trece.

Visto el recurso contencioso administrativo que ante esta Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, ha promovido **AIR RAIL S.L.** representado por la Procuradora **D^a MARIA GLORIA MESSA TEICHMAN** .contra **TRIBUNAL CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES** representada por el Abogado del Estado, sobre **ADJUDICACION DE CONTRATOS** siendo ponente el Istmo Sr. Magistrado de esta Sección **D. FRANCISCO DIAZ FRAILE**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se impugna la resolución de 23-5-2012 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC).

SEGUNDO.- Interpuesto recurso contencioso administrativo ante esta Audiencia Nacional, después de admitirlo a trámite y reclamado el expediente administrativo se dio traslado a la parte recurrente para que formalizara la demanda solicitando en el suplico la estimación del recurso.

TERCERO.- Presentada la demanda se dio traslado de la misma al Abogado del Estado, con entrega del expediente administrativo, para que la contestara y, formalizara dicha contestación, solicitó en el suplico que se desestimaran las pretensiones de la parte recurrente y que se confirmaran los actos impugnados por ser conformes a Derecho.

CUARTO.- Contestada la demanda, finalizado el periodo de prueba quedaron los autos conclusos para sentencia, señalándose para votación y fallo el **29 de octubre de 2013** , en el que efectivamente se votó y falló.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Se impugna la resolución de 23-5-2012 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC), que acordó estimar el correspondiente recurso y anuló la adjudicación del contrato de referencia, excluyó del procedimiento a la aquí recurrente y ordenó adjudicar el contrato a la oferta que resultara más ventajosa según los criterios de adjudicación establecidos en el pliego, terminando la demanda con la súplica que es de ver en autos.

SEGUNDO .- Estamos en presencia de un procedimiento abierto con varios criterios de adjudicación convocado por Valladolid Alta Velocidad 2003, SA, para la contratación del suministro del lote 2 de maquinaria para el nuevo complejo ferroviario de Valladolid, exp. 118/2011, con un presupuesto base de licitación de 3.393.282,20 € más IVA.

La resolución recurrida del TACRC motivó -en esencia- su decisión de exclusión de la ahora demandante en la necesidad de que el licitador debe reunir un mínimo propio de solvencia técnica, sin perjuicio de que complete la misma con medios externos, cuya tesis es refutada por la parte actora sobre la base de la legislación y



jurisprudencia comunitaria y nacional, impetrando esta última en el suplico de la demanda la adjudicación del contrato y subsidiariamente para el caso de que la misma no fuera posible una indemnización de daños y perjuicios, cuya pretensión se reduce en el escrito de conclusiones a la referida indemnización. Esto último se explica dado que en cumplimiento de la resolución recurrida del TACRC se adjudicó a un tercero (el hoy demandado) el contrato, siendo dicha decisión recurrida por la aquí actora ante el TACRC, que por resolución de 5-12-2012 inadmitió el recurso por falta de legitimación activa de "Air Rail, SL", cuya decisión la aquí demandante dejó consentida al no recurrirla en sede judicial.

La resolución del TACRC impugnada se centró en el tema de la solvencia técnica y en función de ello se pronunció en los términos vistos sobre el correspondiente recurso. Ahora bien, la UTE entonces recurrente planteó otros motivos de impugnación, entre ellos el incumplimiento por la adjudicataria de lo establecido en el pliego de cláusulas administrativas respecto de la subcontratación y el trato de favor a la adjudicataria del contrato por permitirle subsanar y aclarar su oferta técnica, cuyas cuestiones no fueron estudiadas por el TACRC por considerarlas innecesarias para la decisión del recurso.

