

Roj: **SAN 810/2014 - ECLI:ES:AN:2014:810**Id Cendoj: **28079230042014100067**Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**Sede: **Madrid**Sección: **4**Fecha: **05/03/2014**Nº de Recurso: **236/2013**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CONTENCIOSO**Ponente: **ANA MARIA SANGÜESA CABEZUDO**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

Madrid, a cinco de marzo de dos mil catorce.

Visto por la Sección Cuarta de la *Sala de lo Contencioso-Administrativo* de la Audiencia Nacional el presente Recurso tramitado con el número 236/2013, seguido a instancia de **CORPORACIÓN DE RADIO Y TELEVISIÓN ESPAÑOLA SA (CRTVE)**, quien actúa representada por el procurador Don Roberto de Hoyos Mencía y defendida por letrado, contra la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de 23 de mayo de 2013 (recurso 215/2013), habiendo comparecido como demandada AUTO ANDALUCÍA SL, AUTO ANDALUCÍA JAEN SL y AUTO SUR GRUPO CUATRO SL, representadas por el procurador Don Luciano Rosch Nadal y defendidas por el letrado Don Rafael María Lemos Laceras, **sobre recurso especial en materia de contratación (1.412.583)**

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 19 de julio de 2013 fue presentado escrito por el procurador indicado, interponiendo recurso contencioso- administrativo frente a la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de 23 de mayo de 2013 (recurso 215/2013).

SEGUNDO.- Admitido a trámite el escrito se tuvo por interpuesto el recurso, se acordó su sustanciación de acuerdo con lo previsto en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción contenciosa-administrativa, teniendo por personado y parte al procurador indicado, y reclamado el expediente de la Administración demandada, se dio traslado del mismo a la recurrente; Evacuado el traslado conferido dentro de plazo, formuló escrito de demanda en el que tras exponer los hechos y fundamentos que estimó de aplicación, terminó suplicando que se dictara sentencia por la que se declare no conforme a derecho la resolución impugnada, y revocando la misma se declare plenamente ajustado a derecho el pliego de 2013/20022, sus especificaciones técnicas y criterios de adjudicación, todo ello con expresa condena en costas.

TERCERO.- Dado traslado de la demanda, la Abogacía del Estado presentó escrito en el que, invocando el artículo 21.3 de la LJCA manifestó que no comparecería como parte en el procedimiento.

Las mercantiles AUTO ANDALUCÍA SL, AUTO ANDALUCÍA JAEN SL y AUTO SUR GRUPO CUATRO SL comparecieron con objeto de allanarse totalmente a las pretensiones de la parte actora. Suplicaron que se les tuviera por allanadas y se archivaran las actuaciones.

CUARTO.- A instancia de la parte actora se recibió el recurso a prueba, practicando prueba documental con el resultado que obra en autos, tras lo cual las partes presentaron sus escritos de conclusiones, en los que reiteraron los pedimentos contenidos en la demanda y en la contestación.

QUINTO.- Cumplimentados los trámites, quedaron los autos pendientes que señalamiento para votación y fallo, el cual quedó fijado para el día 26 de febrero de 2014.

FUNDAMENTOS DE DERECHO



PRIMERO.- El presente recurso se dirige frente a la Resolución de 23 de mayo de 2013 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) que estima el Recurso interpuesto por AUTO TRANSPORTE TURÍSTICO ANDALUCÍA SL contra los pliegos de condiciones generales y de especificaciones técnicas para la contratación del servicio de vehículos ligeros con conductor para la Corporación RTVE en la Comunidad Autónoma de Andalucía (expediente 2013/10022).

En su virtud el TACRC: A) Anula el último inciso del apartado cuarto del pliego de especificaciones técnicas ("disponibilidad de, al menos, un vehículo PICK UP con su correspondiente tarjeta de transporte de mercancía (SP) para atender producciones y retransmisiones de carácter deportivo") y el último inciso del apartado 7.3 C), punto 1.9 del de condiciones generales ("se deberá acreditar estar en posesión de los medios establecidos en el artículo cuatro "solvencia técnica" del pliego especificaciones técnicas"), y

B) decretar la retracción de las actuaciones al momento inmediatamente anterior a la publicación del anuncio de licitación, a fin de que el órgano de contratación acometa una nueva redacción de los pliego especificaciones técnicas y de condiciones generales que se ajuste a lo aquí decidido y, una vez verificado, lleve a cabo la correspondiente publicación, señalando plazo para la presentación de ofertas."

La resolución impugnada plantea el problema a resolver, señalando que el pliego de condiciones generales prevé como formalidades a documentar, en el apartado 7.3 C punto 1.9: "*Solvencia técnica*:"

- *Certificado de clasificación administrativa expedido por la Junta Consultiva de Contratación del Estado o de la Comunidad Autónoma, acreditativos de estar clasificada en Servicios, grupo R, subgrupo 1, categoría B.*

- *Se deberá acreditar estar en posesión de los medios establecidos en el artículo cuarto "solvencia técnica" del pliego especificaciones técnicas".*

El pliego de especificaciones técnicas contempla en su apartado cuarto que "*la empresa deberá cumplir y acreditar los siguientes requisitos, que deberán mantenerse durante todo el período de vigencia del contrato:... disponibilidad de al menos, un vehículo PICK UP con su correspondiente tarjeta de transporte de mercancías (SP) para atender producciones y retransmisiones de carácter deportivo*".

El Tribunal anula este último inciso del apartado cuarto del pliego especificaciones técnicas (Disponibilidad de un vehículo con su tarjeta de transporte) y el último inciso del apartado 7.3. C punto 1.9 del de condiciones (se deberá acreditar estar en posesión de los medios establecidos en el artículo cuarto -solvencia técnica-)y ordena retrotraer el procedimiento, para proceder a una nueva redacción de los pliegos, y una vez verificado se lleve a cabo la correspondiente publicación señalando plazo para la presentación de ofertas.

Analiza el alcance de la exigencia contenida en el apartado cuatro del pliego de condiciones generales para la contratación de servicios generales, en cuanto exige como requisito de solvencia técnica acreditar por cada una de las empresas, la disponibilidad de un vehículo PICK UP, y señala que: "... es evidente que no se trata de una forma de acreditar la solvencia técnica, pues para tal propósito está la clasificación que se indica en el apartado 7.3.c) punto 1.9 del pliego de cláusulas (artículo 62.1 y 65.5 TRLCSP), sino que, por el contrario, estamos en presencia del supuesto de concreción de las condiciones de solvencia a la que se refiere el artículo 64.2 TRLCSP, a cuyo tenor: "*los órganos de contratación podrán exigir a los candidatos o licitadores, haciéndolo constar en los pliegos, que además de acreditar su solvencia o, en su caso, clasificación, se comprometan a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato los medios personales y materiales suficientes para ello. Éstos compromisos se integrarán en el contrato, pudiendo los pliegos o el documento contractual, atribuirles el carácter de obligaciones esenciales a los efectos previstos en el artículo 223 f), o establecer penalidades, conforme a lo señalado en el artículo 212.1, para el caso de que se incumplan por el adjudicatario*".

Ello supone - dice el TACRC- que "lo que el pliego exige no es que licitador este en posesión, en el momento de formular la oferta, de los medios especificados, sino que existe el compromiso de dedicación o adscripción de los mismos en el caso de resultar adjudicatario. Cualquier otra lectura de los apartados séptimo del pliego de cláusulas y cuarto del de prescripciones técnicas resultaría contrario a derecho por infringir lo dispuesto en el precepto transcrito,... no puede confundirse con la solvencia profesional o técnica contemplada en el artículo 62. En este último artículo se contempla la solvencia como requisito de admisión, es decir como requisito de carácter eliminatorio, no valorativo, en el sentido de que quienes no cumplan los requisitos exigidos en el pliego serán excluidos de la licitación. En cambio, el artículo 64 TRLCSP sólo exige que los licitadores presenten un compromiso de adscripción a la ejecución del contrato de determinados medios materiales o personales, cuya materialización sólo debe exigirse al licitador que resulte adjudicatario del contrato."

Añade el Tribunal que, en cualquier caso, esta exigencia de compromiso de dedicación o adscripción como "plus de solvencia técnica" tiene que respetar los principios de proporcionalidad así como los de concurrencia, igualdad y no discriminación. Y desde el análisis de estos principios, estima que ni el pliego ni el informe del órgano de contratación proporcionan una explicación razonable de las razones por las que se hace preciso que



el adjudicatario adscriba a la prestación del servicio contratado un vehículo con características tan singulares como una PICK UP, es decir una camioneta, que es como la define el apartado 8703 de las notas explicativas de la Nomenclatura Combinada de las Comunidades Europeas (DOUE 28 febrero 2006). Refiere, por último, que el pliego del expediente 2011/10.083, en el que tiene su origen en el presente recurso, guarda un total silencio sobre este extremo, de lo que deduce que tales especificaciones no son necesarias en el marco del contrato.

SEGUNDO.- La Corporación demandante alega en su demanda que la publicación del pliego 2013/10.022 es consecuencia de la resolución número 14/2013 de 17 de enero de 2013 dictada en el recurso 326/2012 por la que se declaró la nulidad de pleno derecho de la adjudicación del lote 1 del pliego 2011/10.083 (documento uno). En ejecución de dicha resolución se puso en marcha un nuevo proceso de licitación, expediente 2013/10.022, al que se refiere la resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales impugnada.

Remarca la entidad recurrente que el expediente anterior no llevó aparejada una retroacción de actuaciones sino una nulidad de pleno derecho, que ha permitido modificar los criterios de valoración del nuevo expediente e introducir nuevos criterios de solvencia, lo que se lleva a cabo mediante la inclusión del requisito de disponer, al menos, un PICK UP con su tarjeta de transporte de mercancías para atender producciones y retransmisiones de carácter del deportivo.

Justifica la necesidad de este requisito alegando los siguientes motivos:

1. - Necesidad de acceder a terrenos abruptos;
2. - El importe estimado del contrato justifica exigir a empresas especializadas la disposición de vehículos de esta clase, y entiende que no se limita la concurrencia porque cualquier empresa puede comparecer en forma de Unión Temporal de Empresas o integrar la solvencia con medios externos conforme al artículo 63 TRLCSP;
3. - La solicitud de este tipo de vehículos no es nueva y se puede comprobar en otros expedientes (sirva de ejemplo 2009/1085- documento cuatro-). Este tipo de servicios es utilizado por diferentes áreas para realizar retransmisiones deportivas, coberturas informativas y eventos sociales como se acredita con el documento número 3;
4. - La disponibilidad del vehículo PICK UP fue considerada mejora - doc. 5-, en el expediente de licitación 2011/10083, en el que tiene su origen el presente expediente 2013/10022. No es cierto que no se mencione la disponibilidad de un PICK UP, porque se consideró mejora.
5. La diferencia entre camioneta y PICK UP reside en que este puede asimilarse a un todo terreno y dispone de una plataforma elevada para grabación. Existen grandes diferencias de tracción integral frente a la 2x4. La caja abierta tiene considerables ventajas, - evidencia de 50 años de experiencia-, ya que permite la retransmisión en abierto, una gran facilidad de carga etc. (Se analiza en el informe del Director de RTVE Andalucía - doc. 2-).
6. Sin perjuicio de las facultades del Tribunal Central, la postura que sostiene privaría a la Corporación de definir sus necesidades.

En resumen, considera que lo que era una mejora en contratos precedentes se ha convertido en una necesidad que exige requerir la disposición de un PICK UP como condición de solvencia técnica.

Por todo lo cual solicitó la revocación de la resolución impugnada declarando plenamente ajustada derecho el pliego del expediente 2013/10.022, sus especificaciones técnicas y criterios de adjudicación.

TERCERO.- Las mercantiles AUTO ANDALUCÍA SL, AUTO ANDALUCÍA JAEN SL y AUTO SUR GRUPO CUATRO SL han comparecido con objeto de allanarse totalmente a las peticiones y argumentos deducidos por la parte contraria. Dichas empresas conforman la Unión Temporal de Empresas que intervino como licitador en el concurso que nos ocupa para la contratación del " servicio de vehículos ligeros con conductor para la Corporación RTVE en la Comunicad Autónoma de Andalucía".

Si bien es cierto el artículo 21.3 de la LJCA otorga a tales entidades la posibilidad de comparecer como interesadas o demandadas en tanto hayan resultado favorecidas por el acto impugnado, o hayan comparecido en el recurso especial en materia de contratación (artículo 49.1 segundo LJCA), no lo es menos que el allanamiento de las entidades concernidas en la licitación no puede comportar la estimación de las pretensiones y el pronunciamiento de una sentencia estimatoria, en cualquier supuesto.

Debe ponerse de manifiesto que el allanamiento exige un poder o facultad de disposición sobre el objeto del proceso, a través del que se pone fin al procedimiento, y en cuya virtud se acoge la pretensión del contrario. Esto implica que, de un lado, se ha de tener la facultad de disponer del objeto del proceso, y que, de otro lado, el ejercicio de tal facultad no lleve aparejado un resultado que sea contrario al ordenamiento jurídico, de acuerdo con las exigencias del artículo 75.2 LJCA . Nos encontramos, sin embargo, con que las demandadas carecen



de facultades para disponer del proceso, puesto que intervienen en su condición de licitadores interesados en el procedimiento de contratación anulado a través del recurso especial; y además, el carácter revisor de esta jurisdicción requiere en primer lugar que la Sala realice un juicio de legalidad, y una vez efectuado este verifique si cabe acceder a la pretensión anulatoria (artículo 1 , 31 y 75.2 LJCA).

