



Roj: **STSJ AR 752/2016 - ECLI: ES:TSJAR:2016:752**

Id Cendoj: **50297330012016100211**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Zaragoza**

Sección: **1**

Fecha: **15/06/2016**

Nº de Recurso: **89/2013**

Nº de Resolución: **276/2016**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **JUAN CARLOS ZAPATA HIJAR**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGÓN.

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.

SECCIÓN PRIMERA

PROCEDIMIENTO ORDINARIO

RECURSO Nº 89/2013

SENTENCIA NÚMERO:276 /2016

SENTENCIA: 00276/2016

En Zaragoza a 15 de junio de 2016, habiendo visto los presentes autos la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, constituida por los Ilmos. Sres:

Presidente.

D. Juan Carlos Zapata Híjar, ponente de esta resolución.

Magistrados.

D. Jesús María Arias Juana

D^a. Isabel Zarzuela Ballester

D. Juan José Carbonero Redondo.

I. ANTECEDENTES DE HECHO.

PRIMERO: Partes del recurso

Recurrente "Sociedad Cooperativa Urbana de Trabajadores" representada por la Procuradora D^a. Begoña Uriarte Gonzalez y defendida por el Letrado D. José Antonio Valero Barbanoj.

Demandado el Ayuntamiento de Zaragoza representado por la Procuradora D^a. Sonia Salas Sánchez y defendido por el Letrado de sus servicios jurídicos D. Carlos Navarro del Cacho, codemandado "Transportes urbanos de Zaragoza, S.A." TUZSA, representada por la Procuradora D^a. Pilar Cabeza Irigoyen y defendida por el Letrado D. Arturo Duperier Prado.

SEGUNDO: Actuación recurrida.

Acuerdo 9/2013 de 18 de febrero de 2013 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón que desestima el recurso especial interpuesto por la actora contra el procedimiento de licitación, promovido por el Ayuntamiento de Zaragoza, "Gestión del Servicio Público de Transporte Urbano de Viajeros por autobús en la ciudad de Zaragoza en la modalidad de concesión".

TERCERO: Procedimiento.



Interposición del recurso el 19 de abril de 2013.

Demanda el 4 de octubre de 2014.

Contestación a la demanda el 23 de octubre y 26 de noviembre de 2013.

Se señaló para votación y fallo el día 1 de junio de 2016 tras el cual quedaron los autos conclusos y vistos para Sentencia.

CUARTO: Cuantía.

Indeterminada.

QUINTO: Pretensiones de la parte recurrente.

1. Estimación de la demanda y Nulidad del Acuerdo recurrido.

2. Reconocimiento de la siguiente situación jurídica individualizada:

a) Anulación de la obligatoriedad recogida en el PCAP de que la empresa adjudicataria asuma la forma jurídica de la Sociedad Anónima.

b) Anulación de los requisitos de solvencia técnica exigidos en el PCAP permitiendo la acreditación de la solvencia profesional o técnica, por parte del personal, con acreditada experiencia y profesionalidad en la ejecución de la prestación de Servicio público.

c) Anulación de la exigencia de la totalidad de los requisitos exigidos para la acreditación de la solvencia económica en el PCAP, bastando con la garantía bancaria de dicha solvencia y el correspondiente seguro sin que pueda exigirse adicionalmente al aportación de cuentas y el volumen de negocio de los tres ejercicios anteriores.

d) Todo lo anterior debe hacerse con la consiguiente retroacción de actuaciones al momento de la publicación de los Pliegos, que una vez ajustados a la legalidad deberán abrir nuevo plazo para la presentación de ofertas por parte de las empresas interesadas en la licitación.

Resumen de los motivos de impugnación del acto recurrido.

1) La Sociedad cooperativa actora recurrió ante el Tribunal de Contratos de Aragón, tres cláusulas del Pliego que había de regir el contrato de gestión del servicio público del transporte urbano de viajeros por autobús de la ciudad de Zaragoza en la modalidad de concesión.

2) La cláusula 10.3 **Compromiso de constitución de una sociedad.**

Los licitadores o sus representantes deberán incorporar un compromiso para el supuesto de resultar adjudicatario, de constitución de una sociedad anónima que será la titular de la explotación, en el plazo y con los requisitos y condiciones establecidas en la cláusula 23 de este Pliego, y en su normativa de aplicación y en su caso, lo indicado en su oferta. Quienes concurren conjuntamente con otros a la licitación deberán incorporar un compromiso en el que conste expresamente tal circunstancia, su responsabilidad solidaria así como el porcentaje de participación que corresponda cada empresa en la agrupación y en la futura sociedad. En este supuesto, todos los miembros de la agrupación deberán presentar los documentos previstos en la presente cláusula, debiendo designar un representante o apoderado único con poderes bastantes para ejercitar los derechos y cumplir las obligaciones que se deriven de la tramitación del concurso. Asimismo deberán presentar ajustada al modelo que figura como Anexo 1.

