Recurso 49/2022
Resolución 179/2022

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA

Sevilla, 11 de marzo de 2022

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **PSICAS AYF, S.L.** contra los pliegos que rigen el contrato denominado "Servicios para la realización de estudios de satisfacción de usuarios, de calidad de servicios de transportes, de líneas, modos e infraestructuras de transporte pertenecientes al Consorcio Metropolitano de Transportes de la Bahía de Cádiz", convocado por el citado Consorcio, entidad adscrita a la Consejería de Fomento, Infraestructuras y Ordenación del Territorio (Expte. CONTR 2021/583811), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 24 de enero de 2022, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento. Ese mismo día los pliegos fueron puestos a disposición de los licitadores en el citado perfil.

El valor estimado del contrato, conforme a los pliegos que rigen el contrato, asciende a 160.000 euros.

A la presente licitación le es de aplicación la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP) y demás normas reglamentarias de aplicación, en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada disposición legal.

SEGUNDO. El 11 de febrero de 2022, tuvo entrada en el registro del Tribunal recurso especial en materia de contratación contra los pliegos que rigen la contratación referenciada, interpuesto por la entidad PSICAS AYF, S.L.

Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal se dio traslado del recurso al órgano de contratación requiriéndole la documentación necesaria para su tramitación y resolución, que fue posteriormente recibida en este Órgano.

El 25 de febrero de 2022, este Tribunal dictó resolución acordando la medida cautelar de suspensión del procedimiento de adjudicación instada por la entidad recurrente en su escrito de impugnación.

Mediante escritos de 2 de marzo de 2022, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso a los interesados en el procedimiento concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, sin que conste que se hayan formulado en el plazo concedido.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

SEGUNDO. Legitimación

Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP, dada su condición de licitadora en el procedimiento de adjudicación y habiendo presentado su proposición con posterioridad a la interposición de aquel.

TERCERO. Acto recurrible.

El recurso se interpone contra los pliegos de un contrato de servicios con un valor estimado superior a 100.000 euros, que es convocado por un ente del sector público con la condición de poder adjudicador; por tanto, debe admitirse el recurso al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1 a) y 2 a) de la LCSP.

CUARTO. Plazo de interposición.

El artículo 50.1 b) de la LCSP establece que "*El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles. Dicho plazo se computará:*
b) Cuando el recurso se interponga contra el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya publicado en el perfil de contratante el anuncio de licitación, siempre que en este se haya indicado la forma en que los interesados pueden acceder a ellos. Cuando no se hiciera esta indicación el plazo comenzará a contar a partir del día siguiente a aquel en que se le hayan entregado al interesado los mismos o este haya podido acceder a su contenido a través del perfil de contratante (...)".

En el supuesto analizado, el anuncio de licitación fue publicado en el perfil de contratante el 24 de enero de 2022, fecha en que los pliegos fueron puestos a disposición de los interesados a través del citado perfil. Por tanto, el recurso presentado el 11 de febrero en el registro de este Tribunal se ha formalizado dentro del plazo legal.

QUINTO. Fondo del asunto: alegaciones de recurrente y órgano de contratación.

La recurrente solicita la modificación del contenido de los pliegos objeto de impugnación y el otorgamiento de un nuevo plazo para la presentación de ofertas *«por parte de todas aquellas empresas que hayan podido ver limitada su opción a concurrir en el procedimiento»*.

Alega desproporción e imprecisión de los criterios y medios de acreditación de la solvencia económica, financiera y técnica; circunstancias que, a su juicio, limitan la concurrencia e impiden que las pequeñas y medianas empresas puedan competir en igualdad de condiciones. Sus alegatos son dos:

1. En el Anexo XV del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) sobre solvencia técnica o profesional, *«no se específica el número o importe a acreditar de servicios de igual o similar naturaleza»*.

2. El importe mínimo de 160.000 euros a acreditar como solvencia económica y financiera es elevado, *«teniendo en cuenta que es superior al presupuesto base de licitación 120.000 euros y que la LCSP, en su artículo 87, apartado 3 a), establece que "a) El criterio para la acreditación de la solvencia económica y financiera será el volumen anual de negocios del licitador o candidato, que referido al año de mayor volumen de negocio de los tres últimos concluidos deberá ser al menos una vez y media el valor estimado del contrato cuando su duración no sea superior a un año, y al menos una vez y media el valor anual medio del contrato si su duración es superior a un año."*

En el caso que nos ocupa, el valor anual medio del contrato es de 40.000 euros, por lo que creemos que el importe a acreditar como solvencia económica, debería ser 60.000 euros (una vez y media el valor anual medio del contrato)».

Frente al recurso se alza el órgano de contratación en su informe, esgrimiendo, en síntesis, lo siguiente:

1. En cuanto al alegato relativo a la solvencia técnica o profesional, señala que, cumpliendo los postulados del artículo 90 de la LCSP conforme al cual la solvencia técnica o profesional en los contratos de servicios deberá acreditarse por uno o varios de los medios descritos en el precepto, ha especificado en el Anexo XV del PCAP el medio descrito en el apartado a) del artículo 90 de la LCSP.

2. Respecto al alegato sobre la solvencia económica y financiera, manifiesta que el pliego se ha ajustado a lo previsto en el artículo 87.1 a) de la LCSP, mientras que el apartado 3 a) del mismo precepto -al que se refiere la recurrente- solo es aplicable cuando los pliegos no concreten los criterios y requisitos mínimos para la acreditación de la citada solvencia. Concluye, pues, que la cuantía fijada no impide la concurrencia y que las empresas pueden licitar en unión temporal si fuese necesario. Además, señala que la interpretación de la recurrente sobre el cálculo de la solvencia económica es subjetiva, sin que haya existido impedimento para la participación en la licitación como lo demuestra la presentación de cinco ofertas, incluida la de la propia recurrente.

SEXTO. Fondo del asunto: consideraciones del Tribunal.

Expuestas las alegaciones de las partes, procede su examen. Comenzamos, pues, con **el primer alegato del recurso** donde se esgrime que el Anexo XV del PCAP (solvencia técnica o profesional) no específica el número o importe a acreditar de servicios de igual o similar naturaleza.

Al respecto, el tenor del citado Anexo XV es el siguiente:

«1. Criterios de selección relativos a la solvencia técnica o profesional del empresario. La solvencia técnica o profesional se acreditará por el siguiente medio. (Artículo 90 LCSP).
Relación de los principales servicios realizados de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto del contrato, atendiendo a tal efecto al sistema establecido en el anexo I, indicando su importe, fechas y destinatario público o privado de los mismos, acompañada de los documentos acreditativos correspondientes. Los servicios efectuados se acreditarán mediante certificados expedidos o visados por el órgano competente, cuando el destinatario sea una entidad del sector público; cuando el destinatario sea un comprador privado, mediante un certificado expedido por éste o, a falta de este certificado, mediante una declaración del empresario.

El periodo para tener en consideración los servicios realizados será el de los tres últimos años, salvo que en el anexo I se establezca otro mayor, para garantizar un nivel adecuado de competencia y previa justificación en el expediente.

Para determinar que un 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. La Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado podrá efectuar recomendaciones para indicar qué códigos de las respectivas clasificaciones se ajustan con mayor precisión a las prestaciones más habituales en la contratación pública.(...)»

Pues bien, se observa que el Anexo XV del PCAP recoge el medio de acreditación de la solvencia técnica previsto para los contratos de servicios en el artículo 90.1 a) de la LCSP, relativo a la relación de los principales servicios o trabajos realizados de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto del contrato en el curso de, como máximo los tres últimos años, en la que se indique el importe, la fecha y el destinatario, público o privado de los mismos; pero no recoge el requisito mínimo de solvencia que deba cumplir cada licitador con base en dicho medio de acreditación. Es decir el Anexo cumple fijando el medio de acreditación de la solvencia técnica, pero omite el requisito mínimo de solvencia exigible con base en dicho medio.

Se infringe, pues, el artículo 74.2 de la LCSP conforme al cual *«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».* Asimismo, se vulnera el artículo 90.2 del mismo texto legal que prescribe para los contratos de servicios lo siguiente: *«En el anuncio de licitación o en la invitación a participar en el procedimiento y en los pliegos del contrato se especificarán los medios, de entre los recogidos en este artículo, admitidos para la acreditación de la solvencia técnica de los empresarios que opten a la adjudicación del contrato, con indicación expresa, en su caso, de los valores mínimos exigidos para cada uno de ellos y, en los casos en que resulte de aplicación, con especificación de las titulaciones académicas o profesionales, de los medios de estudio e investigación, de los controles de calidad, de los certificados de capacidad técnica, de la maquinaria, equipos e instalaciones, y de los certificados de gestión medioambiental exigidos».* (El subrayado es nuestro).

En conclusión, en el supuesto enjuiciado, el Anexo XV del PCAP no fija el requisito mínimo de solvencia técnica exigible a los licitadores, sino solo su medio de acreditación; vulnerándose lo establecido en los preceptos legales señalados. Debe estimarse, pues, el alegato.

En el **segundo motivo del recurso** se discute el requisito mínimo de solvencia económica establecido en el Anexo XIV del PCAP. El citado Anexo, relativo a la solvencia económica y financiera, establece:

«Criterios de selección relativos a la solvencia económica y financiera del empresario. La solvencia económica y financiera se acreditará del siguiente modo:
Artículo 87 de LCSP: Volumen anual de negocios de la persona licitadora que referido al mejor ejercicio dentro de los tres últimos disponibles en función de las fechas de constitución o de inicio de actividades de la persona licitadora y de presentación de ofertas por importe mínimo de: 160.000 euros.
El volumen anual de negocios de la persona licitadora se acreditará por medio de sus cuentas anuales aprobadas y depositadas en el Registro Mercantil, si el empresario estuviera inscrito en dicho registro, y en caso contrario por las depositadas en el registro oficial en que deba estar inscrito. Los empresarios individuales no inscritos en el Registro Mercantil acreditarán su volumen anual de negocios mediante sus libros de inventarios y cuentas anuales legalizados por el Registro Mercantil».

La recurrente considera desproporcionado el requisito mínimo de solvencia económica establecido en el PCAP y justifica su alegato en que el importe exigido es superior tanto al presupuesto de licitación (120.000 euros), como al que establece el propio legislador en el artículo 87.3 a) de la LCSP, concluyendo que siendo el valor anual medio del contrato 40.000 euros, el importe mínimo de solvencia económica a acreditar habría de ser 60.000 euros. Frente a ello, opone el órgano de contratación que no es de aplicación al supuesto analizado el artículo 87.3 a) de la LCSP porque tal apartado del precepto solo se aplica cuando los pliegos no hayan previsto nada al respecto. Además, considera que la solvencia económica establecida no ha impedido la participación en la licitación.

Este Tribunal ha ido acuñando una doctrina sobre esta materia. Así, en nuestra Resolución 194/2020, de 4 junio, señalábamos que *«Es doctrina reiterada de este Tribunal y del resto de Órganos administrativos de resolución de recursos contractuales que, si bien el órgano de contratación debe procurar la adecuada ejecución del contrato a través de adjudicatarios solventes, ha de cuidar, asimismo, que la solvencia establecida no sea más de la necesaria para alcanzar ese objetivo, y ello a fin de preservar los principios de libre concurrencia y de igualdad que no deben sufrir merma sin la oportuna y adecuada justificación.*

En tal sentido, el artículo 74.2 de la LCSP se refiere a la proporcionalidad de los criterios de solvencia al disponer que "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" y es doctrina reiterada de este Tribunal (v.g. Resolución 205/2015, de 10 de junio) que "en la elección de los requisitos de solvencia se han de conciliar los principios de libertad de acceso a las licitaciones y de no discriminación, con la necesidad de garantizar la buena marcha del contrato a través de adjudicatarios solventes. Es por ello, que el criterio de solvencia escogido por el órgano de contratación ha de estar vinculado al objeto y cuantía del contrato y ser razonablemente necesario para alcanzar el buen fin de éste, sin que tampoco pueda confundirse la discriminación con el hecho de que no todo licitador pueda alcanzar el nivel de solvencia exigido"».

En el supuesto enjuiciado, ciertamente el órgano de contratación debería haber justificado en el expediente la elección de este requisito mínimo de solvencia económica como prescribe el artículo 116.4 de la LCSP, lo que hubiese permitido verificar su proporcionalidad y objetividad en los términos prescritos por el artículo 74.2 del citado texto legal. No obstante, la recurrente no denuncia esta falta de justificación, sino solo su carácter desproporcionado por una serie de razones que este Tribunal no puede acoger sin más.

En primer lugar, hemos de señalar que el valor estimado del contrato es 160.000 euros (así se recoge en el Anexo I del PCAP), habida cuenta que el contrato -con un plazo de duración de 3 años- incluye una posible prórroga de un año. Así las cosas, el argumento de que el requisito mínimo de solvencia económica es superior al presupuesto del contrato (120.000 euros) debe matizarse, pues el valor estimado del mismo coincide precisamente con el requisito mínimo de solvencia establecido.

De este modo, el que la cuantía mínima de la solvencia económica exigida en el PCAP coincida con el valor estimado del contrato no hace a la primera en sí misma desproporcionada. Además, asiste la razón al órgano de contratación cuando manifiesta que lo dispuesto en el artículo 87.3 a) de la LCSP (precepto en que se basa la recurrente para realizar sus propios cálculos sobre la cuantía mínima que debería haberse requerido en la licitación) solo resulta de aplicación cuando los pliegos no hayan previsto los criterios y requisitos mínimos de solvencia económica; que no es el caso, pues el Anexo XIV del PCAP sí los concreta.

Y si bien pudiera entenderse que la previsión del artículo 87.3 a) de la LCSP actúa a modo de indicador o medidor objetivo de proporcionalidad, lo cierto es que aquella por sí sola es insuficiente para concluir que, en el supuesto analizado, la cuantía mínima de 160.000 euros es desproporcionada.

Es más, consta que en la presente licitación han presentado ofertas cinco licitadoras y una de ellas es la propia recurrente, por lo que ha de entenderse que, para ella, ha sido suficiente el criterio de solvencia económica fijado; de lo contrario, no habría podido presentar su proposición; sin que sea válida la impugnación de este requisito de solvencia en defensa de la legalidad y a favor de otras empresas que no hayan podido concurrir, como así se afirma en el recurso; pues, como es sabido, para acudir a esta vía especial de impugnación ha de ostentarse siempre un interés legítimo en los términos del artículo 48 de la LCSP.

Lo expuesto nos lleva a desestimar este segundo alegato, al no haber acreditado la recurrente desproporción en el requisito mínimo de solvencia económica establecido en el Anexo XIV del PCAP, por las razones que hemos argumentado. Lo anterior, debe entenderse sin perjuicio del deber que el legislador impone al órgano de contratación de justificar en el expediente la elección de todo criterio de solvencia (artículo 116.4 del texto contractual).

Con base en las consideraciones realizadas, el recurso debe estimarse parcialmente. Ello determina la anulación del contenido del PCAP cuya impugnación ha prosperado, lo que conlleva la del propio pliego y del resto de actos relacionados con su aprobación, debiendo, en su caso, promoverse una nueva licitación.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal,

ACUERDA

PRIMERO. Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **PSICAS AYF, S.L.** contra los pliegos que rigen el contrato denominado “Servicios para la realización de estudios de satisfacción de usuarios, de calidad de servicios de transportes, de líneas, modos e infraestructuras de transporte pertenecientes al Consorcio Metropolitano de Transportes de la Bahía de Cádiz”, convocado por el citado Consorcio, entidad adscrita a la Consejería de Fomento, Infraestructuras y Ordenación del Territorio (Expte. CONTR 2021/583811); y en consecuencia, anular los citados actos así como los del expediente de contratación relacionados con su aprobación.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión del procedimiento de adjudicación, adoptada por este Tribunal mediante Resolución de 25 de febrero de 2022.

TERCERO. De conformidad con lo establecido en el artículo 57.4 de la LCSP, el órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la presente resolución.

NOTIFÍQUESE la presente resolución a las partes interesadas en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.