Interesa que nos fijemos el ítem del pliego de cláusulas administrativas particulares que concierne a la solvencia técnica de la empresa, señalándose en el mismo que el licitador presentará determinada documentación que se refiere a los siguientes extremos: 1.a) Número y categoría del personal técnico; 1.b) Declaración que indique el promedio anual del personal con mención, en su caso, del grado de estabilidad en el empleo y la plantilla del personal directivo durante los últimos tres años, siendo de destacar que en este apartado "se exigirá con carácter de mínimo: a) Empresas con un porcentaje de trabajadores fijos del 30 por ciento del número de empleados en la plantilla, y b) el 50 por ciento de los trabajadores afectos a la ejecución del contrato han de ser de la plantilla de la empresa"; 1.c) Experiencia, debiendo en este punto hacerse una relación de los principales suministros realizados en los últimos cinco años, siendo imprescindible acreditar haber ejecutado un contrato que comprenda al menos uno de los suministros que constituyen el objeto de la presente licitación por una cuantía equivalente al 25% del presupuesto total de licitación en los últimos cinco años; 1.d) Equipo humano y medios auxiliares, debiendo el licitador hacer constar en la oferta si va a realizar la totalidad de los trabajos con medios propios o si alguna parte va a ser objeto de subcontratación o de colaboración externa. El ítem que atañe a la solvencia técnica termina así: "Las ofertas que no realicen la acreditación de los apartados anteriores serán excluidas del procedimiento de adjudicación".

Interesa también traer a colación el ítem del mismo pliego que regula la subcontratación, estableciéndose en el mismo como uno de sus requisitos el límite del 60% del importe del contrato.

Por otra parte, importa dejar constancia en este punto que la mesa de contratación en resolución de 24-10-2011 consideró que "todas las empresas presentadas cumplen los criterios requeridos para acreditar la solvencia técnica del licitador", señalándose en dicha resolución que "con respecto al epígrafe 1.c) Experiencia de la Solvencia Técnica de la Empresa, en caso de que el licitador se base en la solvencia y medios de otras entidades, la Mesa de Contratación admite la acreditación de dicha experiencia mediante escrito legalizado notarialmente de manifestación de voluntad y compromiso, conforme al modelo Puesta a disposición de medios, que se encuentra en el pliego de contratación de Renfe Integria, punto A4 Acreditación del apartado 2.4 (Solvencia Técnica)".

La aquí demandante pretendió acreditar su solvencia técnica con sendos documentos de "declaración de puesta a disposición de medios" de dos fabricantes que iban a proporcionar los correspondientes equipos, haciendo constar la recurrente en el apartado de su proposición relativo a la subcontratación lo siguiente: "AIR-RAIL y los fabricantes que representa, ejecutarán la totalidad de los trabajos objeto de este contrato: - Fabricación: todos los equipos objeto de suministro del presente contrato se fabricarán en las instalaciones de BBM y EUROGAMMA. - Instalación y puesta en marcha: todo el personal encargado de la instalación y puesta en marcha de los equipos, será personal propio de BBM y EUROGAMMA. - Formación: todo el personal encargado de dar la formación al equipo humano del cliente destinado al uso y mantenimiento de los equipos, será personal propio de BBM y EUROGAMMA".

TERCERO .- La normativa aplicable al caso *ratione temporis* viene dada por la Ley 30/2007, de 30-10, de Contratos del Sector Público, cuyo artículo 52 -integración de la solvencia con medios extraños- dispone lo siguiente: <<Para acreditar la solvencia necesaria para celebrar un contrato determinado, el empresario podrá basarse en la solvencia y medios de otras entidades, independientemente de la naturaleza jurídica de los vínculos que tenga con ellas, siempre que demuestre que, para la ejecución del contrato, dispone efectivamente de esos medios>>.

Prescindiendo de otras referencias normativas y jurisprudenciales, citaremos a continuación la normativa y jurisprudencia más representativas que avalan y aclaran el precitado artículo 52 de la Ley 30/2007 .



La Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios establece lo siguiente en sus artículos 47.2 y 48.3 : - artículo 47.2 : Capacidad económica y financiera.- <<En su caso, y para un contrato determinado, el operador económico podrá basarse en las capacidades de otras entidades, independientemente de la naturaleza jurídica de los vínculos que tenga con ellas. En tal caso, deberá demostrar ante el poder adjudicador que dispondrá de los medios necesarios, por ejemplo, mediante la presentación del compromiso de dichas entidades a tal efecto>>; - artículo 48.3: Capacidad técnica y profesional.- <<En su caso, y para un contrato determinado, el operador económico podrá basarse en las capacidades de otras entidades, independientemente de la naturaleza jurídica de los vínculos que tenga con ellas. En tal caso, deberá demostrar ante el poder adjudicador que dispondrá de los medios necesarios para la ejecución del contrato, por ejemplo, mediante la presentación del compromiso de dichas entidades de poner a disposición del operador económico los medios necesarios>>.

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sala Quinta) en el asunto C-176/98 dictó la sentencia de 2-12-1999 , donde puede leerse lo siguiente: <<26. Tanto del objeto como del tenor de dichas disposiciones se deduce que ningún prestador de servicio puede ser excluido de un procedimiento de adjudicación de un contrato público de servicios por el mero hecho de que, para la ejecución del contrato, proyecte emplear medios que no le pertenecen, sino que son propiedad de una o varias entidades distintas de él (véase, en el mismo sentido, en relación con las Directivas 71/304 y, 71/305 la sentencia Ballast Nedam Groep, I — antes citada, apartado 15). 27. Por consiguiente, un prestador que no cumple, por sí mismo, los requisitos mínimos necesarios para participar en el procedimiento de adjudicación de un contrato de servicios puede invocar ante la entidad adjudicadora las capacidades de terceros a los que proyecta recurrir si se le adjudica el contrato. 28. No obstante, dicho empleo de referencias exteriores no puede admitirse incondicionalmente. Corresponde, en efecto, a la entidad adjudicadora, como establece el artículo 23 de la Directiva 92/50 comprobar la aptitud de los prestadores de servicios con arreglo a los criterios enumerados. El objeto de dicha comprobación es, en particular, brindar a la entidad adjudicadora la garantía de que, durante el período a que se refiere el contrato, el licitador podrá efectivamente utilizar los medios de todo tipo invocados. 29. Así, cuando, para demostrar su capacidad financiera, económica y técnica con vistas a su admisión en un procedimiento de licitación, una sociedad se refiere a las capacidades de organismos o empresas a los que está unida por vínculos directos o indirectos, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, debe probar que puede efectivamente disponer de los medios de esos organismos o empresas que no son de su propiedad y que son necesarios para la ejecución del contrato (véase, en este sentido, en relación con las Directivas 71/304 y, 71/305 la sentencia Ballast Nedam Groep, I — antes citada, apartado 17). 30. Corresponde al Juez nacional apreciar la pertinencia de los elementos de prueba presentados con dicho fin. En el marco de este control, la Directiva 92/50 no permite ni excluir a priori determinados medios de prueba ni presumir que el prestador dispone de los medios de terceros basándose en la mera circunstancia de que pertenece al mismo grupo de empresas. 31. Por consiguiente, procede responder a la cuestión prejudicial que la Directiva 92/50 debe interpretarse en el sentido de que permite que, para probar que reúne los requisitos económicos, financieros y técnicos para participar en un procedimiento de licitación con el fin de celebrar un contrato público de servicios, un prestador se refiera a las capacidades de otras entidades, cualquiera que sea la naturaleza jurídica de sus vínculos con ellas, siempre que pueda probar que puede efectivamente disponer de los medios de esas entidades necesarios para la ejecución del contrato. Corresponde al Juez nacional apreciar si en el asunto principal se aporta tal justificación>>.

