



Roj: **SAN 2043/2023 - ECLI:ES:AN:2023:2043**

Id Cendoj: **28079230082023100196**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **8**

Fecha: **06/04/2023**

Nº de Recurso: **593/2019**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN OCTAVA

Núm. de Recurso: 0000593 /2019

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 03422/2019

Demandante: Navya Solutions, S.L,

Procurador: D. GERMÁN MARINA Y GRIMAU

Demandado: ENAIRE

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO

SENTENCIA Nº :

Ilmo. Sr. Presidente:

D. FERNANDO LUIS RUIZ PIÑEIRO

Ilmos. Sres. Magistrados:

D^a. MERCEDES PEDRAZ CALVO

D. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO

D^a. ANA ISABEL GÓMEZ GARCÍA

Madrid, a seis de abril de dos mil veintitrés.

VISTO, en nombre de Su Majestad el Rey, por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de la Audiencia Nacional, el recurso nº **593/2019**, seguido a instancia de la mercantil **Navya Solutions, S.L**, representada por el procurador de los tribunales **D. Germán Marina y Grimau**, con asistencia letrada. Se impugnó una resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) confirmatoria de una resolución de **Enaire**, entidad pública empresarial gestora de la navegación aérea en España perteneciente al Ministerio de Fomento, actuando en su representación y defensa la Abogacía del Estado. La cuantía se fijó en 198.435 € e intervino como ponente el Magistrado **Don Santiago Soldevila Fragoso**. La presente Sentencia se dicta con base en los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO: Para el correcto enjuiciamiento de la cuestión planteada es necesario el conocimiento de los siguientes hechos:

1. El 27 de julio de 2018 se aprobó por Enaire el pliego de cláusulas administrativas particulares para el contrato de servicios de actividades de ingeniería y consultoría para la adecuación del espacio aéreo a la normativa OACI.
2. El 14 de febrero anterior se había aprobado el pliego de prescripciones técnicas, junto con la memoria y la aprobación de expediente.
3. El 2 agosto de 2018 se envió el anuncio al DOUE para su publicación y se anunció en la página web del órgano de contratación el 7 de agosto. La publicación en el Boletín Oficial del Estado tuvo lugar el 9 de agosto de 2018. El 24 de agosto se publicó en la Plataforma de Contratación del Sector Público.
4. Al procedimiento de contratación concurren únicamente las empresas Navya Solutions, SLI. y European Satellite Services Provider (ESSP)
5. El 24 de septiembre de 2018 se emitió informe de valoración técnica y económica de las ofertas presentadas, obteniendo una puntuación global de 98,94 ESSP y de 93,60 Navya
6. El 4 de octubre de 2010 Navya solicita la exclusión de ESSP del procedimiento por existir, a su juicio, vinculación con Enaire.
7. El 22 de octubre de 2018 se notificó a Navya el acuerdo de adjudicación del contrato a ESSP.
8. Navya interpuso el recurso especial en materia de contratación ante el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC), que fue desestimado por resolución de 18 de enero de 2019.

SEGUNDO: Por la representación de la actora, Navya, se interpuso recurso Contencioso-Administrativo contra la resolución precedente, formalizando demanda con la súplica de que se dictara sentencia declarando la nulidad del acto recurrido por no ser conforme a derecho. La fundamentación jurídica de la demanda se basó en las siguientes consideraciones:

I. Indefensión por infracción del artículo 83 de la ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.

1. El órgano de contratación no cumplió con la obligación de comunicar también de forma motivada a los restantes operadores económicos el resultado de la adjudicación acordada con la sucinta mención de que, literalmente, es la que ha obtenido mayor puntuación técnico-económica.
2. Lo anterior no queda desvirtuado por el hecho de que el informe de valoración de las ofertas, emitido el 24 de septiembre de 2018, contuviera dicha información, ya que éste no se incorpora al texto de la notificación, ni en extenso ni por referencia al mismo.
3. El administrado no tiene la carga de solicitar el acceso a los documentos, ni es de recibo que se dilate su acceso a la información hasta el momento de interponer el recurso.
4. La omisión denunciada se traduce en una falta de motivación del acto impugnado ya que éste no contó con todas observaciones necesarias.

II. La adjudicataria ESSP no acredita reunir la solvencia técnica requerida e incurre por tanto en causa de exclusión del procedimiento de adjudicación.

1. La entidad ESSP no ha acreditado reunir la solvencia técnica exigida en el pliego de cláusulas particulares (PCP) del procedimiento de licitación, que contempla en su Anexo 1, relativo a la documentación acreditativa de la solvencia técnica exigida a los licitadores.
2. De acuerdo con el PCP, la empresa acreditará su solvencia técnica mediante una relación de trabajos de similares características al objeto del contrato, ejecutados en el curso de los últimos cinco años a la que se incorporarán los correspondientes certificados de buena ejecución emitidos por la empresa contratista.

-Contratos o trabajos que se consideren de similares características al objeto del expediente: Servicios de diseño de procedimientos de vuelo visual y por instrumentos: Se entiende "servicios de diseño" cualquier fase del proceso, no siendo necesaria la participación en el proceso completo.

-Las empresas que no presenten la solvencia requerida en este Anexo, serán excluidas del proceso de adjudicación.



3. El análisis de los cinco trabajos invocados por ESSP que acompañan sus correspondientes certificados de buena ejecución emitidos por la empresa contratista, revela que ninguno de ellos es válido a los efectos pretendidos.

Contrariamente a lo que dice el TACRC, los que no acompañan dichos certificados no pueden ser objeto de valoración, por incumplir de manera esencial ese requisito de procedibilidad o filtro establecido expresamente al efecto por el Anexo 1.

III. Fraude de ley. Infracción del artículo 3.2.b) de la ley 31/2007 por la existencia de influencia dominante de Enaire y su grupo de proveedores de servicio de navegación aérea.

1. El artículo 3 de la Ley 31/2007, relativo a las entidades contratantes que quedan sujetas a su ámbito de aplicación, dispone en su apartado 2.b) que habrán de entenderse por empresas públicas las siguientes:

Las entidades públicas empresariales de la Administración General del Estado... y toda aquella entidad u organismo sobre la que los poderes adjudicadores puedan ejercer, directa o indirectamente, una influencia dominante por el hecho de tener la propiedad o una participación financiera en las mismas, o en virtud de las normas que las rigen.

Se considerará que los poderes adjudicadores ejercen una influencia dominante, directa o indirecta, sobre una empresa, cuando:

-Tengan la mayoría del capital suscrito de la empresa, o

-Dispongan de la mayoría de los votos correspondientes a las participaciones emitidas por la empresa, o

-Puedan designar a más de la mitad de los miembros del órgano de administración, de dirección o de vigilancia de la empresa.

2. ESSP es una sociedad localizada en Francia participada por una entidad privada y seis empresas europeas de capital público que controlan un 83,34% del mismo. Ello es así desde su misma creación, actuando en un sector y para una actividad restringida como era la provisión en el entorno europeo del sistema satelital de comunicaciones Egnos.

3. La prestación de servicios de consultoría de navegación aérea que ahora pretende ESSP partiría de una situación de grupo empresarial claramente dominante en Europa y de alineamiento en conflicto de intereses con sus propietarios.

4. Dicho trust de empresas públicas tienen en conjunto la mayoría del capital suscrito de ESSP, disponen de la mayoría de votos correspondientes a las participaciones emitidas por la empresa y pueden designar a más de la mitad de los miembros del órgano de administración, de dirección o de vigilancia de la empresa, sin ostentar la condición de medio propio instrumental ni del Ministerio de Fomento, ni tampoco de ninguna otra Administración Pública.

5. Enaire es propietaria del 51% del capital social de Aena y ésta, a su vez, propietaria de las entidades que conforman su grupo empresarial (entre otras, Aena Desarrollo Internacional S.A.), con las que Enaire consolida cuentas. Aena Desarrollo Internacional cuenta con el 16,66 % del capital de ESSP.

El centro de trabajo de ESSP en España está en un edificio de Enaire, el Centro de Control de Torrejón, en el que ambas entidades comparten espacio y recursos con trabajadores de la propia Enaire.

6. La influencia dominante no admite dudas, actuando en la práctica ESSP como un medio propio instrumental del Ministerio de Fomento cuando no lo es, concurriendo todas las circunstancias mencionadas en el artículo 42 del Código de Comercio.

7. De esta manera, Enaire tendría conocimiento de los planes estratégicos de la empresa, costes de los servicios y recursos disponibles, técnicos y humanos, entre otra información sensible que proporcionaría a Enaire una posición ventajosa cuando no discrecional en ámbitos de licitación variados, o a modo de ventajas compensatorias para la filial participada, incluso como contenidos recogidos en la aprobación de los planes estratégicos o de negocio de ESSP.

8. Incluso en el PCP de esta licitación su cláusula 4ª, sobre prohibiciones e incompatibilidades para contratar con Enaire, establece que, entre otras:

Se consideran incursas en prohibición para contratar las personas naturales o jurídicas en quienes concurra alguna de las circunstancias siguientes:



Estar vinculadas a persona física o jurídica, nacional o extranjera, que tenga un contrato en vigor con Enaire cuya realización pudiera estar relacionada con el objeto de esta contratación, desde el punto de vista de gerencia, vigilancia, supervisión, control o dirección de la ejecución del mencionado contrato en vigor.

IV. La adjudicataria ESSP incluye en su proposición económica aspectos técnicos relevantes no recogidos previamente en su proposición técnica e incurre por tanto en causa de exclusión del procedimiento de adjudicación.

1. La inclusión en la proposición económica presentada por ESSP de las horas de trabajo asignadas a la ejecución del contrato, desglosadas en dos categorías separadas (para expertos ESSP por una parte, y para personal subcontratado por otra), no se detallaba anteriormente en su proposición técnica.
2. Dicha información no pudo ser tenida en cuenta en el informe técnico de evaluación de la proposición técnica, cuya puntuación evidentemente sufriría una merma importante, habida cuenta de lo limitado de las horas de profesionales aplicados a la ejecución del contrato (2.568 en total), y de ellas solamente 1.541 de los tres expertos designados al efecto en nómina de ESSP (las 1.027 horas restantes no se pueden calificar dado que no se sabe a qué tipo de trabajo obedecen, solo se habla de personal subcontratado pero no de su cualificación, que obviamente habrá de ser menor que la de los expertos de ESSP .
3. El precio unitario por hora de éstos se cotiza a 82,08 € y la del personal subcontratado solamente a 52,38 €.
4. El resultado de ello no puede ser otro que la exclusión de ESSP del procedimiento de adjudicación, ya que la puntuación que su proposición técnica recibió está viciada de todo punto por causa solo imputable a la propia ESSP, alterando su resultado final.
5. El presente motivo, no planteado en su día ante Enaire por no haber tenido acceso en su momento al expediente administrativo, se formula al amparo de lo dispuesto en el artículo 56.1 de la LJCA.

TERCERO: La Administración demandada contestó a la demanda oponiéndose a ella con la súplica de que se dicte sentencia desestimando el recurso y declarando ajustada a derecho la resolución recurrida.

CUARTO: Pr acticada la prueba declarada pertinente, se acordó en sustitución de la vista el trámite de conclusiones que fue evacuado por las partes.

QUINTO: Señalado el día 22 de marzo de 2023 para la deliberación, votación y fallo ésta tuvo lugar en la reunión del Tribunal señalada al efecto.

SEXTO: Aparecen observadas las formalidades de tramitación, que son las del procedimiento ordinario.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: La cuestión que se plantea en el presente proceso es la relativa a determinar el ajuste legal de la resolución de Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) de fecha 18 de enero de 2019, desestimatoria del recurso especial en materia de contratación, interpuesto por la mercantil Navya Solutions SL (Navya), contra el acuerdo de adjudicación del contrato a la mercantil European Satellite Services Provider (ESSP) adoptado por la entidad pública empresarial Enaire y que le fue notificado el 22 de octubre de 2018.

Analizaremos en primer lugar el motivo de recurso referido a la falta de solvencia técnica de la adjudicataria del contrato ESSP, pues en caso de concurrir procedería acordar su exclusión del procedimiento de adjudicación resultando innecesario el examen de los restantes motivos de recurso.

SEGUNDO: La primera observación que debe realizarse es que, de acuerdo con lo dispuesto en el Anexo 1 del acuerdo de licitación, la solvencia técnica solo podrá acreditarse mediante la acreditación de la realización de trabajos de similares características en los últimos cinco años, que deberá ir acompañados de la correspondiente aportación de certificados de buena ejecución emitidos por la empresa contratista.

En el presente caso, ESSP solo presenta cinco certificados de ejecución, por lo que solo esos trabajos podrán ser evaluados, contrariamente a lo que se indica en la resolución del TACRC que para justificar la solvencia técnica de ESSP alude a "la extensa lista de proyectos y trabajos similares que señala la adjudicataria haber realizado", expresión vaga y genérica que en modo alguno puede ampliar la lista de los cinco trabajos de referencia.

Pues bien, ni siquiera limitándonos a esos cinco trabajos, puede afirmarse que ESSP cumple con las exigencias de solvencia técnica requerida.



En primer lugar debe destacarse que el objeto requerido por el acuerdo de licitación recaía sobre técnicas de revisión y diseño, implantación, modificación y actualización de procedimientos de vuelo, señalándose en concreto las siguientes actividades:

1. Revisión de los procedimientos de vuelo publicados en el AIP-España de acuerdo a los criterios de diseño de la última Enmienda en vigor del DOC 8168 OACI (PANS-OPS) y al franqueamiento de obstáculos.
2. Generación de datos publicados acorde al Reglamento (UE) N° 73/2010.
3. Trabajos derivados de grupos de trabajo: plan para la reducción de estructuras CTR (ligado a la actividad anterior), estudios de compatibilidad de zonas de actividad recreativa, etc.
4. Estudios de seguridad y viabilidad técnico/operativa para la implantación/modificación de procedimientos/conceptos operativos.
5. Estudios aeronáuticos asociados a la penetración de las superficies SLOs del Anexo 14 OACI por obstáculos del entorno próximo al aeropuerto.
6. Actualización del sistema de control de disponibilidad de procedimientos de vuelo en función de las radioayudas en funcionamiento, identificando los procedimientos afectados por la caída de la radioayuda y los procedimientos alternativos (SIGMA).
7. Cualquier otra actuación que se determine en el desarrollo del expediente en materia del diseño de procedimientos de vuelo visual y por instrumento

En segundo lugar, debe destacarse que la mercantil ESSP se constituyó en el año 2001 con el objeto de proveer los servicios asociados al programa EG **NO S** (European Geostationary Navigation Overlay Service). Su experiencia declarada se reduce a la navegación por satélite y más concretamente al sistema Egnos que gestiona. Dicha mercantil es pública, por lo que su cambio o ampliación de objeto está sujeta a estrictas reglas cuya acreditación no consta.

En tercer lugar, dada la amplia tipología y clasificaciones de procedimientos de vuelo existente, visuales e instrumentales, procede precisar el concepto de diseño de procedimiento de vuelo, que, para garantizar la seguridad aérea, debe seguir un proceso sometido a unas normas y estándares internacionales, en España el documento 8168 PANS-OPS de la OACI, desarrolladas por un personal altamente cualificado.

Así, el diseño de un procedimiento de vuelo consistirá básicamente en el estudio y elección de trayectorias y altitudes de vuelo determinadas que cumplan los criterios establecidos y los márgenes de franqueamiento de obstáculos, dentro de las áreas de protección para cada trayectoria.

Tal y como se indica en la demanda sin que esta afirmación haya sido desvirtuada, el uso del sistema Egnos aplicado a la aviación sólo permite el uso de un tipo muy específico de procedimiento de vuelo: las aproximaciones instrumentales LPV, de las cuales, a día de hoy, existen publicadas únicamente 4 en toda España. En estas circunstancias, la experiencia referida por ESSP debe calificarse como insuficiente, dado que los procedimientos publicados por Enaire y que podrían ser objeto de revisión son centenares. En definitiva, la experiencia de la ESSP en materia de procedimientos de vuelo se limita a la ayuda a aeropuertos y compañías aéreas en la implantación de esos específicos procedimientos de vuelo, pero no a su diseño y revisión.

Dicha afirmación está corroborada por el informe técnico aportado por la recurrente, no desvirtuado de contrario, y que nos merece total credibilidad, en el que se señala que "el ámbito de conocimiento y experiencia de la empresa ESSP se circunscribe a... un 0.003% del total de los procedimientos instrumentales publicados, es decir, no cuenta con experiencia previa en el 99.997% de los procedimientos publicados en el AIP España, los cuales va a tener que revisar de acuerdo a las condiciones del Pliego de Prescripciones Técnicas de la licitación de Enaire y los requisitos de calidad de OACI".

Tras un examen crítico de los cinco trabajos evaluables de ESSP, puede concluirse que ESSP solo ha participado en dos estudios de viabilidad de un solo tipo de aproximación.

En estas circunstancias, sorprende que el informe de evaluación técnica del sobre 2: solvencia técnica de las ofertas presentadas considerase aceptable la experiencia de ESSP, especialmente habida cuenta que no hizo constar un solo razonamiento técnico al respecto.

TERCERO: En atención a lo expuesto procede la íntegra estimación del recurso por no considerarse acreditada la solvencia técnica de la adjudicataria del contrato, lo que comporta su exclusión.

No cabe duda, como afirma la abogacía del Estado en su contestación a la demanda, que la valoración de la suficiencia de la solvencia técnica de los licitadores debía hacerse, no desde una perspectiva abstracta, sino a



partir del contenido contractual que vincula a las partes y que no fue impugnado. Además, la solvencia técnica es valorada por el órgano de contratación desde el prisma de la discrecionalidad técnica.

Sin embargo, en este caso se han puesto de manifiesto las circunstancias excepcionales antes descritas que permiten la revisión en sede jurisdiccional de la actuación administrativa.

Debe llamarse la atención, una vez más, que el TACRC ante la necesidad de justificar la experiencia profesional de la adjudicataria se refiere, de manera improcedente, a contrataciones de la misma no computables. Otro elemento determinante es la divergencia entre el objeto social de ESSP y el objeto del contrato en cuestión, en el marco de exigencia de una experiencia en los últimos cinco años, circunstancia que corrobora la falta de experiencia profesional de la adjudicataria en el diseño de procedimientos de vuelo. Finalmente, el hecho de que la titularidad del capital de ESSP sea pública limita de manera considerable su margen de maniobra y la capacidad de cambiar de objeto social y actividad.

No ha existido pues sustitución alguna de criterios de la Administración en favor de la valoración hecha por un particular, sino la constatación de que la administración ha incumplido de manera flagrante e injustificada las normas de adjudicación del contrato, que en su aspecto técnico vienen fuertemente condicionadas por la reglamentación de la OACI como el propio acuerdo de licitación señala.

Por otra parte, la propia administración ha certificado la solvencia técnica y cumplimiento de las demás condiciones exigidas en los pliegos por parte de la recurrente.

Habida cuenta del tiempo transcurrido y ante la eventualidad de que el contrato ya haya sido ejecutado, se fija en favor de la recurrente el derecho a cobro de una indemnización de 198.435 €, valor de su proposición económica.

CUARTO: De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la LJCA procede imponer las costas a la administración demandada, parte vencida en este proceso, sin que se aprecien por la Sala la existencia de serias dudas que justifiquen un especial pronunciamiento sobre esta materia.

Vistos los preceptos citados por las partes y demás de pertinente y general aplicación, venimos a pronunciar el siguiente

FALLAMOS

Estimamos el recurso interpuesto y en consecuencia anulamos el acto impugnado, con el siguiente alcance:

PRIMERO.- Declaramos la no conformidad a derecho de la resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) nº 27/2019 (Rº TACRC nº 1.175/2018) de fecha 18 de enero de 2019 objeto de impugnación en las presentes actuaciones, resolución que revocamos y anulamos.

SEGUNDO.- Acordamos anular el acuerdo de adjudicación definitiva a favor de la empresa ESSP (European Satellite Services Provider) validado por la resolución del TACRC y ordenamos retrotraer las actuaciones en el expediente administrativo al momento anterior al dictado de dicho acuerdo.

TERCERO.- Ordenamos la exclusión de la empresa ESSP del procedimiento de contratación.

CUARTO.- Resolvemos la adjudicación del contrato a favor de Navya Solutions SL y acordamos en su favor, para el caso de que el contrato adjudicado hubiese sido ya ejecutado o su estado de ejecución no permitiera el desempeño adecuado de trabajos por su parte, una indemnización en cuantía 198.435 €.

QUINTO.- Se imponen las costas a la administración demanda, con un límite de 3.000 euros por todos los conceptos.

Así por ésta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2. de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta.