



Recurso nº 101/2023

Resolución nº 306/2023

Sección 2ª

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

En Madrid, a 9 de marzo de 2023.

VISTO el recurso interpuesto por D. J. C. L. C., en representación de AICOX SOLUCIONES, S.A., contra los pliegos del procedimiento para la celebración del “Acuerdo Marco Secomsat/Adquisición de terminales satélite sobre plataformas terrestres y navales”, convocado por la Subdirección General de Adquisiciones de Armamento y Material del Ministerio de Defensa, con expediente 2022/0414E, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Previa la tramitación oportuna, la Subdirección General de Adquisiciones de Armamento y Material del Ministerio de Defensa, en fecha 27 de diciembre de 2022, resuelve la aprobación del expediente de contratación “Acuerdo Marco Secomsat/Adquisición de terminales satélite sobre plataformas terrestres y navales, con expediente 2022/0414E, por procedimiento negociado con publicidad, tramitación urgente y anticipada, con división de su objeto en tres lotes:

- LOTE 1: “DIECISÉIS (16) TERMINALES SATÉLITE MÓVILES ATQH (AT THE QUICK HALT)”.
- LOTE 2: “VEINTISÉIS (26) TERMINALES SATÉLITE LIGEROS BIBANDA (TLB-50 IP)”.
- LOTE 3: “RENOVACIÓN DEL SUBSISTEMA DE ANTENA X/Ka SIMULTÁNEA EN SEIS (6) BUQUES”:

El Acuerdo Marco, sujeto a regulación armonizada, tiene un valor estimado de 60.478.731,54 euros.



Las prestaciones objeto de contratación se identifican con el CPV: 32530000, Equipo del tipo usado para comunicaciones por satélite.

Segundo. En fechas 30 de diciembre de 2022 y 2 de enero de 2023, se publica, respectivamente, en la Plataforma de Contratación del Sector Público (en adelante, PCSP) y en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE), el anuncio de licitación concediendo como plazo para la obtención de pliegos hasta el 13 de enero de 2023 y de recepción de solicitudes de participación y presentación de ofertas hasta el 20 de enero de 2023.

En fecha 31 de diciembre de 2022, se publican en la PCSP el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP) y el volumen I del Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT).

En fecha 10 de enero de 2023, mediante anuncio publicado en la PCSP se amplían los plazos de obtención de pliegos hasta el 3 de febrero de 2023 y de recepción de solicitudes de participación y presentación de ofertas hasta el 10 de febrero de 2023 a las 10:00h, debido a la dificultad de consultar el PPT ya que el volumen II “Requisitos y especificaciones técnicas”, al ser material clasificado, se puso a disposición de los posibles licitadores a partir del 9 de enero de 2023.

En esta misma fecha de 10 de enero de 2023, el anuncio de licitación es objeto de publicación en el BOE.

Según certifica en el expediente administrativo el Coronel Jefe del Área de Contratación, una vez finalizado el plazo de presentación de proposiciones, se han presentado cinco proposiciones.

Tercero. La Cláusula 16 del PCAP rector de esta licitación, en relación con el requisito de solvencia económica y financiera, recoge las siguientes estipulaciones de interés a los efectos de la resolución del presente recurso:

“De conformidad con los artículos 14 a 18 de la LCSPDS y en concordancia con los artículos 86 a 91 de la LCSP, los medios de acreditar la solvencia económica, financiera y técnica, serán los siguientes:

Solvencia económica



1. *Declaración relativa a la cifra de negocios global de prestaciones realizadas por la empresa en el curso de los tres últimos ejercicios. Se considera que acredita suficiente solvencia económica cuando el importe de los negocios del año de mayor volumen de negocio de los tres últimos concluidos sea al menos una vez y media el valor estimado del acuerdo marco que figura en la cláusula 6, por cada uno de los LOTES a los que concurra y de la misma manera, igual o superior a la suma de todos los lotes a los que concurra”.*

Por su parte, el valor estimado del Acuerdo Marco se determina en la Cláusula 6 en la forma siguiente:

“El VALOR ESTIMADO del presente acuerdo marco, excluido el Impuesto sobre el Valor Añadido, asciende a la cantidad de SESENTA MILLONES CUATROCIENTOS SETENTA Y OCHO MIL SETECIENTOS TREINTA Y UN EUROS CON CINCUENTA Y CUATRO CÉNTIMOS (60.478.731,54 €) calculado por aplicación de lo dispuesto en los artículos 6 de la Ley 24/2011, de 1 de agosto, de Contratos del Sector Público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad (en adelante LCSPDS) y 101 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP).

VALOR MÁXIMO ESTIMADO DEL AM	IMPORTE NETO INICIAL	MODIFICACIÓN (20%)	PRORROGA	TOTAL VALOR ESTIMADO
LOTE 1	12.604.047,11	2.113.464,62	7.478.789,42	22.196.301,15
LOTE 2	9.804.003,31	2.113.464,63	7.478.789,41	19.396.257,35
LOTE 3	9.293.919,00	2.113.464,63	7.478.789,41	18.886.173,04
TOTAL	31.701.969,42	6.340.393,88	22.436.368,24	60.478.731,54

Cuarto. Con fecha 23 de enero de 2023, mediante escrito presentado en el registro electrónico de este Tribunal, la empresa AICOX SOLUCIONES, S.A., interpone recurso contra los pliegos de la licitación de referencia, instando la anulación de la Cláusula 16 del PCAP en cuanto a la estipulación de la misma que exige a los licitadores que pretendan presentar ofertas a los tres lotes, como requisito de solvencia económica, “*una vez y media el valor estimado del acuerdo marco*”, o lo que es igual, la cifra de 90.718.097,31 euros, con infracción de los artículos 74, 87 y 132 de la 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 Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP).

Mediante otrosí se interesa, en el escrito de interposición del recurso, la suspensión del procedimiento de contratación al amparo de los artículos 49 y 56 de la LCSP.

Quinto. Previo requerimiento y traslado del recurso de la Secretaría de este Tribunal al órgano de contratación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 56.2 de la LCSP, se recibió el expediente administrativo y el correspondiente informe de aquel, de fecha 26 de enero de 2023, en el que se interesa la desestimación del presente recurso y se formula oposición a la solicitud de suspensión del procedimiento de contratación.

Sexto. Interpuesto el recurso, la Secretaria del Tribunal –por delegación de este– dictó resolución de 2 de febrero de 2023, acordando la concesión de la medida cautelar 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 del recurso la que acuerde el levantamiento de la medida adoptada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. La tramitación del presente recurso se ha regido por lo prescrito en la vigente Ley 24/2011, de 1 de agosto, de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad (en adelante, LCSPDS), por la LCSP y por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, RPERMC).

Segundo. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para su conocimiento y resolución de conformidad con lo dispuesto en el artículo 45.1 de la LCSP, en relación con el artículo 59.2 de la LCSPDS.

Tercero. Corresponde el examen del cumplimiento de las prescripciones que en relación con el plazo, forma y lugar de interposición de este recurso se establecen en los artículos 50 y 51 de la LCSP y 17 a 21 del RPERMC.



Por lo que respecta a la interposición del recurso en plazo, según resulta del expediente de contratación, aunque el PCAP y el volumen I del PPT fueron objeto de publicación en la PLACSP en fecha 31 de diciembre de 2022, no es hasta el día 10 de enero de 2023 cuando el volumen II del PPT fue puesto a disposición de la recurrente por el órgano de contratación, habiendo sido interpuesto el recurso especial en materia de contratación el 23 de enero de 2023 y, por tanto, dentro del plazo de 15 días hábiles, contado desde el día siguiente al de dicha entrega de esta documentación del expediente de contratación, de conformidad con lo establecido en el artículo 50.1.b) de la LCSP, según el que:

«Artículo 50.1. 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 este 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».

En el caso del procedimiento negociado sin publicidad el cómputo del plazo comenzará desde el día siguiente a la remisión de la invitación a los candidatos seleccionados.

En los supuestos en que, de conformidad con lo establecido en el artículo 138.2 de la presente Ley, los pliegos no pudieran ser puestos a disposición por medios electrónicos, el plazo se computará a partir del día siguiente en que se hubieran entregado al recurrente».

Cuarto. Constituye el objeto de este recurso los pliegos rectores de la contratación de referencia, actuación de poder adjudicador susceptible de recurso especial por estar incluida en el artículo 44.2 a) de la LCSP.

Tratándose de un Acuerdo marco para contrataciones de suministros sujeto a regulación armonizada, resulta susceptible de recurso especial en materia de contratación, de



acuerdo con el artículo 44.1 letras a) y b) de la LCSP, todo ello en relación con el artículo 59.1 de la LCSPDS.

Quinto. Delimitado el objeto de la presente impugnación, debe analizarse la legitimación activa de la entidad recurrente para la interposición de este recurso, en aplicación del párrafo primero del artículo 48 de la LCSP.

En este caso, las prestaciones objeto de los contratos a adjudicar en este Acuerdo Marco están comprendidas en el objeto social de la recurrente - AICOX SOLUCIONES, S.A.-, que ha presentado oferta en la licitación con posterioridad a la interposición del presente recurso, por lo que ha de reconocérsele legitimación para su interposición.

Sexto. Tras el análisis de los requisitos de admisión del recurso, procede el examen de los motivos de fondo.

La entidad recurrente se alza contra la estipulación del apartado 16 del PCAP relativa al requisito de solvencia económica y financiera y la acreditación de ésta en la medida en que en aquélla se exige para los licitadores que deseen ofertar a los tres lotes, “una vez y media el valor estimado del acuerdo marco que figura en la cláusula 6 [...]”, o lo que es igual, una cifra de negocios en el año de mayor volumen de entre los últimos tres igual o superior a 90.718.097,31 euros. Se denuncia la vulneración de los principios de proporcionalidad y libre concurrencia que rigen la contratación pública, con infracción en este caso de los artículos 74, 87 y 132 de la LCSP.

Se argumenta, además, que esta exigencia, que no se justifica adecuadamente, contrasta con el requisito de solvencia técnica para la que basta con haber efectuado suministros de equipos y material para telecomunicaciones, en sentido amplio y por una cifra de 2.500.000 euros.

Junto a lo anterior, en apoyo de su impugnación, la recurrente invoca su condición de actual adjudicataria, argumentando que ha prestado los suministros objeto de este acuerdo marco en años anteriores y ha acreditado solvencia económica suficiente. Se añade una comparación entre este acuerdo marco y los acuerdos marco licitados para los mismos suministros por el órgano de contratación en 2019.

El órgano de contratación, en su informe al recurso emitido en cumplimiento del artículo 56.2 de la LCSP, se opone a estas alegaciones, sosteniendo, en síntesis, que el volumen

de negocios exigido no es el máximo permitido por la LCSP, dado que eso supone desconocer lo dispuesto en el artículo 87.1.a) del citado cuerpo legal, y que el hecho de que se establezca el ya citado volumen de negocios, no implica por sí mismo una desproporción de lo exigido. En este sentido, se reconoce que el importe de la solvencia económica y financiera puede parecer elevado, como también puede parecer elevado el importe del valor estimado, del que va en relación, por lo que: *“pretender que por exigir el volumen de 1,5 veces el importe del valor estimado contraviene los principios rectores de nuestra legislación contractual, es tanto como decir que lo dispuesto en el art. 87 (del que se toma la medida) es contrario a esos mismos principios y solo en el caso de superarse esa proporción, el Órgano de Contratación deberá justificarlo debidamente tal y como establece el citado artículo”*. Por otra parte, hace referencia a la posibilidad prevista en el artículo 75 de la LCSP relativa a la integración de la solvencia por medios externos.

Séptimo. Centrados los términos de la cuestión controvertida, corresponde el examen de la conformidad o disconformidad a Derecho de la estipulación prevista en la Cláusula 16 del PCAP relativa a la solvencia económica y financiera, cuya invalidez se denuncia en esta impugnación por considerarse no ajustada a los parámetros y al valor admitido para este requisito en la legislación de contratación pública.

Dada la remisión que el artículo 14 de la LCSPDS efectúa en materia de solvencia a la LCSP, debe partirse de lo dispuesto en el artículo 74 de la LCSP, según el que:

“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”.

Sobre la acreditación de la solvencia económica y financiera por referencia al volumen de negocios de los licitadores, el artículo 87 de la LCSP prescribe por cuanto aquí interesa lo siguiente:

“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.

(...)

2. La acreditación documental de la suficiencia de la solvencia económica y financiera del empresario se efectuará mediante la aportación de los certificados y documentos que para cada caso se determinen reglamentariamente, de entre los siguientes: certificación bancaria, póliza o certificado de seguro por riesgos profesionales, cuentas anuales y declaración del empresario indicando el volumen de negocios global de la empresa. En todo caso, la inscripción en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público acreditará frente a todos los órganos de contratación del sector público, a tenor de lo en él reflejado y salvo prueba en contrario, las condiciones de solvencia económica y financiera del empresario.

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 económica y financiera de los empresarios que opten a la adjudicación del contrato, con indicación expresa del importe mínimo, expresado en euros, de cada uno de ellos. Para los contratos no sujetos al requisito de clasificación, cuando los pliegos no concreten los criterios y requisitos mínimos para su acreditación los licitadores o candidatos que no dispongan de la clasificación que en su caso corresponda al contrato acreditarán su solvencia económica y financiera con los siguientes criterios, requisitos mínimos y medios de acreditación:

a) El criterio para la acreditación de la solvencia económica y financiera será el volumen anual de negocios del licitador o candidato, que referido al año de mayor volumen de negocio de los tres últimos concluidos deberá ser al menos una vez y media el valor estimado del contrato cuando su duración no sea superior a un año, y al menos una vez y media el valor anual medio del contrato si su duración es superior a un año.

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 deba 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.

(...)

4. 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.”

Octavo. Es doctrina reiterada de este Tribunal la que reconoce la discrecionalidad técnica de los órganos de contratación a la hora de establecer los requisitos de solvencia, financiera y económica, y también técnica o profesional, exigibles a los licitadores,

siempre que la solvencia exigida esté relacionada con el objeto e importe del contrato y no produzca efectos de carácter discriminatorio. Por ejemplo, en la resolución nº 1256/2021, de 23 de septiembre de 2021, con cita de la Resolución nº 252/2019, de 5 de marzo de 2021, recordamos que:

«...es al órgano de contratación a quién corresponde establecer las condiciones mínimas de solvencia que exige para contratar, debiendo ser explicitadas en el anuncio y en los pliegos. 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.

Tercero. La doctrina de este Tribunal viene estableciendo que es necesaria la concurrencia de ambos requisitos (relación con el objeto del contrato y proporcionalidad) a la hora de establecer los requisitos de solvencia. Así, en la resolución nº 148/2016 de 19 de febrero, se estableció 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 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, ...»

Particularmente, para la solvencia económica y financiera hemos dicho en la resolución nº 362/2018, de 13 de abril, que:

«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.

(...)

La Directiva 2014/14/UE, cuyo artículo 58.3 dispone que: “Con respecto a la solvencia económica y financiera, los poderes adjudicadores podrán imponer requisitos que garanticen que los operadores económicos poseen

la capacidad económica y financiera necesaria para ejecutar el contrato. Con este fin, los poderes adjudicadores podrán exigir, en particular, que los operadores económicos tengan determinado volumen de negocios anual mínimo, y, en concreto, determinado volumen de negocios mínimo en el ámbito al que se refiera el contrato. Además, podrán exigir que los operadores económicos faciliten información sobre sus cuentas anuales que muestre la ratio, por ejemplo, entre activo y pasivo. También podrán exigir un nivel adecuado de seguro de indemnización por riesgos profesionales.

El volumen de negocios mínimo anual exigido a los operadores económicos no excederá del doble del 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 poder adjudicador 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 84.

(...)

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.

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”.

(...)

Asimismo, la normativa expuesta no trata específicamente de los criterios de selección o solvencia de las empresas a utilizar en el caso de los

acuerdos marco que, como advierte el Informe de la CNMC de 1 de octubre de 2014, suponen dos fases para la contratación del suministro, por lo que ha de ser la norma general sobre criterios de solvencia la aplicable a este tipo de acuerdos. Esta norma 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 tanto en el TRLCSP y desarrollado por el RLCAP, que ha sido asumido por la nueva LCSP. Y así, el TRLCSP y el RLCAP, y de la misma forma la nueva LCSP, ante la opción de acreditarse 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, sobre la cual podrían establecerse excepciones, la cuantía no debe superar una vez y media el valor estimado del contrato”.

En suma, son parámetros para considerar en este análisis: la discrecionalidad técnica del órgano de contratación en su decisión para fijar los criterios de selección de las empresas mediante la elección de los criterios de solvencia económica y financiera, dentro de lo dispuesto en los artículos 86 y 87 de la LCSP, y de otra parte, como límite a esa facultad decisoria, la necesidad de respetar los principios de proporcionalidad y adecuación al objeto e importe contractuales y la imprescindible justificación o motivación del requisito de solvencia, que no debe vulnerar los principios fundamentales que rigen la contratación pública recogidos en los artículos 1 y 132 de la LCSP.

El transcrito artículo 87.1 letra a) de la LCSP, 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 prevé el valor máximo que, con carácter general, se puede exigir al licitador - una vez y media el valor estimado del contrato, excepto en casos debidamente justificados-, y determina un criterio supletorio en el apartado 3 letra a) para el caso de que los pliegos no fijen este requisito de solvencia de “*al menos una vez y media el valor estimado del contrato cuando su duración no sea superior a un año, y al menos una vez y media el valor anual medio del contrato si su duración es superior a un año*”.

El valor estimado del contrato, a todos los efectos, se ha de calcular del modo definido en el artículo 101 de la LCSP -al que se remite el artículo 6 de la LCSPSD-, que en su apartado 13 dispone que: *“Para los acuerdos marco y para los sistemas dinámicos de adquisición se tendrá en cuenta el valor máximo estimado, excluido el Impuesto sobre el Valor Añadido, del conjunto de contratos previstos durante la duración total del acuerdo marco o del sistema dinámico de adquisición”.*

El artículo 58.3 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, establece para los Acuerdos Marco que: *“Cuando vayan a adjudicarse contratos basados en un acuerdo marco tras la convocatoria de una nueva licitación, el requisito del límite máximo del volumen de negocios anual al que se hace referencia en el párrafo segundo del presente apartado se calculará con arreglo al tamaño máximo previsto de los contratos específicos que vayan a ejecutarse al mismo tiempo, o, cuando se desconozca este dato, con arreglo al valor estimado del acuerdo marco”.*

Es decisivo en este caso que nos encontramos en un acuerdo marco, forma de racionalización técnica de la contratación pública regulada en los artículos 53 y 54 de la LCSPDS y 219 a 222 de la LCSP, con las siguientes características principales: división en tres lotes, tres años de duración, un precio para los contratos basados que se formula en precios máximos unitarios y previsión de que las ofertas se efectúen por estos lotes, por varios de ellos o por la totalidad de estos. Según se desprende de la Cláusula 11 del PCAP, el objeto de cada lote constituye una unidad funcional susceptible de realización y adjudicación independiente, previéndose hasta un total de 48 en el conjunto de los tres lotes del Acuerdo Marco (16 en el Lote 1, 26 en el lote 2 y 6 en el lote 3, por unos precios máximos unitarios respectivamente de 953.181,06 €, 456.263,23 € y 1.548.986,50 €). Conforme resulta de la Cláusula 7 del PCAP, los licitadores deben efectuar oferta por la totalidad del suministro de cada lote al que liciten.

En el presente supuesto, la previsión en la cláusula controvertida del PCAP del valor máximo con la exigencia de un volumen de negocios que sea al menos una vez y media el valor estimado total del contrato si se opta a los tres lotes, aunque puede encontrar, en principio, acomodo en la LCSP, atendidas las circunstancias que concurren en este contrato, consideramos que no es proporcionada. Además, es necesario ser

especialmente cuidadoso a la hora de exigir e interpretar la solvencia económica y financiera al objeto de conseguir el debido equilibrio entre aptitud efectiva del empresario para ejecutar el contrato, el máximo fomento de la concurrencia, y por ende el favorecer la participación de las PYMES. Así, lo expresa, con respecto a este tipo de empresas, la exposición de motivos de la LCSP:

“Con esta normativa, la Unión Europea ha dado por concluido un proceso de revisión y modernización de las vigentes normas sobre contratación pública, que permitan incrementar la eficiencia del gasto público y facilitar, en particular, la participación de las pequeñas y medianas empresas (PYMES) en la contratación pública...”

(..)

“Debe recordarse que la política de fomento de la contratación pública con pequeñas y medianas empresas impregna las nuevas Directivas de contratación pública, ya desde sus primeros Considerandos, medida destacada en la Estrategia Europa 2020, en la que la contratación pública desempeña un papel esencial y que se traslada al ordenamiento jurídico español mediante el presente texto legal.

Y así lo impone el artículo 1.3 de la LCSP:

“3. Igualmente se facilitará el acceso a la contratación pública de las pequeñas y medianas empresas, así como de las empresas de economía social”.

Por lo que atañe a lo que se plantea en el recurso, en lo relativo a la solvencia económica y financiera, no se puede obviar el mandato legal que impone el artículo 87.4 de la citada Ley:

“4. 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”.(el subrayado es nuestro)

Por otra parte, en el análisis de la proporcionalidad de la solvencia económica y financiera elegida por el órgano de contratación, en el ámbito de su discrecionalidad técnica, juega un papel primordial la justificación dada por dicho órgano a la solvencia elegida, que resulta obligatoria, porque así lo impone el artículo 116.4 LCSP:

“4. En el expediente se justificará adecuadamente:

(..)

c) Los criterios de solvencia técnica o profesional, y económica y financiera, y los criterios que se tendrán en consideración para adjudicar el contrato...”

En todo caso, sobre la invocada falta de motivación de este requisito de solvencia fijado en el PCAP analizado, cabe primeramente traer a colación nuestra resolución nº 940/2022, de 21 de julio, y recordar que:

“(...) que como dijimos en nuestra Resolución 648/2022, de 23 de junio, la motivación tiene un carácter instrumental. Como dice la STS de 18 de abril de 1990 (Roj STS 11818/1990), «La motivación del acto administrativo cumple diferentes funciones. Ante todo, y desde el punto de vista interno viene a asegurar la seriedad en la formación de la voluntad de la Administración. Pero en el terreno formal -exteriorización de los fundamentos por cuya virtud se dicta un acto administrativo- no es sólo una cortesía sino que constituye una garantía para el administrado que podrá así impugnar en su caso el acto administrativo con posibilidad de criticar las bases en que se funda; además y en último término la motivación facilita el control jurisdiccional de la Administración - artículo 106.1 de la Constitución - que sobre su base podrá desarrollarse con conocimiento de todos los datos necesarios».

La exigencia de motivación contenida en el citado artículo 116.4.c) de la LCSP tiene por objeto que el órgano de contratación justifique que los requisitos de solvencia prescritos en el PCAP estén vinculados al objeto del contrato y sean proporcionales al mismo (artículo 74.2 de la LCSP). La proporcionalidad, considerado lo dispuesto por el artículo 87.1 de la LCSP (a los efectos relevantes al presente recurso), debe referirse tanto al parámetro de acreditación elegido como al importe del mismo.

Por otro lado, el artículo 87.3 de la LCSP (que reproduce, en lo sustancial, elevando su rango, la previsión del artículo 11.4 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas según la redacción dada al mismo por

el Real Decreto 773/2015, de 28 de agosto) establece los requisitos de solvencia (tanto económica y financiera como técnica y profesional) que se aplicarán con carácter supletorio en los casos en los que el PCAP no incluya previsión al respecto. Dice,

«(...) Para los contratos no sujetos al requisito de clasificación, cuando los pliegos no concreten los criterios y requisitos mínimos para su acreditación los licitadores o candidatos que no dispongan de la clasificación que en su caso corresponda al contrato acreditarán su solvencia económica y financiera con los siguientes criterios, requisitos mínimos y medios de acreditación:

a) El criterio para la acreditación de la solvencia económica y financiera será el volumen anual de negocios del licitador o candidato, que referido al año de mayor volumen de negocio de los tres últimos concluidos deberá ser al menos una vez y media el valor estimado del contrato cuando su duración no sea superior a un año, y al menos una vez y media el valor anual medio del contrato si su duración es superior a un año».

El carácter supletorio de este requisito de solvencia (aplicable, como hemos dicho, a todo contrato cuyos Pliegos no incluyan una previsión específica al respecto) permite concluir que cumple las condiciones enunciadas en el artículo 74.2 de la LCSP por disposición de la ley. Por consiguiente, la utilización de este criterio de determinación de la solvencia económica y financiera, en el caso que nos ocupa, es adecuado al objeto del contrato y proporcional en tanto así lo determina la propia LCSP.

En tanto predeterminado por la LCSP, la utilización de este parámetro de solvencia económica y financiera no requiere de motivación o, si se prefiere, únicamente requeriría de una, en todo caso redundante, referencia al precepto de la LCSP que lo contempla”.

Ocurre en este caso que se aprecia también que la fijación del criterio de solvencia económica revisado adolece de falta alguna de motivación tanto en los pliegos como en el expediente de contratación, no apareciendo debidamente justificado.

Y también sucede en este caso, a diferencia de lo que ocurría en el contrato que dio lugar a la resolución nº 940/2022, de 21 de julio de 2022, que, aunque no se hubiera motivado expresamente la exigencia de solvencia económica y financiera solicitada, ésta se adecuaba a la que establece, por defecto, el apartado 3 a) del artículo 87 LCSP, pues se trataba de un contrato con duración inferior a un año y se había establecido como solvencia, una vez y media el valor estimado del contrato.

Pero no es lo que aquí concurre. Se trata de un contrato con un elevadísimo valor estimado que asciende a 60.478.731,54 €, en el que la aplicación estricta de lo dispuesto en el artículo 87.1 a), como ha hecho el órgano de contratación, implicaría que una vez y media dicho valor estimado, alcance la cifra de solvencia económica y financiera requerida de 90.718.097,31 euros, cantidad, desde luego, inalcanzable para cualquier PYME. Se podía haber justificado debidamente la exigencia de esa elevada cantidad, con lo que ello hubiera supuesto de exclusión de las pequeñas y medianas empresas, pero el órgano de contratación no lo ha hecho, incluso en el informe sobre el recurso, que se limita a ratificarse en lo señalado en el pliego.

Si acudiéramos al criterio supletorio que fija el artículo 87.3 a), para los casos en los que no se fije en el anuncio y en los pliegos una cantidad determinada de solvencia económica y financiera, observamos que la diferencia en cuanto a la cantidad resultante es muy importante. En efecto, teniendo el presente contrato una duración superior a un año (en concreto, tres años desde la formalización del acuerdo marco, de acuerdo con el apartado C del cuadro resumen del PCAP), la solvencia total que podría exigirse a una empresa que concurriera a los tres lotes, como pretende la recurrente, no se calcularía en base a una vez y media el valor estimado del contrato, sino una vez y media el valor anual medio del contrato, lo que daría lugar a una cifra total de 20.159.577,18 euros, frente a los 90.718.097, 31 euros, que está exigiendo el órgano de contratación y que supone cuatro veces más de la primera.

El resultado es que, sin justificación alguna en el expediente, se está imponiendo una muy elevada solvencia económica y financiera para concurrir al contrato que supone la práctica eliminación de acceso a las PYMEs y la restricción de concurrencia, cuando menos, a otro tipo de empresas, lo que provoca, por desproporcionada, la estimación del recurso, la anulación de la cláusula 16 del PCAP impugnada, por no considerarla



ajustada a lo dispuesto en los artículos 74.2 y 87.4 de la LCSP y la retroacción del procedimiento al momento inmediatamente anterior a la aprobación del citado pliego.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Estimar el recurso interpuesto por D. J. C. L. C., en representación de AICOX SOLUCIONES, S.A., contra los pliegos del procedimiento para la celebración del “Acuerdo Marco Secomsat/Adquisición de terminales satélite sobre plataformas terrestres y navales”, convocado por la Subdirección General de Adquisiciones de Armamento y Material del Ministerio de Defensa, expediente 2022/0414E, y anular la cláusula 16 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, en los términos establecidos *in fine* en el fundamento de derecho octavo de esta resolución.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en el artículo 57.3 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 de la Audiencia Nacional, 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 11.1 letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

LA PRESIDENTA

LOS VOCALES