



Recursos nº 904 y 1034/2022 C. Valenciana 226 y 251/2022

Resolución nº 1029/2022

Sección 1ª

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

En Madrid, a 7 de septiembre de 2022.

VISTOS los recursos especiales en materia de contratación interpuestos por D. M.A.G.M., en representación de SPAI INNOVA ASTIGITAS, S.L., contra los pliegos del procedimiento de licitación del contrato de *“Suministro de una solución tecnológica integral de Gestión Económico- Financiera y Presupuestaria en la modalidad de computación en nube y software como servicio para el Ayuntamiento de Elche y Organismo Autónomo”*, con expediente referencia SUMIN/ABR/2022000036, y su rectificación posterior, convocado por el Ayuntamiento de Elche y cofinanciado por la Unión Europea (NextGenerationUE) a través del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia; el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente Resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Por Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Elche (Comunidad Valenciana) de fecha 16 de junio de 2022, se acordó el inicio del expediente de contratación por procedimiento abierto para el contrato mixto de suministro de una solución tecnológica integral de Gestión Económico-Financiera y Presupuestaria en la modalidad de computación en nube y software como servicio para el Ayuntamiento de Elche y Organismo Autónomo, financiado con cargo a los Fondos NextGeneration-UE, sin división del objeto del contrato en lotes y con un valor estimado de 2.146.000 €.

Segundo. Tras la aprobación del expediente y de los pliegos rectores de la contratación se enviaron los anuncios de licitación al DOUE y se publicaron el 22 de junio de 2022 al tratarse de un contrato sujeto a regulación armonizada.



Tras dos modificaciones en los pliegos, las rectificaciones fueron oportunamente publicadas a través de la Plataforma de Contratación del Sector Público y así el último anuncio de licitación y de los pliegos se realizó el 18 de julio de 2022, señalando como fecha para la presentación de las ofertas hasta las 14:00 horas del día 1 de agosto de 2022.

El objeto del suministro se anunció con los siguientes CPV:

- 48000000 - Paquetes de software y sistemas de información.
- 72263000 - Servicios de implementación de «software».
- 72267000 - Servicios de mantenimiento y reparación de software.
- 72267100 - Mantenimiento de «software» de tecnología de la información

Tercero. El procedimiento de contratación está siguiendo los trámites del procedimiento abierto para un contrato mixto de suministro y servicios sujeto a regulación armonizada, regulado en 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).

Cuarto. El 13 de julio de 2022, y en sede electrónica de este Tribunal, la empresa SPAL INNOVA ASTIGITAS, S.L. formaliza el recurso especial en materia de contratación, n.º 904/2022, contra los pliegos de cláusulas administrativas particulares y en concreto contra los requisitos de solvencia técnica exigidos en el anuncio y los pliegos que, a juicio de la recurrente, vulneran los principios esenciales de la contratación pública, pues le impiden presentar su oferta.

Quinto. Por la Secretaría General del Tribunal se reclamó al órgano de contratación la remisión del expediente y el informe de alegaciones al recurso, que fueron remitidos en plazo y en forma.

Sexto. Por Acuerdo de este Tribunal de fecha 21 de julio de 2022, dictado al amparo del artículo 58.2, letra b) del Real Decreto Ley 36/2020, de 30 de diciembre, se declara que



prima facie no se aprecia causa de inadmisibilidad del recurso 904/2022 y se concede 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 dispuesto en el artículo 57.3 del mismo cuerpo legal, será la resolución del recurso la que acuerde el levantamiento de la medida adoptada.

Séptimo. Tras la rectificación de los pliegos en lo tocante a la solvencia técnica, el 27 de julio de 2022, y en sede electrónica de este Tribunal, la empresa SPAI INNOVA ASTIGITAS, S.L. formaliza un segundo recurso especial en materia de contratación, tramitado bajo nº 1034/2022, contra la rectificación de los pliegos de cláusulas administrativas particulares y en concreto contra los requisitos de solvencia técnica exigidos en el anuncio y los pliegos que, a juicio de la recurrente, vulneran los principios esenciales de la contratación pública, pues pese a la rectificación hecha, le impiden presentar su oferta.

Octavo. Por la Secretaría General del Tribunal se reclamó al órgano de contratación la remisión del expediente y el informe de alegaciones al recurso, que fueron remitidos en plazo y en forma.

Noveno. Por Acuerdo de este Tribunal de fecha 3 de agosto de 2022, dictado al amparo del artículo 58.2, letra b) del Real Decreto Ley 36/2020, de 30 de diciembre, se declara que *prima facie* no se aprecia causa de inadmisibilidad del recurso 1034/2022 y no se concede la medida provisional consistente en suspender el procedimiento de contratación, pues ya se encuentra suspendido en el recurso especial seguido ante este Tribunal con el nº 904/2022.

Décimo. El 4 de agosto de 2022, por la Secretaría del Tribunal se dio traslado del recurso 1034/2022 a los restantes licitadores para que pudieran formular alegaciones, de acuerdo con lo establecido en el artículo 56.3 de la LCSP, sin que ninguno de ellos evacuase el trámite conferido.

FUNDAMENTOS DE DERECHO



Primero. Los recursos han sido debidamente interpuestos ante este Tribunal, que es competente para su resolución de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46 de la LCSP y en el Convenio suscrito entre el Ministerio de Hacienda y la Generalitat Valenciana sobre atribución de competencia de recursos contractuales de fecha 25 de mayo de 2021 (BOE de fecha 02/06/2021).

Segundo. La recurrente, SPAI INNOVA ASTIGITAS, S.L., goza de legitimación para sostener sus pretensiones de anulación de la cláusula impugnada ya que le provoca una restricción en el acceso a la licitación del procedimiento abierto pues le impide presentar su oferta, por lo que goza de interés legítimo de conformidad con el artículo 48 de la LCSP.

Tercero. La actuación impugnada se refiere a un contrato mixto de suministros y servicio sujeto a regulación armonizada que supera con creces el umbral del valor estimado fijado en el artículo 44.1, a) de la LCSP, es decir, superior a 100.000 € y además la actuación recurrida, los pliegos, es una de las actuaciones administrativas susceptibles de recurso especial en el artículo 44.2, a) del mismo cuerpo legal.

Cuarto. Los recursos se han interpuesto dentro del plazo legal concedido de quince días hábiles, pues es de aplicación el plazo general del artículo 50 de la LCSP y no el especial de diez días naturales, plazo especial preceptuado en el artículo 58 del Real Decreto-Ley 36/2020, de 30 de diciembre por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, por tratarse de la revisión de los pliegos. Del mismo modo, se han cumplido las prescripciones formales, por lo que procede su admisión.

Estos recursos se han tramitado con preferencia y urgencia en esta sede por así venir exigido en el artículo 58.2 del Real Decreto-Ley 36/2020, introducido por el apartado cinco de la disposición final trigésima primera del R.D.-Ley 6/2022, de 29 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en el marco del Plan Nacional de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la guerra en Ucrania.

Quinto. Sostiene la defensa de la mercantil recurrente que, el apartado E del cuadro de características del PCAP en lo relativo a la exigencia y modo de acreditación de la solvencia técnica o profesional quiebra el principio de búsqueda de la máxima concurrencia



competitiva y de la competencia. Reitera esos mismos argumentos tras la rectificación sufrida por los pliegos en lo tocante a la ampliación del período temporal para la acreditación de la solvencia técnica.

En este sentido, en el recurso 904/2022 expone que:

«El anuncio de la licitación convocada por el Ayuntamiento de Elche establece lo siguiente respecto a los requisitos de solvencia técnica-profesional:

“Trabajos realizados - La empresa licitadora deberá indicar que SÍ cumple con la con la solvencia técnica requerida, de conformidad con lo dispuesto en el apartado 11 del Anexo I del PCAP Umbral: 281750 Periodo: Máximo los tres últimos años”.

La cláusula 14 del PCAP también se remite al apartado 11 del Anexo I del PCAP, disponiendo que: “Los licitadores deberán acreditar su solvencia económica, financiera y técnica en los términos y por los medios que se relacionan en el apartado 11 del Anexo I al pliego.

El apartado 11 del Anexo I del PCAP, al que se remiten el anuncio y la cláusula 3 del PCAP, regula los requisitos de solvencia técnica que deben cumplir los licitadores para concurrir a la licitación convocada por el Ayuntamiento de Elche, así como los medios para acreditar dicha solvencia, en los siguientes términos:

“Las licitadoras deberán acreditar una relación de los principales suministros realizados para Entidades Locales (ayuntamientos de municipios cuya población sea igual o supere los 75.000 habitantes, diputaciones, consejos y cabildos insulares), en el curso de, como máximo, los tres últimos años, en las que han implantado sus soluciones de gestión económico-financiera y presupuestaria. Dada la trascendencia y complejidad del proyecto la acreditación debe referirse al menos a 3 Entidades Locales haciendo constar el detalle de las aplicaciones económico-financiera y presupuestarias que se hayan implantado en cada una de ellas especificando el tipo de despliegue on premise o cloud.

El importe anual acumulado en el año de mayor ejecución ha de ser igual o superior al 70% de la anualidad media del contrato, es decir, 281.750 euros



Cuando le sea requerido por el Servicio de Contratación, los suministros efectuados se acreditarán mediante certificados expedidos o visados por el órgano competente, cuando el destinatario sea una entidad del sector público; cuando el destinatario sea un sujeto privado, mediante un certificado expedido por este o, a falta de este certificado, mediante una declaración del empresario acompañado de los documentos obrantes en poder del mismo que acrediten la realización de la prestación; en su caso, estos certificados serán comunicados directamente al órgano de contratación por la autoridad competente”».

Ante tal redacción, la defensa de la recurrente considera que los requisitos de solvencia técnica exigidos en el anuncio y los pliegos del contrato licitado por el Ayuntamiento de Elche son contrarios a Derecho, al vulnerar el artículo 74 de la LCSP y los principios esenciales que rigen la contratación pública (artículos 1 y 132 de la LCSP, 18 y 76 de la Directiva 24/2014/UE y artículo 14 de la CE).

En opinión de la representación de la recurrente:

«El objeto del Contrato licitado por el Ayuntamiento de Elche no justifica que la solvencia técnica exigida en el anuncio y los pliegos se circunscriba únicamente a suministros realizados a determinadas Entidades Locales. El criterio adoptado por el Ayuntamiento de Elche en relación con los requisitos de solvencia técnica es desproporcionado y contrario a Derecho.

Como se ha dicho, la solvencia técnica exigida en el apartado 11 del Anexo I del PCAP, al que se remiten el anuncio y la cláusula 14 del PCAP, se circunscribe únicamente a suministros realizados a las siguientes Entidades Locales: (i) Ayuntamientos de municipios con más de 75.000 habitantes, (ii) Diputaciones Provinciales, y (iii) órganos análogos de las provincias insulares.

Es decir, los suministros realizados a Diputaciones Provinciales -o a órganos análogos de las provincias insulares- se admiten para acreditar la solvencia técnica, con independencia del número de habitantes que se incluya en su ámbito territorial.

(...)



Por tanto, resulta desproporcionado y contrario a Derecho admitir, a efectos de acreditar la solvencia técnica, los contratos suscritos con las Diputaciones Provinciales y órganos análogos de las provincias insulares (sin atender al número de habitantes que se integran en su ámbito territorial) y, en cambio, rechazar aquellos contratos -con el mismo objeto- suscritos con Comunidades Autónomas Uniprovinciales.

Sentado lo anterior, el hecho de que dichos contratos suscritos con Diputaciones Provinciales y Comunidades Autónomas Uniprovinciales tengan como destinatarios a municipios de menos de 20.000 habitantes no implica que no sean válidos para acreditar la capacidad técnica de la empresa adjudicataria de los mismos para ejecutar satisfactoriamente el Contrato licitado por el Ayuntamiento de Elche.

Las Diputaciones Provinciales y, en los mismos términos, las Comunidades Autónomas Uniprovinciales, incluyen entre sus competencias la “asistencia en la prestación de los servicios de gestión de la recaudación tributaria, en periodo voluntario y ejecutivo, y de servicios de apoyo a la gestión financiera de los municipios con población inferior a 20.000 habitantes” (artículo 36.1.f) de la LBRL)».

Trayendo a colación alguna Resolución de este Tribunal, la representante de la mercantil recurrente concluye con que, resulta desproporcionado e injustificado que la solvencia técnica admitida por el Ayuntamiento de Elche se circunscriba a suministros realizados a determinadas Entidades Locales, excluyéndose la posibilidad de justificar la experiencia técnica o profesional adquirida en el suministro y prestación de servicios similares a los que son objeto del contrato a favor de Diputaciones Provinciales y Comunidades Autónomas Uniprovinciales, con destino a todos los municipios de su ámbito territorial con menos de 20.000 habitantes.

Por tanto, a juicio de la impugnante, el requisito de solvencia técnica exigido en el apartado 11 del Anexo I del PCAP, al que se remiten el anuncio y la cláusula 14 del PCAP, restringe de forma injustificada y desproporcionada la concurrencia, vulnerando los principios esenciales de libertad de acceso a las licitaciones, de igualdad de trato entre licitadores y de salvaguarda de la libre competencia, por lo que solicita la estimación del recurso y su anulación.



Además, alega el defecto de los pliegos por no haber ofrecido otros medios alternativos de acreditación de la solvencia técnica, por lo que se vulnera la máxima concurrencia competitiva que han de presidir los procedimientos de licitación, por lo que insiste en la anulación del apartado 11 del Anexo I del PCAP.

Sexto. Por su parte, el informe del órgano de contratación de fecha 20 de julio de 2022, se opone a las pretensiones anulatorias de la recurrente, además se le acompaña con otro informe técnico suscrito por la Jefe de la Sección de Contabilidad del Ayuntamiento de Elche.

Ambos informes aclaran que, se han solapado las alegaciones y el recurso 904/2022 de la impugnante con la modificación hecha en el apartado 11 del Anexo I del PCAP regulador de la forma de acreditación de la solvencia técnica y así expresan cuanto sigue:

«De forma simultánea a las pretensiones de la empresa, la Junta de Gobierno Local de 15/07/2022 aprueba una modificación de la cláusula de solvencia técnica del apartado 11 del “ANEXO I CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO” que establece los requisitos mínimos de solvencia económica, financiera y técnica (PCAP, pág. 65), en los términos siguientes:

“- Acreditación de la solvencia técnica: - Artículo 89 apartado:

a) Requisitos mínimos de solvencia y acreditación documental: Las licitadoras deberán acreditar una relación de los principales suministros realizados para Entidades Locales (ayuntamientos de municipios cuya población sea igual o supere los 75.000 habitantes, diputaciones, consejos y cabildos insulares), en el curso de, como máximo, los tres últimos años, en las que han implantado sus soluciones de gestión económico-financiera y presupuestaria. Dada la trascendencia y complejidad del proyecto la acreditación debe referirse al menos a 3 Entidades Locales haciendo constar el detalle de las aplicaciones económico- financiera y presupuestarias que se hayan implantado en cada una de ellas especificando el tipo de despliegue on premise o cloud/web.

Dado lo novedoso y complejo del sistema a implantar (en web) cuyo desarrollo y puesta en funcionamiento puede durar varios ejercicios, se considera suficiente, a los efectos de



solvencia técnica, la acreditación de las aplicaciones que se hayan suministrado e implantado en el período indicado o que, habiéndose suministrado e implantado con anterioridad, no más de cinco años, sigan instaladas y hayan sido objeto de mantenimiento correctivo y/o actualización en el período de referencia, con versiones del producto desarrolladas en tecnología tanto web como no web.

El importe anual acumulado en el año de mayor ejecución ha de ser igual o superior al 70% de la anualidad media del contrato, es decir, 285.250 euros...”»

Tras apelar a la discrecionalidad técnica de la que gozan los poderes adjudicadores a la hora de definir los criterios de solvencias al amparo de la LCSP y con cita de varias Resoluciones de este Tribunal el informe técnico de la Jefe de la Sección de Contabilidad advierte literalmente que:

«En nuestro caso, los requisitos fijados por el órgano de contratación para la solvencia técnica guardan relación directa con el objeto del contrato, su complejidad técnica y el tiempo de ejecución de la 1ª fase. El propio PPT incluye un apartado para describir el tamaño de la organización y su volumen de gestión “7. SISTEMA ACTUAL Y ESTIMACIONES SOBRE EL VOLUMEN DE GESTIÓN” (pág.27), por ello, se considera oportuno y proporcionado considerar la experiencia en entidades locales que, por sus características objetivas, de tipo demográfico, organizativo y de volumen de gestión, respectivamente, sean equiparables al Ayuntamiento de Elche (234.205 habitantes).

La exigencia de experiencia en Ayuntamientos de un determinado número de habitantes pretende distinguir fundamentalmente aquellas entidades locales cuyo régimen y volumen organizativo interno puede estar próximo al Ayuntamiento de Elche. Esto es importante porque el proyecto supone un cambio de paradigma en el que la transformación digital conlleva un gran cambio en la cultura organizacional, lo que hace muy recomendable contar con la colaboración de una empresa con experiencia en implantaciones equivalentes al tamaño de organización del Ayuntamiento».

En definitiva, concluyen ambos informes expresando que no existe vulneración de los principios rectores de la contratación administrativa y que la solvencia técnica guarda



relación con el objeto del contrato y resulta proporcionada, por lo que suplican la desestimación.

El informe del órgano de contratación de fecha 3 de agosto de 2022 se opone igualmente a lo sostenido por la recurrente e insiste en los mismos términos en que ya lo hizo el informe evacuado en el recurso 904/2022.

Séptimo. Con el fin de examinar la legalidad del apartado 11 del cuadro de características en relación con la cláusula 14 del PCAP hemos de traer a colación su dicción literal.

La cláusula 14 del PCAP referida a la "Solvencia" dispone:

«De conformidad con el artículo 74 LCSP, para celebrar contratos con el sector público los empresarios deberán acreditar estar en posesión de las condiciones mínimas de solvencia económica y financiera y profesional o técnica que se determinen por el órgano de contratación.

La solvencia económica y financiera y técnica, se establece en el apartado 11 del Anexo I al pliego.

Asimismo, el artículo 92 LCSP dispone que reglamentariamente podrá eximirse la exigencia de acreditación de la solvencia económica y financiera o de la solvencia técnica o profesional para los contratos cuyo importe no supere un determinado umbral. En el supuesto de contratos cuyo valor estimado sea igual o inferior a 35.000 euros, en el apartado 11 del Anexo I al pliego se indicará expresamente la exigencia o no de los requisitos de acreditación de la solvencia, de conformidad con lo previsto en el artículo 11 del RGLCAP, modificado por el Real Decreto 773/2015, de 28 de agosto».

Por su parte, el apartado 11 del cuadro de características del PCAP, tras la modificación anunciada y publicada en la Plataforma de Contratación del Sector Público, establece:

«Acreditación de la solvencia técnica:

- Artículo 89 apartado: a)

Requisitos mínimos de solvencia y acreditación documental:

Las licitadoras deberán acreditar una relación de los principales suministros realizados para Entidades Locales (ayuntamientos de municipios cuya población sea igual o supere los 75.000 habitantes, diputaciones, consejos y cabildos insulares), en el curso de, como máximo, los tres últimos años, en las que han implantado sus soluciones de gestión económico-financiera y presupuestaria. Dada la trascendencia y complejidad del proyecto la acreditación debe referirse al menos a 3 Entidades Locales haciendo constar el detalle de las aplicaciones económico-financiera y presupuestarias que se hayan implantado en cada una de ellas especificando el tipo de despliegue on premise o cloud/web.

Dado lo novedoso y complejo del sistema a implantar (en web) cuyo desarrollo y puesta en funcionamiento puede durar varios ejercicios, se considera suficiente, a los efectos de solvencia técnica, la acreditación de las aplicaciones que se hayan suministrado e implantado en el período indicado o que, habiéndose suministrado e implantado con anterioridad, no más de cinco años, sigan instaladas y hayan sido objeto de mantenimiento correctivo y/o actualización en el período de referencia, con versiones del producto desarrolladas en tecnología tanto web como no web.

*El importe anual acumulado en el año de mayor ejecución ha de ser igual o superior al 70% de la anualidad media del contrato, es decir, 285.250 euros. * (rectificado por acuerdo JGL de 15/7/22).*

Cuando le sea requerido por el Servicio de Contratación, los suministros efectuados se acreditarán mediante certificados expedidos o visados por el órgano competente, cuando el destinatario sea una entidad del sector público; cuando el destinatario sea un sujeto privado, mediante un certificado expedido por este o, a falta de este certificado, mediante una declaración del empresario acompañado de los documentos obrantes en poder del mismo que acrediten la realización de la prestación; en su caso, estos certificados serán comunicados directamente al órgano de contratación por la autoridad competente».

En este contexto, dos son las cuestiones suscitadas sobre el medio elegido para acreditar la solvencia, su proporcionalidad y la ausencia de medios alternativos para acreditarlo.



Octavo. Para determinar si la condición de que el criterio de solvencia es proporcional al objeto del contrato, es preciso examinar en cada caso si los parámetros establecidos en el pliego son objetivamente admisibles por guardar la debida proporcionalidad con el objeto del contrato, sin que en abstracto pueda establecerse un porcentaje o cuantía que pueda concretar tal proporcionalidad.

La proporcionalidad viene dada por la relación entre lo que se exige como requisito de solvencia y la complejidad técnica del contrato y su dimensión económica, u otras circunstancias semejantes, dado que una exigencia desproporcionada afectaría a la concurrencia empresarial en condiciones de igualdad.

En el Derecho en general, y el ordenamiento jurídico de la contratación en particular, el principio de prohibición de exceso o proporcionalidad en sentido amplio, alude a la idoneidad de la solvencia o del compromiso de adscripción medios personales o materiales exigidos para la ejecución de un determinado contrato.

Los presupuestos sobre los que se asienta el principio de proporcionalidad son dos: uno formal, constituido por el principio de legalidad, y otro material, que podemos denominar de justificación teleológica.

El primero, exige que toda medida restrictiva del acceso a un contrato público se encuentre prevista por la ley. Es un presupuesto formal, porque no asegura un contenido determinado de la medida, pero sí es un postulado básico para su legitimidad y garantía de previsibilidad de la actuación de los órganos de contratación de las entidades del sector público.

El segundo presupuesto, de justificación teleológica, es material, porque introduce en el enjuiciamiento de la admisibilidad e idoneidad de los concretos requisitos de solvencia, o del compromiso de adscripción de medios personales o materiales, la necesidad de gozar de la fuerza suficiente para enfrentarse a los valores representados por los principios básicos de la contratación del sector público, expresamente recogidos en los artículos 1 y 132 de la LCSP.

El principio de proporcionalidad requiere, en definitiva, que toda limitación de los derechos, de quienes están llamados a concurrir a una licitación pública, tienda a la consecución de fines legítimos, y sea cualitativa y cuantitativamente adecuada.

Centrando así el objeto de la controversia planteada, en cuanto a los requisitos mínimos exigidos y su proporcionalidad y justificación, sobre los que giran el recurso especial objeto de examen, procede, en primer término, exponer el marco legal sobre los requisitos de solvencia exigibles en el ámbito de la contratación pública, para, posteriormente, analizar las consecuencias jurídicas de su aplicación al caso concreto que nos ocupa.

Para ello, debemos acudir en primer lugar al contenido de la Directiva 2014/24/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, en cuyo considerando 83 recoge:

«(83) 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 esos casos debidamente justificados, los poderes adjudicadores deben gozar de libertad para decidir autónomamente si sería conveniente y pertinente establecer un requisito de volumen de negocio mínimo más elevado, sin estar sometidos a supervisión administrativa o judicial. Cuando se apliquen requisitos de volumen de negocio mínimo más elevado, los poderes adjudicadores deben gozar de libertad para fijar el nivel mientras esté relacionado y sea proporcional al objeto del contrato. Cuando el poder adjudicador decida que el requisito de volumen de negocio mínimo se establezca en un nivel superior al doble del valor estimado del contrato, el informe



específico o la documentación de la licitación deben incluir una indicación de las principales razones que expliquen la elección hecha por el poder adjudicador (...)»

Los postulados del considerando 83 de la Directiva 2014/24/UE quedan reflejados en el artículo 58 que, al regular los criterios de selección, establece:

«Los criterios de selección pueden referirse a:

a) la habilitación para ejercer la actividad profesional;

b) la solvencia económica y financiera;

c) la capacidad técnica y profesional.

Los poderes adjudicadores solo podrán imponer los criterios contemplados en los apartados 2, 3 y 4 a los operadores económicos como requisitos de participación. Limitarán los requisitos a los que sean adecuados para garantizar que un candidato o un licitador tiene la capacidad jurídica y financiera y las competencias técnicas y profesionales necesarias para ejecutar el contrato que se vaya a adjudicar. Todos los requisitos deberán estar vinculados al objeto del contrato y ser proporcionados con respecto a él. (...)

5. Los poderes adjudicadores indicarán las condiciones exigidas para la participación, que podrán expresarse como niveles mínimos de capacidad, así como el medio de prueba adecuado, en el anuncio de licitación o en la invitación a confirmar el interés».

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha señalado que el único objetivo de los criterios de selección 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 capacitados para ejecutar el contrato. Y es que no debemos obviar que la solvencia es el conjunto de condiciones técnicas, financieras, económicas y profesionales que deben concurrir en una empresa para que se considere que es capaz de ejecutar con garantías las prestaciones propias de un contrato.