La imposición de asumir este compromiso vulnera lo dispuesto en los arts. 1. 8 , 54.1 , 57,1 y 2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (R.D.L. 3/2011 de 14 de noviembre, en adelante TRLCSP), los principios de libertad de acceso a las licitaciones, no discriminación e igualdad de trato. La ley no establece la posibilidad de limitar el acceso en función de las distintas formas societarias. Solo es necesario -para las personas jurídicas- que las prestaciones del contrato estén comprendidas en sus Estatutos. Se discrimina una forma societaria, la Cooperativa con vulneración de la libertad de empresa y en contra del art. 129.2 de la Constitución que establece su promoción. La Directiva 2004/18 de 31 de marzo del Parlamento Europeo y del Consejo de 31 de marzo de 2004 sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios dice:

2. Estarán autorizadas a licitar o presentarse como candidatos las agrupaciones de operadores económicos. Para la presentación de una oferta o de una solicitud de participación, los poderes adjudicadores no podrán exigir que las agrupaciones de operadores económicos tengan una forma jurídica determinada, pero la agrupación seleccionada podrá ser obligada a asumir una forma jurídica determinada cuando se le haya



adjudicado el contrato, en la medida en que dicha transformación sea necesaria para la correcta ejecución del mismo.

Esta norma no ha sido transpuesta al ordenamiento jurídico nacional, pues no se contempla en el TRLCSP, lo que impide la obligatoriedad de su exigencia. En cualquier caso la Resolución del Tribunal de Contratos justifica que se imponga la forma societaria, para garantizar el correcto cumplimiento del contrato sin explicar porqué. El informe municipal del Departamento de Contratación y Patrimonio de 25 de enero de 2013, dice: *que sirve para garantizar el control de las cuentas de las empresas concesionarias, en estos tiempos en que los entramados societarios de las empresas se interrelacionan de tal manera, (que) se hace casi imposible comprobar si existe o no desequilibrios en los contratos, con lo que ello puede suponer para la asunción de obligaciones económicas por parte del Ayuntamiento*. Sin embargo la empresa actora sostiene que es más sencillo el control de las cuentas de una Cooperativa (los arts. 33, 34 y 35 de los Estatutos establecen la obligatoriedad de presentar cuentas anuales, censuradas por un Interventor y sometidas a una Auditoria interna) y desde luego con más facilidad para controlar entramados societarios, pues el objeto de la Cooperativa es la realización del transporte urbano. Por otro lado destaca que la participación accionarial de la empresa adjudicataria era ya compleja en el momento de su participación y lo es más ahora que ha sido vendida a un Capital riesgo mejicano. Todo ello sin dejar de hacer notar el componente social de la Cooperativa.

3) La cláusula 13.A).b) solvencia técnica dice:

b. Solvencia técnica y relación de medios personales y equipos Los licitadores o agrupaciones de licitadores, deberán justificar su solvencia técnica conforme a los siguientes documentos y ajustándose a los criterios que a continuación se definen, que vienen a validar los perfiles requeridos que debe cumplir el prestador de servicios de transporte urbano. La justificación de la posesión de esta solvencia deberá recogerse de acuerdo con el modelo recogido en el Anexo 7: Se justificará mediante al menos cualquiera de las dos siguientes experiencias (una de ellas es suficiente): (i) Una experiencia relativa a la gestión de un contrato con igual objeto del licitado: servicio de transporte público urbano o metropolitano de viajeros mediante autobuses. Se entenderá acreditada siempre que dicha experiencia sea relativa a un contrato que dé servicio a 40 millones de pasajeros año o que se realicen 8 millones vehículo- 20 kilómetro al año como mínimo. Dicha experiencia deberá corresponder a un contrato que esté en vigor o que haya expirado con una antelación máxima de tres años. (ii) La acreditación de experiencias en gestión de servicios de transporte público urbano o metropolitano de viajeros que de manera acumulada representen experiencia en gestión de contratos que den servicio a 80 millones de pasajeros año o que realicen 16 millones de vehículos-km al año, acreditable mediante un máximo de cuatro contratos, que deberán estar en vigor o tener una antigüedad máxima (su expiración) de tres años. Los contratos para la acreditación de dichas experiencias deben corresponderse con contratos de gestión de servicio público de transporte urbano o metropolitano por autobuses no siendo válidos los interurbanos.

El poder justificar la solvencia técnica sólo con la experiencia previa en un contrato igual al que es objeto del contrato es una restricción insalvable que limita la competencia real y efectiva. De hecho la única empresa que podía participar con este requisito es la empresa concesionaria anterior. Entiende que la Administración ha querido que sólo el que era el concesionario pudiera presentarse a este concurso, lo que es una desviación de poder. Es contrario al informe de la empresa Deloitte de 14 de mayo de 2012 -encargado por el propio consistorio-, que dice que es contrario al principio de libre competencia establecer como acreditación de la solvencia técnica sólo la acreditación de experiencia. Es imposible que así accedan entidades empresariales sin experiencia de gestión, cuando el art. 78 del TRLCSP establece diferentes formas de acreditar la experiencia técnica -además de la experiencia-, sin que pueda negarse como hace la Resolución recurrida la capacitación profesional de los miembros de la Cooperativa que han estado trabajando durante años en el transporte público. Si la infraestructura material, los autobuses se ponen a disposición del adjudicatario es el capital humano la nota esencial a la hora de acreditar la solvencia técnica.

4) La solvencia económica también es discutida por la Cooperativa actora, no cuando exige la declaración de entidad financiera o la existencia de un seguro de indemnización, o incluso la constitución de aval bancario, sino cuando exige la cláusula 13, la presentación de cuentas anuales de los tres ejercicios anteriores y la declaración del volumen global medio de los negocios, pues con ello se está impidiendo la presentación de empresas que no han operado en el mercado.

SEXO: Pretensiones de la Administración demandada y de la codemandada en el proceso.

1. La codemandada dice que el recurso debe inadmitirse pues no se ha aportado el acuerdo de la Cooperativa para interponer este recurso.

2. Desestimación de la demanda y confirmación del acto recurrido.

3. Imposición de costas al recurrente.



Resumen de los motivos de oposición al recurso.

- 1) Para el Ayuntamiento la obligación de la forma societaria no viene impuesta por el TRLCSP, ni por la Directiva citada, es un requisito impuesto para la buena Administración, posible por la autonomía de la voluntad, siempre que no sea contrario al interés público o a la arbitrariedad. En este caso la ventaja es adecuada y proporcionada (de mayor control y rigor en su funcionamiento) al escaso gravamen de una constitución posterior.
- 2) En cuanto a la valoración de la experiencia niegan las demandadas que no pudieran presentarse empresas de gestión de otras ciudades de más de 500.000 habitantes o que hayan acumulado 4 contratos que cubran los requerimientos indicados. Es justificado que solo se puedan presentar empresas con experiencia en un contrato igual al que es objeto del procedimiento, dado la cuantía y el carácter complejo del contrato.
- 3) La presentación de cuentas podría no ser trascendente si se cumpliesen los restantes requisitos de solvencia económica y es proporcional a la magnitud y complejidad del contrato.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS.

PRIMERO: La aportación del acuerdo de la Cooperativa en el que decide la interposición del presente recurso.

Por Diligencia de Ordenación de 24 de abril de 2013 se le requirió a la entidad actora que presentase el Acuerdo social en el que se acordase la interposición de acciones, acuerdo que presentó el 13 de mayo de 2013 aportando certificación de la Asamblea General de 13 de abril de 2013 en el que se adoptó el Acuerdo de interponer el presente recurso contencioso administrativo. Sin hacer mención a esta aportación se suscita la causa de inadmisión de falta de legitimación por no estar debidamente capacitada la Cooperativa, pero fácilmente se aprecia que esto no es así, pues el acuerdo al haber sido adoptado por la Asamblea General satisface los presupuestos del art. 45.2.d) de la Ley Jurisdiccional y el recurso debe admitirse.

SEGUNDO: La obligación de constituir una Sociedad anónima por la adjudicataria del contrato de gestión del servicio público del transporte urbano de viajeros por Autobús en la ciudad de Zaragoza.

Hemos de reiterar que la cláusula impugnada dice:

Los licitadores o sus representantes deberán incorporar un compromiso para el supuesto de resultar adjudicatario, de constitución de una sociedad anónima que será la titular de la explotación, en el plazo y con los requisitos y condiciones establecidas en la cláusula 23 de este Pliego, y en su normativa de aplicación y en su caso, lo indicado en su oferta. Quienes concurren conjuntamente con otros a la licitación deberán incorporar un compromiso en el que conste expresamente tal circunstancia, su responsabilidad solidaria así como el porcentaje de participación que corresponda cada empresa en la agrupación y en la futura sociedad. En este supuesto, todos los miembros de la agrupación deberán presentar los documentos previstos en la presente cláusula, debiendo designar un representante o apoderado único con poderes bastantes para ejercitar los derechos y cumplir las obligaciones que se deriven de la tramitación del concurso. Asimismo deberán presentar ajustada al modelo que figura como Anexo 1.

Las partes demandadas en el proceso, no ocultan el dato de que ninguna norma interna, ni Directiva, obliga a que se constituya esta sociedad en el momento en que se adjudique el contrato, pero fundamentan la misma en el principio de buena Administración, posible por la autonomía de la voluntad, siempre que éste no sea contrario al interés público o a la arbitrariedad. En este caso -dicen- la ventaja es adecuada y proporcionada (de mayor control y rigor en su funcionamiento) al escaso gravamen que conlleva constituir una sociedad anónima posteriormente a la adjudicación.

Pues bien este Tribunal no está de acuerdo con el hecho de que la cuestión no esté suficientemente regulada. La cuestión está suficiente y claramente regulada tanto en la Directiva 2004/18 (en el mismo sentido el art. 11 de la Directiva 2004/17, que aún refiriéndose a los contratos de transporte, nadie cita), y en el TRLCSP. En la primera se establece el principio de que no debe imponerse una determinada forma jurídica para concurrir a una licitación sometida a la regulación de la Directiva. El art. 4 de la Directiva dice cuando habla de operadores económicos que " *No podrá rechazarse a candidatos o licitadores que, con arreglo a la legislación del Estado miembro en que estén establecidos, estén habilitados para realizar la prestación de que se trate, por el mero hecho de que, con arreglo a la legislación del Estado miembro donde se adjudique el contrato, deban ser personas físicas o personas jurídicas.* "

Es por tanto normativa de la Unión Europea que aunque un Estado miembro obligue para la realización de una prestación a que el operador sea un persona jurídica o una persona física, esto no conllevará nunca un rechazo de la oferta. Es más el párrafo segundo del art. 4 dice que para *presentación de una oferta o de una solicitud de participación, los poderes adjudicadores no podrán exigir que las agrupaciones de operadores económicos tengan una forma jurídica determinada, y solo se podrá obligar a asumir una forma jurídica determinada cuando*



se le haya adjudicado el contrato, en la medida en que dicha transformación sea necesaria para la correcta ejecución del mismo.

