



Recurso nº 059/2014

Resolución nº 206/2014

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 7 de marzo de 2014

VISTO el recurso interpuesto por D. Cristóbal Simón Martínez en nombre de AMBULANCIAS MAR MENOR, S.L. contra el pliego de condiciones particulares de la licitación 18/2014 para la contratación del servicio de transporte sanitario colectivo e individual con destino a los trabajadores al servicio de los empresarios asociados así como a los trabajadores por cuenta propios adheridos a IBERMUTUAMUR, el Tribunal ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. Con fecha 20 de diciembre de 2013, IBERMUTUAMUR publicó en la Plataforma de Contratación del Estado el anuncio de licitación que incluía los Pliegos de Condiciones Particulares y de Prescripciones Técnicas. El valor estimado del contrato ascendía a un millón trescientos tres mil novecientos ocho euros (1.303.908€) y el plazo de presentación de ofertas terminaba a las 14,30 horas del día 17 de enero de 2014.

Segundo. El 10 de enero de 2014 se publicó en la Plataforma de Contratación un acuerdo incorporando a la licitación los datos de los trabajadores que prestan el servicio actualmente y se amplió el plazo de presentación de ofertas hasta el día 21 de enero de 2014.

Tercero. El 17 de enero de 2014, la recurrente presentó su oferta junto con un escrito en el que se recurren los pliegos. La presentación tuvo lugar en el Registro del Hospital de la Mutua en Espinardo-Murcia.

Cuarto. El 23 de enero de 2014 se recibió en el Registro General de IBERMUTUAMUR el recurso especial en el que se manifiesta la siguiente solicitud:

“que tengan por interpuesta la siguiente reclamación en tiempo y forma, y una vez analizada procedan a impugnar (sic) dicho pliego de condiciones particulares procediendo a realizar una nueva adjudicación con un pliego de condiciones particulares más ajustado a derecho en el que puedan participar a empresas más pequeñas e igualmente competitivas y en el que exista una proporción entre el importe máximo de la licitación y el volumen del negocio exigido dando igualdad de oportunidades a empresas más pequeñas.”

El argumento en que se basa el recurso se centra, por tanto, aunque ha sido expuesto de una manera muy inadecuada, en el requisito de solvencia económica que figura en la cláusula 6.5.5 a) del pliego de condiciones particulares, puesto que esta cláusula exige un volumen global de negocios en el ámbito de actividades correspondiente al objeto del contrato, referido como máximo a los tres últimos ejercicios (2010, 2011 y 2012), que deberá ser igual o superior a seis millones quinientos mil euros (6.500.000€). Esto, en opinión de la recurrente, no es ajustado a derecho e impediría el cumplimiento del principio de concurrencia.

Quinto. Con fecha 24 de enero de 2014 el órgano de contratación presenta el correspondiente informe en el que se critica, en primer lugar, la impugnación de los pliegos si al mismo tiempo se presentara una oferta a la licitación. Se expone, igualmente, que el recurrente no señala qué artículo del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público ha sido vulnerado. Añade, igualmente, que es necesario aplicar el artículo 62 del Texto Refundido, según el cual los requisitos mínimos de solvencia deben ser proporcionales al objeto del contrato. Indica que la razón por la cual se ha exigido una cantidad superior es como consecuencia de las recomendaciones del Tribunal de Cuentas en el sentido de que existía una importante dependencia económica entre las mutuas y sus empresas proveedoras, por lo que fue necesario acordar que el importe de los contratos no representase más del 15 o el 20% del importe de la facturación total de las empresas licitadoras en términos anuales.

Afirma el órgano de contratación que el valor estimado del contrato es de 1.303.908 € y que el volumen global de negocio en tres años es de seis millones y medio de euros o, lo

que es lo mismo, 2.166.666 euros al año, por lo que el importe de licitación en términos anuales representa el 15% de la facturación que se exige a las empresas licitadoras.

Expone, igualmente, el órgano de contratación que el pliego permite a las empresas presentarse a través de uniones temporales de empresas, lo que permitiría participar a empresas más pequeñas.

Indica, finalmente, que en razón del objeto del contrato es necesario que se presenten empresas con un cierto volumen de negocios, como el que se ha establecido en la citada cláusula del pliego de condiciones particulares.

Sexto. La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso interpuesto a las restantes empresas licitadoras en fecha 6 de febrero de 2014 para que, si lo estimaban oportuno, dispusieran del plazo de cinco días hábiles para formular las alegaciones que convinieran a su derecho, sin que ninguna de ellas haya evacuado el trámite conferido.

A los anteriores hechos son de aplicación los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. El presente recurso, calificado por la recurrente como especial en materia de contratación, se interpone ante este Tribunal que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

Segundo. El acto señalado formalmente en su escrito por las recurrentes, los pliegos rectores del contrato, son susceptibles de recurso especial en materia de contratación a tenor de lo dispuesto en el artículo 40 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

Tercero. En cuanto a los requisitos de forma y de tiempo, hay constancia de que los recurrentes presentaron su escrito de recurso dentro del plazo legalmente establecido para ello.

Cuarto. Respecto de la legitimación activa para interponer el recurso especial consta en el expediente que la empresa que ha recurrido los pliegos ha presentado su oferta a la licitación. Por lo tanto, entendemos que concurre el requisito de legitimación para recurrir.

Quinto. Fondo de la cuestión.

La cuestión fundamental a resolver en el presente recurso se centra en determinar si existe realmente una desproporción entre los criterios de solvencia económica fijados en el pliego de condiciones particulares y el objeto del contrato a realizar, pues si esta desproporción existiese podría producirse una injustificada restricción del principio de concurrencia.

El Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público establece en su artículo 62.2 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.”*

Del citado artículo se pueden extraer las condiciones a las que han de sujetarse los criterios que acrediten la solvencia de la empresa para ejecutar la prestación: que figuren en el pliego del contrato y en el anuncio de licitación; que sean determinados; que estén relacionados con el objeto y el importe del contrato; que se encuentren entre los establecidos en la Ley según el contrato de que se trate; y además, como consecuencia lógica de los principios de igualdad y no discriminación que rigen la contratación pública, que en ningún caso dichos criterios puedan producir efectos discriminatorios.

Por su parte, el artículo 75.1.c) del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público dispone que la solvencia económica y financiera del empresario podrá acreditarse mediante *“la declaración sobre el volumen global de negocios y, en su caso, sobre el volumen de negocios en el ámbito de actividades correspondiente al objeto del contrato, referido como máximo a los tres últimos ejercicios disponibles en función de la fecha de creación o de inicio de las actividades del empresario, en la medida en que se disponga de las referencias de dicho volumen de negocios”*.

Con estas premisas es evidente que si los pliegos exigen que la acreditación de la solvencia económica deba hacerse mediante la declaración de la cifra de negocio del licitador, tal cifra debe guardar una proporción adecuada con el objeto del contrato, pues la finalidad del requisito de solvencia no es otra que la de acreditar que el potencial

adjudicatario del contrato está en condiciones para ejecutarlo desde el punto de vista económico y técnico.

Ya manifestamos en nuestra resolución 619/2013 que este Tribunal ya ha tenido ocasión de tratar la posible existencia de una desproporción entre las condiciones de solvencia económica y el objeto del contrato en varias ocasiones. Así, por ejemplo, en nuestra Resolución nº 213/2011 analizamos un supuesto muy similar diciendo lo siguiente:

“El artículo 62.1.c) (actual 75) no establece ninguna referencia en cuanto a cuál es el volumen de cifra de negocios exigible en función del contrato que se licite por lo que para determinar su admisibilidad es preciso examinar si en el presente caso los importes establecidos en el pliego son objetivamente admisibles por guardar la debida proporcionalidad con el objeto del contrato.

En este sentido, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, señaló en dictamen 19/1993, de 25 de octubre, que sentada la necesaria objetividad de los criterios para la admisión y, por tanto, para la eliminación de licitadores, el juicio concreto sobre esta objetividad ha de realizarse en relación con el objeto del contrato, sin que, respecto a los enumerados en el escrito de consulta pueda en abstracto afirmarse la procedencia o improcedencia de su utilización, pues, como decimos, siempre han de ser puestos en relación con el objeto del contrato que, en ocasiones, puede determinar la utilidad, conveniencia o, incluso, necesidad de su utilización, sin que, en ningún caso, puedan identificarse con los requisitos de capacidad, traducidos normalmente en la clasificación, que han de reunir todos los que se presenten a la licitación y que, en consecuencia, no pueden ser los mismos determinantes de la admisión previa.

Pues bien, el pliego exige para el licitador una cifra de negocio de 50 millones de euros para los lotes 1, 3 y 4 durante cada uno de los tres últimos ejercicios, y de 5 millones para el lote 2. Si se pone en relación la cifra de negocio exigida con el importe de cada uno de los lotes, a los que es posible licitar por separado, resultaría en el caso de lote 1 que es preciso que la cifra de negocio sea 59 veces superior al importe máximo; en el lote 2, 129 veces; el lote 3, 185, y; en el lote 4, 63 veces. Incluso si tomara el valor total de todos los

lotes la cifra de negocios debería ser 25 veces superior durante cada uno de los tres últimos años al importe máximo de licitación.

El órgano de contratación justifica la exigencia de esta solvencia económica y financiera prevista en el pliego en la necesidad, ante la situación económica actual, de eliminar cualquier riesgo en el suministro de los bienes a contratar, contando con un suministrador con una alta capacidad financiera para soportar la forma de pago, exigencias y penalidades definidas en el pliego, sin que su facturación al grupo TRAGSA sea superior al 2% del total.

Las razones argüidas por el órgano de contratación no justifican que en el presente expediente de contratación se exija una cifra de negocio tan elevada en relación con el importe del contrato, resultando evidente que no existe proporción entre ambos.

Otro tanto cabe decir en cuanto a la cifra de negocio exigida al fabricante, al que se le exige 100 millones de euros, sin que lo justifique, como expone el informe técnico del órgano de contratación, el deseo de que el fabricante tenga presencia mundial, ya que esto podría haberse garantizado a través de otros medios.”

Pues bien, aunque este Tribunal haya contemplado supuestos de desproporción como el citado, tanto en este como en los demás supuestos en que hemos analizado la cuestión, lo importante es que hemos destacado que la relación de proporcionalidad con el objeto del contrato y la cuantía del volumen de negocio exigido es trascendente.

Por ello, es preciso acudir a los datos del caso concreto y recordar que en el caso que nos ocupa el pliego establece en la cláusula 6.5.5 a) que debería presentarse una “*declaración responsable sobre el volumen global de negocios en el ámbito de actividades correspondiente al objeto del contrato: transporte sanitario, referido como máximo a los tres últimos ejercicios (2010, 2011 y 2012), en que se acredite que dicha cifra acumulada es igual o superior a seis millones quinientos mil euros (6.500.000€). Se adjuntará la documentación precisa que acredite el contenido de la declaración. Se adjuntará la documentación justificativa, consistente en las cuentas anuales presentadas en el registro mercantil o en el registro oficial que corresponda. Los empresarios no*

obligados a presentar las cuentas en los registros oficiales podrán aportar los libros de contabilidad debidamente legalizados.”

Por lo tanto, la cifra de negocios trianual que es preciso acreditar en este caso es de 6.500.000 euros, lo que hace un importe anual de 2.166.666€, y según el pliego impugnado el presupuesto del contrato (clausula 3.1) es de 325.977€ en cómputo anual.

Sexto. No existe una fórmula matemática que permita sentar un criterio general en la delimitación de la proporcionalidad entre el objeto del contrato y las condiciones de solvencia exigibles para su ejecución. No es posible afirmar que cualquier cantidad superior al presupuesto del contrato deba calificarse como desproporcionada, ni tampoco establecer un porcentaje determinado que indique la existencia de desproporción. Cuando se plantee esta cuestión será necesario acudir a las circunstancias del caso y tener en cuenta todos los posibles factores que concurran.

Sin duda, 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.

En el presente caso no parece que la cifra establecida pueda considerarse como desproporcionada. Hay varias razones para entender que esto es así. En primer lugar, porque aunque es 6 veces más elevada que la prestación anual que debe realizarse en el contrato, esta cifra no es irrazonable o desproporcionada atendiendo a su objeto. En segundo lugar, porque aunque la ley española actualmente no establece una cifra máxima de solvencia económica que pueda ser incluida en los Pliegos, lo cierto es que previsiblemente sí lo hará en el futuro. En la Directiva comunitaria sobre contratación, aprobada el 15 de enero de 2014, concretamente en el artículo 58.3 párrafo tercero, se contempla la posibilidad de que el órgano de contratación exija una cifra de negocios anual que pueda exceder hasta en dos veces del valor estimado del contrato, cantidad inferior de lo que ha ocurrido en el presente supuesto. Evidentemente esta no es una norma aplicable en la actualidad porque no ha sido objeto de transposición, aunque está en proceso de serlo, pero sí es un dato muy revelador de lo que las autoridades

comunitarias consideran como una medida proporcionada al objeto del contrato. Se trata de un criterio de interpretación razonable que permite señalar que en el presente caso no existiría la desproporción que se afirma en el recurso.

Evidentemente, no se puede dar por bueno el argumento del órgano de contratación en el sentido de que la solvencia puede integrarse por medios externos o mediante el recurso de las Uniones Temporales de Empresas, porque estos elementos constituyen meras posibilidades que legalmente se ofrecen a los licitadores pero que no pueden convertirse en exigencias para ellos.

Tampoco es aceptable el argumento referente a la recomendación del Tribunal de Cuentas, que es muy razonable, pero que no serviría para sostener la validez de una elevación exagerada del requisito de solvencia, puesto que esta circunstancia debe determinarse atendiendo a criterios jurídicos.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Desestimar, por los argumentos de la presente resolución, el recurso interpuesto por D. Cristóbal Simón Martínez en nombre de AMBULANCIAS MAR MENOR, S.L. contra el pliego de condiciones particulares de la licitación 18/2014 para la contratación del servicio de transporte sanitario colectivo e individual con destino a los trabajadores al servicio de los empresarios asociados así como a los trabajadores por cuenta propios adheridos a IBERMUTUAMUR.

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.

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 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.

EL PRESIDENTE

Fdo. Juan José Pardo García-Valdecasas

EL VOCAL

EL VOCAL

Fdo. Manuel Renedo Omaechevarría

Fdo. José Santos Santamaría Cruz