

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

En Madrid, a 22 de diciembre de 2016.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don V.P.S., en nombre y representación de la empresa Eulen, S.A., contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y convocatoria del contrato de servicios de “Apoyo a las labores de información y atención al público de la oficina de vivienda”, expediente A/SER-002885/2016, tramitado por la Consejería de Transportes, Vivienda e Infraestructuras, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante Orden de 26 de octubre de 2016, de la Consejería de Transportes, Vivienda e Infraestructuras se convocó procedimiento abierto para la adjudicación del contrato mencionado mediante criterio el precio más bajo. La publicación de la licitación tuvo lugar en el DOUE el 2 de noviembre, en el perfil de contratante el 4, en el BOCM de 10 de noviembre y en el BOE el 22. El presupuesto base de licitación es de 2.172.334,28 euros. La duración prevista de dos años prorrogables por otros dos. El valor estimado asciende a 4.779.135,41 euros.

Segundo.- El apartado 5 de la Cláusula 1 del Pliego de Cláusulas Administrativas

Particulares (PCAP), establece que el empresario deberá acreditar su solvencia económica y financiera:

“- Artículo 75.1 del TRLCSP, apartado a): cifra anual de negocios, o bien cifra anual de negocios en el ámbito al que se refiera el contrato, en los tres últimos años, con indicación expresa del valor mínimo exigido.

Criterio de selección:

Declaración relativa a la cifra de negocios realizados por la empresa en relación con la información y atención al público en materia de planes y programas de vivienda en los tres últimos años naturales (concluidos) y anteriores a la fecha de finalización del plazo de presentación de proposiciones, que habrá de ser igual o superior, en al menos uno de los tres, a 1.629.250,71 euros (75% de la base imponible del contrato), IVA excluido. Se acreditará mediante certificado de las entidades contratantes para las que se hayan ejecutado las obras o servicios alegados”.

Tercero.- Con fecha 25 de noviembre de 2016 se ha presentado en el Registro General de la Consejería de Transportes, Vivienda e Infraestructuras escrito de Eulen alegando que el PCAP exige unos requisitos de solvencia económica excesivos y un agravamiento de los requisitos de solvencia técnica.

La recurrente solicita mediante Otrosí la suspensión *“de la tramitación del presente recurso (que no del procedimiento de adjudicación) entretanto se resuelva sobre la admisión o no de la oferta formulada por mi representada”*.

El 5 de diciembre, el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP).

A la licitación se han presentado tres ofertas: GSS Venture, S.L., Atlas Servicios Empresariales, S.A. y la recurrente. En el expediente remitido consta que la apertura de la documentación previa a que se refiere el artículo 146 del TRLCSP,

que tuvo lugar el 2 de diciembre, para la calificación de la documentación administrativa presentada por los licitadores al citado contrato, Eulen ha formulado oferta y no ha sido objeto de requerimiento de subsanación de documentación, por lo que debe entenderse admitida al procedimiento de adjudicación.

Requerido Eulen para que manifieste expresamente si mantiene el recurso, renuncia o desiste, ha contestado que *“mantiene el recurso formulado, porque el órgano de contratación aún puede pronunciarse acerca de la solvencia de mi mandante, toda vez que aún no ha tenido ocasión de comprobarla. De acuerdo con lo previsto en el PCAP (página 17), mi mandante presentó una declaración responsable, por lo que el órgano de contratación aún puede excluir la oferta de mi mandante aplicando las cláusulas del pliego impugnadas, cuando presente la documentación justificativa de su solvencia, ya sea en el trámite del artículo 151 del TRLCSP, ya en el previsto en las cláusulas 11 ó 14 del PCAP”*.

Cuarto.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de interesados, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 46.3 del TRLCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones.

Se ha recibido escrito de alegaciones de Atlas Servicios Empresariales, S.A. Manifiesta que viene a adherirse al recurso especial formulado por Eulen, poniendo énfasis en la alegación relativa a vulneración del artículo 45 de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de Apoyo a los Emprendedores y su Internacionalización, sobre *“prohibición de discriminación a favor de contratistas previos en los procedimientos de contratación pública”*. Los méritos preferentes basados en la implantación territorial, o en la experiencia en contratos anteriores suscritos con entidades públicas adquieren el rango determinante para la selección y adjudicación, con clara discriminación de las empresas que, pudiendo acceder por su solvencia económica, financiera y técnica, no puedan puntuar por carecer del arraigo territorial o autonómico, lo que vulnera la exigencia de igualdad en la contratación pública. Asimismo alega que el mantenimiento de la exigencia de certificaciones de actividad previa relacionada con *“planes y programas de vivienda”*, supondría el cierre

definitivo a empresas que no hayan desarrollado la misma con anterioridad, en tanto que estas solo pueden hacerse desde entidades de Derecho público. De lo contrario, el servicio licitado se convertiría en un auténtico “coto cerrado” de imposible acceso por otros operadores, en acusada transgresión de las reglas elementales de la libre competencia.

