Recurso 233/2022
Resolución 364/2022
Sección tercera

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

Sevilla, 6 de julio de 2022.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **PEZQUEÑINES SOCIEDAD CIVIL,** contra el Decreto de Alcaldía, de 27 de mayo de 2022, por el que se la excluye del procedimiento de licitación del contrato denominado «Gestión del servicio público de las 3 Escuelas infantiles municipales» (Expte. 1107/2022), convocado por el Ayuntamiento de Guillena (Sevilla) respecto de los lotes 1 y 3, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 22 de abril de 2022 se publicó, en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público y en el Diario Oficial de la Unión Europea, el anuncio de licitación, por procedimiento restringido, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución con un valor estimado de 4.459.151,84 euros.

La presente licitación se rige por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP) y demás disposiciones reglamentarias de aplicación, en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada LCSP.

Mediante Decreto de Alcaldía, n.º 576, de 27 de mayo de 2022, se acuerda excluir, respecto del lote 1 y 3, a la entidad PEZQUEÑINES SOCIEDAD CIVIL del procedimiento de licitación del contrato citado en el encabezamiento. El mencionado acto fue remitido y notificado a la recurrente el 3 de junio de 2022.

SEGUNDO. El 14 de junio de 2022 tuvo entrada en el registro de este Tribunal, escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad PEZQUEÑINES SOCIEDAD CIVIL (en adelante la recurrente) contra el citado acuerdo de exclusión. Además la recurrente solicita en su escrito la medida cautelar de suspensión del procedimiento licitación.

Por la Secretaría del Tribunal se da traslado al órgano de contratación del citado escrito de recurso y se le solicita que aporte el informe sobre el mismo, así como la documentación necesaria para su tramitación y resolución. Lo solicitado fue recibido en este Órgano el 20 de junio de 2022.

Este Tribunal mediante Resolución de 27 de junio de 2022, adopta la medida cautelar de suspensión del procedimiento de licitación, respecto de los lotes 1 y 3 solicitada por la recurrente.

Por último, el día 21 de junio de 2022, la Secretaría del Tribunal concedió un plazo de 5 días hábiles a las entidades licitadoras para que formularan las alegaciones al recurso interpuesto que considerasen oportunas, no habiéndose recibido ninguna en el plazo concedido para ello.

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 artículo 10.3 del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, en su redacción dada por el Decreto 120/2014, de 1 de agosto; toda vez que el Ayuntamiento de Guillena no ha manifestado que disponga de órgano propio, por sí o a través de la Diputación Provincial, para la resolución del recurso, habiendo remitido a este Tribunal toda la documentación necesaria para su resolución.

SEGUNDO. Legitimación.

Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso dada su condición de licitadora en el procedimiento de adjudicación, respecto de los lotes 1 y 3, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP.

TERCERO. Acto recurrible.

En el presente supuesto el acto recurrido es la exclusión acordada en un contrato de concesión de servicios, con un valor estimado superior a tres millones de euros, y convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública. Por lo que, contra el citado acto cabe recurso especial en materia de contratación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 44.1.c) y 2.b) de la LCSP.

CUARTO. Plazo de interposición.

En cuanto al plazo de interposición del recurso, en el supuesto examinado, conforme a la documentación enviada por el órgano de contratación, se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 c) de la LCSP.

Sobre esta cuestión, el órgano de contratación argumenta que el recurso debe considerarse extemporáneo por impugnar de forma indirecta los pliegos. Sin embargo, tras analizar este Tribunal esta cuestión se considera como se ha indicado que el acto formal y materialmente impugnado es el acuerdo de exclusión por lo que no cabe considerar el recurso extemporáneo.

QUINTO. Fondo del asunto. Alegaciones de las partes.

1. Actuaciones realizadas en el seno del procedimiento de licitación.

El 24 de mayo de 2022, tuvo lugar sesión de la mesa de contratación en la que se indica que una vez analizada la documentación presentada por los distintos licitadores se propone excluir de la licitación a la entidad recurrente, no procediendo a cursarle invitación, dado que no acredita la solvencia técnica y profesional exigida en el pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante PCAP). El 27 de mayo de 2022, se dicta Decreto de Alcaldía

nº576 en el que se acuerda la exclusión de la entidad recurrente confirmando así la propuesta realizada por la mesa de contratación.

Como se ha indicado, la entidad recurrente es excluida dado que no acredita el cumplimiento de la solvencia técnica o profesional por el medio exigido en el PCAP. El mismo queda establecido en la cláusula 8.2. del PCAP de la siguiente forma: *«Solvencia técnica: Haber prestado servicios de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto del contrato en el curso de los tres últimos años, por un importe anual acumulado en el año de mayor ejecución igual o superior a la mitad de una anualidad del valor estimado del contrato».*

Por otro lado, en la cláusula 9.1.c) del PCAP se establece la documentación acreditativa de los medios de solvencia. En concreto respecto de la solvencia técnica o profesional indica lo siguiente:

> *«La acreditación de la solvencia profesional se realizará mediante la presentación de una relación de los servicios ejecutados en el curso de los últimos tres años. Dicha relación deberá incluir importes, fechas, si han sido llevadas a cabo mediante contratos directos o subcontratos, lugar de ejecución y el destinatario público o privado de los mismos. Adicionalmente, el órgano de contratación podrá requerir la presentación de certificados de buena ejecución para los más importantes.*
>
> *En las Uniones Temporales de Empresarios, a efectos de determinación de su solvencia, se acumularán las características acreditadas para cada uno de sus integrantes».*

2. Alegaciones de las partes.

a) Alegaciones de la recurrente.

La recurrente alega que sí cumple los requisitos de solvencia. Por un lado, defiende que acredita el medio de solvencia económica y financiera y respecto de la solvencia técnica o profesional argumenta:

> *«Para el caso que nos ocupa debe recalcarse la condición de empresa de nueva creación que mantiene Pezqueñines S.L., entendiendo por tal aquella que tenga una antigüedad inferior a cinco años. Dicha característica, unido a que la presente licitación se trata de un contrato no sujeto a regulación armonizada, la LCSP trajo como novedad, en su entrada en vigor, para aquellas empresas que no puedan acreditar su solvencia técnica mediante la experiencia en trabajos similares al que es objeto de licitación, la flexibilidad a la hora de acreditar solvencia técnica o profesional en los contratos no sujetos a regulación armonizada.*
>
> *Así, el artículo 90.4 de la Ley de Contratos de Sector Público, para los contratos de servicios, (por la remisión del residual artículo 91 al 90, que regula la solvencia técnica en los contratos de servicios), disponen que, en los contratos no sujetos a regulación armonizada, cuando el contratista sea una empresa de nueva creación, su solvencia técnica se acreditará por uno o varios de los medios a que se refiere cada precepto respectivamente, "sin que en ningún caso sea aplicable lo establecido en la letra a), relativo a la ejecución de un número determinado de obras/suministros/servicios".*
>
> *(...)*
>
> *A tenor de lo recién expuesto en el presente suplico, Pezqueñines S. L., aporta uno de los medios establecidos para acreditar solvencia técnica en los referidos puntos de las letras de la "b)" a la "i)" del artículo 90 de la Ley de Contratos del Sector Público, concretamente los títulos académicos y profesionales del empresario y de los directivos de la empresa, tal y como dicta la ley»*

Por lo anterior, solicita que se estime el recurso interpuesto y que se admita su solicitud de invitación a la licitación y se continúe el procedimiento.

b) Alegaciones del órgano de contratación.

Por otro lado el órgano de contratación en su informe al recurso argumenta que el medio que queda configurado en el PCAP para la acreditación de la solvencia es el correspondiente al artículo 90.1.a) de la LCSP. En este sentido, reconoce que el artículo 90.4. de la LCSP establece una regulación específica para las empresas de nueva creación de forma que su solvencia técnica se acredite por uno o varios de los medios a que se refieren las letras b) a i) del apartado primero del citado artículo en lugar del regulado en la letra a). Sin embargo, afirma, esta regulación se refiere exclusivamente a la forma de acreditación de la solvencia exigida en los pliegos y no establece por sí misma ningún umbral ni exigencia para cada uno de los requisitos de solvencia previstos.

Sobre lo anterior se refiere al contenido de la Resolución 126/2020, de 28 de septiembre, del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi de la que resalta, en síntesis, las siguientes conclusiones que se contienen en la misma:
- Que no cabe que una persona física que se presenta como trabajador autónomo acredite su solvencia técnica con trabajos prestados en el marco de una relación de trabajo por cuenta ajena.
- Que esta forma de acreditar la solvencia -la relativa a los trabajos realizados por cuenta ajena- conlleva que no se puedan individualizar las fechas e importes de cara a la correcta acreditación del medio de solvencia exigido.
- Que es el órgano de contratación el que debe definir los medios de acreditación de solvencia en los pliegos y que, si este no ha establecido medios alternativos y el mismo ha devenido firme por no haber sido impugnado, no cabe que la mesa de contratación pueda aceptar un medio de acreditación diferente al fijado en el PCAP.
- Que no cabe invocando el artículo 90.4 del PCAP entender que queda al albur de la entidad licitadora de nueva creación la elección del medio de acreditación de solvencia y su graduación dado que ello sería contrario al principio de igualdad de trato entre los licitadores.

En este sentido, el órgano de contratación concluye que la recurrente era consciente de que no se podía aceptar la documentación que había entregado para la acreditación de la solvencia, en tanto que no está prevista en el PCAP, y considera que en realidad el objeto de la impugnación es de forma indirecta los propios pliegos -dado que lo que se cuestiona es la forma prevista en el PCAP para la acreditación de la solvencia- por lo que concluye, que habría de entenderse el recurso extemporáneo y solicita, como anteriormente se ha indicado, su inadmisión.

SEXTO. Fondo del recurso. Consideraciones del Tribunal.

Procede ahora entrar a analizar el fondo de la controversia que se centra en discernir si la exclusión de la recurrente fue o no correcta, atendiendo a lo establecido en el propio PCAP y en la LCSP.

El órgano de contratación considera que al no quedar establecido en el PCAP desde un primer momento -y estando este firme por no haber sido impugnado-, no cabe posteriormente que se pueda establecer un medio alternativo para la acreditación de la solvencia técnica o profesional de este tipo de entidades de nueva creación lo que conlleva indefectiblemente que la recurrente deba ser excluida.

En primer lugar, procede indicar que no es objeto de controversia la condición de la recurrente de empresa de nueva creación, en tanto que el órgano de contratación no lo cuestiona y así se desprende del acuerdo de constitución de la misma de 16 de marzo de 2022. Asimismo, tampoco lo es que nos encontramos ante un procedimiento de licitación no sujeto a regulación armonizada.

Sobre esta cuestión, recordemos que el artículo 86.1 del LCSP en su párrafo tercero establece: *«La solvencia económica y financiera y técnica o profesional para un contrato se acreditará mediante la aportación de los*

documentos que se determinen por el órgano de contratación de entre los previstos en los artículos 87 a 91 de la presente Ley.
Sin perjuicio de lo establecido en el párrafo siguiente, para los contratos que no estén sujetos a regulación armonizada el órgano de contratación, además de los documentos a los que se refiere el párrafo primero, podrá admitir de forma justificada otros medios de prueba de la solvencia distintos de los previstos en los artículos 87 a 91.
Cuando por una razón válida, el operador económico no esté en condiciones de presentar las referencias solicitadas por el órgano de contratación, se le autorizará a acreditar su solvencia económica y financiera por medio de cualquier otro documento que el poder adjudicador considere apropiado».

Además, al referirse de forma más concreta a la mencionada acreditación de la solvencia técnica o profesional en los contratos de servicios, el artículo 90.4 de la LCSP regula un régimen especial respecto de las empresas de nueva creación. En este sentido, se establece que: *«En los contratos no sujetos a regulación armonizada, cuando el contratista sea una empresa de nueva creación, entendiendo por tal aquella que tenga una antigüedad inferior a cinco años, su solvencia técnica se acreditará por uno o varios de los medios a que se refieren las letras b) a i) anteriores, sin que en ningún caso sea aplicable lo establecido en la letra a), relativo a la ejecución de un número determinado de servicios»*. Como afirman las partes, en el presente supuesto el PCAP solo prevé como medio para acreditación de la solvencia el establecido en el artículo 90.1.a) que es precisamente el que se excepciona para las empresas de nueva creación. Cabe destacar que la posibilidad de acreditación de la solvencia técnica o profesional para las empresas de nueva creación por el resto de medios establecidos en el artículo 90 queda regulada de forma necesaria, no resultando una cuestión que quede a la discrecionalidad del órgano de contratación.

Así, si bien efectivamente se debería de haber previsto en el PCAP uno o varios medios de acreditación de la solvencia alternativo para las entidades de nueva creación -al no estar el contrato sujeto a regulación armonizada-, no parece razonable que su omisión haya de conllevar a la exclusión automática de los licitadores que se encuentren en dicha situación, dado que los preceptos transcritos son claros y no facultan al órgano de contratación sino que le obligan a que acepten la acreditación de la solvencia técnica o profesional por otros medios.

En supuestos similares al presente este Tribunal ha concluido (v.gr. Resolución 151/2021, de 22 de abril) que: *«cabrían pues dos posibilidades. La primera, que los licitadores presenten los documentos que consideren oportunos para que por el poder adjudicador se emita un juicio de suficiencia. Esta opción presenta el inconveniente, entre otros, de que podría dar lugar a varios trámites. Así, al calificar dicha documentación la mesa podría simplemente rechazarla o hacerlo indicando qué documentación consideraría como suficiente o apropiada. La segunda posibilidad es que constatada que una empresa es de nueva creación, sea la mesa la que requiera la presentación de la documentación que considere adecuada»* a efectos de acreditar en este caso la solvencia técnica o profesional.

De esta manera, parece lo mas acorde a la finalidad del precepto que sea la mesa de contratación la que en el requerimiento de aportación de documentación en sede de subsanación establezca, al menos inicialmente, qué documentación considera apropiada a los efectos de entender acreditado el cumplimiento del requisito de solvencia técnica o profesional de entre los establecidos en el artículo 90.1 de la LCSP, a menos que considere suficiente la documentación inicialmente aportada por la recurrente en su oferta. Así pues, deberá ser el mencionado órgano el que determine si la entidad acredita el requisito de solvencia exigido atendiendo a su condición de empresa de nueva creación. Por tanto, desde esta perspectiva procede la estimación del recurso.

Sin embargo, dadas las facultades estrictamente revisoras de este Tribunal, no podemos sustituir a la mesa en sus funciones de apreciación y calificación de la documentación, entre la que se encuentra la acreditativa de la solvencia técnica o profesional, que es a la que se circunscribe la presente resolución, por lo que no procede, como se solicita en el recurso, que se acuerde la admisión de su solicitud de participación en el procedimiento de licitación a la recurrente.

Con base en las anteriores consideraciones, procede estimar parcialmente el recurso presentado, anulando el acto de exclusión de la recurrente respecto del lote 1 y 3, con retroacción de las actuaciones al objeto de que se determine por la mesa de contratación la documentación que se considera apropiada, en caso de que entienda motivadamente que la aportada no es suficiente conforme al objeto del contrato, para acreditar la solvencia técnica o profesional de la entidad recurrente con continuación, en su caso, de las actuaciones.

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 **PEZQUEÑINES SOCIEDAD CIVIL,** contra el Decreto de Alcaldía, de 27 de mayo de 2022, por el que se la excluye del procedimiento de licitación del contrato denominado «Gestión del servicio público de las 3 Escuelas infantiles municipales» (Expte. 1107/2022), convocado por el Ayuntamiento de Guillena (Sevilla) respecto de los lotes 1 y 3, anulando el acto de exclusión, para que se proceda en los términos expuestos en el fundamento de derecho sexto de la presente resolución.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión del procedimiento de adjudicación, respecto de los lotes 1 y 3, adoptado por este Tribunal mediante Resolución de 27 de junio 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 personas 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.