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo de 22-5-2013 dijo esto: <<Es indudable que la Ley no exige, como la sentencia sostiene, que los medios sobre los que se soporta la solvencia técnica o profesional deban estar integrados en la empresa contratante, pues admite que no estén directamente integrados en ella, lo que deja abierto el margen para que la empresa contratante pueda contratar con otras, como ha sido aquí el caso, que le presten sus propios medios. Tal posibilidad, por lo demás, como alega la recurrente, ha sido reconocida por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en su informe 45/2002 de 28 de febrero, cuya solvencia institucional supone un sólido argumento de autoridad en la interpretación de la Ley, que no puede menos de tomarse en alta consideración por nuestra parte al elaborar nuestro propio criterio, informe que se funda además en una amplia referencia a Directivas Comunitarias y Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que deben servir de obligada pauta a la hora de la aplicación de nuestra citada norma nacional. El art. 19.c) referido coincide, a su vez, con lo dispuesto en la Directiva 18/2004 , art. 48.3 («En su caso, y para un contrato determinado, el operador económico podrá basarse en las capacidades de otras entidades, independientemente de la naturaleza jurídica de los vínculos que tenga con ellas. En tal caso, deberá demostrar ante el poder adjudicador que dispondrá de los medios necesarios para la ejecución del contrato, por ejemplo, mediante la presentación del compromiso de dichas entidades de poner a disposición del operador económico los medios necesarios.»)>>.

CUARTO .- El argumento esencial de la recurrida resolución del TACRC, consistente en la exigencia de un mínimo de solvencia propia del licitador, no parece compaginarse exactamente con la normativa y la



jurisprudencia que hemos visto en el anterior fundamento jurídico. Ahora bien, esto no es suficiente por sí mismo para acoger la pretensión indemnizatoria de la recurrente, que exigiría como premisa el reconocimiento de su derecho a la adjudicación del contrato de referencia, cuyo derecho no dependía solo del requisito de la solvencia técnica.

Aunque entendiéramos que la parte actora había acreditado su solvencia técnica desde la perspectiva de la exigencia normativa del artículo 52 de la Ley 30/2007 con la aportación de los documentos de "declaración de puesta a disposición de medios" de los dos fabricantes que iban a proporcionar los equipos de referencia, no podemos prescindir de los términos del pliego de cláusulas administrativas que vimos más arriba a propósito del ítem relativo a la "solvencia técnica de la empresa". Y así, si bien, como ya también vimos, la mesa de contratación admitió la "puesta a disposición de medios" para la acreditación del epígrafe "1.c) Experiencia" de la solvencia técnica de la empresa, es de ver que el propio pliego en el apartado 1.b) de la misma solvencia técnica exige con carácter de mínimo un determinado porcentaje de trabajadores fijos en la plantilla y que el 50 por ciento de los trabajadores afectos a la ejecución del contrato sean de la plantilla de la empresa, siendo así, por otra parte, que el apartado 1.d) exige dejar constancia expresa en la oferta del licitador sobre si se van a realizar la totalidad de los trabajos con medios propios o si alguna parte va a ser objeto de subcontratación o de colaboración externa. Pues bien, en función de lo actuado no puede afirmarse que la parte demandante cumpliera todas las exigencias derivadas de los distintos apartados del ítem relativo a la solvencia técnica del pliego de cláusulas administrativas, y siendo ello así, y dado el carácter vinculante y rector de dicho pliego, que, en otro orden de ideas es de notar que no consta impugnado por la recurrente, difícilmente puede decirse que el pronunciamiento de exclusión de esta última que contiene la resolución del TACRC impugnada sea contrario a Derecho.

En cualquier caso, y a mayor abundamiento, aunque en hipótesis y a efectos dialécticos admitiéramos que la parte demandante hubiera acreditado debidamente el cuestionado requisito de la solvencia técnica, tampoco podría prosperar la pretensión indemnizatoria por lo siguiente.

La UTE recurrente puso en tela de juicio, según referimos más arriba, otros temas diferentes al de la solvencia técnica, que no fueron estudiados por la resolución del TACRC al centrarse en esta última, de tal manera que, aunque admitiésemos el cumplimiento del requisito de la solvencia técnica, la adjudicación del contrato dependía de otros requisitos, por lo que hubiese sido necesario retrotraer el procedimiento para que fuesen examinados al menos aquellos temas suscitados por la UTE recurrente y que el TACRC no consideró necesario analizar, cuya retroacción, no obstante, se presentaría harto dificultosa en las actuales circunstancias en que la parte actora ha dejado consentida la adjudicación del contrato de referencia a un tercero, la parte demandada en el actual proceso.

