



Recurso nº 805/2022

Resolución nº 1237/2022

Sección 2ª

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 13 de octubre de 2022

VISTO el recurso interpuesto por D. A. M. B. y por D. R. R. O. en nombre de GRUPO DE INGENIERÍA, RECONSTRUCCIÓN Y RECAMBIOS JPG, S.A. contra los pliegos que han de regir la licitación convocada por la Jefatura del Mando de Apoyo Logístico del Ejército de Tierra para contratar el Acuerdo Marco para la adquisición de repuestos de LEOPARDO 2E, LEOPARDO 2A4, ATP, LIGHT GUN, IVECO, BMR/VEC, MAXXPRO ,RG 31 con número de expediente 2021/ETSAE0906/00000228E, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. En fecha 1 de marzo de 2021 se aprueba la orden de inicio del órgano de contratación.

Segundo. En fecha 27 de mayo de 2022 el Órgano de Contratación, previos los informes favorables de la Asesoría Jurídica del 10 de marzo de 2022 y de la Intervención de 26 de mayo de 2022 aprueba los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas, el procedimiento y la forma de contratación por Acuerdo Marco mediante procedimiento negociado.

Tercero. En fecha 2 de junio de 2022 se publica en la plataforma de contratación del Sector Público el anuncio de licitación, publicándose el mismo día y por ese medio los pliegos que han de regir el contrato.



Cuarto. En fecha 21 de junio de 2022 se interpone recurso contra los pliegos ante este Tribunal.

Quinto. En fecha 29 de junio de 2022 se acuerda por este Tribunal la concesión de la medida provisional consistente en suspender el procedimiento de contratación, sin que esta afecte al plazo de presentación de ofertas, de conformidad con lo establecido en los artículos 49 y 56 de la LCSP, de forma que según lo establecido en el artículo 57.3 del mismo cuerpo legal, será la resolución de los recursos la que acuerde el levantamiento de la medida adoptada.

Sexto. En la tramitación de este recurso, se han observado todos los trámites legal y reglamentariamente establecidos, esto es, lo prescrito por la vigente Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se trasponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP) y por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se prueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, RPERMC)."

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 45.1 de la LCSP.

Segundo. El recurso se interpone contra un acto susceptible de impugnación por dicho cauce, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44.1.b a LCSP

b) Acuerdos marco y sistemas dinámicos de adquisición que tengan por objeto la celebración de alguno de los contratos tipificados en la letra anterior, así como los contratos basados en cualquiera de ellos.

Se impugnan los pliegos, recurribles conforme el artículo 44.2.a)



a) Los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación.

Tercero. Se ha respetado el plazo de 15 días previsto en el artículo 50 de la LCSP

Cuarto. En cuanto a la legitimación hemos de detenernos recordando la doctrina reiterada de este Tribunal por todas Resolución nº 750/2019 de 4 de julio de 2019 en la que se dijo lo siguiente:

En cuanto a la legitimación, dispone el artículo 48 de la LCSP

“Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso”

Por su parte, el artículo 50 1. b) señala que: “Con carácter general no se admitirá el recurso contra los pliegos y documentos contractuales que hayan de regir una contratación si el recurrente, con carácter previo a su interposición, hubiera presentado oferta o solicitud de participación en la licitación correspondiente, sin perjuicio de lo previsto para los supuestos de nulidad de pleno derecho.”

En relación a la legitimación para recurrir los pliegos de una licitación, este Tribunal ha señalado de forma reiterada la necesidad de que el recurrente haya participado en la licitación, o se haya visto impedido de hacerlo en base a las restricciones introducidas en los pliegos objeto de recurso, pues no resulta admisible un recurso especial en materia de contratación basado en un mero interés en la legalidad abstracta del procedimiento de licitación.

Ciertamente, como señala la Resolución nº 862/2018 de 1 de octubre, la LCSP no confiere una acción popular en materia contractual, sino que, antes bien, la subordina a que la decisión perjudique o pueda afectar a derechos o intereses legítimos del recurrente, derechos o intereses legítimos que, tratándose de una licitación, no pueden identificarse con algo distinto que la posibilidad de obtener la



adjudicación del contrato (cfr.: Resoluciones 57/2012, 119/2013, 278/2013 – confirmada esta última por Sentencia de la Audiencia Nacional de 14 de mayo de 2014, Roj SAN 2315/2014-y 37/2015, entre otras).

Este postulado es coherente con la definición de la legitimación en nuestro Ordenamiento, en el que se la concibe como la relación material unívoca del sujeto con el objeto de la pretensión que hace que la eventual estimación de esta se traduzca en la obtención de un beneficio o la eliminación de una desventaja (cfr., por todas, Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Segunda, 52/2007, de 12 de marzo; Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, de 20 de mayo de 2008 –Roj STS 2176/2008-). Por ello, la regla es que únicamente los operadores económicos que han presentado su oferta al procedimiento están legitimados para impugnar los pliegos rectores del mismo, pues solo quienes se encuentran en esa situación están en condiciones de alzarse con el contrato (cfr.: Sentencias del Tribunal Supremo, Sala III, de 21 de diciembre de 2001 -Roj STS 10238/2001-y 9 de marzo de 2006 –Roj STS 1616/2006-). Ahora bien, esta norma general quiebra en los casos en los que el empresario impugna una cláusula del Pliego que le impide participar en la licitación en condiciones de igualdad (cfr.: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, de 5 de julio de 2005 -Roj STS 4465/2005-), habiéndose llegado incluso a admitir la legitimación cuando lo que se cuestiona es el tipo de procedimiento elegido (cfr.: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, de 29 de junio de 2006 -Roj STS 4550/2006-).

En el presente caso, el fundamento de la pretensión del recurrente se basa, en primer lugar, en el desacuerdo con la configuración de los lotes efectuada en los pliegos, lo que considera como una restricción de la competencia, así como, en segundo lugar, en la definición de las prescripciones técnicas del objeto del suministro, considerando incumplidos los requisitos del artículo 126 de la LCSP. En ninguno de los casos se justifica que, como consecuencia de las pretendidas infracciones, la empresa recurrente no haya podido el concurrir a la licitación.

En efecto, aun partiendo de la base de que la interpretación de la legitimación debe hacerse con amplitud, como indica este Tribunal en numerosas resoluciones (por



todas, Resolución nº 429/2019), lo cierto es que, en el presente caso, no es posible establecer el vínculo necesario entre los motivos de impugnación del recurrente y la falta de presentación del mismo al procedimiento de contratación pública, por lo que concurre un defecto de falta de legitimación.

En relación a la legitimación del recurrente para impugnar los pliegos en un procedimiento al que no ha concurrido, cabe citar la Resolución nº 477/2019 de 30 de abril, en la que establece el Tribunal:

“(…) Ciertamente, frente a ello se ha opuesto un supuesto excepcional, como son los casos en los que la impugnación va dirigida a los pliegos que rigen la contratación, supuesto en el que se admitiría la legitimación de la recurrente, pero solo en el caso de que las causas invalidantes de los pliegos pretendidas o invocadas por la recurrente, se plantearan en la fase inicial de adjudicación. Así resulta de lo dispuesto dentro de nuestra Resolución nº 1005/2017, de 17 de noviembre de 2017, cuyo Fundamento de derecho quinto establece sobre este particular lo siguiente: “No obstante lo anterior, cabe una posibilidad de excepción a lo señalado hasta ahora, que se apunta en una Resolución anterior de este mismo Tribunal. Así, en la Resolución 924/2015, de 9 de octubre, su Fundamento de derecho segundo señala lo siguiente: “Debe entenderse que el recurso ha sido interpuesto por persona legitimada al efecto, de acuerdo con el artículo 42 del citado TRLCSP. De los antecedentes que constan en el expediente se desconoce si el empresario al tiempo de impugnar el pliego y el anuncio de licitación se ha presentado al procedimiento de adjudicación (si bien así lo hace constar en su escrito). No obstante y dado que la Jurisprudencia ha aceptado la legitimación en materia de contratos de entidades públicas para personas o entidades que no participaron en la licitación, pero tales casos excepcionales están referidos a los Pliegos o Condiciones rectores de la contratación que son los que han impedido a dichas personas o entidades participar en un plano de igualdad en la licitación (Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 7ª, Sentencia de 5 Junio 2013), debe considerarse que el recurrente está legitimado para interponer el recurso especial en materia de contratación”.



A la vista de esta posibilidad excepcional, resulta necesario comprobar si se da o no en el presente caso. Como vemos, concurre el primer presupuesto apuntado en esta Resolución, como es el de la falta de participación de la recurrente en el procedimiento de contratación. Respecto del segundo aspecto de los apuntados anteriormente, solo cabe esta posibilidad en el caso de que se impugnen los pliegos o las condiciones rectoras de la contratación que hayan impedido participar a esa persona o entidad en un plano de igualdad en la licitación, esto es, que supongan un obstáculo real y efectivo a una entidad que le impida participar en la licitación en cuestión. (...)”

No se acredita, en el presente recurso, la existencia de un obstáculo real y efectivo que, en los pliegos, impida al recurrente concurrir a la licitación, más allá de una genérica invocación a la vulneración de los principios de igualdad de trato y de no discriminación: tal impugnación no se corresponde con el fondo de sus pretensiones, en las que no se justifica que la configuración de los lotes o las características y prescripciones técnicas denunciadas, le hayan impedido concurrir a la licitación.

En este caso concreto en el informe del órgano de contratación se recoge que el licitador ha presentado solicitud de participación en este procedimiento por lo que debe reconocérsele un interés directo y legítimo en el Recurso, reconociéndole por tanto legitimación.

Quinto. Plantea el recurrente dos cuestiones sobre los pliegos, la primera de ellas relativa a los criterios de solvencia y la segunda en cuanto a la definición de los criterios de adjudicación.

Siguiendo ese mismo orden, impugna el recurrente la Cláusula 12 del PCAP que señala lo siguiente:

La solvencia profesional o técnica se acreditará por los siguientes medios:

La acreditación de la solvencia técnica se efectuará mediante la relación de los principales suministros efectuados, en los tres últimos años, de igual o similar



naturaleza que los que constituyen el objeto del contrato, en la que se indique el importe, la fecha y el destinatario, público o privado de los mismos, avalados por certificados de buena ejecución y cuyo importe anual acumulado en el año de mayor ejecución sea igual o superior al 70 por ciento de la anualidad media del contrato o de la suma de las anualidades media de los lotes a los que se licita (Lote 1: 1.735.537,19 €, Lote 2: 347.107,44 €, Lote 3: 1.735.537,19 €, Lote 4: 2.603.305,79 €, Lote 5: 347.107,44 € y Lote 6: 115.702,49 €).

Certificados expedidos por los institutos o servicios oficiales encargados del control de calidad, de competencia reconocida, que acrediten la conformidad de productos perfectamente detallada mediante referencias a determinadas especificaciones o normas técnicas:

- Acreditación del cumplimiento de las normas de garantía de calidad: Certificación ISO 9001 ed. 2015 o equiva-lente vigente a la fecha límite de la presentación de la documentación, para llevar a cabo las prestaciones objeto del presente expediente de contratación (Código CPV).

- Acreditación del cumplimiento de las normas de gestión medioambiental: Acreditar “ buenas prácticas ambientales” mediante la presentación de un certificado que acredite tener implantado un Sistema de Gestión Ambiental con-forme a los requisitos establecidos en la norma UNE-EN-ISO 14001:2004, por una empresa acreditada por ENAC (Entidad Nacional de Acreditación) o equivalente y cuyo alcance incluya el material objeto del Acuerdo Marco o presentar una descripción de las medidas de gestión medioambiental adoptadas.

Los suministros, servicios o trabajos efectuados se acreditarán, de forma independiente para cada uno de los lotes, mediante certificados expedidos o visados por el órgano competente, cuando el destinatario sea una entidad del sector público; cuando el destinatario sea un sujeto privado, mediante un certificado expedido por este o, a falta de este certificado, mediante una declaración del empresario acompañado de los documentos obrantes en poder del mismo que acrediten la realización de la prestación; en su caso, estos certificados serán



comunicados directamente al órgano de contratación por la autoridad competente. No se podrá utilizar el mismo certificado con los mismos suministros o servicios, para justificar la solvencia en distintos lotes.

Para determinar que un suministro, trabajo o servicio es de igual o similar naturaleza al que constituye el objeto del contrato, el pliego de cláusulas administrativas particulares podrá acudir además de al CPV, a otros sistemas de clasificación de actividades o productos como el Código normalizado de productos y servicios de las Naciones Unidas (UNSPSC), a la Clasificación central de productos (CPC) o a la Clasificación Nacional de Actividades Económicas (CNAE), que en todo caso deberá garantizar la competencia efectiva para la adjudicación del contrato. En defecto de previsión en el pliego se atenderá a los tres primeros dígitos de los respectivos códigos de la CPV.

De conformidad con el art. 75 LCSP los licitadores podrán acreditar los requisitos específicos de solvencia económica, financiera y técnica o profesional basándose en la solvencia y medios de otras entidades independientemente de la naturaleza jurídica de los vínculos que tenga con ellas, siempre que demuestre que durante toda la duración de la ejecución del contrato dispondrá efectivamente de esa solvencia y medios, y la entidad a la que recurra no esté incurso en una prohibición de contratar.

Por ello, con carácter previo a realizar la oferta, el licitador deberá estar en disposición de poder acreditar la solvencia técnica de acuerdo con lo establecido en este apartado y para todos y cada uno de los lotes a los que licite.

Estima el recurrente que no poder utilizar un mismo certificado para acreditar la solvencia en diferentes lotes conculca el artículo 99.7 de la LCSP que señala lo siguiente:

“En los contratos adjudicados por lotes, y salvo que se establezca otra previsión en el pliego que rija el contrato, cada lote constituirá un contrato, salvo en casos en que se presenten ofertas integradoras, en los que todas las ofertas constituirán un contrato.”



Considerando que conculca asimismo los principios de concurrencia en la licitación pública, mermando la posibilidad de pequeñas y medianas empresas de concurrir a la licitación.

Por su parte el órgano de contratación señala que debe entenderse de una manera integradora en los términos siguientes:

Para dar sentido a la frase que se impugna (“no se podrá utilizar el mismo certificado con los mismos suministros o servicios para justificar la solvencia en distintos lotes”), ha de interpretarse no de forma aislada, contrapuesta a la relación de suministros de la misma naturaleza, efectuados en los tres años anteriores y acreditada mediante certificados. No; el vínculo entre una oración y otra es que estos suministros que se certifican tienen una cuantificación: su importe anual acumulado en el año de ejecución sea igual o superior al 70% de la anualidad media del contrato o de la suma de las anualidades medias a los lotes que se licita, que son:

Lote 1: 1.735.537,19 €.

Lote 2: 347.107,44 €.

Lote 3: 1.735.537,19 €.

Lote 4: 2.603.305,79 €.

Lote 5: 347.107,44 €.

Lote 6: 115.702,49 €.

Así, con todos los elementos, ha de interpretarse como que no se podrá utilizar el mismo certificado con los mismos suministros o servicios para justificar la solvencia en distintos lotes si no se respetan estos umbrales; esto es que la presentación de un solo certificado deberá atender a la suma de las cantidades exigidas a cada lote.

Así, y a título de ejemplo para clarificar lo referido en los párrafos anteriores del punto primero de los Fundamentos de Derecho, si un expediente de contratación



de un valor estimado total de 500.000 €, con cinco lotes de 100.000 € cada uno, y para el caso que nos ocupa de acreditar la solvencia técnica con un único certificado, el licitador que se presentara a:

□ Un solo lote: el certificado debería ser por un importe no inferior a 70.000 €

□ A más de un lote: un único certificado debería de ser de un importe no inferior del resultante de multiplicar el importe de un lote (70.000 €) por el número de lotes a los que se presente. Si fueran tres, 210.000 €. Si fueran los cinco, 350.000 €.

Siguiendo los argumentos de la recurrente, el art. 99.5 LCSP regula, como ella indica, las ofertas integradoras, consistentes en permitir que un licitador presente una oferta integradora; esto es que se pueda adjudicar más de un lote a un licitador siempre y cuando se cumplan los requisitos que se enumeran. Este Órgano de Contratación no recurre a esta figura potestativa porque, precisamente considera que limita la concurrencia de pequeñas y medianas empresas permitiendo que empresas de mayor envergadura opten a varios lotes y restringiendo la competencia. De esta forma también sigue el criterio del Derecho Comunitario de facilitar la concurrencia y la competitividad mediante la división en lotes, al que se refiere la recurrente.

En definitiva, la pretensión del órgano de contratación, plasmada en la cláusula 12 del PCAP y ratificada por la interpretación que de la misma realiza en su informe es que la solvencia técnica que los licitadores deben acreditar para participar en la licitación será proporcional a los lotes a los que liciten.

Tal previsión, ya podemos adelantarla, es contraria a la LCSP. En efecto, el artículo 74.2 de la LCSP determina,

“Los requisitos mínimos de solvencia que deba reunir el empresario y la documentación requerida para acreditar los mismos se indicarán en el anuncio de licitación y se especificarán en el pliego del contrato, debiendo estar vinculados a su objeto y ser proporcionales al mismo”.



Es doctrina de este Tribunal que la fijación de los requisitos de solvencia es una potestad discrecional del órgano de contratación (Resolución 252/2019 de 5 de marzo), sometida, sin embargo, a los dos principios enunciados en la LCSP, esto es, la solvencia *“debe estar relacionada con el objeto y el importe del contrato y, no producir efectos de carácter discriminatorio (...)”* (Resolución 835/2021 de 8 de julio).

La fijación de tales requisitos, en los supuestos en los que el órgano de contratación decida la división en lotes del objeto del contrato, debe tomar en consideración lo preceptuado por el artículo 99.7 de la LCSP, esto es, que, salvo que se establezca otra previsión en el Pliego, cada lote constituirá un contrato, salvo en el caso de que se presenten ofertas integradoras.

Tal es la doctrina expresada por este Tribunal en la Resolución 1001/2020 de 18 de septiembre en la que dijimos (el subrayado es nuestro),

“En efecto, sobre la división en lotes del objeto del contrato y su adjudicación, cabe recordar que, de conformidad con las Directivas de la UE, la LCSP en el artículo 99 da un paso más en favor del acceso de las pequeñas y medianas empresas a la contratación pública al introducir una nueva regulación que prevé como regla general la realización independiente de las partes del objeto de un contrato mediante su división en lotes siempre que la naturaleza o el objeto del contrato lo permitan, y salvo que se justifique en el expediente su improcedencia por motivos válidos (artículo 99.3 de la LCSP).

La primera idea que nace con la división en lotes es particularizar las solvencias para cada uno de ellos, pues de tratarse de un único objeto contractual, las solvencias resultarían inaccesibles a muchas de las PYME (artículo 99.7 de la LCSP).

La proporcionalidad de las solvencias requeridas en el pliego ha de determinar que, si estamos en presencia de diferentes contratos para cada lote adjudicado, como resulta ser la regla general, cada uno de ellos exija unas condiciones de solvencia vinculadas a la concreta prestación que constituye su objeto. Por el contrario, si estamos en presencia de un solo contrato, bien por exigirlo los pliegos o bien por



razón de la existencia de ofertas integradoras, la proporción adecuada de las condiciones de solvencia se alcanzará con el conjunto de las prestaciones a que se refiere el único contrato existente y las ofertas integradoras presentadas en su seno.”

En el mismo sentido se ha manifestado la Junta Consultiva de Contratación del Estado, que en su Informe 12/2020 de 29 de julio de 2020 manifiesta,

“No dice lo mismo la norma respecto de otros aspectos concretos como puedan ser la solvencia y las garantías y, sin embargo, podemos encontrar en la LCSP otras normas que sí tratan la cuestión. La primera de ellas es el artículo 74.2 donde se indica que los requisitos mínimos de solvencia que deba reunir el empresario y la documentación requerida para acreditar los mismos deben “estar vinculados a su objeto y ser proporcionales al mismo.” Esa necesaria proporcionalidad determinaría que, si estamos en presencia de diferentes contratos para cada lote adjudicado, como resulta ser la regla general, cada uno de ellos exija unas condiciones de solvencia vinculadas a la concreta prestación que constituye su objeto. Por el contrario, si estamos en presencia de un solo contrato, bien por exigirlo los pliegos o bien por razón de la existencia de ofertas integradoras, la proporción adecuada de las condiciones de solvencia se alcanzará con el conjunto de las prestaciones a que se refiere el único contrato existente y las ofertas integradoras presentadas en su seno”.

Analizado el PCAP, no se contempla en el mismo previsión alguna que permita concluir que el órgano de contratación haya hecho uso de la facultad que le otorga el citado artículo 99.7 de la LCSP, esto es, no se altera la regla general de que cada lote constituya un contrato. Por lo señalado, la exigencia de que los requisitos de solvencia se cumplan por referencia a la totalidad de los lotes a los que se licite infringe el principio de proporcionalidad exigido por el artículo 74.2 considerado en relación con el artículo 99.7 de la LCSP.

Debe por lo tanto estimarse este primer motivo.

Sexto. Continúa el recurrente impugnando la cláusula 8 relativa a los criterios de adjudicación, que señala:

“CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN: Para la adjudicación del expediente, los criterios de adjudicación, por orden decreciente de importancia y por la ponderación que se les atribuye, que servirán de base para la valoración de las proposiciones, de acuerdo con lo previsto en el artículo 145 de la LCSP, serán los que se detallan con la aplicación de la fórmula siguiente para cada uno de los LOTES:

- *PRECIO: 75 %*
- *STOCK: 20 %*
- *GARANTIA: 5 %*

En cuanto al stock señala lo siguiente:

Poner a disposición del ET la selección de repuestos del Anexo “stock de repuestos” al lote que oferte de los repuestos candidatos indicados en el anexo. Se ha considerado un stock mínimo que corresponde a criterios operativos al objeto de poder suministrar los elementos necesarios para disponer de vehículos operativos o cumplimentar faltantes de material histórico. En la selección de estos candidatos se ha basado en criterios de criticidad, largos periodos de obtención, consumo recurrente, entre otros y aportan una mejora considerable en la disponibilidad operativa del material.

Formula aplicable: Se sumarán los puntos de acuerdo al stock disponible, siendo nulo en caso de no aportar ningún repuesto y 100 puntos en caso de disponer del total del anexo de cada lote.

Los licitadores presentarán una matriz de cumplimiento del stock disponible al objeto de facilitar su valoración. Para poder asignar esta puntuación, se realizará la comprobación “in situ” del stock en las instalaciones del ofertante”.



En este caso entiende el licitador que hacerle disponer de todo el stock en fase de licitación conculca el principio de concurrencia e igualdad y la exigencia legal prevista en el artículo 145.5.b) que exige que los criterios de adjudicación cumplan los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y en concreto, proporcionalidad entendiendo que esta exigencia de stock es claramente desproporcionada.

Por su parte el órgano de contratación estima que al tratarse de un criterio de adjudicación y no así de un requisito de solvencia no se está realizando ningún trato discriminatorio o desproporcionada a los licitadores.

La resolución del motivo exige considerar, con carácter previo, lo señalado por la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea en relación con los requisitos exigibles a las medidas nacionales que puedan obstaculizar o hacer menos atractivo el ejercicio de libertades fundamentales garantizadas por los Tratados (en lo relevante a este recurso, la libre prestación de servicios contemplada por el artículo 56 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea), que, de acuerdo con la Sentencia de 27 de octubre de 2005 (C-234/03, “Contse”) son

“(...) que se apliquen de manera no discriminatoria, que estén justificadas por razones imperiosas de interés general, que sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen y que no vayan más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo”.

La Sentencia referida ha fundamentado una consolidada doctrina de este Tribunal en relación con las denominadas “cláusulas de arraigo”. En múltiples resoluciones (Resoluciones 184/2021 de 26 de febrero, 521/2022 de 6 de junio, 876/2022 de 14 de julio, 967/2022 de 28 de julio o 1056/2022 de 15 de septiembre, entre las más recientes) hemos considerado discriminatorios las condiciones de arraigo territorial cuando se configuran como requisitos de solvencia o como criterios de adjudicación; se han admitido, sin embargo, cuando se exigen como compromisos de adscripción de medios o como condiciones de ejecución y siempre, en estos casos, que estén vinculadas al objeto del contrato y respeten el principio de proporcionalidad.

Los principios que se deducen de la doctrina expuesta son plenamente aplicables al presente supuesto, puesto que, al igual que en las “*cláusulas de arraigo*”, en este supuesto se requiere a los licitadores la disponibilidad de medios materiales determinados (en este caso, un stock de repuestos) que se configuran como criterio de adjudicación.

Nada se opone, en principio, a que el órgano de contratación valore, a efectos de la adjudicación del contrato, el nivel de stock que los licitadores ofrezcan mantener para la ejecución del contrato. Tal decisión se inserta plenamente en el ámbito de discrecionalidad técnica que le asiste para determinar la oferta que reúna la mejor relación calidad-precio (artículo 145 de la LCSP), como reiteradamente ha afirmado el Tribunal (por todas, Resolución 766/2022 de 23 de junio) y, en el caso que nos ocupa, se justifica en la necesidad de que los vehículos estén plenamente operativos, lo que, lógicamente, exige inmediatez en el suministro de los repuestos requeridos. La cuestión, por tanto, es si un criterio de adjudicación, formulado en los términos en los que lo hace el PCAP impugnado, es proporcional, esto es, si cumple la finalidad requerida por el órgano de contratación sin establecer obstáculos injustificados a la libre concurrencia.

El criterio de adjudicación combatido exige, para ser valorado, que los licitadores dispongan del stock en sus almacenes. Como hemos señalado anteriormente, para valorar el criterio, el PCAP dispone que se realice la comprobación “*in situ*” del stock en las instalaciones del oferente. Lo que supone que, para obtener puntuación en este criterio, es preciso realizar la inversión necesaria para disponer del stock necesario en almacén.

A la vista de las condiciones enunciadas, no podemos sino concluir que el criterio de adjudicación no observa el criterio de proporcionalidad. En efecto, este criterio, en el ámbito de la contratación pública, permite resolver la tensión entre la libertad de concurrencia y la satisfacción de las necesidades del órgano de contratación en conexión con el principio de la eficiencia en la gestión del gasto público. Aunque la solución al problema es, necesariamente, casuística, puede avanzarse un criterio orientativo básico y es que, en los supuestos en que existen varias opciones que satisfacen en la misma medida el interés público, el órgano de contratación debe optar por la menos restrictiva de la libertad de concurrencia. Que es, precisamente lo que no ocurre en este supuesto: si resulta plenamente justificado que el órgano de contratación haya decidido valorar el stock de



repuestos, no se altera la finalidad perseguida si, en vez de exigir su disponibilidad física a todos los licitadores, se limita tal exigencia al adjudicatario del acuerdo marco.

Es, precisamente, la falta de proporcionalidad la que nos permite concluir la ilegalidad del criterio de adjudicación combatida sin que, a estos efectos, resulte relevante que no impida a cualquier licitador participar en el procedimiento. No se aparta esta Resolución de la doctrina contenida en la Resolución 1588/2021 de 12 de noviembre, invocada por el órgano de contratación, en tanto la cláusula analizada en aquella, aunque su redacción era muy similar a la ahora impugnada, no incluía la previsión específica de que, para obtener puntuación en el criterio, fuera necesario disponer de los repuestos en las instalaciones del licitador. En definitiva, permitía a los licitadores obtener puntuación por el criterio de forma más flexible, en tanto podría valorarse no solo la disponibilidad física del stock, sino también la existencia de acuerdos que permitieran al licitador disponer efectivamente del mismo en caso de resultar adjudicatario.

Es la previsión final de la cláusula impugnada la que nos lleva a entender vulnerado el principio de proporcionalidad, en los términos antes expresados, en tanto resulta evidente que, para obtener puntuación en el criterio, el licitador debe hacer frente a un desembolso económico, puesto que no resulta realista que, aunque no exista una compra en firme de los repuestos, incurrirá en gastos para disponer de ellos en sus instalaciones. Y esto vulnera el principio de proporcionalidad, por lo que hemos dicho, en tanto tal exigencia no mejora en absoluto la funcionalidad del contrato al servicio de las necesidades del órgano de contratación mientras indudablemente reduce la concurrencia (en tanto, aunque no la impide, lógicamente el criterio favorece, insistimos que sin necesidad objetiva para el buen fin del contrato, a los licitadores a los que, por cualquier circunstancia, no les resulte gravoso tener en stock los repuestos valorados).

Por lo que el motivo debe ser estimado.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada el día de la fecha **ACUERDA**:



Primero. Estimar el recurso interpuesto por D. A. M. B. y por D. R. R. O. en nombre de GRUPO DE INGENIERÍA, RECONSTRUCCIÓN Y RECAMBIOS JPG, S.A. contra los pliegos que han de regir la licitación convocada por la Jefatura del Mando de Apoyo Logístico del Ejército de Tierra para contratar el Acuerdo Marco para la adquisición de repuestos de LEOPARDO 2E, LEOPARDO 2A4, ATP, LIGHT GUN, IVECO, BMR/VEC, MAXXPRO ,RG 31 anulando la cláusula 12 del PCAP en los términos expuestos en el Fundamento de Derecho Quinto de esta resolución y la cláusula 8 en lo referido al criterio de adjudicación “*stock*”, en los términos del Fundamento de Derecho Sexto.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en el artículo 57.3 de la LCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11.1 letra f y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.