



Recurso nº 1088/2014

Resolución nº 79/2015

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 23 de enero de 2015.

VISTO el recurso interpuesto por D. O.S.G., en representación de la empresa OVIDIO SUÁREZ DISTRIBUCIONES, S.L., contra el acuerdo de la Comisión Permanente de la Junta de Contratación Centralizada de Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas de 21 de noviembre de 2014, por el que se acordó la exclusión de dicha empresa de la licitación del *“Acuerdo Marco para la adopción de tipo de los suministros de mobiliario de oficina, de laboratorio y geriátrico”* (Expediente AM 01/2014), el Tribunal ha dictado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. La Comisión Permanente de la Junta de Contratación Centralizada de Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas convocó, mediante anuncios publicados en la Plataforma de Contratación del Sector Público, en el DOUE y en el BOE los días 1, 8 y 9 de agosto de 2014, respectivamente, licitación para la adjudicación, mediante procedimiento abierto y tramitación ordinaria, del Acuerdo Marco para la adopción de tipo de los suministros de mobiliario de oficina, de laboratorio y geriátrico (con 7 tipos de bienes a suministrar), cuyo valor estimado es de 30.000.000 de euros.

El Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) aplicable al Acuerdo Marco de referencia prevé (cláusula X.1) que los licitadores acreditarían inicialmente su capacidad y solvencia mediante declaración responsable de cumplimiento de las condiciones establecidas legalmente para contratar con la Administración, de conformidad con lo establecido en el artículo 146.4 y 5 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de

noviembre (en adelante, TRLCSP), en la redacción dada por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización.

La cláusula XII del PCAP prevé que, a la vista de la propuesta de adjudicación de la Comisión Permanente, el órgano de contratación requerirá a los licitadores seleccionados en cada tipo para que, en el plazo máximo de diez días hábiles, presenten la documentación acreditativa de los requisitos de capacidad y solvencia exigidos.

Y la cláusula XII.1.3 del PCAP admite que *“si por alguna razón justificada, el licitador no está en condiciones de presentar las referencias solicitadas, se le autorizará a acreditar su solvencia económica y financiera por medio de cualquier otro documento que se considere apropiado por el órgano de contratación”*.

Segundo. Previos los trámites legales oportunos, el 19 de septiembre de 2014 la Comisión Permanente de la Junta de Contratación Centralizada procedió a celebrar el acto público de apertura de los sobres evaluables mediante fórmulas.

Tercero. Con fecha de 8 de octubre de 2014 la Comisión Permanente de la Junta de Contratación Centralizada asumió la valoración de los criterios evaluables mediante fórmulas efectuada por la Subdirección General de Contratación Centralizada de Tecnologías, y propuso al Pleno de la Junta la adjudicación del Acuerdo Marco a favor de aquellas empresas (entre las que se incluye la recurrente), que superaron el umbral mínimo exigido en los pliegos para cada uno de los tipos.

Cuarto. En esa misma fecha se acordó requerir a la empresa recurrente para presentar la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos de capacidad y solvencia requeridos en el Pliego, así como la documentación que el artículo 151.2 del TRLCSP exige aportar con carácter previo a la adjudicación.

Quinto. En sesión celebrada el 4 de noviembre de 2014 la Comisión Permanente de la Junta de Contratación Centralizada procedió a calificar la documentación relativa a los requisitos de capacidad y solvencia exigidos, y acordó requerir a la empresa recurrente para que subsanase el requisito mínimo de solvencia económica y financiera, por considerar que la documentación aportada por la empresa no justificaba la exigencia de

la cláusula VIII.3 del PCAP, relativa a *“volumen global de negocios en, al menos, uno de los tres últimos ejercicios, superior a 1.000.000 €”*.

El requerimiento de subsanación se notificó a la recurrente a través de la Plataforma de Contratación del Sector Público el 11 de noviembre de 2014.

Sexto. Reunida de nuevo la Comisión Permanente de la Junta de Contratación Centralizada el 21 de noviembre de 2014 para valorar el resultado del trámite de subsanación conferido, acordó procedente la exclusión de la empresa recurrente por falta de acreditación de la condición de aptitud exigida en relación con la solvencia económica y financiera.

La notificación del acuerdo de exclusión se efectuó el 1 de diciembre de 2014 a través de la Plataforma de Contratación del Sector Público, accediendo la empresa recurrente a dicha notificación ese mismo día.

