

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo SECCIÓN OCTAVA

Núm. de Recurso: 0000990/2017
Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO
Núm. Registro General: 05528/2017
Demandante: SCHEURLE FAHRZEUGFABRIK GMBH
Procurador: SRA. JUÁREZ PÉREZ
Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. MERCEDES PEDRAZ CALVO

SENTENCIA Nº:

Ilmo. Sr. Presidente:
D. FERNANDO LUIS RUIZ PIÑEIRO

Ilmos. Sres. Magistrados:
D. ERNESTO MANGAS GONZÁLEZ
D^a. MERCEDES PEDRAZ CALVO
D. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO
D^a. ANA ISABEL GÓMEZ GARCÍA

Madrid, a veintidos de noviembre de dos mil diecinueve.

Vistos los autos del recurso contencioso-administrativo num. **990/2017** que ante esta Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido la Procuradora de los Tribunales **Sra. Juárez Pérez** en nombre y representación de **SCHEURLE FAHRZEUGFABRIK GMBH**, contra la resolución dictada el día 30 de junio de 2017 num. 592/2017 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales frente a la Administración del Estado representada y defendida por el Abogado del Estado, quién igualmente se persona en representación y defensa de **NAVANTIA SA. S.M.E.** La cuantía del litigio es de 2.676.230,24 euros. Ha sido Ponente la Magistrado **D^a MERCEDES PEDRAZ CALVO**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO- Por la representación procesal indicada se interpuso recurso contencioso-administrativo contra la resolución de referencia.

Una vez acordada la admisión a trámite del recurso se acordó la reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO- Mediante escrito de 16 de abril de 2018 la parte actora formalizó la demanda, en la cual, tras exponer los fundamentos de hecho y de derecho que consideró oportunos terminó suplicando se dicte Sentencia *“por la que se estime este Recurso Contencioso Administrativo interpuesto contra la resolución de fecha 30 de Junio de 2017 emitida por el TARC , se declare la nulidad de la misma y se dicte una nueva por la que se entienda que Navantia S.A sí es poder adjudicador y se declare nula la adjudicación realizada a Industrie Cometto SpA por no ser conforme a derecho y finalmente se condene a la sociedad mercantil estatal a estar y pasar por este pronunciamiento y al pago de las costas procesales.”*

TERCERO- El Abogado del Estado contestó a la demanda para oponerse a la misma, y solicitar su desestimación.

CUARTO- Las partes, por su orden, presentaron sus respectivos escritos de conclusiones, para ratificar lo solicitado en los de demanda y contestación a la demanda.

QUINTO -. La Sala dictó Providencia señalando para votación y fallo del recurso la fecha del 20 de noviembre de 2019 en que se deliberó y voto, habiéndose observado en su tramitación las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO- Es objeto del presente recurso de contencioso-administrativo la resolución dictada el día 30 de Junio de 2017 emitida por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales que resuelve:

“PRIMERO-. Inadmitir el recurso interpuesto por D Martin Dietrich en representación de SCHEURERLE contra el acuerdo de NAVANTIA SA. de

adjudicación del contrato de “Suministro y puesta en marcha de plataformas modulares autopropulsadas (Self Propelled Modular Transports SPMT’S).

SEGUNDO-. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fé o temeridad en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCPSP”.

SEGUNDO- Los motivos de impugnación alegados por la recurrente pueden resumirse como sigue:

La demanda comienza recordando los hechos que se encuentran en el origen del recurso, con referencia a la licitación por NAVANTIA S.A. para adjudicar por el procedimiento ordinario un contrato de suministro y puesta en marcha de plataformas modulares autopropulsadas.

El día cuatro de Abril del año 2017, en la plataforma de contratación del sector público, se dictó resolución en el expediente de referencia por la cual se declaraba la adjudicación de dicho contrato a la sociedad Industrie Cometto SpA.

El día 25 de Abril del año 2017, la ahora actora interpuso ANUNCIO PREVIO y RECURSO ESPECIAL DE CONTRATACIÓN Administrativo ante el Comité de Dirección Corporativo de NAVANTIA S.A para que diese traslado al Tribunal Administrativo Especial de Contratación .

Considera la actora que NAVANTIA S.A. SME es poder adjudicador en contra de lo que sostiene el TACRC. Tal conclusión se fundamenta a su vez en la consideración de que la DIRECTIVA 2014/24/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE dice en su preámbulo que “ (...) el concepto de «poderes adjudicadores», y en particular el de «organismos de Derecho público», han sido examinados de forma reiterada en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Para dejar claro que el ámbito de aplicación *ratione personae* de la presente Directiva no debe sufrir modificaciones, procede mantener la definición en la que se basaba el Tribunal e incorporar determinadas aclaraciones que se encuentran en dicha jurisprudencia como clave para comprender la propia definición sin intención de alterar la interpretación del concepto tal como ha sido elaborada por la jurisprudencia (...)”.

En su art. 2.1 la Directiva establece que será poder adjudicador “(...) el Estado, las autoridades regionales o locales, los organismos de Derecho público o las asociaciones formadas por uno o varios de dichos poderes o uno o varios de dichos organismos de Derecho público (...)”.

El art. 2.4 establece los tres requisitos del poder adjudicador en relación con los citados “organismos de derecho público”. Alega la actora que NAVANTIA S.A. SME es una sociedad anónima estatal, el órgano de dirección de la demandada está nombrado en su totalidad por el Estado o por entes de derecho público como los Sindicatos, tiene interés general es decir, reúne todos los requisitos previstos en la Directiva.

Por otra parte, continúa alegando, es un poder adjudicador según la ley de Contratos del Sector Público en su art. 3.

Una vez demostrado que NAVANTIA S.A, SME es un poder adjudicador, y, que por tanto, el TARC no debió inhibirse, la actora realiza consideraciones relativas al fondo del asunto, puesto que entiende que es esta Sala la que debe dirimir la problemática.

El Abogado del Estado en la contestación a la demanda recuerda en primer lugar cual es el régimen aplicable a los contratos adjudicados por entes del sector público que no tiene la condición de poder adjudicador. Y ello porque sólo los entes del sector público que ostentan la condición de poder adjudicador pueden adjudicar contratos sujetos a regulación armonizada, a los que, efectivamente, se les aplica en bloque el Derecho de la Unión Europea en materia de contratación pública, en el sentido en el que aquél ha sido transpuesto por el legislador español. Ahora bien, ello no obsta para que el resto de contratos licitados por cualquier ente del sector público estén sujetos, como ha venido recordando la jurisprudencia comunitaria, a los principios exigibles en materia de contratación pública (por todas, la importante Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea *Succhi di Frutta* de 29 de abril de 2004- Asunto C-496/99).

Esta aplicabilidad universal de los principios en materia de contratación pública se ha plasmado por el legislador español, tanto en el RDLeg 3/2011 como, con mayor intensidad, siguiendo el parámetro fijado en la Directiva 2014/24/UE, la actualmente vigente Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante, “Ley 9/2017”).

El artículo 3.1 d) del del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (“RDLeg 3/2011”), aplicable *ratione temporis* al presente procedimiento, incluye las sociedades mercantiles estatales dentro del “sector público” que se encuadra en su ámbito subjetivo de aplicación, al afirmar que:

“A los efectos de esta Ley, se considera que forman parte del sector público los siguientes entes, organismos y entidades:

d) Las sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación, directa o indirecta, de entidades de las mencionadas en las letras a) a f) del presente apartado sea superior al 50 por 100.”

Este mismo artículo en su pfo. 3 concreta dentro de los entes del sector público cuáles tienen la condición adicional de “poder adjudicador”, cuando señala que:

“Se considerarán poderes adjudicadores, a efectos de esta Ley, los siguientes entes, organismos y entidades:

a) Las Administraciones Públicas.

b) Todos los demás entes, organismos o entidades con personalidad jurídica propia distintos de los expresados en la letra a) que hayan sido creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos que deban considerarse poder adjudicador de acuerdo con los criterios de este apartado 3 financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión, o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia.

c) Las asociaciones constituidas por los entes, organismos y Entidades mencionados en las letras anteriores.”.

Resulta así que se exigen tres requisitos para ser poder adjudicador:

1) que la sociedad mercantil sea un ente del sector público, en este caso una sociedad mercantil estatal de las previstas en el artículo 3.1 d) del RDLeg 3/2011;

2) que siendo ente del sector público exista un poder adjudicador que financie mayoritariamente su actividad, controle su gestión o nombre a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia, como establece el artículo 3.3 b) in fine y

3) que el ente haya sido creado específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, según el primer inciso del artículo 3.3. b).

En el caso que nos ocupa, únicamente resulta controvertido el requisito relativo a la finalidad mercantil o industrial, siendo pacífico que NAVANTIA es una sociedad mercantil estatal, íntegramente participada por la Administración General del Estado a través del GRUPO SEPI, adscrito al Ministerio de Hacienda y Función Pública.

Este precepto debe interpretarse a la luz de los criterios sentados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, fijados en aplicación de las sucesivas generaciones de directivas de contratación en diferentes sentencias del Tribunal de Justicia.

Esos criterios no se han visto alterados, sino en todo caso ratificados y positivizados, con el nuevo paquete de Directivas en materia de contratación aprobado en el seno de la Unión Europea (la llamada “Cuarta Generación de Directivas”).

La Directiva 2014/24/UE del Parlamento y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, establece lo que sigue en su Considerando 10:

“El concepto de «poderes adjudicadores», y en particular el de «organismos de Derecho público», han sido examinados de forma reiterada en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Para dejar claro que el ámbito de aplicación racione personae de la presente Directiva no debe sufrir modificaciones, procede mantener la definición en la que se basaba el Tribunal e incorporar determinadas aclaraciones que se encuentran en dicha jurisprudencia como clave

para comprender la propia definición sin intención de alterar la interpretación del concepto tal como ha sido elaborada por la jurisprudencia.

A tal efecto, ha de precisarse que un organismo que opera en condiciones normales de mercado, tiene ánimo de lucro y soporta las pérdidas derivadas del ejercicio de su actividad no debe ser considerado un «organismo de Derecho público», ya que puede considerarse que las necesidades de interés general para satisfacer las cuales ha sido creado, o que se le ha encargado satisfacer, tienen carácter industrial o mercantil.”

En conclusión: NAVANTIA ha sido creada para satisfacer necesidades de carácter mercantil o industrial, sin que nada de lo alegado por la Recurrente sirva para alterar esta conclusión.

TERCERO- El art. 192 del R.D. legislativo 3/2011 establece:

“1. Los entes, organismos y entidades del sector público que no tengan la consideración de poderes adjudicadores deberán ajustarse, en la adjudicación de los contratos, a los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación.

2. La adjudicación de los contratos deberá efectuarse de forma que recaiga en la oferta económicamente más ventajosa.

3. En las instrucciones internas en materia de contratación que se aprueben por estas entidades se dispondrá lo necesario para asegurar la efectividad de los principios enunciados en el apartado 1 de este artículo y la directriz establecida en el apartado 2. Estas instrucciones deben ponerse a disposición de todos los interesados en participar en los procedimientos de adjudicación de contratos regulados por ellas, y publicarse en el perfil de contratante de la entidad.

En el ámbito del sector público estatal, estas instrucciones deberán ser informadas antes de su aprobación por el órgano al que corresponda el asesoramiento jurídico de la correspondiente entidad.”

El artículo 2 de la Directiva que contiene las definiciones relevantes establece que son poderes adjudicadores *“el Estado, las autoridades regionales o locales, los organismos de Derecho público o las asociaciones formadas por uno o varios de dichos poderes o uno o varios de dichos organismos de Derecho público.”*

Y que es *“Organismo de Derecho público” “cualquier organismo que reúna todas las características siguientes: a) que se haya creado específicamente para satisfacer ne-cesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil; b) que esté dotado de personalidad jurídica propia, y c) que esté financiado mayoritariamente por el Estado, las autoridades regionales o locales, u otros organismos de Derecho público, o cuya gestión esté sujeta a la super-visión de dichas autoridades u organismos, o que tenga un órgano de administración, de dirección o de super-visión, en el que*

más de la mitad de los miembros sean nombrados por el Estado, las autoridades regionales o locales, u otros organismos de Derecho público.”

Ambas partes coinciden en poner de manifiesto que la duda en este caso concreto afecta a un solo punto de entre los tres requisitos que el artículo 3 del Real Decreto Legislativo 3/2011, establece para que una entidad sea poder adjudicador: *que el ente haya sido creado específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, según el primer inciso del artículo 3.3. b).*:

Navantia ha hecho públicas sus instrucciones en materia de contratación que se encuentran publicadas y disponibles en la web: <https://www.navantia.es/wp-content/uploads/2018/08/Instrucciones-Internas-de-contratacion-de-Navantia>.

En las mismas aparece en primer lugar su naturaleza y régimen jurídico:

“I. NATURALEZA Y REGIMEN JURIDICO

NAVANTIA, S.A., S.M.E. (en adelante NAVANTIA) es una sociedad mercantil estatal de carácter industrial perteneciente a la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales (SEPI) que controla el 100% de su capital.

Por su referido carácter de sociedad pública estatal NAVANTIA se rige por lo previsto en:

a) la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público de acuerdo a la cual la empresa debe procurar la mayor eficiencia, transparencia y buen gobierno en su gestión, promoviendo las buenas prácticas y códigos de conducta adecuados a su naturaleza;

b) la Ley 33/2003, de 3 de noviembre del Patrimonio de las Administraciones Públicas y;

c) el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias en que le sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de personal, de control económico-financiero y de contratación.

Asimismo, y por idéntico motivo, la inclusión de NAVANTIA dentro del ámbito subjetivo de aplicación de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP) resulta incuestionable. Por el carácter industrial de su actividad, tal y como se define en su objeto social, la sumisión de NAVANTIA a la LCSP tiene lugar en la modalidad de entidad perteneciente al sector público que no tiene el carácter de poder adjudicador (art. 3 LCSP) y queda, por tanto, obligada en sus procedimientos de contratación al cumplimiento de las disposiciones de dicha LCSP, en la medida en que las mismas resulten de aplicación a los entes que no tienen la consideración de poderes adjudicadores.

El régimen legal de la contratación de dichos entes no es la aplicación integra de las reglas contenidas en la LCSP sino sólo de parte de dichas reglas, en especial:

- las contenidas en el Título II del Libro tercero (artículos 321 y 322);
- el artículo 145 al que remite expresamente el 321 en materia de requisitos y clases de criterios de adjudicación de contratos; y
- determinadas reglas establecidas en el Libro I, en la medida en que resulten de aplicación a los contratos de todo el sector público.

En el resto de materias, su actividad de contratación debe ajustarse a los principios de la LCSP a través de unas Instrucciones Internas de Contratación que los desarrollen y que podrán establecer reglas específicas que no tienen que ser coincidentes con las que la LCSP establece para poderes adjudicadores, pero que deben garantizar en todo caso la efectividad de los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación.

Esta distinción que la LCSP hace entre las materias sujetas a sus reglas y las sometidas a sus principios es de una gran trascendencia. Mientras que las reglas se caracterizan por sus condiciones cerradas de aplicación, las condiciones de aplicación de los principios son más abiertas y flexibles, permitiendo modular su aplicación para procurar la optimización del valor o fin que caracteriza cada principio jurídico. Junto a ello, mientras que las reglas, salvo excepciones, se excluyen entre sí y sólo se aplican combinadas de la manera definida por otra regla, los principios pueden aplicarse de manera combinada, modulando sus respectivos mandatos de optimización para alcanzar el mayor despliegue posible de los distintos fines o valores involucrados.

Lo anterior quiere decir que, a la hora de definir las reglas que forman parte de las Instrucciones Internas de Contratación de una sociedad mercantil estatal que no tiene la consideración de poder adjudicador, es necesario combinar los principios de la contratación pública con los principios rectores de la gestión de las sociedades mercantiles estatales, que constituyen mandatos del legislador de igual naturaleza y jerarquía normativa. Así, en materia de actividad de contratación, influyen especialmente los principios rectores de la gestión de eficiencia y de promoción de buenas prácticas adecuadas a la naturaleza de la sociedad. Esta labor de combinación no puede ser arbitraria, sino que debe atender a criterios racionales para procurar alcanzar la mejor combinación posible de los distintos principios, facilitando que puedan desplegar sus fines respectivos con la mayor intensidad posible, en la medida que los mismos no resulten incompatibles entre sí.”

Como igualmente pone de relieve el Abogado del Estado en el escrito de conclusiones, la creación de NAVANTA se fundamenta en la mejora de la eficiencia profesional de la empresa de astilleros nacida de la escisión de IZAR que a su vez resultó de la fusión de AESA y BAZAN. Es por esto que no es un ente creado específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tenga carácter industrial o mercantil.

Es así que a estos efectos no es relevante que tenga objetivos como los puestos de relieve en el escrito de conclusiones de la actora en relación con la creación de empleo, el refuerzo de la cohesión territorial, no apreciándose la alegada ausencia de competencia real y de riesgos por el hecho de que sea parte de la SEPI.

CUARTO.- En cuanto a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, tanto la sentencia Mannesmann Anlagbau Austria como la sentencia Universale-Bau AG ponen el acento, en relación con la Directiva 93/37, en que esta norma tiene como objetivo excluir tanto el riesgo de que se dé preferencia a los licitadores o candidatos nacionales en cualquier adjudicación de contratos efectuada por las entidades adjudicadoras como la posibilidad de que un organismo financiado o controlado por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho público se guíe por consideraciones que no tengan carácter económico. Se ha establecido así por el Tribunal de Justicia, que a la luz de tales objetivos, el concepto de organismo de Derecho público del artículo 1, letra b), párrafo segundo, de la Directiva 93/37 debe recibir una interpretación funcional.

Los sucesivos pronunciamientos jurisprudenciales del TJUE han sido incorporados por la Directiva 2014/24/UE donde claramente se establece que no es organismo de derecho público el que opera en condiciones normales de mercado, tiene ánimo de lucro y soporta las pérdidas derivadas del ejercicio de su actividad. Y que el hecho de que satisfagan necesidades de interés general no es incompatible con su carácter mercantil o industrial, de manera que si bien los principios generales en materia de contratación pública le son aplicables, no así las normas de procedimiento. La Directiva desde su considerando 1 recuerda que se trata de elaborar disposiciones que coordinen los procedimientos de contratación nacionales a fin de asegurar que estos principios tengan un efecto práctico y “que la contratación pública se abra a la competencia”. De ahí la ya reproducida consideración que se recoge en el considerando 10 sobre *“que un organismo que opera en condiciones normales de mercado, tiene ánimo de lucro y soporta las pérdidas derivadas del ejercicio de su actividad no debe ser considerado un «organismo de Derecho público», ya que puede considerarse que las necesidades de interés general para satisfacer las cuales ha sido creado, o que se le ha encargado satisfacer, tienen carácter industrial o mercantil.”*

En consecuencia, como establece la resolución impugnada, que debe ser confirmada, puesto que según el art. 40.1 del TRLCSP solo son susceptibles de recurso especial en materia de contratación los actos referidos a contratos “que pretendan concertar las Administraciones Públicas y las entidades que ostenten la condición de poderes adjudicadores...” al no ostentar NAVANTIA S.A. la condición de poder adjudicador el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales no es competente para conocer del recurso interpuesto por la ahora actora.

La conclusión alcanza impide a esta Sala examinar, como igualmente se pretende, la valoración del fondo del asunto en relación con la adjudicación que se encuentra en el origen del litigio.

QUINTO.- En virtud de lo dispuesto en el artículo 139 LRLCA, en la redacción posterior a la reforma operada por la ley 37/2011, procede condenar al pago de las costas procesales a la parte recurrente.

En atención a lo expuesto la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha decidido:

FALLAMOS

Que debemos **DESESTIMAR** y **DESESTIMAMOS** el recurso de contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de **SCHEURLE FANRZEUGFABRIK GMBH**, contra la resolución dictada el día 30 de junio de 2017 num. 592/2017 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales descrita en el fundamento jurídico primero de esta sentencia, la cual confirmamos por ser conforme a derecho. Con condena al pago de las costas a la parte actora.

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.