El hecho de que esta previsión de la Directiva no haya sido transpuesta, no la priva de eficacia por el efecto directo de la misma. Se podría lícitamente defender -como parece deducirse en demanda- incluso que no existiendo esa previsión, una normativa interna que nada regula, impida poner trabas al libre acceso de licitadores. Pero es sabido que el hecho de no transponer una normativa a lo único que nos lleva es a esperar el plazo máximo de transposición -aquí sobradamente transcurrido-, para que forme parte del ordenamiento del Estado miembro y deba interpretarse este ordenamiento de conformidad a la Directiva en atención al principio de primacía del Derecho europeo (STJUE 4 de julio de 2006, Adeneler y otros -Asunto C-212/04 -). Dicho de otro modo, no es libre la Administración para imponer una determinada forma societaria, por la autonomía de voluntad, siendo materia regulada por la normativa europea, sólo es posible exigir una forma concreta, respetando la norma imperativa. Esto es sólo es posible exigir una forma societaria " *en la medida en que dicha transformación sea necesaria para la correcta ejecución del mismo*" como dice la Directiva .

En orden a la justificación de esta medida, la resolución impugnada dice que es un instrumento para preservar, ante cualquier incidencia en contratos de esta naturaleza, el correcto cumplimiento de los mismos. Como se ve escasa motivación que impide conocer cual es el motivo por el que el Ayuntamiento se separa del principio que impone la normativa que no permite exigir una determinada forma societaria salvo que sea necesario para la correcta ejecución del mismo. Si como se dice en demanda la justificación viene de la mano del informe municipal del Departamento de Contratación y Patrimonio de 25 de enero de 2013, que dice que esta exigencia " *sirve para garantizar el control de las cuentas de las empresas concesionarias, en estos tiempos en que los entramados societarios de las empresas se interrelacionan de tal manera, (que) se hace casi imposible comprobar si existe o no desequilibrios en los contratos, con lo que ello puede suponer para la asunción de obligaciones económicas por parte del Ayuntamiento*", habrá que convenir con la Sociedad actora -o al menos aquí no se ha acreditado lo contrario- que el control financiero y contable que se impone tanto estatutariamente, como externamente por sometimiento a auditoria externa al ejercicio mercantil de una Sociedad Cooperativa es adecuado a su tráfico mercantil (arts. 33, 34 y 35 de los Estatutos), con el añadido de depositar cuentas anuales en el Registro de la Cooperativa, con propuesta de distribución de excedentes. Y desde luego lo que no parece justificable es que se obligue a modificar la forma societaria de Cooperativa a Sociedad Anónima bajo la justificación de evitar la existencia de entramados societarios, cuando el Capital social (art. 37 de los Estatutos) de la Cooperativa está constituido por las aportaciones de los socios siempre personas físicas, que o son trabajadores o son colaboradores (art. 5) y que sólo pueden transmitirse las acciones entre ellos o sus descendientes (art. 42). Como se dice en demanda impedir que una Cooperativa pueda presentarse a la licitación objeto del recurso, es contraria a la libertad de empresa del art. 38 de la Constitución y se coloca enfrente del deseo del poder constituyente que pretendió el fomento de las sociedades cooperativas y el acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción (art. 129.2 de la Constitución).

De todo ello concluye la Sala que no es posible imponer esta exigencia, pues se trata de una medida que al no estar suficiente justificada, conlleva la vulneración del art. 4 de la Directiva 2004/18 y por ello debe anularse.

TERCERO: La experiencia como acreditación de la solvencia técnica.

La cláusula objeto del recurso dice:

b. Solvencia técnica y relación de medios personales y equipos Los licitadores o agrupaciones de licitadores, deberán justificar su solvencia técnica conforme a los siguientes documentos y ajustándose a los criterios que a continuación se definen, que vienen a validar los perfiles requeridos que debe cumplir el prestador de servicios de transporte urbano. La justificación de la posesión de esta solvencia deberá recogerse de acuerdo con el modelo recogido en el Anexo 7: Se justificará mediante al menos cualquiera de las dos siguientes experiencias (una de ellas es suficiente): (i) Una experiencia relativa a la gestión de un contrato con igual objeto del licitado: servicio de transporte público urbano o metropolitano de viajeros mediante autobuses. Se entenderá acreditada siempre que dicha experiencia sea relativa a un contrato que dé servicio a 40 millones de pasajeros año o que se realicen 8 millones vehículo- 20 kilómetro al año como mínimo. Dicha experiencia deberá corresponder a un contrato que esté en vigor o que haya expirado con una antelación máxima de tres años. (ii) La acreditación de experiencias en gestión de servicios de transporte público urbano o metropolitano de viajeros que de manera acumulada representen experiencia en gestión de contratos que den servicio a 80 millones de pasajeros año o que realicen 16 millones de vehículos-km al año, acreditable mediante un máximo de cuatro contratos, que deberán estar en vigor o tener una antigüedad máxima (su expiración) de tres años. Los contratos para la acreditación de dichas experiencias deben corresponderse con contratos de gestión de servicio público de transporte urbano o metropolitano por autobuses no siendo válidos los interurbanos.



En lo que hace al caso de los considerandos de la Directiva 2004/18 debemos resumir los siguientes

(2) La adjudicación de contratos celebrados en los Estados miembros por cuenta de autoridades estatales, regionales o locales y otros organismos de derecho público está supeditada al acatamiento de los principios del Tratado y, en particular, los principios de la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, así como de los principios que de estas libertades se derivan, como son el principio de igualdad de trato, el principio de no discriminación, el principio de reconocimiento mutuo, el principio de proporcionalidad y el principio de transparencia.

