



Roj: **SAN 1800/2013 - ECLI:ES:AN:2013:1800**

Id Cendoj: **28079230062013100199**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **18/04/2013**

Nº de Recurso: **205/2011**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **MERCEDES PEDRAZ CALVO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

Madrid, a dieciocho de abril de dos mil trece.

Vistos los autos del recurso contencioso administrativo nº 205/11 que ante esta Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, ha promovido la Procuradora Sra. Toledo Hontiyuelo en nombre y representación de **IN SITU SL.** frente a ARTE CONSERVACION Y RESTAURACION S.L. representada por el Procurador Sr. Reynolds Martínez, contra Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de fecha 23 de diciembre de 2010 con una cuantía indeterminada pero inferior a 600.000 euros y siendo Ponente la Ilma. Sra. **D^a MERCEDES PEDRAZ CALVO.**

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el recurrente expresado se interpuso recurso contencioso administrativo, mediante escrito presentado el 20 de enero de 2011, contra la resolución antes mencionada, que fue turnado a la Sección Séptima de esta Sala.

Por providencia de 28 de abril de 2011, se acordó remitir las actuaciones a esta *Sección Sexta* de la Sala, por aplicación de lo dispuesto en las normas de reparto.

Por Decreto del Sr. Secretario se acordó la admisión a trámite del mismo, la tramitación por el procedimiento ordinario y la reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO.- En el momento procesal oportuno, la parte actora formalizó demanda, mediante escrito presentado el 9 de diciembre de 2010, en el cual, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, terminó suplicando se estime el recurso declarando la nulidad del acto administrativo impugnado y se declare la validez del proceso licitador del servicio de Conservación y Restauración del alfarje Tanto Monta del Palacio Episcopal Viejo de Huesca "y se confirme la correcta exclusión de la licitación de la entidad ARTYCO por vulneración del art. 45 LCSP así como se confirme la correcta adjudicación del concurso a favor de la mercantil *IN SITU CONSERVACION Y RESTAURACION S.L.*".

TERCERO.- El Abogado del Estado presentó escrito el día 30 de enero de 2012 señalando que no contesta a la demanda porque el AACRC carece de la consideración de parte demandada en el proceso.

La demandada ARTE CONSERVACION Y RESTAURACION S.L. contestó a la demanda el día 7 de marzo de 2012 y tras exponer los antecedentes de hecho y los fundamentos jurídicos que consideró de aplicación, solicitó la desestimación del recurso.

CUARTO.- La Sala dictó auto acordando recibir a prueba el recurso, practicándose la documental y la testifical a instancias de la actora e igualmente la documental y la testifical a instancias de la demandada con el resultado obrante en autos.

Las partes presentaron sus escritos de conclusiones para ratificar lo solicitado en los de demanda y contestación a la demanda.



QUINTO .- Por providencia de esta Sala, se señaló para votación y fallo de este recurso el día 16 de abril de 2013 en el que se deliberó y votó, habiéndose observado en la tramitación las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO .- Es objeto de impugnación en el presente recurso contencioso-administrativo la resolución dictada el día 23 de diciembre de 2010 por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales resolviendo el recurso interpuesto por ARTE CONSERVACION Y RESTAURACION S.L. hoy demandada contra el acuerdo de la Junta de Contratación del Ministerio de Cultura adoptado en sesión de 20 de octubre de 2010, por el que se excluía a dicha empresa del procedimiento de licitación del servicio de conservación y restauración del Alfarje "Tanto Monta" del Palacio Episcopal Viejo anejo a la Catedral de Huesca.

El Tribunal acordó estimar el recurso interpuesto anulando el procedimiento de contratación y debiendo procederse a efectuar una nueva licitación para la realización del objeto del contrato recurrido. Igualmente acordaba levantar las medidas cautelares concedidas el 16 de diciembre de 2010 y declarar que no se aprecia concurra mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede imponer la sanción prevista en el art. 317.5 de la Ley 30/2007 .

El concurso había sido resuelto mediante la adjudicación del contrato a IN SITU CONSERVACION Y RESTAURACION S.L. quién impugna la resolución del TACRC en este recurso.

SEGUNDO .- Las razones que expone el TACRC para estimar el recurso de ARTE CONSERVACION Y RESTAURACION S.L. son resumidamente las siguientes:

- Según el art. 45.1 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre , para que la exclusión de un licitador sea procedente debe cumplirse necesariamente una doble condición, que la empresa hubiera *"participado en la elaboración de las especificaciones técnicas o de los documentos preparatorios del contrato"* , y además que *"dicha participación pueda provocar restricciones a la libre concurrencia o suponer un trato privilegiado con respecto al resto de las empresas licitadoras"*.

- Examina a continuación si la ejecución por la hoy demandada de un contrato en el año 2008 para el *"Estudio del Alfarje policromado del Palacio Episcopal de Huesca"* ha podido suponer restricciones a la libre concurrencia o la obtención de un trato privilegiado. Concluye que no es así, porque literalmente *"entiende este Tribunal que no justifica dicha restricción dado que el estudio al que se refiere el proyecto adjunto al pliego de condiciones técnicas como documento de la fase previa ha sido patente desde un principio y no consta que esta circunstancia haya dado lugar a una ausencia o disminución de participantes que, en número de nueve, han presentado oferta"* . Igualmente razona, literalmente que *"Del examen de los criterios de adjudicación de los pliegos, así como del proyecto que recoge los trabajos y actuaciones realizadas con motivo del estudio previo, aún cuando puedan existir trabajos complementarios y que, en su caso, puedan lugar a un mejor conocimiento de ciertos aspectos del bien objeto de la restauración, dada la multiplicidad de actuaciones a realizar con motivo de la conservación y restauración del bien muy superiores a las realizadas en el estudio, no se puede presumir racionalmente que exista un trato de privilegio respecto de la empresa recurrente ."*

TERCERO .- Del examen del expediente administrativo resulta que en el B.O.E. nº 13 de 15 de enero de 2008 se licitó el siguiente contrato: *"Estudio del alfarje policromado del Palacio Episcopal de Huesca"*

El recurso se resuelve el 29 de mayo de 2008 por importe total de 119.480,00 euros. De las propias publicaciones del Ministerio de Cultura (<http://www.mcu.es/patrimonio/docs/MC/IPHE/BoletinIPHE/Num3/03-Proyectos-finalizados-Bienes-Muebles>) resulta que se consideró "previo" el estudio sobre el estado de conservación del Alfarje, descrita como una investigación exhaustiva a lo largo de ocho meses de trabajo a cargo de diez especialistas. Se hizo público que la realización del estudio había permitido reunir una valiosa información sobre la construcción y las características e historia del alfarje, aunque permanecían abiertas algunas incógnitas que deberían ser estudiadas durante la realización del proyecto litigioso.

En los primeros nueve folios del pliego de condiciones técnicas *"que han de regir el contrato de servicios de "Conservación y Restauración del Alfarje Tanto Monta del Palacio Episcopal Viejo, Huesca"* aparece una detallada descripción del bien cultural objeto de estudio, de su estado de conservación, pudrición de la madera, grietas, fendas, roturas, pérdidas y sustituciones, con descripción de las lesiones que afectan a la conservación, las que afectan a la policromía, las de carácter estético. Con este fundamento se concluye exponiendo los criterios de intervención, la metodología, la policromía, y los estudios y trabajos complementarios.

En el Estudio realizado por ARTYCO se tratan la mayoría de estos elementos que fundamentan la licitación, específicamente, como pone de relieve la demandante, en los folios 514 y 515, las conclusiones y orientaciones que dicha empresa, hoy demandada, obtiene como fruto de su trabajo en relación con el alcance y contenido



de la nueva intervención. Es indudable, a juicio de esta Sala, que ARTYCO tiene un conocimiento profundo y privilegiado sobre el Alfarje litigioso, superior desde cualquier punto de vista a aquel que pudieran tener los demás licitadores.

De la declaración testifical de la Sra. Gloria y del Sr. Jacobo resulta que el estudio previo elaborado por ARTYCO efectivamente sirvió de base para la elaboración del Pliego de Condiciones del Concurso litigioso.

La Testigo Sra. Gloria señaló en el acto de prueba testifical respondiendo a la pregunta de "si el estudio estuvo accesible" que "si, el estudio está accesible, está en mi puesto de trabajo" lo que no aclara si estuvo a disposición de los posibles licitadores, para elaborar sus proyectos y acudir a la licitación, que es precisamente el eje del debate en este litigio.

De las declaraciones testificales practicadas por exhorto resulta que los especialistas de las empresas licitadoras o bien no tuvieron ningún conocimiento del estudio o bien tuvieron un acceso muy superficial. Resulta igualmente que en el Pliego de Condiciones Técnicas se incluyó un estudio elaborado por una experta del Ministerio de Cultura, que al parecer, aunque no se ha establecido con claridad, si se puso a disposición de los posibles interesados.

Prevía valoración circunstanciada del total de la prueba practicada a instancias de ambas partes, la Sala concluye que se ha acreditado que el "Estudio del alfarje policromado del Palacio Episcopal de Huesca" claro antecedente del concurso litigioso, no fue puesto a disposición de los demás licitadores, mientras que ARTYCO si tenía, por razones obvias, acceso al mismo.

Como igualmente pone de relieve la actora, en el pliego de cláusulas administrativas particulares del concurso, se reconocía como criterio de adjudicación no evaluable mediante fórmulas, el conocimiento del bien, método y desarrollo de las fases de tratamiento; y la propia resolución impugnada recoge que " *Del examen de los criterios de adjudicación de los pliegos, así como del proyecto que recoge los trabajos y actuaciones realizadas con motivo del estudio previo, aún cuando puedan existir trabajos complementarios y que, en su caso, puedan lugar a un mejor conocimiento de ciertos aspectos del bien objeto de la restauración* " aunque luego concluya que esto no es relevante porque hay que llevar a cabo otras actuaciones " *muy superiores a las realizadas en el estudio* " .

De este conjunto de circunstancias resulta que ARTYCO si ostentaba una situación de conocimiento privilegiado frente a los demás concursantes.

La Administración resolvió que no había un trato privilegiado de dicha empresa porque " *Para que exista trato privilegiado debe producirse una situación de ventaja o privilegio, en este caso de la empresa recurrente, en relación al conjunto de los licitadores, situación esta que si bien se afirma por la empresa adjudicataria y por los técnicos en su informe de valoración en ningún caso resulta acreditada por los mismos* . " Esta Sala entiende que si lo había: mediante la realización del anterior estudio había tenido acceso a un conjunto de datos técnicos de máxima relevancia para la licitación de lo que no constituía sino la continuación material del proyecto primero: se estudia cual es la situación del Alfarje para, a la vista de tal estudio, acometer su rehabilitación y conservación.

La previsión del artículo 45 de la Ley de Contratos del Sector Público tiene la finalidad de prevenir que haya desigualdades entre las empresas licitadoras porque una o varias de ellas gocen de una situación de privilegio en relación con el contrato. La cita jurisprudencial que sostiene la resolución no es aplicación al caso, puesto que se trata de una sentencia dictada años antes de la entrada en vigor de la ley 30/2007 y que resuelve un supuesto de hecho diferente al de autos.

Ahora bien: la conclusión que la situación descrita permite alcanzar no es la que propugna la recurrente. Si lo que la ley persigue es evitar distorsiones a la libre competencia o evitar el trato privilegiado, en este caso la solución no es impedir a ARTYCO participar en el concurso, sino entregar a todas y cada una de las empresas que participan en la licitación el estudio completo elaborado por ARTYCO. De este modo desaparecería la denunciada situación de privilegio y se evitaría que, por haber sido adjudicataria de un contrato quedase automáticamente impedida de participar en cualquier otra contratación pública relativa al mismo bien, finalidad que no buscada por la norma, y que produciría una discriminación en contra de la demandada.

En consecuencia procede mantener la declaración de nulidad del procedimiento de contratación del expediente objeto de recurso, retro trayendo el procedimiento a fin de permitir la participación de ARTYCO. La retroacción debe alcanzar a la fase de formulación de las ofertas técnicas para que las empresas licitadores, si lo solicitan, puedan acceder al "Estudio del alfarje policromado del Palacio Episcopal de Huesca" a fin de garantizar los principios de igualdad de trato y no discriminación contenidos en los artículos 1 y 123 de la Ley de Contratos del Sector Público .



Por las razones expuestas debe desestimarse este recurso.

CUARTO -.No se aprecian méritos que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, conforme a los criterios contenidos en el artículo 139 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, vigente en la fecha de interposición del recurso

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

FALLAMOS

Que debemos **DESESTIMAR y DESESTIMAMOS**

el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de **IN SITU SL.** contra Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de fecha 23 de diciembre de 2010 descrita en el fundamento jurídico primero de esta sentencia. Sin efectuar condena al pago de las costas.

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

PUBLICACION .- Leída y publicada fue la anterior Sentencia por la Itma. Sra. Magistrada Ponente de la misma, en el día de la fecha, estando celebrando Audiencia Pública la sección Sexta de la Sala de Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de todo lo cual yo, el Secretario judicial, doy fe.

FONDO DOCUMENTAL