



Recurso nº 1021/2019 C. Valenciana 211/2019

Resolución nº 1283/2019

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

En Madrid, a 11 de noviembre de 2019.

VISTO el recurso interpuesto por D. V.P.T. en representación de CIVIL SP, S.L., frente al pliego de cláusulas administrativas particulares y cuadro de características del “*Contrato de servicios para la defensa en juicio y asesoría jurídica vinculada del Ayuntamiento de Orihuela*”, con expediente 9167/2019, licitado por la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Orihuela (Alicante), el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Mediante anuncio publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 6 de agosto de 2019, fecha en la que asimismo se publicaron los pliegos, el Ayuntamiento de Orihuela convocó la licitación del “*Contrato de servicios para la defensa en juicio y asesoría jurídica vinculada del Ayuntamiento de Orihuela*”.

El valor estimado del contrato es de 350.000 euros.

Segundo. La mercantil CIVIL SP, S.L., quien no ha presentado proposición para participar en el procedimiento de contratación, interpone recurso especial en materia de contratación mediante escrito presentado el 9 de agosto de 2019, impugnando el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) rector de la contratación, incluido su cuadro de características.

En lo que atañe a su legitimación, manifiesta el recurrente que sus derechos o intereses legítimos se han visto perjudicados toda vez que “*es abogado en ejercicio y administrador único de una empresa de nueva creación a efectos de la LCSP, que tiene como objeto social la asesoría y defensa jurídica, no pudiendo concurrir a la licitación publicada al haberse incumplido en el pliego de cláusulas los requisitos legalmente establecidos*”.



Por lo que hace a los motivos de impugnación del pliego, señala el recurso que la sociedad recurrente *“inició su actividad el 29 de octubre de 2015, por lo que ostenta la condición de empresa de nueva creación en los términos establecidos por la LCSP”*.

Partiendo de ello, se refiere en primer lugar a lo señalado en el cuadro de características en cuanto a la solvencia económica exigida, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 87.4 LCSP:

“La solvencia económica y financiera requerida deberá resultar proporcional al objeto contractual de conformidad con lo establecido en el artículo 74.2, no debiendo en ningún caso suponer un obstáculo a la participación de las pequeñas y medianas empresas”.

Afirma en este punto que:

“Resulta llamativo y a la vez contradictorio que la solvencia económica y financiera exigida no limite la participación de las pequeñas y medianas empresas, ni la participación de las de nueva creación, porque con la aportación de un seguro de responsabilidad civil de 105.000 euros se reúnen los requisitos de solvencia económica, lo cual es concorde con la doctrina del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (véase la resolución 1206/2018 de 28 de diciembre)”.

Frente a ello, considera que la solvencia técnica exigida *“sí establece esa limitación que impide la participación de las empresas de nueva creación, lo cual es incoherente.”*

En tal sentido, defiende el recurrente que:

“En lo que se refiere a los requisitos de solvencia técnica exigidos para licitar, éstos son tan específicos y determinados que impiden total y absolutamente que una empresa de nueva creación los reúna”.

Para sustentar esta afirmación, atiende a lo que establece el artículo 90.4 LCSP acerca de la solvencia técnica o profesional exigida a las empresas de nueva creación:

“En los contratos no sujetos a regulación armonizada, cuando el contratista sea una empresa de nueva creación, entendiéndose por tal aquella que tenga una antigüedad inferior



a cinco años, su solvencia técnica se acreditará por uno o varios de los medios a que se refieren las letras b) a i) anteriores, sin que en ningún caso sea aplicable lo establecido en la letra a), relativo a la ejecución de un número determinado de servicios”.

Y defiende que: *“La exhaustiva previsión establecida en el cuadro de características del pliego, basada únicamente en ‘la experiencia’ quebranta lo dispuesto en el artículo 90.4 LCSP, al no haberse establecido requisitos alternativos para acreditar la solvencia técnica para empresas de nueva creación que no pueden acreditarla con la experiencia”.*

Se refiere a este respecto a lo indicado en la Recomendación de 28 de febrero de 2018 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado a los órganos de contratación.

Defiende asimismo que *“se da la paradoja de que, además, se exigen menos requisitos para acceder como Magistrado al Tribunal Supremo por el turno de juristas de reconocido prestigio que para poder concursar a la oferta de referencia. Incluso, si un magistrado de la Sala de lo contencioso quisiera presentarse al concurso no podría, pese a tener indubitada experiencia y conocimientos técnicos.*

Y todo esto lo que pone a las claras la abusividad de las condiciones impuestas”.

Considera que *“estas infracciones legales suponen también una ruptura del objeto y finalidad de la norma establecida en el artículo 1 LCSP, por cuanto no salvaguarda la competencia y la libre concurrencia, impidiendo la participación de las empresas de nueva creación”.*

Termina por todo ello interesando la anulación de los pliegos y la retroacción del procedimiento al momento anterior a la aprobación y publicación de dichos pliegos.

Tercero. El órgano de contratación ha evacuado el trámite de informe sobre este recurso. Se defiende en el mismo, a la vista de la impugnación formulada en el recurso, que no se produce ninguna vulneración, *“pues la previsión contenida en el número cuatro del artículo 90 de la LCSP es de aplicación absoluta, preferente y no discutida. Si a la licitación de este procedimiento concurriera alguna empresa de nueva creación no le será exigido el cumplimiento de los requisitos de solvencia previstos en el apartado 6 del Cuadro de*



Características técnicas por remisión de la cláusula 12 del PCAP, sino uno o varios de los medios de los previstos en las letras b) a i) del artículo 90 de la LCSP’.

Puntualiza en tal sentido que:

“El hecho de que ni el PCAP, ni el cuadro de características técnicas, recojan expresamente la previsión de la solvencia técnica para las empresas de nueva creación no significa en modo alguno que no sea de obligado cumplimiento lo establecido en la propia Ley de Contratos, en su artículo 90.4.

Este órgano de contratación entiende que cuando se incurriría en infracción del ordenamiento jurídico sería en el hipotético caso de que éste, o la mesa de contratación, decidieran la exclusión de una empresa de nueva creación del procedimiento de licitación por no cumplir los requisitos de solvencia relativos a acreditar un número mínimo de servicios. En ese momento la infracción del artículo 90.4 sería clara, pero no ahora, cuando nada presume un incumplimiento legal por parte de éste órgano de contratación.

El artículo 92 de la LCSP dispone que en ausencia de especificación en el PCAP y en el anuncio de licitación de los requisitos mínimos de solvencia económica y financiera y de solvencia técnica o profesional exigidos para un contrato, así como de los medios admitidos para su acreditación, serán de aplicación los establecidos en los artículos 87 a 90 para el tipo de contratos correspondiente, que tendrán igualmente carácter supletorio para los no concretados en los pliegos.

Por tanto, aunque no se especifiquen los requisitos mínimos de solvencia técnica y los parámetros o valores aceptables, será de aplicación supletoria lo establecido en las letras b) a i) del citado artículo 90”.

Defiende asimismo este informe que la exigencia de solvencia “es adecuada al objeto del procedimiento, es proporcional (habida cuenta del elevado número de procedimientos judiciales anuales) y no supone restricción alguna a ningún licitador. Tal y como se recoge en la Memoria y en el CCT el Ayuntamiento de Orihuela ha comparecido en más de 270 procedimientos judiciales en los últimos cuatro años, con lo que es completamente proporcional exigir al licitador que participe en el procedimiento un mínimo de 100



designaciones como letrado en procedimientos judiciales. Máxime cuando se permite que esa solvencia se acredite no sólo por el licitador sino por otros profesionales integrados o no en la empresa licitadora”.

Cuarto. El 27 de agosto de 2019, por la Secretaría del Tribunal se dio traslado del recurso a los restantes licitadores para que pudieran formular alegaciones, sin que ninguno de ellos evacuase el trámite conferido.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Este Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales es competente para conocer del presente recurso a tenor de lo establecido en el art. 46.4 de la vigente Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP), y en el Convenio suscrito al efecto entre la Administración del Estado y la Generalitat Valenciana, publicado en el BOE el día 17 de abril de 2013 y cuyas sucesivas prórrogas se han publicado en el BOE nº 69 de fecha 21 de marzo de 2016 y en el BOE nº. 122 de 22 de mayo de 2019.

Segundo. El recurso ha sido interpuesto contra un acto susceptible de recurso en esta vía de conformidad con lo establecido en el art. 44, apartados 1.a) y 2.a), de la Ley 9/2017.

Tercero. El recurso se ha interpuesto en plazo, de conformidad con lo dispuesto en el apartado 1.b) del art. 50 LCSP, conforme al cual:

“1. El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles. Dicho plazo se computará:

(...)

b) 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 aquel en que se haya publicado en el perfil de contratante el anuncio de licitación, siempre que en éste se haya indicado la forma en que los interesados pueden acceder a ellos. Cuando no se hiciera



esta indicación el plazo comenzará a contar a partir del día siguiente a aquel en que se le hayan entregado al interesado los mismos o este haya podido acceder a su contenido a través del perfil de contratante”.

Cuarto. Por lo que respecta a la legitimación del recurrente, hemos de partir del principio general contenido en el art. 48 LCSP, conforme al cual podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso.

En el caso de la legitimación de un potencial licitador que impugna los anuncios o pliegos de cláusulas administrativas sin presentar su proposición en plazo, como aquí sucede, este Tribunal la ha venido admitiendo (como se pone de relieve, entre otras resoluciones, en la resolución nº 1142/2018) cuando el motivo de impugnación de los pliegos impide al recurrente participar en un plano de igualdad en la licitación.

Así sucede en el caso que nos ocupa, puesto que, como pone de manifiesto la recurrente, la falta de previsión en el pliego de los específicos requisitos de solvencia técnica aplicables a las empresas de nueva creación, como es su caso vista la fecha de su constitución, le impide concurrir a la licitación, a la vista de la experiencia exigida.

Quinto. Tal y como se desprende de la exposición realizada en los antecedentes de hecho de esta resolución, la cuestión objeto de debate en el presente recurso viene referida a la falta de previsión en el cuadro de características del PCAP de unos requisitos específicos de solvencia técnica para las empresas de nueva creación, atendiendo a lo dispuesto en el art. 90.4 LCSP, de aplicación al caso dado que, con independencia del valor estimado del contrato, se trata de un contrato de servicios de asesoría jurídica y defensa en juicio que está incluido en los supuestos del art. 19.2.e) LCSP y por ello no sujeto a regulación armonizada.

Comenzaremos por ello recordando el tenor de las cláusulas del PCAP referidas a la solvencia requerida a los licitadores. Así, en primer término, la cláusula 12 de dicho pliego establece que:



“Los empresarios deberán acreditar estar en posesión de las condiciones mínimas de solvencia económica y financiera y profesional o técnica de conformidad con lo previsto en los artículos 86, 87 y 90 de la LCSP 2017, que se señalan en el apartado 6 del Cuadro de Características del Contrato.

Tales condiciones mínimas de solvencia se acreditarán en la forma señalada en el anuncio y en el citado apartado. (...)”

Concretando tal previsión, el apartado 6 del Cuadro de características es del siguiente tenor:

“LA SOLVENCIA TÉCNICA deberá acreditarse necesariamente mediante TODOS los medios señalados a continuación:

Orihuela presenta características organizativas, territoriales y poblacionales singularizadas. Estas características propias imponen la necesidad de establecer unos requisitos o niveles mínimos de solvencia en este apartado, de tal manera que los letrados o despachos profesionales que se presenten a la licitación cuenten de antemano con cierta experiencia profesional que les permita prestar satisfactoriamente el contrato. En las últimas cuatro anualidades completas (2015-2018) el Ayuntamiento de Orihuela ha tenido que comparecer y ejercer su defensa en 186 procedimientos contencioso-administrativos, y 84 procedimientos sociales (sin contar con los penales, y resto de órdenes jurisdiccionales, que no son significativos). El número de procedimientos es, como se aprecia, muy importante, por lo que es esencial para garantizar la correcta defensa judicial del Ayuntamiento que el despacho o letrados seleccionados cuenten, en primer lugar, con una acreditada experiencia en la dirección de procedimientos judiciales en los que el demandado sea una administración local. En segundo lugar, es preciso que el despacho profesional o los letrados a contratar tengan capacidad para gestionar, impulsar, y atender adecuadamente un número tan importante de recursos judiciales.

Estas circunstancias que aconsejan el establecimiento de criterios mínimos y obligatorios de solvencia son las siguientes:

1) EXPERIENCIA POR DESTINATARIO DE LAS PRESTACIONES.



Se deberá acreditar por el licitador (por la empresa licitadora, o por el profesional o profesionales licitadores) haber sido designado letrado en representación municipal en 100 procedimientos contencioso-administrativos (número inferior a la suma de contenciosos administrativos en los tres últimos años completos 2016-2018) actuando en defensa de entidades locales. La acreditación de ésta condición de solvencia podrá acreditarse no sólo por el licitador mismo, sino también por los profesionales integrados o no en la empresa licitadora con los que ésta celebre acuerdos para la prestación del servicio.

2)EXPERIENCIA POR EL CONTENIDO O ESPECIALIZACIÓN DE LAS PRESTACIONES

Se deberá acreditar haber ejercido la defensa en como mínimo 10 procedimientos judiciales (con independencia de la población del Ayuntamiento al que se hayan prestados servicios) en cada una de las siguientes materias:

i. urbanismo (planeamiento y gestión);

ii. disciplina urbanística y expropiaciones;

iii. responsabilidad patrimonial

iv. Contratación administrativa, función pública, derecho laboral, régimen sancionador, régimen disciplinario y organización y funcionamiento municipal

v. De carácter penal en los que se haya participado en defensa de miembros de corporación o empleados públicos.

vi.- Jurisdicción social de personal al servicio de entidades locales.

La acreditación de ésta condición de solvencia podrá realizarse no sólo por el licitador mismo sino también por los profesionales, integrados o no, en la empresa licitadora con los que ésta celebre acuerdos para la prestación del servicio.



3) EXPERIENCIA POR LA INSTANCIA ANTE LA QUE SE EJERCITA EL RECURSO.

Se deberá acreditar como mínimo haber defendido a Ayuntamientos, a su personal o autoridades o ejercitar acciones judiciales ante: Juzgados de lo Contencioso, Tribunales Superiores de Justicia, Audiencia Nacional y Tribunal Supremo, Juzgados de Primera Instancia e Instrucción; y Audiencias Provinciales.

La acreditación de ésta condición de solvencia podrá acreditarse no sólo por el licitador mismo sino también por los profesionales, integrados o no, en la empresa licitadora con los que ésta celebre acuerdos para la prestación del servicio.

La información anterior se podrá acreditar mediante la copia de escrituras, contratos, certificaciones expedidas por Ayuntamientos, decretos de nombramientos, sentencias o informes expedidos por organismos oficiales o cualquier otro documento que acrediten la intervención profesional requerida. A efectos de determinación de la acreditación de la solvencia sólo podrá tomarse en consideración la documentación aportada por los licitadores. El Ayuntamiento se reserva la facultad de tener por no acreditada la solvencia en relación con aquellos aspectos respecto de los cuales no se aporte la documentación adecuada o sea ésta insuficiente.

El Ayuntamiento de Orihuela considera fundamental que su representación en juicio sea efectuada por dos letrados que acumulen la suficiente experiencia para la correcta defensa de sus intereses. Por ello, con independencia de que a la licitación puedan concurrir sociedades o equipos jurídicos compuestos por distintos letrados, se requiere que se defina con claridad por el adjudicatario el nombre de dos letrados que representarán al Ayuntamiento como directores de los procedimientos, y a los que se les encargará directamente la participación letrada en los mismos”.

Se establece, por tanto, como medio de acreditación de la solvencia técnica, el previsto en el apartado 1.a) del art. 90 de la LCSP, en referencia a la prestación por los licitadores de servicios previos de la misma o similar naturaleza a los que son objeto del contrato. No se establece excepción alguna a ello ni posibilidad de acreditar la solvencia técnica por otros medios, a pesar de que, como defiende el recurrente, el objeto del contrato determina, al



no encontrarse sujeto a regulación armonizada, que se incardine en la previsión del art. 90.4 LCSP, conforme al cual:

“En los contratos no sujetos a regulación armonizada, cuando el contratista sea una empresa de nueva creación, entendiéndose por tal aquella que tenga una antigüedad inferior a cinco años, su solvencia técnica se acreditará por uno o varios de los medios a que se refieren las letras b) a i) anteriores, sin que en ningún caso sea aplicable lo establecido en la letra a), relativo a la ejecución de un número determinado de servicios”.

Frente a ello, defiende el órgano de contratación en su informe que tal falta de previsión de la solvencia técnica para las empresas de nueva creación no significa que no sea de obligado cumplimiento lo establecido en la propia Ley de Contratos, en su artículo 90.4, el cual determinaría la imposibilidad de excluir a una empresa de tal naturaleza por falta de acreditación de los servicios previos exigidos, de suerte que solo en caso de producirse tal exclusión se produciría infracción legal. A lo anterior suma el hecho de que el artículo 92 de la LCSP dispone que en ausencia de especificación en el PCAP y en el anuncio de licitación de los requisitos mínimos de solvencia económica y financiera y de solvencia técnica o profesional exigidos para un contrato, así como de los medios admitidos para su acreditación, serán de aplicación los establecidos en los artículos 87 a 90 para el tipo de contratos correspondiente, que tendrán igualmente carácter supletorio para los no concretados en los pliegos, por lo que entiende que aunque no se especifiquen los requisitos mínimos de solvencia técnica y los parámetros o valores aceptables, será de aplicación supletoria lo establecido en las letras b) a i) del artículo 90.1.

No podemos compartir la interpretación que hace el órgano de contratación de las normas de la LCSP en este punto. Lo cierto es que el PCAP sí establece unos requisitos mínimos de solvencia técnica y profesional basados en la previa experiencia de los licitadores, con lo que no es de aplicación la norma supletoria del art. 90.2 LCSP para el caso de ausencia de determinación de estos requisitos, aparte de que, en cualquier caso, la regla supletoria de dicha norma viene referida al medio de acreditación que se excluye para las empresas de nueva creación, esto es, la experiencia previa acreditada por la prestación de servicios de la misma o similar naturaleza. Así, recordemos que dicho precepto establece que, en defecto de previsión expresa en los pliegos, *“la acreditación de la solvencia técnica o*



profesional se efectuará mediante la relación de los principales servicios efectuados en los tres últimos años, de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto del contrato, cuyo importe anual acumulado en el año de mayor ejecución sea igual o superior al 70 por ciento de la anualidad media del contrato”.

Por lo tanto, se debe concluir diciendo que los Pliegos establecen claramente los requisitos necesarios para la acreditación de la solvencia técnica consistentes en la experiencia en la tramitación de los procedimientos indicados, si bien, tal como se dispone expresamente en los apartados 1,2 y 3 de la cláusula 12, dicha experiencia podrá acreditarse *“no solo por el licitador mismo, sino también por los profesionales integrados o no en la empresa licitadora con los que ésta celebre acuerdos para la prestación del servicio”*, lo que amplía considerablemente el ámbito subjetivo de los profesionales acreditados, pudiéndose incluir no sólo los profesionales integrados en la persona jurídica contratista, sino otros ajenos incluso a la licitadora que presten los servicios previo acuerdo con la licitadora, lo que permite a las empresas de nueva creación justificar su solvencia mediante la experiencia personal de los profesionales integrantes de la empresa e incluso de otros profesionales ajenos a la misma. Por ello, es indudable, como argumenta el órgano de contratación, que en caso de concurrir empresas de nueva creación no les será exigible *ex lege* acreditar experiencia a la propia persona jurídica licitadora. Ahora bien, no podemos en modo alguno afirmar que no sea exigible que quienes vayan a ejecutar la prestación contratada por cuenta de la licitadora persona jurídica de nueva creación no reúnan los requisitos precisos de titulación y experiencia exigida, sino que, a contrario, sí se deberá acreditar la titulación y experiencia exigidas, si bien por medio de sus profesionales en plantilla o a su disposición por cualquier otro título para la ejecución del contrato, tal y como prevé y concreta el PCAP, por lo que se impone la desestimación del recurso interpuesto.

Por lo expuesto,

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. V.P.T. en representación de CIVIL SP, S.L., frente al pliego de cláusulas administrativas particulares y cuadro de características



del “*Contrato de servicios para la defensa en juicio y asesoría jurídica vinculada del Ayuntamiento de Orihuela*”, con expediente 9167/2019, licitado por la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Orihuela.

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 58.2 de la Ley 9/2017.

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 de la Comunidad Valenciana, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente al de la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1.k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.