Por otra parte, y con abstracción de la dificultad de la retroacción del procedimiento que acabamos de reseñar, al señalar la actora en el apartado de subcontratación de su proposición que la fabricación de todos los equipos objeto del suministro se fabricarían en las instalaciones de BBM y de EUROGAMMA, y que sería el personal de estos fabricantes el único encargado de la instalación y puesta en marcha de los equipos, siendo este mismo personal el que proporcionaría la formación al equipo humano del cliente destinado al uso y mantenimiento de los equipos, malamente podría admitirse que dicha proposición cumpliera el límite que para la subcontratación se contemplaba en el pliego de cláusulas administrativas o en la propia Ley 30/2007 (vid artículo 210 de esta última) -y ello aunque la recurrente no utilice formalmente la figura de la subcontratación-, lo que hubiera representado un óbice para la adjudicación del contrato.

Pero hay más. La propia demandada ha puesto en cuestión la eficacia de los documentos presentados para la proposición de la actora en función de las propias exigencias del pliego o la presentación tempestiva de uno de los dos documentos de compromiso de puesta a disposición de medios.

Cuanto antecede son razones más que suficientes para justificar la afirmación de que esta Sala no está en condiciones para reconocer el derecho de la actora a la adjudicación del contrato como premisa de la indemnización de daños y perjuicios que impetra, cuyo reconocimiento del derecho de adjudicación hubiera exigido la constatación de una serie de circunstancias y requisitos que en el caso está ausente, por lo que huelga cualquier consideración adicional sobre quién hubiera sido la persona responsable de dicha indemnización y el quantum de la misma.

El escrito de demanda contiene un último motivo impugnativo que viene a negar la competencia del TACRC, lo que acarrearía la nulidad de la resolución impugnada, y ello sobre el exclusivo argumento del folio 210 del expediente administrativo, donde obra la originaria resolución de adjudicación del contrato de 19-12-2011 y que contiene un apartado donde se dice "NO" a la pregunta de si el contrato está sujeto a regulación armonizada. Frente a tan endeble y escueto argumento se alza la propia resolución recurrida del TACRC, cuyo fundamento jurídico primero se dedica explícitamente a justificar la admisión del recurso y cuyas razones (entre ellas, la



cuantía del contrato) no han sido refutadas por la actora, cuyo propio comportamiento es contrario a este postrero motivo de la demanda pues no impugnó en sus alegaciones ante el TACRC su competencia y además acudió al mismo contra la definitiva adjudicación del contrato a un tercero.

En definitiva, y por mor de cuanto precedentemente queda expuesto y razonado se impone, sin más circunloquios, la desestimación del actual recurso.

QUINTO .- La temática esencial que ha sido objeto del debate procesal mantenido por las partes se ha centrado en la solvencia técnica del licitador y en la posibilidad de su integración por medios externos, cuya cuestión ofrece perfiles vidriosos que permiten aplicar en el caso la salvedad que se contiene en el artículo 139.1 de la LJ para la no imposición de costas en presencia de serias dudas de hecho o de derecho.

FALLAMOS

- 1) Desestimar el recurso.
- 2) Confirmar los pronunciamientos de la resolución del TACRC recurrida.
- 3) No hacer una especial imposición de costas.

Esta resolución no es susceptible de recurso de casación, salvo para la unificación de doctrina.

Así por esta nuestra sentencia, testimonio de la cual se remitirá, junto con el expediente administrativo, a su oficina de origen para su ejecución, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

D. JOSE FELIX MENDEZ CANSECO D. EDUARDO MENENDEZ REXACH D. FRANCISCO DIAZ FRAILE

D^a ISABEL GARCIA GARCIA-BLANCO D. JOSE LUIS TERRERO CHACON

PUBLICACIÓN.-

Una vez firmada y publicada la anterior Sentencia es entregada en esta Secretaría para su notificación, expidiéndose certificación literal de la misma para su unión a los autos.

Madrid a Doy fe.