Séptimo. El 18 de diciembre de 2014 D. O.S.G., en representación de la empresa OVIDIO SUÁREZ DISTRIBUCIONES, S.L., interpuso recurso especial en materia de contratación contra el referido acuerdo de exclusión.

Octavo. Con fecha de 9 de enero de 2015 el órgano de contratación remitió a este Tribunal el expediente de contratación junto al informe al que se refiere el artículo 46.2 del TRLCSP.

Noveno. La Secretaría del Tribunal, el día 12 de enero de 2015, dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan las alegaciones que a su derecho conviniesen, sin que se haya evacuado el trámite conferido.

Décimo. El procedimiento de contratación se encuentra suspendido en virtud de la Resolución de la Secretaria del Tribunal de 12 de enero de 2015, dictada en el seno del recurso especial nº 1084/2014.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. Este Tribunal es competente para resolver el presente recurso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.1 del TRLCSP, por ser el órgano de contratación un poder adjudicador del sector público estatal.

Segundo. Es objeto de recurso un Acuerdo Marco de suministro que, en atención a su valor estimado, es susceptible de recurso especial en materia de contratación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 40.1.a) del TRLCSP.

Se impugna el acuerdo de exclusión adoptado por la Comisión Permanente de la Junta de Contratación Centralizada del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, acto susceptible de recurso especial conforme al artículo 40.2.b), *in fine*, del TRLCSP.

Tercero. El recurso ha sido interpuesto dentro del plazo establecido en el artículo 44.2 de la LCSP, esto es, dentro del plazo de quince días hábiles siguientes a aquél en el que el interesado tuvo conocimiento del acto impugnado.

Consta la formulación por la recurrente del anuncio previo al recurso exigido en el artículo 44.1 del TRLCSP.

Cuarto. Debe entenderse que el recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, pues la empresa recurrente ha concurrido a la licitación y ha resultado excluida de la misma en virtud del acuerdo impugnado. Ostenta, por tanto, la legitimación exigida en el artículo 42 del TRLCSP.

Quinto. Entrando en el fondo del asunto, la empresa recurrente, después de citar la posibilidad que la cláusula XII.1.3 del PCAP contempla de admitir, por causa justificada, medios de acreditación de la solvencia económica y financiera distintos de los previstos con carácter general en el pliego, fundamenta su recurso contra el acto de exclusión en la consideración de que el requisito de solvencia exigido en el PCAP es contrario a Derecho por cuanto que:

- No atiende a la finalidad perseguida por el TRLCSP, conforme a su artículo 1.
- No cumple los criterios para la selección de candidatos establecidos en el artículo 163 del TRLCSP.

- Infringe la prohibición de conductas colusorias prevista en el artículo 1 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, por restringir injustificadamente la competencia.
- Es contrario a lo establecido en el artículo 1 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, que respecto de las personas jurídicas tiene por cierta su solvencia económica cuando el importe de su patrimonio neto, según el balance de las cuentas aprobadas y presentadas en el Registro Mercantil correspondiente al último ejercicio finalizado y, en su defecto, de las correspondientes al último ejercicio cuyo periodo de presentación haya finalizado, supere el importe mínimo establecido en la legislación mercantil para no incurrir en causa de disolución.
- Incumple el principio de proporcionalidad. El TRLCSP no establece ninguna referencia en cuanto a cuál es el volumen de cifra de negocios exigible en función del contrato que se licite, por lo que 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.
- La constitución de garantía definitiva sería otra forma de garantizar el cumplimiento del objeto del contrato, sin que se haya dado esa opción por el órgano de contratación.
- El artículo 45 de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y a su internacionalización, prohíbe a los órganos de contratación otorgar ninguna ventaja directa o indirecta a las empresas que hayan contratado previamente con cualquier Administración, siendo nulas de pleno derecho las disposiciones, actos y resoluciones que otorguen ese tipo de ventajas.
- El criterio de solvencia económica exigido se aparta injustificadamente de los criterios mantenidos en licitaciones anteriores, en los que se ha exigido una cifra de negocios similar a la del presupuesto de licitación e infringe el deber de motivación de los actos administrativos.
- La Recomendación 1/2010 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid considera que las actuales circunstancias económicas están provocando una disminución de la actividad de empresarios y profesionales, por lo que

recomienda que no se exija a los mismos con carácter exclusivo el requisitos de acreditación de solvencia mediante la relación de trabajos efectuados en los tres últimos años o mediante declaración de volumen global de los tres últimos ejercicios, admitiéndose la posibilidad de acreditar la solvencia mediante otros medios de prueba de los establecidos en la Ley.

Sexto. El órgano de contratación se opone a la estimación del recurso con base en los siguientes argumentos:

- El artículo 163 del TRLCSP invocado por la recurrente es aplicable al procedimiento restringido, lo que no es el caso, y dada su remisión a los artículos 75 a 79 del TRLCSP sólo requiere que los criterios de solvencia sean objetivos, sin perjuicio de que el principio de proporcionalidad deba estar presente en toda la actuación administrativa.

- La solvencia económica exigida en el PCAP no es contraria a la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, por cuanto que establece unos requisitos idénticos para todos los licitadores, habiendo concurrido un total de 90 a esta licitación. Por lo demás, todos los pliegos de la Dirección General de Racionalización de la Contratación Centralizada son informados por la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, en aras a salvaguardar y fomentar la libre competencia.

- Todas las alegaciones de la empresa recurrente se refieren no al acto de exclusión, sino al requisito de solvencia recogido en el PCAP, que no fue recurrido en plazo, lo que, según anteriores resoluciones de este Tribunal, determina la inadmisión del recurso.

- El artículo del Real Decreto 817/2009 citado por la recurrente se refiere a los requisitos de solvencia económica y financiera de las empresas a efectos de su clasificación, lo que tampoco es el caso.

- Los pliegos (cláusula XII.1.3, párrafo tercero) prevén la posibilidad de acreditar la solvencia a través de medios distintos a los recogidos en la cláusula VIII.3, cuando *“por alguna razón justificada, el licitador no esté en condiciones de presentar las referencias solicitadas”*, en cuyo caso *“se le autorizará a acreditar su solvencia económica y financiera por medio de cualquier otro documento que se considere apropiado por el órgano de contratación”*. Siendo esto así, la empresa recurrente no hizo uso de esta

posibilidad. Adjunta la recurrente junto a su recurso especial un balance de cuentas de 2013 que no fue aportado ni valorado en su momento por la Comisión Permanente de la Junta de Contratación Centralizada y que resulta, por ello, extemporáneo, en virtud del principio de seguridad jurídica y para evitar la indefensión del resto de licitadores. Dicho balance, por lo demás, no acredita el cumplimiento del requisito de solvencia exigido en la cláusula VIII.3 del PCAP.

- Ante la ausencia de una fórmula matemática que permita sentar un criterio general en la delimitación de la proporcionalidad entre el objeto del contrato y la solvencia exigible para su ejecución, el Tribunal ha considerado aplicable en algunas resoluciones la previsión del artículo 58.3 de la Directiva de 15 de enero de 2014 (2004/24/UE), que permite al órgano de contratación exigir una cifra de negocios anual que pueda exceder hasta en dos veces del valor estimado del contrato. La solvencia económica y financiera exigida en el PCAP no incurre en desproporcionalidad, pues se exige acreditar una cifra global de negocios en alguno de los tres últimos ejercicios superior a 1.000.000 de euros, para un Acuerdo Marco de un valor estimado de 30.000.000 de euros. Al tratarse de un Acuerdo Marco para la adopción de tipo, dentro del sistema estatal de contratación centralizada, la acumulación de todos los suministros conlleva un valor estimado que no puede equipararse con el requisito de solvencia económica y financiera, por lo que se ha reducido a un 3% del valor estimado.

- La garantía definitiva tiene una finalidad distinta de la que persigue el requisito de solvencia económica y financiera, finalidad que se concreta en responder de los conceptos que enumera el artículo 100 del TRLCSP.

- No se infringe el artículo 45 de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, puesto que la solvencia económica y financiera exigida es la misma para todos los licitadores y, pese a no ser obligatorio, el órgano de contratación optó por admitir la acreditación de las condiciones de capacidad y solvencia mediante declaración responsable, como instrumento favorecedor de los emprendedores. Ello sin perjuicio de que el recurrente pudo haber concurrido a la licitación en unión de otros empresarios.

- El PCAP cumple con la recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid al prever expresamente en la cláusula XII.1, párrafo tercero, del PCAP la acreditación de la solvencia económica y financiera a través de otros medios, siendo así que el recurrente no hizo uso de esa posibilidad.

Séptimo. Del examen del recurso se desprende que la mayor parte de las alegaciones de la empresa recurrente no se refieren propiamente al acto de exclusión de la licitación, objeto formal del recurso, sino la ilegalidad del requisito de solvencia económica y financiera exigido en la cláusula VIII.3 del PCAP por el que se rige el contrato, pliego que no ha sido recurrido por el interesado en tiempo y forma.

El Tribunal viene manteniendo la doctrina reiterada de que la presentación de proposiciones por los licitadores implica, conforme al artículo 145.1 del TRLCSP, la aceptación incondicional de los Pliegos, debiendo inadmitirse, por extemporánea, su posterior impugnación: *“Respecto al cuestionamiento del contenido de los pliegos por parte de la recurrente este Tribunal coincide con el órgano de contratación en que dicha fundamentación resulta absolutamente extemporánea, habiendo reiterado en Resoluciones anteriores la doctrina de que los pliegos son la ley del contrato que obligan tanto a la Administración contratante como al licitador que presenta una proposición a una licitación determinada. Conforme al artículo 145.1 del TRLCSP, ‘las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a lo previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de dichas cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna.’”* (por todas, Resoluciones 59/2012, de 22 de febrero 142/2012, de 28 de junio, 155/2011, de 8 de junio, 172/2011, de 29 de junio, 502/2013, de 14 de noviembre, 19/2014, de 17 de enero, ó 931/2014, de 18 de diciembre, entre otras muchas).

De acuerdo con lo expuesto, la falta de impugnación en plazo de los Pliegos obliga a la recurrente, en virtud del principio de prohibición de actuación contraria a sus propios actos (*venire contra factum proprium non valet*), a pasar por su contenido, con la única excepción de que se aprecie la concurrencia de causa de nulidad radical en los Pliegos: *“los pliegos que elabora la Administración y acepta expresamente el licitador al hacer su proposición constituyen la ley del contrato y vinculan, según constante jurisprudencia del Tribunal Supremo español, tanto a la Administración contratante como a los participantes*

en la licitación, sin perjuicio de la eventual apreciación ulterior de vicios de nulidad de pleno derecho” (Resoluciones 241/2012, de 31 de octubre, 83/2014, de 5 de febrero y 931/2014, de 18 de diciembre, entre otras). Por tanto, salvo en los mencionados supuestos de nulidad de pleno derecho (con el carácter excepcional que caracteriza a la nulidad radical y con la interpretación restrictiva de que la misma ha de ser objeto), no cabe argumentar en un recurso especial supuestas irregularidades de los Pliegos cuando éstos no han sido objeto de previa y expresa impugnación (por todas, Resolución 502/2013, de 14 de noviembre).

De acuerdo con lo expuesto, la falta de impugnación en plazo de los Pliegos determina la inadmisión de las alegaciones que en presente recurso se efectúan respecto de la adecuación o no a Derecho del requisito de solvencia económica y financiera (cláusula VIII.3 del PCAP), pues el Tribunal no aprecia en ella la concurrencia de ninguna causa de nulidad radical.

La normativa de contratación pública exige para poder contratar con los distintos poderes adjudicadores el cumplimiento previo de los requisitos de capacidad y solvencia, en sus distintas vertientes económica y financiera, técnica y profesional, con el objetivo de garantizar la idoneidad del licitador para la ejecución de la prestación demandada. Estas exigencias de capacidad y solvencia se conforman como un requisito o condición “*sine qua non*”, cuyo no cumplimiento justifica la exclusión de la licitación. Y ello con el fin de garantizar el interés público que es causa de todo contrato público.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa (JCCA) tiene declarado (informe 36/2007, de 5 de julio) que los criterios escogidos por el órgano de contratación para que los licitadores justifiquen su solvencia deben cumplir las siguientes condiciones: que figuen en el PCAP 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 el TRLCSP según el contrato de que se trate y que, en ningún caso, puedan producir efectos de carácter discriminatorio, sin que sea discriminatorio (informe de la JCCA 51/2005, de 19 de diciembre) el solo hecho de que no todos los empresarios puedan acreditar la solvencia exigida en el pliego.

Conforme a ello, este Tribunal ha sostenido reiteradamente que la solvencia exigible ha de estar relacionada con el objeto y el importe del contrato y no producir efectos de carácter discriminatorio, sin que pueda identificarse la discriminación con la circunstancia de que unos licitadores puedan cumplir las exigencias establecidas y otros no (por todas, Resolución 791/2014, de 24 de octubre). Por lo demás, la determinación de los concretos medios de acreditación de la solvencia exigidos, de entre los admitidos en el TRLCSP, no corresponde a los licitadores sino a la Administración contratante.

También viene declarando el Tribunal (Resolución 567/2014, de 24 de julio, entre otras muchas) que *“no existe una fórmula matemática que permita sentar un criterio general en la determinación de la proporcionalidad entre el objeto del contrato y las condiciones de solvencia exigidas para su ejecución”* por lo que, *“cuando se plantee esta cuestión será necesario acudir a las circunstancias del caso y tener en cuenta todos los posibles factores que concurran”*, siendo así que *“sin duda, un elemento central que deberá tenerse en consideración para definir la cifra de la solvencia será la naturaleza de la prestación que se haya de realizar pues, como ya hemos dicho, no puede perderse de vista que la solvencia económica trata de asegurar que el contratista puede cumplir el objeto del contrato y, por esta razón, una cifra excesivamente baja podría llegar a ser tan perniciosa como una excesivamente elevada”*. Y añade que *“...aunque la ley española actualmente no establece una cifra máxima de solvencia económica que pueda ser incluida en los Pliegos, lo cierto es que previsiblemente sí lo hará en el futuro. En la Directiva comunitaria sobre contratación, aprobada el 15 de enero de 2014 (2014/24/UE), concretamente en el artículo 58.3, párrafo tercero, se contempla la posibilidad de que el órgano de contratación exija una cifra de negocios anual que pueda exceder hasta en dos veces del valor estimado del contrato...”*.

Pues bien, el requisito de solvencia exigido en la cláusula VIII.3 del PCAP se considera proporcionado a las prestaciones del contrato y no supone una violación de los principios de igualdad y no discriminación. Efectivamente, la exigencia, en uno de los tres últimos ejercicios, de un volumen global de negocios superior a 1.000.000 de euros resulta proporcionada al importe y objeto del Acuerdo Marco, cuyo valor estimado es de 30.000.000 de euros, y cuyo objeto es la adopción de tipo en los suministros de mobiliario de oficina, de laboratorio y geriátrico para toda la Administración del Estado, en el ámbito

de la contratación centralizada. Teniendo en cuenta que el valor estimado del contrato alcanza los 7 tipos de bienes a suministrar, una solvencia económica del 3% de ese valor estimado no se considera, conforme a lo indicado, desproporcionada.

Dicho requisito de solvencia tampoco restringe la concurrencia, como lo demuestra el elevado número de licitadores (90) que han concurrido a la licitación.

Por lo expuesto, la cláusula VIII.3 del PCAP no vulnera los principios del artículo 1 del TRLCSP ni el artículo 1 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia. Otros preceptos invocados al efecto por el licitador no resultan aplicables al caso, bien por estar referidos al procedimiento restringido (artículo 163 del TRLCSP), bien por referirse a la solvencia exigible a efectos de obtención de la clasificación (artículo 1 del Real Decreto 817/2009). Por lo demás, el requisito de solvencia económica y financiera atiende a una finalidad completamente distinta a la que responde la garantía definitiva, llamada legalmente a responder de los conceptos enumerados en el artículo 100 del TRLCSP. Y la Recomendación 1/2010 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid tiene reflejo expreso en la cláusula XII.1.3 del PCAP. El Tribunal comparte respecto a estos motivos de recurso las consideraciones del órgano de contratación que anteceden, que, en aras de la brevedad, se dan aquí por reproducidas.

En suma, ninguna causa de nulidad radical aprecia el Tribunal en la cláusula VIII.3 del PCAP, por lo que, conforme a lo indicado, los motivos de impugnación referidos a dicha cláusula han de inadmitirse por extemporáneos.

Octavo. Al margen de lo anterior, de los antecedentes de hecho del recurso y del examen del expediente de contratación se desprende la existencia de circunstancias que han de ser objeto de especial consideración por el Tribunal.

Como ya se ha indicado, la cláusula VIII.3 del PCAP aplicable al acuerdo Marco que se considera, dispone que *“los licitadores deberán tener un volumen de negocios adecuado para la ejecución de los contratos basados en el presente acuerdo marco. El volumen global de negocios en, al menos, uno de los tres últimos ejercicios, deberá ser superior a 1.000.000,00€”*

Por su parte, la cláusula XII.1.3. del PCAP dispone lo siguiente:

“1.3. Documentación acreditativa de la solvencia económica y financiera (artículo 75 TRLCSP).

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

La declaración sobre el volumen global de negocios deberá acreditar el cumplimiento de las condiciones exigidas en la cláusula VIII.3.

Si por alguna razón justificada el licitador no está en condiciones de presentar las referencias solicitadas, se le autorizará a acreditar su solvencia económica y financiera por medio de cualquier otro documento que se considere apropiado por el órgano de contratación”, previsión que coincide con lo dispuesto en el artículo 75.2 del TRLCSP.

Pues bien, la empresa recurrente adjuntó en su día (página 36 del documento nº 19 del expediente de contratación), y de acuerdo con lo exigido en la cláusula X.1 del PCAP, una declaración responsable en la que literalmente indicaba lo siguiente:

“Que la citada empresa no dispone de las referencias de dicho volumen de negocios en función de la fecha de creación o de inicio de las actividades del empresario, ya que dicha sociedad se constituyó en fecha de 26 de agosto de 2013.

Según el artículo 75 TRLCSP párrafo 2, ‘si por razón justificada el empresario no está en condiciones de presentar las referencias solicitadas, se le autorizará a acreditar su solvencia económica y financiera por medio de cualquier otro documento que se considere apropiado por el órgano competente’.

Por todo ello, adjunto:

1. Declaración de entidad financiera (art. 75 TRLCSP, párrafo 1, apartado a) acreditando la solvencia económica suficiente para concurrir al concurso”.

Consta en el expediente de contratación remitido (páginas 1 y siguientes del documento nº 19) que la empresa OVIDIO SUÁREZ DISTRIBUCIONES, S.L. se constituyó mediante

escritura pública de 26 de agosto de 2013. En consecuencia, no estaba en disposición de aportar la cifra global de negocios correspondiente a los ejercicios 2011 y 2012, y suponiendo que iniciase su actividad en septiembre de 2013, sólo puede acreditar su actividad económica en cuatro meses (de septiembre a diciembre) del ejercicio 2013.

El artículo 75.1.c) del TRLCSP y, en el mismo sentido, la cláusula XII.1.3 del PCAP, obliga a tener en cuenta al órgano de contratación, cuando opte por exigir en el PCAP la cifra global de negocios como criterio de solvencia económica, la fecha de creación o de inicio de actividades de las empresas licitadoras. Y dicha cláusula del PCAP y el artículo 75.2 del TRLCSP admiten la posibilidad de acreditar la solvencia económica o financiera por medio de cualquier otro documento que se considere apropiado por el órgano de contratación, en caso de que, *“por alguna razón justificada, el licitador no esté en condiciones de presentar las referencias solicitadas”*.

Sobre *“la obligación de presentar los datos disponibles en función de la fecha de creación o inicio de las actividades del empresario”* el Tribunal ha declarado (Resolución 587/2013, de 29 de noviembre) que *“... no puede interpretarse en el sentido de dispensar de aportar información sobre estos extremos en los casos en que la empresa, por ser de nueva creación, no tuviese ningún ejercicio cerrado en el momento de concurrir a la licitación, pues ello supondría tanto como presumir una solvencia económica que, en los demás casos, ha de justificarse. Es obvio que ello, además de contrario al tenor del pliego, es un absurdo incompatible con la finalidad que persigue el requisito que ahora nos atañe y que no es otro que el de tratar de asegurar la capacidad y aptitud de la empresa para ejecutar el contrato (Resoluciones de este Tribunal 60/2011, 266/2011, 81/2012, 82/2012, 117/2012 y 39/2013, entre otras).*

Por el contrario, la única lectura posible del inciso que ahora nos ocupa –al igual que del artículo 75.1.c) TRLCSP que le sirve de cobertura- es que el licitador ha de aportar una declaración sobre al menos un ejercicio cerrado, de manera que, si aun no ha completado uno, su única forma de justificar la solvencia será valiéndose de los medios alternativos del artículo 75.2 del TRLCSP”.

Contrariamente a lo afirmado por el órgano de contratación en su informe, la empresa recurrente hizo uso de la posibilidad prevista en la cláusula XII.1.3 del PCAP al invocar en

su declaración responsable una circunstancia objetiva que le impedía acreditar su solvencia económica y financiera en la forma prevista con carácter general en la cláusula VIII.3 del PCAP (por carecer de datos sobre cifra global de negocios en los tres últimos ejercicios, por haberse constituido el 26 de agosto de 2013). Y aportó en su defecto, como medio para acreditar su solvencia, una certificación expedida por entidad financiera (artículo 75.1.a) del TRLCSP).

Reitera dichas circunstancias en el escrito de subsanación (documento nº 22 del expediente), al declarar que la empresa *“no dispone de las referencias de dicho volumen de negocios en función de la fecha de creación o de inicio de las actividades del empresario, ya que dicha sociedad se constituyó en fecha de 26 de agosto de 2013”*, e invoca el artículo 75.2 del TRLCSP para fundamentar la aportación, en su defecto, de una declaración de entidad financiera (artículo 75.1.a) del TRLCSP.

Si la Administración contratante consideraba que la certificación de una entidad financiera aportada por la recurrente no resultaba admisible a efectos de acreditar su solvencia económica, lo procedente habría sido indicarlo así en el requerimiento de subsanación remitido a la misma, con indicación de la forma de subsanarlo, o del medio o medios subsidiarios de acreditación de la solvencia económica y financiera que se consideraban apropiados. Sin embargo, y pese al tenor literal de la declaración responsable de la recurrente, el requerimiento de subsanación (documento nº 18 del expediente) se limitó a afirmar que *“la declaración sobre el volumen global de negocios presentada no acredita el cumplimiento de las condiciones exigidas”*.

Adviértase en este punto que tanto el artículo 75.2 del TRLCSP como la cláusula XII.1.3 del PCAP permiten atender, a estos efectos, a *“cualquier otro documento que se considere apropiado por el órgano de contratación”*, lo que, además de los restantes medios de acreditación del artículo 75.1, permite incluir estudios económicos de viabilidad, una extrapolación de la cifra de negocios de los meses de 2013 en los que, en su caso, la empresa tuvo actividad, el volumen de facturación desde su creación o fecha de inicio de actividad, etc.

La falta de indicación por la Administración contratante de la forma de subsanar la certificación aportada o de los medios alternativos para acreditar la solvencia económica

y financiera que consideraba apropiados al efecto impidió, *de facto*, la participación de la empresa recurrente en la licitación, desconoce lo dispuesto en la cláusula XII.1.3 del PCAP y en el artículo 75.2 del TRLCSP, y contraviene, por todo ello, el principio de concurrencia.

Procede en consecuencia estimar parcialmente el presente recurso, anulando el acuerdo de exclusión de la empresa OVIDIO SUÁREZ DISTRIBUCIONES, S.A. y ordenando la retroacción del procedimiento de contratación hasta el momento anterior al trámite de subsanación de la solvencia económica y financiera, para que por el órgano de contratación se dicte un nuevo requerimiento de subsanación debidamente motivado, y ajustado a lo dispuesto en la cláusula XII.1.3 del PCAP y en el artículo 75.2 del TRLCSP.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Inadmitir parcialmente el recurso interpuesto por D. O.S.G., en representación de la empresa OVIDIO SUÁREZ DISTRIBUCIONES, S.L., contra el acuerdo de la Comisión Permanente de la Junta de Contratación Centralizada de Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas de 21 de noviembre de 2014, por el que se acordó la exclusión de dicha empresa de la licitación del *“Acuerdo Marco para la adopción de tipo de los suministros de mobiliario de oficina, de laboratorio y geriátrico”*, en lo que a la impugnación de la cláusula VIII.3 del PCAP se refiere.

Segundo. Estimar parcialmente el referido recurso, anulando el acuerdo de exclusión de la empresa OVIDIO SUÁREZ DISTRIBUCIONES, S.L. y ordenando la retroacción del procedimiento de contratación hasta el momento anterior al trámite de subsanación de la solvencia económica y financiera, para que por el órgano de contratación se dicte un nuevo requerimiento de subsanación conforme a lo indicado en el Fundamento de Derecho Octavo de esta Resolución.

Tercero. Levantar la medida provisional de suspensión del procedimiento de contratación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 47.4 del TRLCSP.

Cuarto. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

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 dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11.1 f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.