



Recurso nº 480/2019 C.A. Principado de Asturias 27/2019

Resolución nº 593/2018

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

En Madrid, a 30 de mayo de 2019.

VISTO el recurso interpuesto por D^a. E.M.C., en representación de SUMINISTROS SOSTENIBLES A COLECTIVADES, S.L, contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares de la licitación de la *"concesión del servicio público de comedor en los centros escolares de 2º ciclo de educación infantil y primaria de titularidad pública del municipio de Gijón con criterios de sostenibilidad ambiental"* (expte. 52356D/2018), el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. La Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Gijón, mediante anuncios publicados en la Plataforma de Contratación del Sector Público y en el Diario Oficial de la Unión Europea el 8 de abril de 2019, convocó por el procedimiento restringido la licitación de la concesión del servicio público de comedor en los centros escolares de 2º ciclo de educación infantil y primaria de titularidad pública del municipio de Gijón con criterios de sostenibilidad ambiental, con un valor estimado de 20.409.716, 70 euros.

Segundo. Con fecha de 22 de abril de 2019, la entidad recurrente presentó en el Registro de este Tribunal recurso especial en materia de contratación contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares.

Tercero. Con fecha de 29 de abril de 2019, previo requerimiento de la Secretaría de este Tribunal al órgano de contratación, se recibió el expediente administrativo y el correspondiente informe de aquel.

Cuarto. Con fecha 30 de abril de 2019 la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de licitadores para que, formularan las alegaciones que a su derecho conviniesen, sin que se haya evacuado el trámite conferido.



Quinto. Con fecha de 14 de mayo de 2019, la Secretaria del Tribunal, por delegación de éste, acordó la concesión de la medida provisional consistente en suspender el procedimiento de contratación, sin que ésta afecte al plazo de presentación de ofertas, de conformidad con lo establecido en los artículos 49 y 56 de la LCSP, de forma que según lo establecido en el artículo 57.3 del mismo cuerpo legal, será la resolución de los recursos la que acuerde el levantamiento de la medida adoptada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46 de la LCSP, y en el marco del Convenio de colaboración de 3 de octubre de 2013 suscrito entre el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias sobre atribución de competencia de recursos contractuales (BOE de 28 de octubre de 2013).

Segundo. La interposición del recurso se ha llevado a efecto por una entidad en cuyo objeto social se encuentran actividades directamente relacionadas con el objeto del contrato. Por consiguiente, conforme a lo señalado en el artículo 48 de la LCSP, se encuentra legitimada para ello. Establece dicho precepto que *“podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos e intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso”*.

Tercero. El objeto del recurso son los pliegos de una concesión de servicios cuyo valor es superior a tres millones de euros, susceptibles, por tanto, de recurso especial de conformidad con lo establecido en el artículo 44.1.c) y 44.2.a) de la LCSP.

Cuarto. En relación con el plazo para la interposición del recurso especial en materia de contratación, debe indicarse que la recurrente lo interpuso el 22 de abril, no habiendo transcurrido más de 15 días hábiles desde el día siguiente a la publicación del anuncio de licitación en el perfil del contratante. Por consiguiente, de conformidad con el artículo 50.1 b) de la LCSP, el recurso se ha presentado dentro de plazo.



Por otro lado, conforme a lo establecido en el artículo 50.1 b) de la LCSP, no consta que la recurrente, con carácter previo a la interposición del recurso especial, haya presentado oferta en la licitación.

Quinto. En lo que se refiere al fondo del asunto, la entidad recurrente fundamenta su recurso en que la cláusula 16ª del PCAP, al establecer los requisitos mínimos de solvencia económica y financiera, vulnera los principios básicos de la contratación administrativa, toda vez que impide acceder a la licitación a los operadores económicos que no cumplan o no alcancen los criterios de solvencia económica y financiera exigidos.

Según señala, no sólo no existe en el expediente justificación suficiente para considerar que sólo es posible acreditar la solvencia económica con un volumen anual de negocios igual o superior a 6.122.915,01 euros en alguno de los últimos tres años, sino que tampoco existe fundamentación objetiva alguna para imponer ese requisito.

En segundo lugar, la exigencia de un volumen anual de negocios igual o superior a la cifra indicada en alguno de los últimos tres años, de modo injustificado, supone una limitación a la competencia contraria a la Ley 15/2007 de 3 de julio de Defensa de la Competencia. Al establecerse una cláusula para la admisión de licitadores tan exigente, se está colocando en una posición de ventaja y contraria a la normativa citada a determinados operadores en detrimento de la pequeña y mediana empresa, que ha dado muestras con anterioridad de poder afrontar una contratación similar cuyo pliego ahora se impugna, algo que es precisamente opuesto a los principios de la contratación pública.

Sexto. El órgano de contratación en el informe evacuado al efecto señala, en síntesis, lo siguiente:

El volumen anual mínimo de negocios establecido en el PCAP no excede de una vez y media el valor anual medio del contrato, por lo que en ningún caso se ha utilizado este criterio de forma arbitraria. De igual modo, no puede considerarse discriminatoria ni desproporcionada la solvencia exigida ya que se ha seguido la práctica general del Ayuntamiento de Gijón para contratos de duración superior a un año que consiste en exigir 1,5 veces el valor anual medio del contrato.

Para el cálculo del valor anual medio del contrato es de aplicación analógica lo establecido en el artículo 36.6 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las



Administraciones Públicas, que establece que *“Cuando solamente se exija la clasificación en un grupo o subgrupo, la categoría exigible será la que corresponda a la anualidad media del contrato, obtenida dividiendo su precio total por el número de meses de su plazo de ejecución y multiplicando por 12 el cociente resultante”*. En consecuencia, se ha dividido el valor estimado del contrato, 20.409.716,70 euros, entre 60 meses de plazo de ejecución y se ha multiplicado el cociente por 12. Al resultado se le aplica el coeficiente multiplicador de 1,5, lo que arroja una cuantía de 6.122.915,01 euros.

Por todos los motivos expuestos, la solvencia económica establecida por el órgano de contratación en los pliegos es en primer lugar ajustada a derecho, puesto que cumple con los límites del artículo 87.1 de la LCSP y del artículo 58.3 de la Directiva 2014/24/UE, y además, se ha estimado conforme a la práctica habitual en el Ayuntamiento de Gijón, prevista supletoriamente en el artículo 87.4 de la LCSP y con la interpretación analógica del artículo 36.6 del Reglamento de la LCSP, por lo que en ningún caso se puede considerar arbitraria ni limitativa de la concurrencia, sino más bien todo lo contrario, adecuadamente equilibrada entre la búsqueda de la máxima concurrencia de licitadores y la salvaguarda del interés público afectado.

Por otro lado, el órgano de contratación ha de velar por una suficiente y adecuada solvencia de la prestación del servicio de que se trate, y con más motivo en el presente caso, ya que el servicio va dirigido a un colectivo como es la infancia, por tal motivo, la solvencia exigida debe orientarse a procurar que el licitador sea una empresa especializada en ese ámbito con una experiencia demostrable y con un volumen de negocio suficiente que acredite esa experiencia en el sector. También se debe señalar que de la lectura de los artículos 74 y 92 de la LCSP se desprende que corresponde al órgano de contratación la determinación de los requisitos mínimos a través de los cuales deben los licitadores acreditar que cuentan con la solvencia suficiente para concurrir a la licitación.

Séptimo. Expuestas las posiciones de las partes, debemos hacer referencia, en primer lugar, a la cláusula controvertida del PCAP:

Cláusula 16.- SOLVENCIA EXIGIDA

- SOLVENCIA ECONÓMICA Y FINANCIERA:



La solvencia económica y financiera del empresario deberá acreditarse mediante el volumen anual de negocios correspondiente a los tres últimos ejercicios concluidos, debiendo justificar en el año de mayor volumen que éste es igual o superior a 6.122.915,01 €.

El volumen anual de negocios del licitador o candidato se acreditará por medio de sus cuentas anuales, aprobadas y depositadas en el Registro Mercantil, si el empresario estuviera inscrito en dicho registro, y en caso contrario por las depositadas en el registro oficial en que debe estar inscrito. Los empresarios individuales no inscritos en el Registro Mercantil acreditarán su volumen anual de negocios mediante sus libros de inventarios y cuentas anuales legalizados por el Registro Mercantil

Al respecto hemos de exponer la doctrina del Tribunal sobre la elección de los criterios de solvencia de las licitadoras en los procedimientos de contratación, recogida entre otras en la Resolución 362/2018:

“Planteada la cuestión debe recordarse en primer lugar la doctrina del Tribunal sobre la elección de los criterios de solvencia de las licitadoras en los procedimientos de contratación, recogida entre otras en la Resolución nº 135/2018, 9 de febrero; así: «(...) la proporcionalidad de los requisitos de solvencia, ha sido planteada en numerosas ocasiones ante este Tribunal, pudiendo destacar las Resoluciones 150/2013, 488/2014, o 654/2015, así como las más recientes nº 148/2016 o 465/2016...

Hemos dicho ya, en interpretación de este artículo, que la solvencia que se exige a los licitadores para poder aspirar a hacerse cargo del servicio que se contrata pretende garantizar que el adjudicatario dispone de los medios y cualificación adecuados para llevarlo a buen fin, respetando al mismo tiempo el principio de concurrencia y no discriminación; de ahí que la norma exija que los requisitos que se establezcan en cada caso para acreditar dicha solvencia y la documentación requerida para tal acreditación deban estar vinculados al objeto del contrato y ser proporcionales al mismo.

En este sentido, el artículo 74 del TRLCSP señala en su apartado primero que: “1. La solvencia económica y financiera y técnica o profesional se acreditará mediante la aportación de los documentos que se determinen por el órgano de contratación de entre los previstos en los artículos 75 a 79”.



Corresponde, por tanto, al órgano de contratación la determinación de los medios y documentos a través de los cuales deben los licitadores acreditar que cuentan con la solvencia suficiente para concurrir a la licitación de referencia.

Esta decisión del órgano de contratación no puede ser, sin embargo, una decisión arbitraria, sino que está sujeta a requisitos de legalidad y proporcionalidad. En este sentido, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (Informe 36/07, de 5 de julio de 2007), en interpretación de tales preceptos de conformidad con la jurisprudencia comunitaria, señala que los criterios de solvencia “han de cumplir cinco condiciones: que figuren en el pliego de cláusulas administrativas particulares y en el anuncio del contrato, - que sean criterios determinados, - que estén relacionados con el objeto y el importe del contrato, - que se encuentren entre los enumerados en los citados artículos según el contrato de que se trate - y que, en ningún caso, puedan producir efectos de carácter discriminatorio”...

Así pues, de la lectura de los textos legales aplicables al contrato resulta que corresponde al órgano de contratación la determinación de los medios y documentos a través de los cuales deben los licitadores acreditar que cuentan con la solvencia suficiente para concurrir a la licitación de referencia, habilitando una actuación discrecional en este punto del órgano de contratación en la elección de los medios para acreditar la solvencia de los licitadores. Asimismo, el TRLCSP ni el RGLCAP no reconocen una particularidad en la solvencia exigible para la participación de las empresas en la selección de empresas para concluir acuerdos marco, siendo aplicable el régimen general. Por otro lado, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha señalado que el único objetivo de los criterios de selección cualitativa fijados en las Directivas es definir las reglas de apreciación objetiva de la capacidad de los licitadores permitiendo a estos justificar su capacidad mediante cualquier documento que las entidades adjudicadoras consideren apropiado. Advierte además que corresponde a la entidad adjudicadora, comprobar la aptitud de los prestadores de servicios con arreglo a los criterios enumerados (sentencia de 2 de diciembre de 1999 en el asunto C-176/98, *Holst Italia*). Esta doctrina impone la obligación de determinar tales criterios y, a su vez, impide que puedan ser aplicados criterios o condiciones que no han sido expresados. La necesidad de garantizar al mismo tiempo el buen fin de los contratos a celebrar, permite a los órganos de contratación asegurarse de que el empresario que concurra a la licitación



reúna unas condiciones mínimas de solvencia, pero esas condiciones, que a tenor de lo dispuesto en la conocida Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictada en el asunto “Succhi di Frutta” puede fijar libremente el órgano de contratación, deben ser especialmente respetuosas con los denominados principios comunitarios, entre los que se reconoce la libertad de acceso a las licitaciones en condiciones de igualdad. Este requisito de proporcionalidad no trata sino de evitar que mediante la exigencia de unos requisitos de solvencia excesivos se excluya de la licitación a empresarios plenamente...

El Considerando 83 de la citada Directiva 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...

De lo expuesto se desprende que la Directiva 2014/14/UE (como la anterior, 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; que tales requisitos pueden referirse a un determinado volumen de negocios anual mínimo; que, con carácter general, y conforme a la nueva Directiva, ese volumen anual mínimo exigido no ha de exceder del doble del valor estimado del contrato, y que en casos excepcionales debidamente justificados ese límite puede superarse. Ante la falta de regulación expresa a este respecto en la Directiva 2004/18/CE y en el vigente TRLCSP –a pesar de que el RLCAP detalla los criterios enunciados en el TRLCSP-, el Tribunal ha acudido en anteriores ocasiones a la Directiva 2014/24/UE como criterio interpretativo de la voluntad del legislador comunitario a la hora de fijar pautas que permitan apreciar la proporcionalidad en el establecimiento del requisito de solvencia económica y financiera relativo al volumen de negocios anual exigible, habiendo



concluido este Tribunal que, ante el silencio de la normativa vigente, no puede considerarse desproporcionado un volumen de negocios mínimo anual coincidente con el que el legislador comunitario ha incorporado expresamente a la nueva Directiva y que, una vez se realiza su transposición, pasa a formar parte del Derecho interno. En este sentido se han expresado las Resoluciones nº 148/2016, 465/2016 y 522/2017, 534/2017, ambas de 16 de junio y la más reciente 597/2017, de 30 de junio.

De lo expuesto se desprende que la Directiva 2014/14/UE 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; que tales requisitos pueden referirse a un determinado volumen de negocios anual mínimo; que, con carácter general, y conforme a la nueva Directiva, ese volumen anual mínimo exigido no ha de exceder del doble del valor estimado del contrato, y que en casos excepcionales debidamente justificados ese límite puede superarse.

No obstante, la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público en su artículo 87 asume el criterio, menos exigente que la Directiva, establecido en el Reglamento de la ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, y dispone que: «1. La solvencia económica y financiera del empresario deberá acreditarse por uno o varios de los medios siguientes, a elección del órgano de contratación: a) Volumen anual de negocios, o bien volumen anual de negocios en el ámbito al que se refiera el contrato, referido al mejor ejercicio dentro de los tres últimos disponibles en función de las fechas de constitución o de inicio de actividades del empresario y de presentación de las ofertas por importe igual o superior al exigido en el anuncio de licitación o en la invitación a participar en el procedimiento y en los pliegos del contrato o, en su defecto, al establecido reglamentariamente. El volumen de negocios mínimo anual exigido no excederá de una vez y media el 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 órgano de contratación 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 336. Cuando un contrato se divida en lotes, el presente criterio se aplicará en relación con cada uno de los lotes. No obstante, el órgano de contratación podrá establecer el volumen de negocios mínimo anual exigido a los licitadores por referencia a



grupos de lotes en caso de que al adjudicatario se le adjudiquen varios lotes que deban ejecutarse al mismo tiempo».

La LCSP reconoce un ámbito de discrecionalidad en la decisión del órgano de contratación para fijar los criterios de selección de las empresas mediante la elección de los criterios de solvencia económica y financiera enumerados en dicha norma, y ante la opción de acreditar la solvencia económica por referencia al volumen de negocios de los licitadores, establece que este volumen pueda referirse a un año y, como regla general, la cuantía no debe superar una vez y media el valor estimado del contrato.

En el presente supuesto, la exigencia en la cláusula controvertida del PCAP de un volumen de negocios que, de acuerdo con las explicaciones contenidas en el informe del órgano de contratación, no excede de una vez y media al valor estimado del contrato en el mejor ejercicio dentro de los tres últimos, se encuentra dentro de los márgenes establecidos en el artículo 87 de la LCSP, permitiendo incluso la Directiva 2014/14/UE y la LCSP que se exceda en determinados supuestos del mismo, siempre que se justifique en circunstancias críticas o riesgos elevados vinculados al objeto del contrato.

Por otro lado, el órgano de contratación justifica en su informe el establecimiento del criterio de solvencia de la cláusula 16ª en atención al carácter esencial del servicio de comedor en los colegios públicos, la naturaleza sensible del colectivo al que se dirige (niños y niñas en edades comprendidas entre 3 y 12 años), unido al gran número de menús diarios a suministrar y a la obligación de asumir unos elevados costes fijos en personal derivados de la subrogación, lo que, a juicio de este Tribunal, constituye una motivación adecuada para establecer la solvencia económica y financiera exigida, la cual como se ha indicado sigue pautas que el propio legislador considera que satisfacen el requisito de proporcionalidad con el objeto y valor estimado del contrato, y por tanto tampoco suponen una limitación inadmisibile del principio de concurrencia.

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 Dª. E.M.C., en representación de SUMINISTROS SOSTENIBLES A COLECTIVADES, S.L, (SBIS), contra el Pliego de



Cláusulas Administrativas Particulares de la licitación de la *“concesión del servicio público de comedor en los centros escolares de 2º ciclo de educación infantil y primaria de titularidad pública del municipio de Gijón con criterios de sostenibilidad ambiental”*

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en el artículo 57.3 de la LCSP.

Tercero. 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 58.2 de la LCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, 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 10.1 letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.