No hay, por lo tanto, insistimos, empresas solventes en abstracto, sino empresas solventes en relación a un contrato concreto. Es por ello que el legislador comunitario especifica que los umbrales deben ser proporcionados al objeto del contrato, pues está pensando en que el órgano de contratación determine en cada caso el nivel de solvencia mínimo necesario para participar en el procedimiento de adjudicación de cada contrato.

La correcta exigencia de solvencia en cuanto a su proporcionalidad y su vinculación al objeto del contrato son capitales pues, de un lado aseguran la correcta ejecución del contrato y, de otro, garantizan que mediante la adecuada concurrencia se pueda seleccionar la oferta más ventajosa.

Debe indicarse que el hecho de que los criterios de solvencia requeridos puedan impedir el acceso al procedimiento de las empresas que no los cumplan, no es sino el efecto lógico de la finalidad que en la legislación contractual tiene la exigencia de una solvencia mínima, que es asegurar que los licitadores posean las características económicas y técnicas que les permitan ejecutar con garantías la prestación contractual. Así es que la acreditación de solvencia para poder optar a la adjudicación de contratos públicos, constituye el mecanismo a través del cual el poder adjudicador pretende garantizar, tanto desde el punto

de vista financiero y económico como técnico o profesional, que los licitadores están capacitados para ejecutar en forma adecuada el contrato a cuya adjudicación concurren.

Por tanto, la legislación contempla una serie de requisitos o controles previos que tratan de garantizar que los operadores económicos interesados en una licitación reúnen las condiciones de solvencia precisas que permitan garantizar o prever una correcta ejecución del contrato que pretende celebrar la Administración; requisitos que constituyen niveles mínimos de capacidad y solvencia que los licitadores deben reunir y que se deben fijar en los pliegos y en el anuncio de licitación, de forma clara, precisa e inequívoca y que deben estar vinculados y ser proporcionales al objeto del contrato. Y donde el órgano de contratación, para la acreditación de los mismos, debe realizar un esfuerzo a fin de especificar los medios de entre los recogidos en el Título II – Capítulo II, de la LCSP.

En este sentido, en cuanto a las condiciones de aptitud, dispone el artículo 65.1 de la LCSP, en su primer párrafo, que *«Sólo podrán contratar con el sector público las personas naturales o jurídicas españolas o extranjeras, que tengan plena capacidad de obrar, no estén incurso en alguna prohibición de contratar, y acrediten su solvencia económica y financiera y técnica o profesional o, en los casos en que así lo exija esta Ley, se encuentren debidamente clasificadas»*.

Por su parte, el artículo 74 de la LCSP, relativo a la exigencia de solvencia, dispone:

«1. Para celebrar contratos con el sector público los empresarios deberán acreditar estar en posesión de las condiciones mínimas de solvencia económica y financiera y profesional o técnica que se determinen por el órgano de contratación. Este requisito será sustituido por el de la clasificación, cuando esta sea exigible conforme a lo dispuesto en esta Ley.

2. 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».



En cuanto a los medios para la acreditación de la concreta solvencia exigida, los mismos son limitativos y son los que se definen en el artículo 86 de la LCSP, que en su primer apartado dispone que:

«1. La solvencia económica y financiera y técnica o profesional para un contrato se acreditará mediante la aportación de los documentos que se determinen por el órgano de contratación de entre los previstos en los artículos 87 a 91 de la presente Ley».

Por tanto, se debe acudir a los artículos 87 y 89 de la LCSP, en tanto que nos encontramos ante un contrato de suministros, para comprobar los medios concretos fijados por la LCSP.

En cuanto a la solvencia técnica, que es la aquí impugnada y, que tiene por finalidad garantizar que los candidatos tengan los conocimientos técnicos, eficacia, experiencia y fiabilidad para realizar la prestación que constituye el objeto del contrato, en los contratos de suministros, debemos acudir al contenido del artículo 89 de la LCSP, relacionado con la exigencia contenida en la cláusula 14 del PCAP y concretado en el apartado 11 del Anexo I del PCAP.

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) Una relación de los principales suministros realizados de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto del contrato en el curso de como máximo, los tres últimos años, en la que se indique el importe, la fecha y el destinatario, público o privado de los mismos; cuando sea necesario para garantizar un nivel adecuado de competencia, los poderes adjudicadores podrán indicar que se tendrán en cuenta las pruebas de los suministros pertinentes efectuados más de tres años antes. Cuando le sea requerido por los servicios dependientes del órgano de contratación, los suministros efectuados se acreditarán mediante certificados expedidos o visados por el órgano competente, cuando el destinatario sea una entidad del sector público; cuando el destinatario sea un sujeto privado, mediante un certificado expedido por este o, a falta de este certificado, mediante una declaración del empresario acompañado de los documentos obrantes en poder del mismo que acrediten la realización de la prestación; en su caso estos certificados serán comunicados directamente al órgano de contratación por la autoridad competente. Para

determinar que un suministro es de igual o similar naturaleza al que constituye el objeto del contrato, el pliego de cláusulas administrativas particulares podrá acudir además de al CPV, a otros sistemas de clasificación de actividades o productos como el Código normalizado de productos y servicios de las Naciones Unidas (UNSPSC), a la Clasificación central de productos (CPC) o a la Clasificación Nacional de Actividades Económicas (CNAE), que en todo caso deberá garantizar la competencia efectiva para la adjudicación del contrato. En defecto de previsión en el pliego se atenderá a los tres primeros dígitos de los respectivos códigos de la CPV.

La Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado podrá efectuar recomendaciones para indicar qué códigos de las respectivas clasificaciones se ajustan con mayor precisión a las prestaciones más habituales en la contratación pública (...).

Y en el apartado 3 del artículo 89 de la LCSP se dispone lo siguiente:

«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 mediante la relación de los principales suministros 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».

Respecto a la concreción de los requisitos y criterios de solvencia, debemos acudir al artículo 92 de la LCSP, que dispone:

«La concreción 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, se determinará por el órgano de contratación y se indicará en el anuncio de licitación o en la invitación a participar en el procedimiento y se detallará en los pliegos, en los que se concretarán las magnitudes, parámetros o ratios y los umbrales o



rangos de valores que determinarán la admisión o exclusión de los licitadores o candidatos. En su ausencia 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, como así se recoge en la LCSP y como expresamente reconoce el TJUE, en la Sentencia dictada en el asunto “*Succhi di Frutta*”, C-497/99P 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, correspondiendo también a aquél establecer los valores mínimos a partir de los cuales se entiende acreditada la solvencia y ello porque, en el caso de no fijar tales valores mínimos, la acreditación de la solvencia se convertiría en un mero formalismo que no garantizaría la correcta ejecución del contrato.

Así pues, los preceptos citados atribuyen al órgano contratación una facultad discrecional en orden a la determinación de los requisitos mínimos de solvencia a exigir en cada caso; facultad que deberá ser ejercitada con respeto a los límites establecidos por los mismos, sin que pueda admitirse una exigencia en tal sentido desproporcionada puesto que ello supondría una clara vulneración del principio de concurrencia; principio de proporcionalidad que requiere, en definitiva, que toda limitación de los derechos de quienes estén llamados a concurrir a una licitación pública tienda a la consecución de fines legítimos y sea cuantitativa y cualitativamente adecuada.

Y como tal potestad discrecional no es posible sustituir, en su correcto ejercicio, la elección que el órgano de contratación realice de entre las distintas soluciones amparadas por la norma de aplicación por ninguna otra, sin perjuicio de estar sometida a control jurisdiccional. Así pues, la determinación de los niveles mínimos de solvencia debe ser establecida por el órgano de contratación, si bien con un respeto absoluto al principio de proporcionalidad, de forma que no deberán exigirse niveles mínimos de solvencia que no observen la adecuada proporción con la complejidad técnica del contrato y con su dimensión económica, sin olvidarnos que los mismos deben estar vinculados al objeto del contrato, y además que se incluya en alguno de los medios de acreditación de la solvencia establecidos en la LCSP. Siendo preciso tener en cuenta que en este apartado de la

licitación rige la máxima de abrir ésta al mayor número de licitadores posible, evitando, en todo caso, exigencias que puedan resultar restrictivas de la libre concurrencia o discriminatorias.

Ello es así, por cuanto conforme a los principios proclamados en el artículo 1 de la LCSP, ha de partirse del principio general de libre concurrencia que impera en la contratación pública que, tal y como expone la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea de 23 de 18 diciembre de 2009 (C-376-08), consiste en la garantía de la participación más amplia posible de licitadores, corolario de los principios de igualdad de trato y de transparencia.

Los requisitos de solvencia deben observar la adecuada proporcionalidad en relación con la complejidad técnica del contrato y con su dimensión económica, no pudiendo surtir efectos discriminatorios.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, podemos concluir señalando que la selección de los medios para acreditar la solvencia es una potestad discrecional del órgano de contratación, que debe ejercer dentro de los parámetros que le fija la LCSP, siendo que los seleccionados, además de figurar en el PCAP y en el anuncio del contrato, estar vinculados con el objeto e importe del contrato, ser proporcionales y no discriminatorios.

En el contexto jurídico expuesto, debemos analizar si las concretas cláusulas del pliego regulador incurren en las infracciones jurídicas en tal sentido alegadas y en concreto, si es posible acreditar la solvencia técnica mediante otros contratos a Diputaciones Provinciales y a Comunidades Uniprovinciales que dotan de dichos servicios informáticos a municipios, que, en su conjunto, pueden sumar una población superior a la ahora exigida en el PCAP impugnado.

En contra de lo expresado por la recurrente la solvencia técnica exigida al exigir «*una relación de los principales suministros realizados para Entidades Locales (ayuntamientos de municipios cuya población sea igual o supere los 75.000 habitantes, diputaciones, consejos y cabildos insulares), en el curso de, como máximo, los tres últimos años, en las que han implantado sus soluciones de gestión económico-financiera y presupuestaria*» no es contraria a la normativa expuesta ni al principio de proporcionalidad invocado.



Como ha tenido ocasión de afirmarse por este Tribunal, por ejemplo, en la Resolución 1256/2021, de 23 de septiembre:

«(...) no existe prohibición alguna para que el órgano de contratación pueda establecer como requisito de solvencia técnica, dentro de las prestaciones ejecutadas o realizadas, para determinar su similitud, la cuantía de la contrata, señalando un umbral mínimo para ello, siempre y cuando exista una relación entre el requisito de solvencia técnica establecido y el objeto del contrato, que sea proporcional y que se trate de un criterio no discriminatorio. Así, este Tribunal ha venido declarando de forma constante que las condiciones mínimas de la solvencia técnica o profesional es una decisión que corresponde al órgano de contratación, en el ejercicio de su discrecionalidad técnica».

En dicha Resolución 1256/2021 se razona igualmente que:

«(...) la condición relativa a que los criterios de solvencia no pueden producir efectos de carácter discriminatorio, no permite considerar la discriminación como la circunstancia de que unos licitadores puedan cumplir las exigencias establecidas y otros no (Informe nº 51/2005, de 19 de diciembre, de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado)».

Finalmente, trascribimos en la Resolución 1256/2021, diversas resoluciones anteriores de este Tribunal sobre el significado de la discrecionalidad de la entidad contratante en este ámbito recordando, por ejemplo:

«La potestad, en principio discrecional, de establecer o determinar los requisitos de solvencia exigidos, se ve sometida a dos elementos reglados: la relación de los mismos con el objeto del contrato y la proporcionalidad (entendida esta última como un elemento de ponderación entre dos intereses públicos enfrentados: la protección o maximización de la concurrencia, como principio básico de la contratación pública, y la garantía de aptitud del contratista para la correcta ejecución de la necesidad pública que se pretende satisfacer mediante la licitación.

(...)



En cualquier caso, como venimos manifestando al respecto, tratándose de cuestiones que se refieren a contenidos estrictamente técnicos, el Tribunal no puede corregirlos aplicando criterios jurídicos. Este Tribunal solo tiene competencia para anular cuestiones ligadas a los requerimientos técnicos definitorias del objeto, solvencia o cualquier otro contenido de la documentación, si se incurre en infracción de ordenamiento jurídico, o en patente error o desviación de poder, de modo que dichas características resulten patentemente inidóneas, no relacionadas con el objeto del contrato, o irrazonables y desproporcionadas, (...)»

Por ello, examinado el contenido de la solvencia técnica exigida en el apartado 11 del cuadro de características, Anexo I del PCAP impugnado que, requiere una relación de los principales suministros realizados para Entidades Locales (ayuntamientos de municipios cuya población sea igual o supere los 75.000 habitantes, diputaciones, consejos y cabildos insulares), en el curso de, como máximo, los tres últimos años, en las que han implantado sus soluciones de gestión económico-financiera y presupuestaria, no se aprecia infracción de los artículos 74 y 89 de la LCSP, ni vicios de nulidad ni de anulabilidad por vulneración del principio de proporcionalidad, no olvidemos que, la exigencia de experiencia en Ayuntamientos de un determinado número de habitantes pretende distinguir un tipo de entidad local cuyas características de naturaleza demográfica, organizativa interna y de volumen de gestión, puede estar próximo al Ayuntamiento de Elche. Aunque si bien este municipio cuenta con más de 200.00 habitantes, se considera la experiencia en entidades locales con población algo inferior, igual o superior a 75.000 mil.

Como se expone en la memoria justificativa del contrato, esta contratación trata de un proyecto estratégico de transformación digital, destinado a dotar a la entidad local de cohesión funcional y permitirá la vertebración del Ayuntamiento y sus entes dependientes, dado el carácter transversal de la gestión económica.

Asimismo, pone de relieve el órgano de contratación y recoge igualmente la memoria justificativa del contrato, que la primera fase del despliegue del software requiere la puesta en producción de algunas funcionalidades, coincide con el proyecto de transformación digital e innovación en la gestión del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, cofinanciado con fondos NextgenerationEU. Según se ha previsto en el PPT, esta primera



etapa debe ser cumplida a fecha de cierre del proyecto, el 31 de diciembre de 2022, por lo que resulta justificado exigir modelos desarrollados en entidades locales de tamaño similar al de Elche, a fin de asegurar la correcta ejecución del contrato.

El Tribunal coincide con tales apreciaciones, considerando que la dimensión económica del contrato, atendidos su presupuesto base de licitación y valor estimado, la complejidad técnica de la aplicación, la premura en el despliegue de una fase, guardan la debida proporcionalidad con la solvencia exigida, máxime cuando tras la rectificación de los pliegos, la concurrencia se verá beneficiada al aumentar el número de años, de 3 a 5, en los cuales puede acreditarse la experiencia.

En definitiva, no pueden prosperar las alegaciones de la recurrente, por lo que procede la desestimación de los recursos especiales interpuestos.

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Desestimar los recursos especiales en materia de contratación interpuestos por D. M.A.G.M., en representación de SPAI INNOVA ASTIGITAS, S.L., contra los pliegos del procedimiento de licitación del contrato de *“Suministro de una solución tecnológica integral de Gestión Económico- Financiera y Presupuestaria en la modalidad de computación en nube y software como servicio para el Ayuntamiento de Elche y Organismo Autónomo”*, con expediente referencia SUMIN/ABR/2022000036, y su rectificación posterior, convocado por el Ayuntamiento de Elche.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con lo previsto 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 multa 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 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.