Quiere decir que el allanamiento de los licitadores interesados en el procedimiento carece de virtualidad, porque es preciso en todo caso el examen de la pretensión mediante un contraste que tiene como único parámetro el juicio de legalidad del acto.

CUARTO.- Hechas estas precisiones procede entrar a conocer sobre el fondo del asunto. La Corporación demandante ha demostrado a lo largo del procedimiento que viene utilizando con asiduidad los servicios de los denominados vehículos PICK UP, conforme acredita con las hojas de pedido - documento 2 de la demanda-, y mediante el reportaje fotográfico que se adjunta a la demanda, en el que se pone de relieve el uso de esta clase de vehículos para portar el material videográfico y para poder contar con una plataforma en vehículo abierto desde el que realizar tomas, o incluso como medio de transporte de cierto material pesado (documento 3 de la demanda). El informe del Director de RTVE Andalucía reitera estas consideraciones, remarcando la necesidad de contar con un vehículo PICK UP debido a su versatilidad y a sus prestaciones tipo "todo terreno". Se desprende de su informe (y del que se evacuó en el marco del recurso especial en materia de contratación) - documentos nº 3 de la demanda y nº9 del expediente (folio 77)- que el uso reiterado y creciente de esta clase de vehículo hace necesario contar con entidades que dispongan de los mismos, para cumplir con los fines del contrato.

Este hecho no puede ponerse en cuestión, y debe confirmarse que el órgano de contratación tiene plenas facultades para definir sus necesidades contractuales, dentro de los límites que resultan inherentes a la finalidad y necesidades de contratación, en armonía con los principios de proporcionalidad y concurrencia en condiciones de igualdad.

QUINTO. - Se ha de analizar a continuación si entre los requisitos de solvencia técnica que debe acreditar el licitador se encuentra precisamente el contar con un vehículo de aquella clase, o bien si basta un compromiso de disposición y adscripción al contrato; así como el alcance de tales compromisos.

Dado que los contratos de las administraciones públicas guarda relación con los intereses públicos, el legislador ha establecido una serie de controles previos que tratan de garantizar que los agentes económicos que operan en el sector reúnan las condiciones de solvencia precisas que hagan previsible la normal ejecución de los contratos que celebren con Administración. El contratista debe acreditar, por lo tanto, su solvencia económica y financiera, y además la solvencia técnica o profesional que prevé su capacidad técnica expresada en medios materiales (maquinaria y tecnología) y humanos (titulación académica y profesional de sus cuadros técnicos, promedio de plantilla de personal en los tres años anteriores) y experiencia profesional (trabajos anteriores realizados) en relación con el tipo de contrato cuya adjudicación pretende (artículo 54.1 TRLCSP).

El Tribunal afirma de forma acertada que los requisitos de solvencia técnica que exige el pliego de cláusulas generales no pueden convertirse en requisitos de participación en el concurso de carácter eliminatorio, porque la solvencia técnica debe acreditarse a través de la clasificación de acuerdo con el artículo 62.1 TRLCSP. Dicho precepto prevé que para celebrar contratos con sector público debe acreditarse estar en posesión de las condiciones mínimas de solvencia económica y financiera y profesional o técnica que se determinen por el órgano de contratación, y que este requisito será sustituido por el de la clasificación, cuando sea exigible conforme a lo dispuesto en esta ley. Tales requisitos se especifican en el pliego del contrato si bien es preciso que estén vinculados a su objeto y que sean proporcionados al mismo (artículo 62.2 TRLCSP). Por lo tanto, no puede exigirse acreditar la solvencia económica, financiera o técnica y profesional y además a clasificación de la empresa, ya que si esta es preceptiva solo podrá exigirse la propia clasificación. En este caso, el importe estimado del contrato - 1.412.583 - exigía la clasificación, conforme al artículo 65.1 del TRLCSP (que la requiere en el caso de servicios de importe superior a 120.000 , salvo los casos exceptuados que tampoco concurren).

Junto a estas condiciones de solvencia el artículo 64 TRLCSP prevé la "concreción de las condiciones de solvencia" en los contratos de servicios y obras así como los de suministros que incluyan servicios o trabajos de colocación e instalación, en cuyo caso podrá exigirse a las personas jurídicas que especifiquen, en la oferta o en la solicitud de participación, los nombres y la cualificación profesional del personal responsable de ejecutar la prestación. El párrafo segundo añade que: "2. Los órganos de contratación podrán exigir a los candidatos o licitadores, haciéndolo constar en los pliegos, *que además de acreditar su solvencia o, en su caso, clasificación, se comprometan a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato los medios personales o materiales suficientes para ello* . Estos compromisos se integrarán en el contrato, pudiendo los pliegos o el documento contractual, atribuirles el carácter de obligaciones esenciales a los efectos previstos en el artículo 223.f), o establecer penalidades, conforme a lo señalado en el artículo 212.1, para el caso de que se incumplan por el adjudicatario"



De los preceptos indicados se desprende, conforme afirma el Tribunal, que la solvencia técnica se acredita mediante la clasificación, que permite con carácter general la realización de cualquier obra o servicio al que se refiere la citada clasificación. (Dicha clasificación se otorga en función de la solvencia técnica o profesional acreditada y valorada según los indicadores de los artículos 75 y 78 TRLCSP, y se vincula la existencia de unos conocimientos técnicos, eficacia, experiencia y fiabilidad, que puede probarse a través de una serie de medios a elección del órgano de contratación).

Hasta aquí se mantiene la tesis que ha sostenido el Tribunal, lo que obligaría a confirmar la nulidad del artículo 7.3 C último inciso (se deberá acreditar estar en posesión de los medios establecidos en el artículo 4º "solvencia técnica" del pliego de especificaciones técnicas), en el sentido de que no cabe la exigencia incluida en el pliego de condiciones generales, entendida como requisito de participación.

SEXTO.- Cuestión distinta es la referida a las condiciones de solvencia técnica que se demandan en las prescripciones técnicas, a saber, la "disponibilidad de, al menos, un vehículo PICK UP con su correspondiente tarjeta de transportes de mercancías (SP) para atender producciones y retransmisiones de carácter deportivo". Hemos expresado que el órgano de contratación tiene unas amplias facultades para definir cuál ha de ser el objeto del contrato, en orden a satisfacer las necesidades acordes a la finalidad y funciones que ha de cumplir el órgano de contratación, en el marco del interés público que debe satisfacer. Y es en este extremo donde la Sala considera, al contrario que el Tribunal, que es razonable y proporcionada la exigencia técnica de contar con al menos un vehículo PICK UP, porque el mismo resulta ser una demanda coherente con las necesidades de la Corporación para cubrir eventos de tipo deportivo o social, donde el vehículo se revela como una herramienta útil, adecuada y versátil, conforme evidencia la experiencia reflejada en la documentación aportada y en el Informe obrante en el expediente (folio 77). Por lo tanto, debemos anular en este extremo la resolución combatida, sin perjuicio de apuntar que el mantenimiento de estas condiciones debe entenderse en el sentido del artículo 64 del TRLCSP.

SÉPTIMO. - No procede efectuar pronunciamiento sobre las costas causadas, dado que no resultan méritos para ello, de acuerdo con los criterios que establece el artículo 139.1 de la LJCA (Ley 37/2011).

Vistos los preceptos legales citados,

FALLAMOS

ESTIMAR PARCIALMENTE EL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO seguido a instancia de **CORPORACIÓN DE RADIO Y TELEVISIÓN ESPAÑOLA SA (CRTVE)** , contra la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de 23 de mayo de 2013 (recurso 215/2013), por no ser conforme a derecho, y en su lugar se anula parcialmente la resolución impugnada, y se declara que procede mantener la resolución del TACRC en los términos del Fundamento de Derecho Quinto, anulando la citada resolución en tanto en cuanto anula el pliego de prescripciones técnicas que se declara conforme a derecho.

Sin pronunciamiento sobre las costas causadas.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que la misma no es firme y que frente a ella cabe recurso de **casación** que habrá de interponerse ante esta Sala, previa consignación del preceptivo **depósito** para recurrir, en el plazo de en el plazo de diez días, contados desde el siguiente al de la notificación de aquélla, mediante escrito en el que deberá manifestarse la intención de interponer el recurso, con sucinta exposición de la concurrencia de los requisitos de forma exigidos .

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de su fecha, fue leída y publicada la anterior Sentencia por La Ilma. Sra. Magistrado Ponente, hallándose constituida en Audiencia Pública, de lo que yo, el Secretario, doy fe.