Asimismo, ha formulado alegaciones GSS Venture, S.L., que por los motivos que serán tenidos en cuenta al analizar el recurso solicita la desestimación del recurso especial interpuesto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo.- Opone el órgano de contratación, con cita de alguna Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, que con la interposición del recurso contra los pliegos la recurrente contradice su voluntad manifestada al presentar la oferta de aceptar pura y simplemente, sin condición, salvedad o reserva, los pliegos. Así la interposición por la licitadora del recurso contra los pliegos posterior a la presentación de la oferta es una actuación contraria tanto a sus propios actos (*venire contra factum propium non valet*) como a la buena fe, pues si la recurrente consideraba que los pliegos son contrarios a derecho debió haberlos recurrido antes de concurrir a la licitación.

Asimismo GSS Venture opone a la admisión del recurso que la recurrente ha solicitado aceptando el PCAP y en consecuencia el dimensionamiento de la solvencia económica y su forma de acreditación. Por el principio de seguridad jurídica no es posible ahora cuestionar la validez jurídica del mismo, en tanto (i) no solo no existe un vicio de nulidad de pleno derecho en el Pliego de Cláusulas Administrativas

Particulares (como justificamos en la alegación quinta siguiente) sino que (ii) la recurrente ni siquiera ha alegado tal vicio limitándose a calificarlos como disconformes a derecho, lo que supone invocar una mera anulabilidad que quedaría convalidada por la participación de la propia recurrente en la licitación.

No comparte este Tribunal tal argumentación dado que de estimarse el recurso, Eulen podría obtener la ventaja de participar en el procedimiento de una manera menos gravosa, removiendo los obstáculos que considera se lo impiden. La posición doctrinal que plantea que la impugnación del PCAP ha de ser anterior a la presentación de la oferta, inadmitiendo el recurso una vez presentada esta no puede ser acogida, pues nada impide que quien pretende impugnar los pliegos pueda concurrir a la licitación para evitar que, en caso de que su recurso no prospere, quede privado de la posibilidad de obtener la adjudicación del contrato (RTACRC 213/2012). Al contrario, más bien la legitimación viene dada por la propia participación en el procedimiento pues la potencialidad de ser licitador como supuesto legitimador no tendría ninguna virtualidad si no se ejercita ésta de manera efectiva. Tratándose de contratos administrativos, precisamente el interés legítimo viene determinado en general por la participación en la licitación, por cuanto quienes quedan ajenos a la misma, en principio no resultan afectados en sus derechos e intereses. Como reiteradamente venimos sosteniendo la interpretación del concepto legitimación activa ha de hacerse en sentido amplio y de acuerdo con el principio *pro actione*. Cualquier persona interesada en una licitación debe poder participar en ella aun cuando el contenido de los pliegos que la rigen le plantee dudas desde el punto de vista legal. La norma del artículo 145 del TRLCSP relativa a la aceptación incondicional del contenido de los pliegos por el hecho de haber formulado oferta produce su efecto respecto de los pliegos que han adquirido firmeza por no haber sido recurridos en plazo o en el caso de haberlo sido por haber sido desestimado el recurso. La misma presentación de un recurso formulado en plazo contra el contenido de los pliegos no es sino una manifestación de la disconformidad con el mismo, solicitando al órgano competente que manifieste si se ajusta o no a la normativa vigente y destruye la presunción de aceptación del pliego a que se refiere el artículo 145 del TRLCSP.

La exigencia de formular el recurso antes que la oferta además supondría que, en algunos supuestos (de contratos no sujetos a regulación armonizada), el plazo de presentación del recurso finalizaría antes que el plazo de presentación de ofertas viéndose obligado a presentarlo como muy tarde el 14º día natural y no dentro de los 15 días hábiles como establece el artículo 44 del TRLCSP, limitando el ejercicio del derecho de tutela judicial efectiva. Resulta indiferente si la impugnación es previa o posterior a la presentación de la oferta, en todo caso se está manifestando dentro del plazo legal la disconformidad con las condiciones de la licitación y la formulación de la oferta como se ha dicho además de una manifestación del interés por participar en la misma es una cautela ante la posible desestimación de los motivos del recurso.

En consecuencia, cabe reconocer que el recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica que manifiesta su interés en licitar, que además lo ha concretado al haber presentado oferta y “cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso” (Artículo 42 del TRLCSP).

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso se interpuso contra el PCAP de un contrato de servicios CPV 75110000, incluido dentro de los “otros servicios administrativos y servicios gubernamentales” a que se refiere el anexo XIV de la Directiva 2014/24/UE, cuyo valor estimado supera el importe de 750.000 euros establecido en el artículo 4 letra d) de la misma, en consecuencia sujeto a regulación armonizada, que se adjudicará de conformidad con lo previsto en el artículo 74 y siguientes de la citada Directiva. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 40.1.a) y 2.a) del TRLCSP.

Cuarto.- Opone el órgano de contratación la extemporaneidad del recurso dado que si la publicación tuvo lugar en el DOUE el 2 de noviembre y los pliegos estaban a disposición de los interesados en las oficinas del órgano de contratación el plazo

finalizó el 24 de noviembre cuando el recurso se presentó el 25.

El recurso especial en materia de contratación se configura como un recurso rápido y eficaz. La Directiva 2007/66, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007, por la que se modifican las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE del Consejo, en lo que respecta a la mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos, dispone en relación al recurso y su plazo de interposición, en el artículo 2 *quáter*, que la legislación nacional debe establecer los plazos mínimos para la interposición del recurso.

La interpretación de la regulación nacional ha de hacerse a la luz de la Directiva de la Unión Europea.

Por su parte el artículo 44.2 del TRLSP establece reglas de cómputo según cuál sea el acto objeto del recurso especial:

“a) 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 aquél en que los mismos hayan sido recibidos o puestos a disposición de los licitadores o candidatos para su conocimiento conforme se dispone en el artículo 158 de esta Ley”.

El citado artículo 158 establece que *“cuando no se haya facilitado acceso por medios electrónicos, informáticos o telemáticos a los pliegos y a cualquier documentación complementaria, éstos se enviarán a los interesados en un plazo de seis días a partir de la recepción de una solicitud en tal sentido, siempre y cuando la misma se haya presentado, antes de que expire el plazo de presentación de las ofertas”*.

El artículo 142.4 del TRLCSP establece que los anuncios de licitación se publicarán, asimismo en el perfil de contratante del órgano de contratación.

Establece el artículo 19.1 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre (RPER) que *“Cuando el recurso se interponga contra el anuncio de licitación, el plazo comenzará a contarse a partir del día siguiente a la fecha de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea, salvo que la Ley no exija que se difunda por este medio. En este último caso el plazo comenzará a contar desde el día siguiente a la fecha de publicación en el perfil de contratante del órgano de contratación, y en el supuesto de que ésta última fecha no estuviera acreditada fehacientemente desde el día siguiente a la fecha de publicación en el «Boletín Oficial del Estado» o, en su caso, en los diarios o boletines oficiales autonómicos o provinciales, según proceda.”* Y en su apartado dos que *“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 aquél en que se haya publicado en forma legal la convocatoria de la licitación, de conformidad con lo indicado en el apartado 1 de este artículo, si en ella se ha hecho constar la publicación de los pliegos en la Plataforma de Contratación del Sector Público o el lugar y forma para acceder directamente a su contenido”*. Este mismo artículo diferencia el supuesto de no puesta a disposición por medios electrónicos de manera que *“cuando no se hubieran puesto a disposición de los interesados por medios electrónicos el plazo comenzará a contar desde el día siguiente a aquél en que se hayan entregado al recurrente”*.

La puesta a disposición de los licitadores de los pliegos se refiere a la posibilidad de acceso directo a través de medios electrónicos, informáticos o telemáticos, diferenciando así este supuesto de aquellos otros en que tal disponibilidad no se facilita, siendo necesario el acceso a través de la solicitud al órgano de contratación en los términos del mencionado artículo 158. Esta es la interpretación recogida también en el artículo 53 de la Directiva 2014/24/UE cuando en su apartado 1 obliga a los poderes adjudicadores a ofrecer por medios electrónicos un acceso libre, directo, completo y gratuito a los pliego de contratación a partir de la fecha de publicación del anuncio (no después) debiendo el texto del

anuncio indicar la dirección de internet en que puede consultarse esta documentación. El mencionado artículo distingue así la disponibilidad de los pliegos de los supuestos en que no pueda ofrecerse el acceso libre, directo, completo y gratuito por medios electrónicos en que el plazo de presentación de las ofertas se prolongará cinco días.

De manera que, en este caso, el *dies a quo* del plazo legal para interponer el recurso viene determinado por la publicación en el DOUE y la puesta a disposición del PCAP en el perfil de contratante.

En este caso la convocatoria de la licitación se efectuó en el DOUE al tratarse de un contrato sujeto a regulación armonizada, tal y como exige el artículo 142 del TRLCSP, el día 2 de noviembre de 2015, poniéndose los pliegos a disposición de los licitadores en el Perfil de contratante el día 4 del mismo mes. La objeción de que el anuncio indicaba la doble posibilidad de descargar los pliegos de la dirección de internet o en la sede de la unidad de contratación no puede determinar que el *días a quo* sea el 2 de noviembre porque los pliegos no eran susceptibles de acceso directo en esa fecha y ofreciendo la disposición por medios electrónicos tampoco cabe aplicar la otra opción legal de iniciar el computo el día en que se entregaron al recurrente (que además no consta).

El recurso tuvo entrada en el registro del órgano de contratación el día 24 de noviembre de 2016, por lo que su interposición resulta dentro del plazo legal.

Cabe aún hacer otra consideración en cuanto a la tramitación del procedimiento de recurso, ésta en relación a la solicitud de la recurrente de suspensión del mismo.

Al efecto, GSS Venture opone que la recurrente pretende impugnar los Pliegos y participar en el concurso pero acepta que su recurso no se tramite si se la admite a la comparación de ofertas, esto es, si no se aplican los propios pliegos. Sin embargo, la recurrente ha participado en la licitación acreditando su solvencia

económico financiera y técnica y profesional por medio de la opción A de documentación de la Cláusula 11, letra A) del PCAP, esto es, por medio del Documento Europeo Único de Contratación (DEUC). Esto es, la recurrente ha manifestado que cumple con el requisito que impugna y realiza una oferta económica que será indefectiblemente admitida a comparación, en un sistema de examen de documentación en el que la comprobación de la solvencia económico financiera y técnica y profesional se realiza a posteriori de la proclamación de la mejor oferta. De manera que sabiendo que va a ser admitida a la licitación y su oferta se va a valorar pero recurre ahora por si pierde luego la licitación en el caso de que su oferta sea considerada peor que la ganadora. De manera que, en realidad, la recurrente no recurre porque no la vayan a admitir a la licitación sino que se guarda una baza de anulación completa del concurso para el caso de que su oferta sea mejorada por otra ganadora. De esta manera, concluye, que concurren los elementos del fraude de ley conforme al artículo 6.4 del código Civil y también cabe predicar abuso de derecho conforme al artículo 7.2 del mismo texto legal, lo que se traduce en la inadmisión a trámite del recurso o su desestimación.

La Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo de las Administraciones Públicas, si bien contempla la posibilidad de ampliación del plazo para resolver y notificar así como la suspensión del plazo máximo para resolver un procedimiento, no contempla la paralización del mismo a solicitud del solicitante de su inicio. Esta petición, contenida en el recurso, realmente tiene la naturaleza de condición suspensiva de su propia presentación, haciendo depender la existencia o no del recurso de cómo resulte su posición en el procedimiento de adjudicación al que se refiere. Se trata de una situación equiparable a quien no recurre en plazo los pliegos o los anuncios y pretende invocar defectos de esta fase cuando notificada la adjudicación no ha resultado favorecido. No es admisible la presentación de recursos con esta condición suspensiva (realmente determina la existencia del propio recurso). Tal como alega GSS Venture la admisión condicional del recurso supondría una ventaja para la recurrente que haría valer un recurso contra el contenido de los pliegos de forma extemporánea solo en el momento de saber si es o no seleccionada. Si realmente se considera que una cláusula es contraria a la

normativa de contratación del sector público y pretende la tutela del órgano jurisdiccional ha de ponerlo de manifiesto con la interposición del correspondiente recurso (incluyendo que una posible estimación puede determinar la nulidad de la convocatoria y la consecuente no valoración de su oferta), y si no lo hace ha de aceptar que el contenido de los pliegos rija el procedimiento de adjudicación con el clausulado que no se ha impugnado sin poder invocar con posterioridad ningún vicio.

Habiendo manifestado expresamente el recurrente su intención de mantener el recurso, estando presentado en plazo, entendemos que la condición suspensiva de tramitación del recurso ha de tenerse por no puesta y que procede su tramitación y resolución sin perjuicio de los recursos que puedan ser procedentes contra los actos de trámite o la propia adjudicación.

Quinto.- El primer motivo de recurso se refiere a la exigencia de unos requisitos de solvencia económica excesivos.

Se alega por la recurrente que la exigencia contenida en el PCAP, reproducida en los antecedentes de hecho, resulta contraria al principio de libre competencia y al propio tenor del artículo 75 del TRLCSP, además de confundir los requisitos de solvencia económica y financiera con los previstos para acreditar la solvencia técnica. Considera que si el medio empleado es la cifra de negocios del licitador, esta debe ser la global de la empresa y no limitada al concreto objeto contractual del pliego. Lo máximo que autoriza a restringir el artículo 75 es al “*ámbito de actividades correspondiente al objeto del contrato*” y siempre y cuando se encuentre justificado (“*en su caso*”, dice literalmente el artículo). Lo que se está pidiendo es la cifra de negocios (facturación) en una concreta prestación que coincide literalmente con el objeto del contrato. Eso resulta más restrictivo que “*ámbito de actividades correspondiente al objeto de contrato*”. Igualmente restrictivo es el medio empleado para la acreditación: “*certificado de las entidades contratantes para las que se hayan ejecutado las obras o servicios alegados*”.

En segundo lugar se argumenta que la exigencia de solvencia económica supone un agravamiento de los requisitos de solvencia técnica y que se está premiando la experiencia en contratación con el sector público dado que la acreditación ha de realizarse por medio de certificados.

Se alega por la recurrente que el hecho de exigir que los licitadores justifiquen en sede de solvencia económica una cantidad superior (1.629.250,71 euros, frente a 1.250.000 euros), durante un plazo inferior (3 años, frente a 5) y en un tipo de servicios mucho más concreto (información y atención al público en materia de planes y programas de vivienda, frente a cualquier servicio cuyo CPV coincide con los dos primeros dígitos del CPV del objeto del contrato), supone exigir una solvencia técnica superior a la prevista en el propio pliego y, lo que es peor, a la establecida en la normativa de aplicación, pues excede con mucho las previsiones del artículo 78 del TRLCSP, reconduciendo a una exigencia muy superior y rígida que la prevista en el artículo 11.b) del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Pública aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre que dispone:

“b) El criterio para la acreditación de la solvencia técnica o profesional será el de la experiencia en la realización de trabajos o suministros del mismo tipo o naturaleza al que corresponde el objeto del contrato, que se acreditará mediante la relación de los trabajos o suministros efectuados por el interesado en el curso de los cinco últimos años, o de los diez últimos años si se tratara de obras, en ambos casos correspondientes al mismo tipo o naturaleza al que corresponde el objeto del contrato, avalados por certificados de buena ejecución, y el requisito mínimo será que el importe anual acumulado en el año de mayor ejecución sea igual o superior al 70% del valor estimado del contrato, o de su anualidad media si esta es inferior al valor estimado del contrato. A efectos de determinar la correspondencia entre los trabajos o suministros acreditados y los que constituyen el objeto del contrato, cuando exista clasificación aplicable a este último se atenderá al grupo y subgrupo de clasificación al que pertenecen unos y otros, y en los demás casos a la coincidencia entre los dos primeros dígitos de sus respectivos códigos CPV”.

El órgano de contratación, en su informe al recurso, manifiesta que no existe restricción alguna ni necesidad de justificación o motivación para optar entre el volumen de negocios o el volumen de negocios en el ámbito al que se refiera el contrato, dado que en dichos artículos se plantea una alternativa (*“o bien”*). Queda así en evidencia la afirmación del recurrente que dice que la cifra de negocios *“debe ser la global de la empresa y no limitada al concreto objeto contractual del pliego”*, que obviamente no puede ser tenida en consideración.

Argumenta que resulta difícil interpretar que dicho ámbito sea distinto de aquel que constituye el objeto del contrato y, en consecuencia, el contenido del PCAP que ha sido recurrido no sólo no se aparta del contenido legalmente previsto, sino que antes al contrario se ajusta plenamente al mismo, puesto que el objeto del contrato -apartado 1 de la Cláusula 1- es en esencia la información y atención al público en materia de planes y programas de vivienda, que no es sino precisamente el ámbito al que se referencia la cifra anual de negocios que se exige como criterio de solvencia económico financiera.

Alega también que en el PCAP se está estableciendo un criterio de solvencia técnica ajustada a las previsiones legales, y que no supone discriminación alguna para ningún empresario interesado en participar en la licitación, ni límite alguno a la competencia. Por otro lado, tampoco puede aceptarse la afirmación de que la experiencia exigida sólo pueda adquirirse en el sector público. En función de la distribución de competencias y el objeto del contrato, son cientos -o miles- las administraciones -ayuntamientos, comunidades autónomas, ministerio de fomento, directamente o a través de sus administraciones institucionales- donde pueden celebrarse contratos de objeto similar al del presente, lo cual no parece que aliente restricciones a la competencia o premios a la experiencia.

En el trámite de alegaciones GSS Venture alega que a la vista de la jurisprudencia española y comunitaria relativa a los requisitos de solvencia no pueden considerarse que los requisitos de solvencia exigidos sean desproporcionados ni, por supuesto, discriminatorios, en atención a la propia

especificidad del objeto del contrato. Elegir los concretos medios de acreditación de la solvencia exigida, de entre los admitidos por la ley, no corresponde a los licitadores sino a la Administración contratante. En este caso considera que, los trabajos previos exigidos guardan equivalencia con el objeto del contrato y no son irrazonables o inadecuados. En cuanto a la restricción de la concurrencia a entidades con previa experiencia en el trabajo con administraciones públicas opone la posibilidad un plan o programa de vivienda sea promovido por una entidad privada o por una entidad que no sea administración pública (por ejemplo, viviendas protegidas o de precio limitado promovidas por cooperativas o sindicatos, que incluso asumen la adjudicación de las viviendas, numerosas en nuestro país).

Se trata, por tanto, de analizar si la exigencia de acreditación de la solvencia económica y financiera, que según el criterio de selección será la cifra de negocios realizados por la empresa en relación con la información y atención al público en materia de planes y programas de vivienda en los tres últimos años naturales (concluidos) y anteriores a la fecha de finalización del plazo de presentación de proposiciones, que habrá de ser igual o superior, en al menos uno de los tres, a 1.629.250,71 euros (75% de la base imponible del contrato), IVA excluido, se ajusta a la posibilidad legal de que la solvencia económica venga referida no al volumen anual de negocios sino al volumen anual de negocios en el ámbito a que se refiere el contrato.

Las exigencias de capacidad y solvencia se conforman como un requisito o condición cuyo no cumplimiento justifica la exclusión del licitador. Los licitadores tienen que acreditar que cumplen las condiciones mínimas de solvencia económica y financiera y profesional o técnica que determine el órgano de contratación, las cuales se deben indicar en el anuncio de licitación, se tienen que especificar en el pliego del contrato y tienen que estar vinculadas a su objeto y ser proporcionales a éste.

El PCAP, como documento que sirva para acreditar la solvencia económica y financiera, exige (i) la aportación de un certificado de la entidad contratante, (ii) que

deberá reflejar el volumen de negocios en materia de planes y programas de vivienda los tres últimos años naturales concluidos, y (iii) por un importe igual o superior a 1.629.250,71 euros en al menos uno de ellos.

El artículo 75.1.c) del TRLCSP otorga al órgano de contratación la posibilidad de exigir la acreditación de la solvencia económica y financiera de los licitadores mediante la acreditación del volumen anual de negocios “*o bien volumen anual de negocios en el ámbito a que se refiera el contrato*”, lo que denota el carácter optativo de una u otra forma de acreditación del volumen de negocio: de forma global o específica. La Ley permite optar por una u otra de las cifras por si no fueran coincidentes en el caso de desarrollar la empresa diversas líneas de negocios, ahora bien la interpretación del concepto “*ámbito a que se refiera el contrato*” no puede ser restrictiva.

La Directiva 2014/24/UE, en su artículo 58.3 dispone que: “*Con respecto a la solvencia económica y financiera, los poderes adjudicadores podrán imponer requisitos que garanticen que los operadores económicos poseen la capacidad económica y financiera necesaria para ejecutar el contrato. Con este fin, los poderes adjudicadores podrán exigir, en particular, que los operadores económicos tengan determinado volumen de negocios anual mínimo, y, en concreto, determinado volumen de negocios mínimo en el ámbito al que se refiera el contrato. Además, podrán exigir que los operadores económicos faciliten información sobre sus cuentas anuales que muestre la ratio, por ejemplo, entre activo y pasivo. También podrán exigir un nivel adecuado de seguro de indemnización por riesgos profesionales. El volumen de negocios mínimo anual exigido a los operadores económicos no excederá del doble del valor estimado del contrato, excepto en casos debidamente justificados como los relacionados con los riesgos especiales vinculados a la naturaleza de las obras, los servicios o los suministros. El poder adjudicador indicará las principales razones de la imposición de dicho requisito en los pliegos de la contratación o en el informe específico a que se refiere el artículo 84*”. Los poderes adjudicadores limitarán los requisitos a los que sean adecuados para garantizar que un candidato o licitador tiene la capacidad jurídica y financiera y las competencias

técnicas y profesionales necesarias para ejecutar el contrato y todos los requisitos deben estar vinculados al objeto del contrato y proporcionados con respecto a él.

El considerando (83) de la Directiva 2014/24/UE señala que *“La imposición de unos requisitos de capacidad económica y financiera demasiado exigentes constituye a menudo un obstáculo injustificado para la participación de las PYME en la contratación pública. Los requisitos deben estar vinculados y ser proporcionales al objeto del contrato. En particular, los poderes adjudicadores no deben estar autorizados a exigir a los operadores económicos un volumen de negocios mínimo que no sea proporcional al objeto del contrato. El requisito normalmente no debe exceder como máximo el doble del valor estimado del contrato. No obstante, pueden aplicarse exigencias más estrictas en circunstancias debidamente justificadas, que pueden referirse al elevado riesgo vinculado a la ejecución del contrato o al carácter crítico de su ejecución correcta y a tiempo, por ejemplo porque constituye un elemento preliminar necesario para la ejecución de otros contratos”*.

En resumen, la nueva Directiva (como la anterior, la Directiva 2004/18/CE) permite a los poderes adjudicadores establecer requisitos de solvencia económica y financiera que garanticen que los licitadores poseen la capacidad necesaria para ejecutar el contrato; tales requisitos pueden referirse a un determinado volumen de negocios anual mínimo que puede acotarse al ámbito de actividad a que se refiere el contrato; ese volumen anual mínimo exigido no ha de exceder del doble del valor estimado del contrato.

La solvencia económica y financiera del licitador hace referencia a la capacidad de pago (capacidad financiera) de la empresa para cumplir sus obligaciones, y los recursos con que cuenta para hacer frente a ellas, o sea, una relación entre lo que una entidad tiene y lo que debe. La solvencia económica, y en su consecuencia el volumen del negocio, como medio de acreditación, ni debe ni puede ser interpretado con criterios ajenos a su propia finalidad. La solvencia económica es tener la suficiente capacidad para hacer frente a las obligaciones que el contratista debe contraer. Es decir, que cuenta con los suficientes bienes y

recursos para respaldar el cumplimiento de las obligaciones que derivan del contrato, y que se determinan en el objeto del mismo.

Es evidente que la solvencia económica y financiera y la técnica o profesional responden a finalidades y regulaciones distintas, así la primera, objeto de debate, tiene por objeto comprobar la capacidad económica y financiera de los licitadores, pues para comprobar su aptitud técnica (esto es, los trabajos o experiencia, y recursos humanos y técnicos de que dispone para ejecutar el contrato con un adecuado nivel de calidad) se encuentran los requisitos previstos para la solvencia técnica.

Tal como expone la recurrente los requisitos de la solvencia técnica en los contratos de servicios, han de respetar que se trate de una relación de los principales servicios o trabajos realizados en los últimos cinco años, que sean de importe igual o superior al 70% del valor estimado del contrato y que se refieran al mismo tipo o naturaleza al que correspondan los del contrato.

La referencia a la similitud de naturaleza (ámbito de actividad) exigible en los negocios a que se refiere la solvencia económica cuando no se admite la facturación global de la empresa no puede ser más restrictiva, que el concepto de similitud que se utiliza para acreditar la solvencia técnica, recogido tanto en el desarrollo reglamentario del TRLCSP (artículo 11 del RGLCAP) como en el propio PCAP.

El ámbito de actividad (la específica referida a la misma clase de contratos que el que es objeto de licitación) y la prestación objeto del contrato son, desde luego, conceptos distintos y siendo el primero mucho más amplio que el segundo.

El apartado 5 de la Cláusula 1 del PCAP, establece que el empresario deberá acreditar su solvencia técnica o profesional mediante el siguiente criterio de selección:

“Haber ejecutado, en los cinco últimos años naturales (concluidos) y anteriores a la fecha de finalización del plazo de presentación de proposiciones, al

menos tres trabajos del mismo o análogo objeto al del contrato. Durante el año de mayor ejecución del periodo citado deberá acreditarse, en servicios de igual o similar naturaleza a los que constituyen el objeto del contrato, un importe anual mínimo ejecutado de 1.250.000 euros (IVA excluido) tomando como criterio de correspondencia entre los servicios ejecutados por el empresario y los que constituyen el objeto del contrato la igualdad entre los dos primeros dígitos de los respectivos códigos CPV”.

La comparación que realiza la recurrente con respecto a las exigencias contempladas para acreditar la solvencia técnica no suponen una impugnación de este tipo de solvencia, sino que pretende una asimilación entre ambos requisitos para probar que realmente se está restringiendo tanto el ámbito en el que debe acreditarse el volumen de negocios anual, que realmente se está inflando su valor o importe, resultando además que de forma indirecta también se incrementa el volumen de solvencia técnica exigible una vez que se ha podido acreditar aquella, pues se exige un volumen de contratación o experiencia en el mismo sector muy superior al que sería admisible de acuerdo con los criterios de proporcionalidad relativos a la solvencia técnica.

La exigencia de solvencia económica financiera del pliego impugnado es más rigurosa y restrictiva que lo previsto en el TRLCSP, al obligar a acreditar la solvencia en un ámbito de actividad muy restringido de entre todo el volumen de negocios de la empresa licitadora. Un elemento central que habrá de tenerse en consideración para definir la cifra de solvencia será la naturaleza de la prestación que se haya de realizar pues, como ya hemos dicho, no puede perderse de vista que la solvencia económica trata de asegurar que el contratista pueda cumplir el objeto del contrato y, por esta razón, una cifra excesivamente baja podría llegar a ser tan perniciosa como una excesivamente elevada.

El Tribunal considera que, una exigencia rigorista de los criterios de solvencia requiere una adecuada justificación en atención al objeto del contrato, por cuanto el límite de la posibilidad concedida al órgano de contratación para elegir los medios de

acreditación de solvencia, debe respetar el principio de proporcionalidad, de forma que no deberá exigirse un plus concreto de solvencia si en relación al objeto del contrato no se justifica.

En el caso que nos ocupa, como venimos diciendo, se exige acreditar el volumen de negocios en un concreto ámbito de actividad (planes y programas de vivienda) de manera que restringe el ámbito al que se refiera el contrato que es el nivel mínimo que admite el TRLCSP. El contrato objeto del recurso tiene esa prestación principal pero el ámbito de actividad es algo más amplio referido a la prestación de servicios administrativos y no menor puede ser el ámbito que limite la posibilidad de acreditar la solvencia económica y financiera, debiendo por ello estimar el motivo de recurso.

El artículo 32.1.d) del TRLCSP, dispone que son causas de nulidad de derecho administrativo: *“Todas aquellas disposiciones, actos o resoluciones emanadas de cualquier órgano de la Administraciones Públicas que otorgan de forma directa e indirecta ventajas a las empresas que hayan contratado previamente con cualquier administración”*. Indicar al respecto que, como no se fijan medios alternativos de acreditación de la solvencia para que las empresas no puedan acreditar certificados de haber contratado previamente con la Administración servicios de objeto similar, se está limitando la forma de acreditar el volumen de negocio que sirve para justificar el nivel de solvencia económica y financiera. Evidentemente que lo aportado para acreditar el concreto nivel de solvencia que se exija ha de ser de posible comprobación, el artículo 60 de la misma Directiva, relativo a los medios de prueba, establece que *“Los poderes adjudicadores podrán exigir los certificados, declaraciones y otros medios de prueba mencionados en los apartados 2, 3 y 4 del presente artículo y en el anexo XII como demostración tanto de la inexistencia de los motivos de exclusión a que se refiere el artículo 57, como del cumplimiento de los criterios de selección de conformidad con el artículo 58. (...) 3. Por regla general, la solvencia económica y financiera del operador económico podrá acreditarse mediante una o varias de las referencias que figuran en el anexo XII, parte I”*. El mencionado Anexo XII establece que: *“Por regla general, la solvencia*

económica y financiera del operador económico podrá acreditarse mediante una o varias de las siguientes referencias:

(...) c) una declaración en la que se especifique el volumen de negocios global de la empresa y, cuando proceda, su volumen de negocios en el ámbito al que se refiera el contrato, correspondiente, como máximo, a los tres últimos ejercicios disponibles en función de la fecha de creación o de inicio de las actividades del operador económico, en la medida en que se disponga de esa información”.

En el mismo sentido el artículo 75.2 del TRLCSP establece que la acreditación documental de la suficiencia de la solvencia económica y financiera se efectuará mediante la aportación de los certificados y documentos que para cada caso se determinen reglamentariamente, es decir además de los certificados se admiten otros medios.

En consecuencia, procede estimar el motivo de recurso y declarar la nulidad del requisito de solvencia económica y financiera previsto en el apartado 5 de la Cláusula 1 del PCAP impugnado, en cuanto limita la posibilidad de acreditar el volumen de negocios del ámbito del contrato a certificaciones relativas a la materia de planes y programas de vivienda.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP y el artículo 3.5 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don V.P.S., en nombre y representación de la empresa Eulen, S.A., contra el Pliego de

Cláusulas Administrativas Particulares y convocatoria del contrato de servicios de “Apoyo a las labores de información y atención al público de la oficina de vivienda”, expediente A/SER-002885/2016, anulando el PCAP (apartado 5 de la Cláusula 1) en cuanto a la exigencia del criterio de selección relativo a la solvencia económica y financiera objeto del recurso.

Segundo.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

Tercero.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, 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 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP.