



Recurso nº 690/2015 C.A. Galicia 87/2015

Resolución nº 679/2015

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

En Madrid, a 17 de julio de 2015.

VISTO el recurso interpuesto por D. A.Q.C., en representación de COMPOSTELA CONCESIONARIO S.L., contra acuerdo de exclusión en el procedimiento de licitación del contrato denominado *"Arrendamiento de vehículos tipo turismo Station Wagon, con capacidad para transporte de equipos de cámara (ENG), destinados a los servicios informativos de Televisión de Galicia S.A"*, el Tribunal ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. El día 25 de abril 2015 se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea el anuncio de la licitación del procedimiento abierto para la contratación del arrendamiento de vehículos tipo turismo "station wagon", con capacidad para transporte de equipos de cámara (ENG), destinados a los servicios informativos de Televisión de Galicia, S.A., con un valor estimado de 299.500,00 €.

Segundo. En el apartado 15 del *"Cuadro Resumen de Características del Contrato"* del PCAP se establecía lo siguiente en relación con la solvencia económica, financiera y técnica:

"SOLVENCIA ECONÓMICA (artículo 75 TRLCSP)

Se acreditará mediante declaración sobre el volumen global de negocios y, en su caso, sobre el volumen de negocios en el ámbito de actividades correspondientes al objeto del

contrato, referido como máximo a los tres últimos ejercicios disponibles en función de la fecha de creación o del inicio de las actividades del empresario, en la medida en que se disponga de la referencias de dicho volumen de negocios.

Criterios de selección: El volumen global de negocios, referido a los tres últimos ejercicios (2012, 2013 y 2014), que deberán representar de media anual un importe superior al doble del presupuesto de licitación, es decir, quinientos noventa y nueve mil euros (599.000,00 €).

SOLVENCIA TÉCNICA (artículo 77 TRLCSP).

Relación de los principales suministros efectuados durante los tres últimos años, indicando importe del suministro, fechas, destinatario público o privado de los mismos, de forma que la media anual supere el importe máximo de esta licitación. Los suministros efectuados se acreditarán mediante certificados expedidos o visados por el órgano competente, cuando el destinatario sea una entidad del sector público o cuando el destinatario sea un comprador privado, mediante un certificado expedido por este o, a falta de este certificado, mediante una declaración del empresario.

Criterios de selección: Se reputarán solventes aquellos licitadores que declaren tener ejecutado de media anual en los últimos tres (3) años (2012, 2013 y 2014) suministros semejantes que representen un importe superior al presupuesto de licitación, es decir, 299.500,00 e".

Tercero. A la referida licitación concurren siete (7) empresas. Por la mesa de contratación, con fecha 3 de junio de 2015, se procedió a la apertura del sobre nº 1 (documentación administrativa). Tras el análisis y examen de la documentación presentada por COMPOSTELA CONCESIONARIO, S.L. se procedió a la exclusión de dicha empresa porque, como ella misma declara en tal documentación "no puede justificar su solvencia económica, financiera y técnica según los medios que se especifican en el anuncio de licitación y en el presente pliego y en el apartado 15 del cuadro resumen por ser empresa de nueva creación" y presentar como medios de acreditar la solvencia justificantes diferentes a los establecidos en los pliegos.

En particular, la empresa presentó:

- Como acreditación de la “solvencia económica y financiera”, certificado del Director de oficina bancaria que declaraba *“Que COMPOSTELA CONCESIONARIO, S.L. con NIF ... mantiene cuentas en nuestra Entidad y las relaciones comerciales han sido siempre satisfactorias. Sobre la base de dicha experiencia como cliente y a juicio de esta Oficina, la considera solvente y la juzga con capacidad económica y financiera para atender las obligaciones derivadas del contrato de "ARRENDAMIENTO DE VEHÍCULOS TIPO TURISMO STATION WAGON, CON CAPACIDAD PARA TRANSPORTE DE EQUIPOS DE CÁMARA (ENG), DESTINADOS A LOS SERVICIOS INFORMÁTICOS DE TELEVISIÓN DE GALICIA, S.A. IMPORTE 599.000 €”*

Este certificado se emite a efectos meramente informativos y no supone prestación de aval, garantía, o fianza por las obligaciones que como consecuencia del ejercicio de la actividad empresarial tuviese que hacer frente COMPOSTELA CONCESIONARIO, S.L.”

- Como acreditación de su solvencia técnica, relación de personal técnico, con referencia a su categoría y especialidad.

Cuarto. Ante la indicada exclusión se presenta el recurso que nos ocupa, señalando que *“La declaración realizada por el administrador de la empresa, con justificación documental que apoya la misma, es decir que la sociedad es solvente y tiene capacidad económica y financiera para poder atender al contrato referido, debe considerar en todo caso como suficiente tanto para acreditar que la solvencia está colmadamente justificada, como acorde a la declaración exigida en el apartado 15 del pliego de condiciones.”*; Pliego que debe interpretarse, entiende, de conformidad con el art. 139 TRLCSP, que *“determina que los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio”*; Señalando que *“que en el citado pliego no se exige como requisito para optar la concesión del contrato que la sociedad tenga una antigüedad superior o igual a tres años. Por ello, si entre los requisitos para poder optar a la licitación, es decir las obligaciones generales no se encuentra la antigüedad de la empresa no es acorde a derecho que, indirectamente, ésta se exija a formulando o exhortando medios acreditativos que sólo se podrían aportar si es una empresa/sociedad*

con una antigüedad superiora tres años. Con ello se están discriminando a las empresas de reciente creación y no se interpreta el pliego de cláusulas de conformidad el principio de transparencia.” Y apelando a los principios de “justicia material, confianza legítima, y no discriminación”.

El informe del órgano de contratación manifiesta que *“la normativa de contratación pública exige para poder contratar con los distintos poderes adjudicadores el cumplimiento previo de los requisitos de capacidad y de solvencia en sus distintas vertientes, económica, técnica y profesional, empresarial, con el objetivo de garantizar la idoneidad del licitador para la ejecución de la prestación demandada. Estas exigencias de capacidad y solvencia se conforman como un requisito o condición “sine qua non” cuyo no cumplimiento justifica la exclusión del licitador. Y ello para garantizar el adecuado cumplimiento del interés público que es causa de todo contrato público.”* Apela a los informes de la JCA 36/2007, 51/2005 y 53/2010, así como a nuestra Resolución 791/2014, para indicar que 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; aludiendo además a la vinculación del licitador a los pliegos , no impugnados. Añade que la reclamante no cuestiona que el órgano de contratación se haya excedido con los requisitos vulnerando el principio de proporcionalidad, y que *“no existe disposición legal alguna que permita acomodar el nivel de solvencia requerido en los pliegos a las circunstancias particulares de cada licitador (en este caso, empresa creada tres meses antes de la licitación) , y que permita que éstos puedan optar libremente por acreditar la solvencia por los medios que mejor se adecuen a las circunstancias de sus empresas, pues ello implicaría una clara vulneración del principio de igualdad de trato”.*

En particular, aclara que la solvencia económica y financiera se recoge expresamente en el PCAP *“en función de la fecha de creación o del inicio de las actividades del empresario, en la medida en que se disponga de la referencias de dicho volumen de negocios”.* Por tanto, *no se está exigiendo una antigüedad obligatoria a la empresa de tres años, sino que tal declaración debe referirse al periodo en que la empresa haya comenzado su actividad.”* Y que *“Además la propia TRLCSP, en su artículo 63, permite que se valore la solvencia económica y técnica del licitador por referencia a otras*

empresas". Y, por último, alude a la Directiva 2014/24/UE, que dispone que "Los poderes adjudicadores podrán exigir, en particular, que los operadores económicos tengan un nivel suficiente de experiencia demostrada mediante referencias adecuadas de contratos ejecutados en el pasado".

Quinto. EMPRESA MONFORTE S.A.U ha presentado alegaciones, destacando que la recurrente está vinculada por los pliegos, que no recurrió, y que en acreditación de su solvencia económica no ha aportado cifra de negocio alguna, ni siquiera del último ejercicio, siendo plenamente conforme a Derecho que se exija acreditación de solvencia técnica a través de la experiencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. La competencia para resolver los recursos corresponde al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.3 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP) y del Convenio de Colaboración suscrito el 7 de noviembre de 2013, entre el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y la Comunidad Autónoma de Galicia sobre atribución de competencia de recursos contractuales y publicado en el Boletín Oficial del Estado el 25 de noviembre de 2013, por Resolución de 12 de noviembre de 2013, de la Subsecretaría del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas.

Segundo. Se cumplen en el presente recurso los requisitos formales para su admisión. El recurrente está plenamente legitimado para impugnar la resolución por la que se le excluye del procedimiento conforme al artículo 42 del TRLCSP, habiéndose interpuesto el recurso en el plazo legalmente establecido en el artículo 44.2 del TRLCSP.

Tercero. El análisis de los requisitos de admisión del recurso debe llevarnos, asimismo, a la conclusión de que ha sido interpuesto contra un acto susceptible de recurso en esta vía de conformidad con lo establecido en el artículo 40 del TRLCSP.

Cuarto. Como hemos recordado recientemente en la Resolución nº 288/2015, citando la 79/2015, la doctrina general del Tribunal sobre los criterios de solvencia exigibles en la contratación pública puede resumirse en las siguientes consideraciones:

“ - La normativa de contratación pública exige para poder contratar con los distintos poderes adjudicadores el cumplimiento previo de los requisitos de capacidad y solvencia, en sus distintas vertientes económica y financiera, técnica y profesional, con el objetivo de garantizar la idoneidad del licitador para la ejecución de la prestación demandada. Estas exigencias de capacidad y solvencia se conforman como un requisito o condición “sine qua non”, cuyo no cumplimiento justifica la exclusión de la licitación. Y ello con el fin de garantizar el interés público que es causa de todo contrato público. Como se indica en el informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado 53/10, de 10 de diciembre (y, en igual sentido, informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Cataluña 6/2011, de 5 de julio), la exigencia de la acreditación de la solvencia es un soporte fundamental del sistema de selección del candidato para la adjudicación del contrato que permite identificar cuáles son las Lempresas idóneas, constituyendo el acierto en su determinación y aplicación un importante beneficio para el órgano de contratación.

- Conforme tiene declarado la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (informe 36/2007, de 5 de julio) y el propio Tribunal (por todas, Resolución 791/2014, de 24 de octubre) los criterios escogidos por el órgano de contratación para que los licitadores justifiquen su solvencia deben cumplir las siguientes condiciones: han de figurar en el PCAP y en el anuncio del contrato; deben ser criterios determinados; deben estar relacionados con el objeto y el importe del contrato; deben encontrarse entre los enumerados en el TRLCSP según el contrato de que se trate y, en ningún caso, pueden producir efectos de carácter discriminatorio, sin que sea discriminatorio (informe de la JCCA 51/2005, de 19 de diciembre y Resoluciones de este Tribunal 16/2012, de 13 de enero y 212/2013, de 5 de junio) el solo hecho de que no todos los empresarios puedan acreditar la solvencia exigida en el pliego.

- La determinación de los concretos medios de acreditación de la solvencia exigidos, de entre los admitidos en el TRLCSP, no corresponde a los licitadores sino a la

Administración contratante, siendo exigible que los medios elegidos no sean irrazonables o inadecuados para acreditar la solvencia (Resolución 32/2011, de 16 de febrero, 271/2012, de 30 de noviembre, con cita ésta última de la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2012).”

En particular, y respecto de la solvencia económica y financiera en una sociedad de nueva creación, señalábamos allí que *“La entidad recurrente es una sociedad de nueva creación que, consecuentemente, no puede acreditar su solvencia atendiendo al volumen global de negocios de los tres últimos ejercicios, razón por la que resultaba de aplicación al caso lo dispuesto en el artículo 75.2 del TRLCSP (y, en el mismo sentido, cláusula XII.1.3 del PCAP). Se indicaba en la Resolución 79/2015, con relación a “la obligación de presentar los datos disponibles en función de la fecha de creación o inicio de las actividades del empresario” que dicha obligación (Resolución 587/2013, de 29 de noviembre) “... no puede interpretarse en el sentido de dispensar de aportar información sobre estos extremos en los casos en que la empresa, por ser de nueva creación, no tuviese ningún ejercicio cerrado en el momento de concurrir a la licitación, pues ello supondría tanto como presumir una solvencia económica que, en los demás casos, ha de justificarse. Es obvio que ello, además de contrario al tenor del pliego, es un absurdo incompatible con la finalidad que persigue el requisito que ahora nos atañe y que no es otro que el de tratar de asegurar la capacidad y aptitud de la empresa para ejecutar el contrato (Resoluciones de este Tribunal 60/2011, 266/2011, 81/2012, 82/2012, 117/2012 y 39/2013, entre otras). Por el contrario, la única lectura posible del inciso que ahora nos ocupa –al igual que del artículo 75.1.c) TRLCSP que le sirve de cobertura- es que el licitador ha de aportar una declaración sobre al menos un ejercicio cerrado, de manera que, si aún no ha completado uno, su única forma de justificar la solvencia será valiéndose de los medios alternativos del artículo 75.2 del TRLCSP”.* Pero concluíamos que *“La efectiva aplicación del principio de concurrencia obligaba a la Administración contratante, como se indicó en la Resolución 79/2015, a indicar en el trámite de subsanación los medios alternativos para acreditar la solvencia económica y financiera que considera apropiados para justificar, en este caso de empresa de nueva constitución, la solvencia económica y financiera exigida en el PCAP.”*

En nuestro caso, aceptamos que la mera declaración bancaria presentada puede no ser suficiente para acreditar esta solvencia a la vista del PCAP. Pero no puede inferirse con claridad del PCAP la interpretación del órgano de contratación expuesta en su informe de que la solvencia económica y financiera se recoge expresamente "*en función de la fecha de creación o del inicio de las actividades del empresario, en la medida en que se disponga de la referencias de dicho volumen de negocios*", y de que, por tanto, no se está exigiendo una antigüedad obligatoria a la empresa de tres años, sino que tal declaración debe referirse al periodo en que la empresa haya comenzado su actividad; Y no apreciamos tal interpretación, debido a la contradicción que se puede apreciar entre los dos párrafos del apartado 15 -citado en los Antecedentes- referidos a esta solvencia, el segundo de los cuales menciona de modo expreso los tres últimos ejercicios. Por lo que en atención a la doctrina antedicha, y en garantía del principio de concurrencia, hubiera sido necesario que el órgano de contratación -antes de acordar en su caso la exclusión- hubiera realizado un requerimiento de subsanación a la empresa, con expresión de los medios que consideraba apropiados para justificar, en este caso de empresa de nueva constitución, la solvencia económica y financiera exigida en el PCAP; lo que, en principio, obligaría a estimar parcialmente este recurso.

Sin embargo, dicho efecto no se produce en nuestro caso, al ser necesariamente desestimatoria la pretensión referida a la acreditación de la solvencia técnica, que determina, por sí misma, la exclusión en la licitación, como se razonará en el Fundamento siguiente.

Quinto. Así, y en cuanto a la solvencia técnica, se exige en el PCAP una experiencia que, obviamente, no puede ser acreditada por sí misma por una empresa de nueva creación, como alega la recurrente; la cual defiende, en definitiva, que no le puede ser exigida tal experiencia.

A estos efectos, el art. 77 TRLCSP señala. "*Solvencia técnica en los contratos de suministro:*

1. *En los contratos de suministro la solvencia técnica de los empresarios deberá acreditarse por uno o varios de los siguientes medios, a elección del órgano de contratación:*

a) Relación de los principales suministros efectuados durante los cinco últimos años, indicando su importe, fechas y destinatario público o privado de los mismos. Los suministros efectuados se acreditarán mediante certificados expedidos o visados por el órgano competente, cuando el destinatario sea una entidad del sector público o cuando el destinatario sea un comprador privado, mediante un certificado expedido por éste o, a falta de este certificado, mediante una declaración del empresario.

b) Indicación del personal técnico o unidades técnicas, integradas o no en la empresa, de los que se disponga para la ejecución del contrato, especialmente los encargados del control de calidad.

c) Descripción de las instalaciones técnicas, de las medidas empleadas para garantizar la calidad y de los medios de estudio e investigación de la empresa.

d) Control efectuado por la entidad del sector público contratante o, en su nombre, por un organismo oficial competente del Estado en el cual el empresario está establecido, siempre que medie acuerdo de dicho organismo, cuando los productos a suministrar sean complejos o cuando, excepcionalmente, deban responder a un fin particular. Este control versará sobre la capacidad de producción del empresario y, si fuera necesario, sobre los medios de estudio e investigación con que cuenta, así como sobre las medidas empleadas para controlar la calidad.

e) Muestras, descripciones y fotografías de los productos a suministrar, cuya autenticidad pueda certificarse a petición de la entidad del sector público contratante.

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

2. *En los contratos de suministro que requieran obras de colocación o instalación, la prestación de servicios o la ejecución de obras, la capacidad de los operadores económicos para prestar dichos servicios o ejecutar dicha instalación u obras podrá evaluarse teniendo en cuenta especialmente sus conocimientos técnicos, eficacia, experiencia y fiabilidad.*

3. *En el anuncio de licitación o 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 su caso, de las normas o especificaciones técnicas respecto de las que se acreditará la conformidad de los productos. En su defecto, la acreditación de la solvencia técnica se efectuará según lo dispuesto a tales efectos en el apartado 1 del artículo 65 de la Ley.”*

Se traspone así la Directiva vigente, que reserva al poder adjudicador la elección de los medios de acreditación de la solvencia, entre los cuales menciona la *“presentación de una relación de los principales suministros o de los principales servicios efectuados durante los tres últimos años, en la que se indique el importe, la fecha y el destinatario, público o privado”* (art. 48).

Pues bien, como señala el órgano de contratación, y en aplicación de nuestra doctrina ya expuesta, entendemos que la experiencia solicitada en el PCAP que nos ocupa constituye un requisito legítimamente exigible, puesto que la determinación de los concretos medios de acreditación de la solvencia exigidos corresponde a la Administración contratante entre los enumerados en el TRLCSP, y la experiencia, como criterio, se encuentra mencionada en el art. 77.1 a); tal criterio está relacionado con el objeto y el importe del contrato; figura en el PCAP y en el anuncio del contrato; es un criterio determinado; y no se ha alegado siquiera de contrario que sea desproporcionado o inadecuado para acreditar la solvencia.

En cuanto a que pueda producir efectos de carácter discriminatorio (como excluir empresas de reciente creación), ya se ha dicho (informe de la JCCA 51/2005, de 19 de

diciembre y Resoluciones de este Tribunal 16/2012, de 13 de enero y 212/2013, de 5 de junio), que no es discriminatorio el solo hecho de que no todos los empresarios puedan acreditar la solvencia exigida en el pliego.

A mayor abundamiento, que ésta es la tendencia del Derecho de la UE se manifiesta en la Directiva 2014/24/UE, pendiente de trasposición, que es aún más explícita, al señalar que *“Con respecto a la capacidad técnica y profesional, los poderes adjudicadores podrán imponer requisitos para asegurar que los operadores económicos poseen la experiencia y los recursos humanos y técnicos necesarios para ejecutar el contrato con un nivel adecuado de calidad.*

Los poderes adjudicadores podrán exigir, en particular, que los operadores económicos tengan un nivel suficiente de experiencia demostrada mediante referencias adecuadas de contratos ejecutados en el pasado” (art. 58).

No basta, pues, la relación de personal técnico con que la recurrente pretende acreditar su solvencia técnica, ni se la puede exceptuar, como pretende, de la acreditación de la experiencia exigible, lo que debe llevar a considerar justificada su exclusión.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D. A.Q.C. en representación de COMPOSTELA CONCESIONARIO S.L., contra acuerdo de exclusión en el procedimiento de licitación del contrato denominado *“Arrendamiento de vehículos tipo turismo Station Wagon, con capacidad para transporte de equipos de cámara (ENG), destinados a los servicios informativos de Televisión de Galicia S.A”*.

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 de TRLCSP de la Ley 30/2007, de 30 de octubre.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma cabe interponer recursos contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10.1.k) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.