(39) La verificación de la aptitud de los licitadores, en los procedimientos abiertos, y de los candidatos, en los procedimientos restringidos y negociados con publicación de un anuncio de licitación así como en el diálogo competitivo, y su selección deben realizarse en condiciones de transparencia. A tal fin, conviene indicar los criterios no discriminatorios que pueden utilizar los poderes adjudicadores para seleccionar a los competidores y los medios que pueden utilizar los operadores económicos para probar que cumplen dichos criterios. Siguiendo dicho objetivo de transparencia, el poder adjudicador ha de estar obligado a indicar, desde el momento en que se convoque la licitación, los criterios que utilizará para la selección así como el nivel de capacidades específicas que en su caso exija de los operadores económicos para admitirlos en el procedimiento de adjudicación del contrato.

El art. 44. 1 y 2 de la Directiva 2004/18 dice:

1. La adjudicación de los contratos se realizará basándose en los criterios previstos en los artículos 53 y 55, habida cuenta del artículo 24, previa verificación de la aptitud de los operadores económicos que no hayan sido excluidos en virtud de los artículos 45 y 46. Dicha verificación se llevará a cabo por parte de los poderes adjudicadores de conformidad con los criterios de capacidad económica y financiera y de conocimientos o capacidades profesionales y técnicas contemplados en los artículos 47 a 52, y, en su caso, con las normas y criterios no discriminatorios mencionados en el apartado 3. 2. Los poderes adjudicadores podrán exigir los niveles mínimos de capacidades con arreglo a los artículos 47 y 48, que los candidatos y licitadores deben reunir.

Y el art. 48 en lo que hace referencia a un contrato de gestión de servicios:

Capacidad técnica y profesional 1. Las capacidades técnicas y profesionales de los operadores económicos se evaluarán y comprobarán de conformidad con los apartados 2 y 3. 2. Las capacidades técnicas de los operadores económicos podrán acreditarse por uno o más de los medios siguientes, según la naturaleza, la cantidad o envergadura y la utilización de las obras, de los suministros o de los servicios:

a) ii) presentación de una relación de los principales suministros o de los principales servicios efectuados durante los tres últimos años, en la que se indique el importe, la fecha y el destinatario, público o privado. Los suministros y las prestaciones de servicios se demostrarán: - cuando el destinatario sea un poder adjudicador, mediante los certificados expedidos o visados por la autoridad competente; - cuando el destinatario sea un comprador privado, mediante un certificado del comprador o, a falta de este certificado, simplemente mediante una declaración del operador económico; b) indicación del personal técnico u organismos técnicos, ya estén integrados o no en la empresa del operador económico, y especialmente los responsables del control de la calidad y, cuando se trate de contratos públicos de obras, aquellos de los que disponga el empresario para la ejecución de la obra; c) descripción de las instalaciones técnicas, de las medidas empleadas por el proveedor o el prestador de servicios para garantizar la calidad y de los medios de estudio e investigación de su empresa; d) cuando los productos o servicios que se vayan a suministrar sean complejos o si, excepcionalmente, deben responder a un fin particular, mediante un control realizado por el poder adjudicador o, en su nombre, por un organismo oficial competente del país en el que esté establecido el proveedor o el prestador de servicios, siempre que medie acuerdo de dicho organismo; este control versará sobre la capacidad de producción del proveedor o sobre la capacidad técnica del prestador de los servicios y, si fuere necesario, sobre los medios de estudio y de investigación con que cuenta, así como sobre las medidas que adopte para controlar la calidad; e) indicación de los títulos de estudios y profesionales del prestador de servicios o del empresario o de los directivos de la empresa y, en particular, del responsable o responsables de la prestación de los servicios o de la ejecución de obras f) para los contratos públicos de obras y de servicios indicando, únicamente en los casos adecuados, las medidas de gestión medioambiental que el operador económico podrá aplicar al ejecutar el contrato; g) declaración que indique la plantilla media anual del prestador de servicios o del empresario y la importancia del personal directivo durante los tres últimos años; h) declaración sobre la maquinaria, el material y el equipo técnico del que dispondrá el prestador de servicios o el empresario para ejecutar el contrato; i) indicación de la parte del contrato que el prestador de servicios tiene eventualmente el propósito de subcontratar.

Este precepto ha sido transpuesto por el art. 78 del TRLCSP cuyo contenido es prácticamente idéntico.



Pues bien a la vista de la normativa citada la entidad recurrente suscita que esta cláusula es una restricción inadmisibles a la libertad de acceso por dos motivos.

Primero porque solo permite acreditar la solvencia técnica por la experiencia, cuando tanto la Directiva, como el TRLCSP indican que es posible acreditar la misma por alguno de los otros sistemas de acreditación establecidos. Indican que será imposible acreditar solvencia por un operador que no ha tenido experiencia en el concreto contrato objeto del recurso y que si la infraestructura material, los autobuses se ponen a disposición del adjudicatario, es el capital humano la nota esencial a la hora de acreditar la solvencia técnica, por lo tanto es posible acreditar la solvencia por la capacitación técnica del personal, como ocurre con la Cooperativa cuyos socios son los que han prestado y prestan el servicio.

Segundo porque exigir la experiencia "sólo" de un contrato de gestión exactamente igual al que constituye objeto del procedimiento, limita desproporcionadamente la libertad de acceso y constituye un trato desigual, y en fin un acto dictado en desviación de poder, pues -como en la práctica ha ocurrido- sólo la anterior concesionaria del servicio cumplía las exigencias del pliego.

Para decidir sobre la cuestión debemos de partir del principio de derecho comunitario que consiste en la garantía de la participación más amplia posible de licitadores, corolario de los principios de igualdad de trato y de transparencia según se dice en el punto 40 de la STJUE de 23 de diciembre de 2009 (C-376-08) y es de ver también para los contratos públicos que entran en el ámbito de aplicación de la Directiva 92/50, la STJUE de 19 de mayo de 2009 (C-538-07) apartados 26 a 29.

Que la verificación de la aptitud de los licitadores por las entidades adjudicadoras se efectúa con arreglo a los criterios de capacidad económica, financiera y técnica (denominados «criterios de selección cualitativa») especificados en los artículos 31 y 32 de la Directiva 92/50 y los preceptos referidos de la Directiva 2004/18. (STJUE de 24 de enero de 2008 C-532-08 y STJUE Beentjes de 20 de septiembre de 1988).

Debemos indicar que la experiencia y la capacidad técnica de la empresa, así como la calidad de los posibles subcontratistas propuestos, son factores que pueden afectar al valor de una oferta y que su inclusión entre los criterios del pliego de cláusulas administrativas particulares resulta adecuada (STPIUE de 25 de febrero de 2003 T-4-01), pero que 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 (STJUE de 2 de diciembre de 1999 (C-176-98).

También es doctrina del TJUE que es competencia del poder adjudicador señalar en el acuerdo de licitación cual de los criterios de selección cualitativa es el adecuado atendiendo a la naturaleza del contrato, sin que esta medida pueda justificar medidas que vulneren el principio de la participación más amplia.

En el presente caso este Tribunal considera que la cláusula objeto del recurso es contraria a la normativa tanto europea, como interna, antes indicada por los dos motivos señalados en demanda y que han quedado indicados.

En primer lugar no hay justificación suficiente para considerar que sólo es posible acreditar la solvencia técnica por haber sido adjudicatario de un contrato de gestión de servicio público del mismo objeto, transporte urbano o metropolitano de viajeros, excluyendo otros sistemas de acreditación de la solvencia técnica. No se justifica, ni en el expediente ni en la resolución del Tribunal de Contratos, ni en la contestación a la demanda que solo sea posible la acreditación de la solvencia de esta forma. Como se dice en demanda la solvencia es tanto técnica como profesional (art. 54 del TRLCSP) y de ahí que el art. 78 del TRLCSP y el art. 48 de la Directiva establezcan diferentes formas de acreditar esta solvencia técnica. La Resolución del Tribunal de Contratos indica que el haber sido trabajador de la Empresa de transportes no conlleva solvencia pues esta debe proyectarse también sobre la planificación y dirección estratégica del contrato, pero se olvida que la relación de trabajadores que constituyen la cooperativa también hay trabajadores en puestos de gestión, conductores, personal administrativo y de mantenimiento, de lo que debe deducirse que debe ser contrario al principio de garantía de participación más amplia, exigir sólo la experiencia en contratos iguales para acreditar esta solvencia técnica.

Y es que como también se indica en demanda la exigencia de experiencia previa en un contrato idéntico y de las mismas características puede convertirse en una limitación a la competencia contraria a la Ley 15/2007 de 3 de julio de Defensa de la Competencia. Esta limitación determinó la anulación de un pliego en el que solo se pretendía acreditar la solvencia por transporte regular por carretera y no por transporte discrecional, Sentencia del TSJ de Madrid de 23 de febrero de 2011 -citada en demanda- confirmada por el Tribunal Supremo Sentencia de 25 de enero de 2013 , reproducida después en otras muchas por todas ellas la Sentencia de 2 de febrero de 2015 . En estas Sentencias se indica que exigir experiencia exclusiva de un solo tipo de contrato



de transporte (en aquel caso se exige transporte regular, impidiendo el acceso a las empresas de transporte discrecional) es un trato discriminatorio y no proporcional, siendo una barrera infranqueable y constituyendo un trato desigual a los licitadores.

Tampoco se justifica en este caso que la experiencia exigida solo sea posible para este tipo de contrato de prestación de servicios de transporte regular por carretera y no otro tipo de prestación de servicios de transporte que perfectamente pudieran tener la capacidad técnica y profesional suficiente. El hecho de que se trate de un contrato complejo, no justifica esta exclusión, pues es claro también que con otra acreditación técnica y profesional también se puede prestar el mismo servicio.

Pero es que aún siendo disconforme a derecho por lo razonado la cláusula indicada, al no permitir otros medios de acreditación de esa capacidad, es aún más clara a juicio del Tribunal su contrariedad con la normativa aludida, si descendemos a la concreta exigencia de experiencia que se indica -también sin justificar- en el cláusula recurrida.

Esta era la preocupación para liberar el mercado y hacerlo competitivo que se aprecia en el informe 1/07 de la Comisión Nacional de la Competencia, aportado como Doc. 5 a la demanda, y que se refería a los procesos de renovación de las concesiones de transporte tras la aprobación del Reglamento comunitario 1370/2007 de servicios públicos de transporte por viajeros de ferrocarril y carretera. Y es que ciertamente si los requisitos de acceso a la licitación, como aquí ocurre solo permiten acreditar la solvencia por la existencia de experiencia previa en el contrato, se está consintiendo una práctica contraria a las medidas liberalizadores, al principio de libertad de acceso y al principio de igualdad de trato. Y desde luego vistas las exigencias concretas de acreditación, que la experiencia sea relativa a un contrato que dé servicio a 40 millones de pasajeros año o que se realicen 8 millones vehículo-kilómetro al año como mínimo, o varios contratos que den una suma de 80 millones de pasajeros año o que realicen 16 millones de vehículos-km año, ha de darse la razón a la recurrente cuando se plantea que es difícil que haya otras empresas que puedan presentarse a la licitación, convirtiendo la concesión en una práctica monopolística y evitando los beneficios que la libre competencia conlleva.

A pesar de lo que se indica en el expediente, en la Resolución y en la contestación a la demanda, esto no puede venir justificado por lo complejo del contrato, pues como hemos reiterado pueden existir contratos igual de complejos en la gestión que no sean de transporte urbano regular de autobuses y que permitan acreditar la solvencia técnica, y es muy poco previsible que se abra el mercado con una exigencia de solvencia tan alta y que tan pocas empresas pueden cubrir.

Al aprobar una cláusula para la admisión de licitadores tan exigente, estamos colocando en una posición de ventaja y contraria a la normativa citada al anterior concesionario. Algo que es precisamente opuesto a los principios de la contratación pública.

El Tribunal Supremo ya ha reiterado (STS de 31 de octubre de 2014 , entre otras) que son contrarias a la normativa europea los preceptos de la Ley de Ordenación de Transportes Terrestres y del Reglamento que lo desarrolla que otorgan preferencia al anterior concesionario, incluso cuando las valoraciones de uno y otro son similares. Y lo que es más relevante para el caso, la valoración de la experiencia en contratos similares no puede ser tal que impida la valoración de otras ofertas. En la citada Sentencia se dice:

Para resolver el segundo motivo lo primero que debe subrayarse es que los reglamentos comunitarios tienen, desde su entrada en vigor, un alcance general siendo obligatorios en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro.

Tal como se colige del art. 288 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea , publicado en el DOCE de 30 de marzo de 2010, siguiendo lo manifestado en el art. 249 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, de 25 de marzo de 1957, no es preciso medida legislativa o reglamentaria alguna para su transposición.

Sobre la entrada en vigor de un Reglamento debe atenderse a lo establecido en el mismo.

Así si el *Reglamento 1370/2007, de 23 de octubre, en su art. 12* dice que entrará en vigor el 3 de diciembre de 2009 a dicho precepto debemos estar.

Cuestión distinta es que no sea de aplicación la obligación de acudir a procedimientos equitativos de adjudicación hasta el 3 de diciembre de 2019, sin perjuicio de que los Estados miembros de la Unión Europea deban ir imponiendo progresivamente esta regla antes de la citada fecha.

Dado que nuestro sistema de contratación publica desde la transposición de las Directivas al respecto, plasmadas en las sucesivas leyes de contratación, respetan las reglas de publicidad, transparencia y libre concurrencia tal dilación carece de especial relevancia.



En la Sentencia de 11 de julio de 2006, recurso de casación 410/2004, FJ 7º de la Sección Cuarta de esta Sala se recordaba que " este Tribunal en Sentencia de 24 de mayo de 2004, recurso de casación 7759/1999 , ha sostenido que la valoración de la experiencia supone la contravención del principio de libre competencia en la contratación administrativa esencial en nuestro ordenamiento. Criterio que se reiteró en la Sentencia de 27 de octubre de 2004, recurso de casación 2029/2000 al declarar que "si el criterio de la experiencia está en contradicción con las directrices de la normativa de la Comunidad Económica Europea resulta indiscutible que no podrá ser consignado en los Pliegos de Condiciones Particulares". Asimismo en la de 28 de febrero de 2005, recurso de casación 161/2002 se afirmó que la valoración de la experiencia no se compadece estrictamente con la legislación comunitaria pero en dicha cuestión no se entraba al no haber sido alegada por las partes.

Por ello en la Sentencia de 5 de julio de 2005, recurso de casación 852/2003 se desestima el recurso de casación interpuesto por un Ayuntamiento contra una sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de Valencia que anulaba el Pliego de condiciones de un concurso recurrido por un licitador, entre otros puntos, por la valoración de la experiencia en contratos de gestión de servicios similares. Otro tanto acontece con la Sentencia de 28 de abril de 2005, recurso de casación 418/2003 , al rechazar asimismo un recurso de casación deducido por un Ayuntamiento contra una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que había estimado un recurso del Abogado del Estado contra un acuerdo de un Ayuntamiento relativo a la adjudicación de un concurso en que se valoraba la experiencia de empresas que la hubiesen adquirido precisamente en Cataluña. Se declaró que no cabía acoger la alegación municipal relativa a que la escasa puntuación asignada a la experiencia hacía que el citado criterio resultase prácticamente irrelevante. También en la Sentencia de 10 de mayo de 2004, recurso de casación 44/1999 se desestima el recurso de casación interpuesto por un Ayuntamiento frente a sentencia dictada por la Sala de lo contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con sede en Santa Cruz de Tenerife que anula el pliego de condiciones económico administrativas y el acuerdo de adjudicación de un concurso impugnado por un licitador dado que se exigía una experiencia mínima de tres años en la gestión de servicios municipales de abastecimiento de agua potable lo que infringía el principio de libre concurrencia ya establecido en el art. 13 de la Ley de Contratos del Estado .

La pervivencia de cláusulas como la aquí controvertida en los Pliegos de Condiciones resulta notoria a este Tribunal al haber examinado recursos de casación en que era objeto de impugnación la puntuación derivada de los criterios de valoración asignados al concepto experiencia (entre otras Sentencias las de 25 de septiembre de 2000, recurso de casación 7065/1994 ; 9 de diciembre de 2004, recurso de casación 5769/2001 ; 23 de marzo de 2005, recurso de casación 2129/2002) , o constaba que tales aspectos habían sido tomados en cuenta en el concurso de que se tratase (sentencia 13 de abril de 2005, recurso de casación 7987/2000 ; sentencia de 8 de julio de 2005, recurso de casación 511/2002 ; sentencia de 24 de enero de 2006, recurso de casación 7645/2000 ; sentencia de 15 de marzo de 2006, recurso de casación 3677/2003 ; sentencia de 5 de junio de 2006, recurso de casación 9067/2003)."

Con ello no quiere decirse que no valga establecer el requisito de experiencia como acreditativo de solvencia técnica, sino exclusivamente que éste no puede convertirse en barrera de la competencia como es el caso.

Algo que ha sido reiterado incluso en los Tribunales comunitarios. En la STPIUE de 26 de febrero de 2002 (158) se dice: " *que la calidad de las ofertas ha de evaluarse en función de la propias ofertas y no a partir de la experiencia adquirida por los licitadores con la entidad adjudicadora a raíz de contratos precedentes, o en función de criterios de selección (como la capacidad técnica de los candidatos) que ya han sido comprobados en la fase de selección de las candidaturas y que no pueden ser tenidos en cuenta de nuevo a efectos de la comparación de las ofertas*" y la STPIUE de de 25 de febrero de 2003 (79) dice " *Por lo que respecta al criterio relativo a la experiencia y a la capacidad del equipo permanente, el Tribunal de Primera Instancia estima que, como alega acertadamente el Consejo, el hecho de que la demandante se encuentra ya en los edificios del Consejo no puede constituir un elemento preponderante so pena de privar al procedimiento de licitación de cualquier utilidad*".

Todo ello determina que deba anularse la cláusula recurrida, sin que este Tribunal pueda, por venir vedado por el art. 71.2 de la LRJCA , determinar el contenido discrecional del acto anulado, como se solicita.

CUARTO: De la solvencia económica.

Se recurre también y por último la cláusula 13.A.a) en la medida en que exige la presentación de cuentas anuales de los tres ejercicios anteriores y la declaración del volumen global medio de los negocios.

Al haber considerado contrario a derecho las anteriores cláusulas por impedir que se puedan presentar otras personas físicas y jurídicas y por establecer que la única forma de acreditación de la solvencia es la experiencia previa, debe igualmente anularse la cláusula en lo que se pide.



QUINTO: De conformidad a lo dispuesto en el art. 139 de la LRJCA , al haberse estimado sustancialmente el recurso, debe hacerse expresa imposición de las costas causadas por la entidad actora al Ayuntamiento y a la codemandada con el límite por todo concepto y para cada una de las codemandadas de 1.500 euros.

III. FALLO.

ESTIMAR EL PRESENTE RECURSO Nº 89/2013, Y EN CONSECUENCIA:

PRIMERO: DECLARAR NO SER CONFORME A DERECHO LA RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN RECURRIDA.

SEGUNDO: ANULAR LAS CLÁUSULAS objeto del recurso 10.3, 13.A.b) Y 13.A.a) en la medida en que exige la presentación de cuentas anuales de los tres ejercicios anteriores y la declaración del volumen global medio de los negocios, de conformidad a lo razonado en esta Sentencia.

TERCERO: HACER EXPRESA IMPOSICIÓN DE LAS COSTAS DEL PRESENTE RECURSO AL AYUNTAMIENTO Y A LA ENTIDAD CODEMANDADA CON EL LÍMITE INDICADO.

Contra esta Sentencia, los que hayan sido parte en el recurso, pueden interponer recurso ordinario de casación (art. 86 de la Ley 29/98 RJCA), en el plazo de diez días contados desde el siguiente a la notificación de la Sentencia, preparándolo mediante la presentación de escrito ante esta Sala, que deberá reunir los requisitos establecidos en el art. 89 de la Ley 29/98 RJCA).

Notifíquese esta Sentencia a las partes personadas, incorpórese al Libro de Sentencias de esta Sección y llévase testimonio a los autos principales.

Una vez firme, COMUNÍQUESE ESTA SENTENCIA en el plazo de DIEZ DÍAS al órgano que realizó la actividad objeto del recurso, para que el citado órgano:

1. Acuse recibo de la comunicación, en idéntico plazo de DIEZ DÍAS desde su recepción, indicando a este Tribunal, el órgano responsable del cumplimiento del fallo de la Sentencia.
2. Lleve a puro y debido efecto y practique lo que exija el cumplimiento del fallo de la Sentencia.

Así por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos, los Ilmos Sres. Magistrados D. Juan Carlos Zapata Híjar, D. Jesús María Arias Juana, D^a. Isabel Zarzuela Ballester y D. Juan José Carbonero Redondo de la Sección Primera de esta Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón.