



Recurso nº 1443/2022 C.A. Principado de Asturias 66/2022

Resolución nº 1568/2022

Sección 2ª

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

En Madrid, a 15 de diciembre de 2022

VISTO el recurso interpuesto por D. J.J.G.F., en representación de BAUSCHINGER, S.L., contra el acuerdo de tener por retirada su proposición del lote 3 del procedimiento de licitación convocado por el Ayuntamiento de Castrillón, para contratar la *“Redacción de los proyectos de pavimentación en caminos rurales, Dirección Facultativa y Coordinación de Seguridad y Salud de las obras incluidas en los citados proyectos”*, expediente 1615/2022, este Tribunal en sesión del día de la fecha ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El Ayuntamiento de Castrillón (Asturias) convocó mediante anuncio publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público de 5 de junio de 2022, la licitación del contrato de redacción de los proyectos de pavimentación en caminos rurales, dirección facultativa y coordinación de seguridad y salud de las obras incluidas en los citados proyectos.

El contrato se encuentra dividido en tres lotes, que son los siguientes:

Lote 1: Redacción de Proyecto, Dirección Facultativa y Coordinación de Seguridad y Salud *“Proyecto de Pavimentación de caminos en Santa María del Mar, Naveces, La Muriégana y La Braña, Castrillón”*.

Lote 2: Redacción de Proyecto, Dirección Facultativa y Coordinación de Seguridad y Salud *“Proyecto de Pavimentación de caminos en Pipe, Bujandi, Pulide, La Buría, Orbón, Castrillón”*.

Lote 3: Redacción de Proyecto, Dirección Facultativa y Coordinación de Seguridad y Salud *“Proyecto de Pavimentación de caminos en La Plata, Valboniel, Teboyas, La Curtia y Pozo El Fraile, Castrillón”*.

Su valor estimado asciende a 228.104,14 euros, siendo la duración estimada del contrato de dos años, por estar vinculada a la ejecución de las obras.

Además, por superar su valor estimado el importe de 140.000 euros, estamos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 21.1.a) 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 del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en lo sucesivo, LCSP), ante un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada.

Segundo. Tras la apertura de los tres sobres que componían la oferta, se propuso como adjudicataria del lote 3 a la mercantil BAUSCHINGER, S.L., por ser la suya la mejor valorada, requiriéndosele la documentación necesaria para la adjudicación.

En la reunión de la mesa de contratación del día 23 de septiembre de 2022, se adoptaron los siguientes acuerdos reflejados en la correspondiente acta:

“II.- En fecha 18-8-2022, la Mesa de contratación procedió a la valoración de las ofertas presentadas, resultando la mejor oferta la presentada por BAUSCHINGER S.L para el LOTE 3.

III.- En fecha 7-9-2022 se notifica a la citada empresa el requerimiento previsto en la cláusula 21 del pliego administrativo para aportación de documentación necesaria para la adjudicación del LOTE 3, concediendo a tal efecto un plazo de diez días hábiles.

IV.- Mediante escrito de fecha 20-9-2022 (r.e.n. 10.633), dicha empresa presentó, dentro del plazo concedido, documentación para acreditar la capacidad para contratar, a que hace referencia la declaración responsable contenida en el sobre 1 (documentación administrativa) de su oferta y a los efectos del artículo 140.1 de la LCSP.

V.- Examinada la documentación administrativa señalada en el punto anterior, se comprueba que la misma NO SE AJUSTA a los requisitos establecidos en la cláusula 16 del pliego administrativo, en relación con el Anexo I del pliego administrativo, por los siguientes motivos:

- En relación con la solvencia económica, para el LOTE 3 se exige un volumen de negocios igual o superior a 80.000,00 euros dentro de los tres últimos años disponibles en función de la fecha de constitución o de inicio de actividades de la empresa.
- Se presentó por la empresa la escritura de constitución, otorgada en fecha 3 de marzo de 2021.
- Así mismo, se presentó por la empresa la Cuenta de Pérdidas y Ganancias de PYMES, en la que consta como importe neto de la cifra de negocios durante el ejercicio 2021 (único disponible) la cantidad de 61.228,95 euros, inferior por tanto a la cifra mínima exigida en el pliego administrativo.

V.- Analizado lo expuesto, la Mesa de contratación propone al órgano de contratación:

1. INADMITIR A BAUSCHINGER, S.L., A LA LICITACIÓN DEL LOTE 3, SL por no haber acreditado la solvencia económica, con base en la siguiente motivación:

- En relación con el requisito de volumen anual de negocios, la empresa acredita un importe neto de la cifra de negocios durante el ejercicio 2021 (único disponible) de 61.228,95 euros, inferior por tanto a la cifra mínima exigida en el pliego administrativo, que es de 80.000,00 euros para el lote 3.

2. EXCLUIR A BAUSCHINGER, S.L., de la clasificación de las ofertas del LOTE 3 y efectuar una nueva clasificación”.

En la misma fecha, por resolución de la Alcaldía de 23 de septiembre de 2022, se resuelve:

“PRIMERO. En relación con el CONTRATO DE SERVICIOS PARA LA REDACCION DE LOS PROYECTOS DE PAVIMENTACION DE VARIOS CAMINOS, DIRECCION FACULTATIVA Y COORDINACION DE SEGURIDAD DE LAS OBRAS EN CASTRILLÓN (TRES LOTES), INADMITIR A BAUSCHINGER, S.L., A LA LICITACIÓN DEL LOTE 3 (CAMINOS EN LA PLATA, VALBONIEL, TEBOYAS, LA CURTIA Y POZO EL FRAILE), por no haber acreditado la solvencia económica, con base en la siguiente motivación:

- En relación con el requisito de volumen anual de negocios, la empresa acredita un importe neto de la cifra de negocios durante el ejercicio 2021 (único disponible) de 61.228,95 euros, inferior por tanto a la cifra mínima exigida en el pliego administrativo, que es de 80.000,00 euros para el lote 3”.

Frente a la misma, la mercantil excluida interpone el presente recurso especial, mediante escrito presentado el 27 de octubre de 2022.

Tercero. En la tramitación de este recurso, se han observado todos los trámites legal y reglamentariamente establecidos, esto es, lo prescrito por la citada LCSP y por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se prueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, RPERMC).

Cuarto. De conformidad con lo previsto en el artículo 56.2 de la LCSP, se solicitó por el Tribunal al órgano de contratación la remisión del expediente, habiendo sido recibido acompañado del correspondiente informe de fecha 11 de noviembre de 2022.

Quinto. En fecha 11 de noviembre de 2022 la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan alegaciones; no consta que ninguna haya hecho uso de este derecho.

Sexto. Interpuesto el recurso, la Secretaria del Tribunal, por delegación de este, dictó resolución de 10 de noviembre de 2022, en la que resuelve conceder la medida cautelar consistente en suspender el lote 3 del procedimiento de contratación, 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. El presente procedimiento se rige por la LCSP y el RPERMC.

Segundo. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en los artículos 46.4 de la LCSP, y 22.1. 1º del RPERMC y en el convenio suscrito el 8 de octubre de 2021, entre el Ministerio de Hacienda y Función Pública y el Principado De Asturias sobre atribución de competencias en materia de recursos contractuales (publicado en el B.O.E. nº 259, de 29 de octubre de 2021).

Tercero. La recurrente ostenta la legitimación exigida en el artículo 48 de la LCSP para recurrir el acto impugnado por haber sido licitadora en este contrato y haberse acordado la retira de su proposición, después de haberse propuesto la adjudicación del contrato a su favor, por lo que una eventual estimación del recurso presentado, le conferiría claras opciones de poder ser adjudicataria del contrato.

Cuarto. La interposición del recurso ha tenido lugar dentro del plazo legal del artículo 50 de la LCSP.

Quinto. El recurso se interpone contra un acto susceptible de impugnación por dicho cauce, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44.1.a) de la LCSP:

“a) Contratos de obras cuyo valor estimado sea superior a tres millones de euros, y de suministro y servicios, que tenga un valor estimado superior a cien mil euros”.

Se impugna el acuerdo de retirada de su proposición, recurrible conforme al artículo 44.2.b) de la LCSP.

Sexto. En cuanto al fondo del recurso se refiere, alega el recurrente su disconformidad con el acuerdo de tener por retirada la oferta al amparo de lo dispuesto en el artículo 150.2 LCSP (incorrectamente denominado, “*acuerdo de inadmisión*” por el órgano de contratación), fundada en la falta de solvencia económica exigida en el lote 3, para cuya

acreditación se exige, conforme al Anexo I de los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP), un volumen de negocios igual o superior a 80.000,00 euros dentro de los tres últimos años disponibles en función de la fecha de constitución o de inicio de actividades de la empresa.

Lo que BAUSCHINGER, S.L. alega al respecto, es lo siguiente:

“Cumpliendo tal requerimiento las únicas cuentas anuales aprobadas y depositadas en el Registro Mercantil de la sociedad correspondieron al año 2021, año de constitución de la empresa. El volumen de ese año de constitución fue de 61.228,95 €, volumen que responde a la facturación de los dos últimos trimestres del año, pues la empresa se constituye en marzo, con lo que es evidente que hasta unos meses después no comienza a facturar.

Teniendo eso en cuenta y si lo extrapolamos al año completo de la empresa, (hay que tener en cuenta que lo habitual en empresas de nueva creación es que vayan creciendo paulatinamente), el volumen anual de negocios de su actividad sería igual o superior a los 80.000,00 € exigido en el pliego administrativo.

Si cogemos esos dos trimestres del año cerrado (que se corresponde con las cuentas anuales aportadas tal y como se exigía en el pliego administrativo) y los dos primeros trimestres del año 2022, los cuales al no estar cerrado el año se podrían acreditar a través de las declaraciones del IVA de la empresa, se certificaría que ésta alcanza sobradamente ese importe establecido en el pliego administrativo, si bien el órgano de contratación no ha dado esa posibilidad a la empresa de nueva creación de subsanar y aportar otros medios de acreditación del volumen anual de negocios, con carácter previo a su exclusión.

Además, se aportó Certificado de la Aseguradora Liberty donde consta que la Empresa Bauschinger S.L. esta como asegurado de la póliza de responsabilidad civil profesional con el límite de 300.000 € desde el 17 de febrero de 2022 hasta el 17 de febrero de 2023, es decir por una cuantía muy superior a la solicitada en el Anexo I del pliego de condiciones, por tanto cumpliendo dicho requisito exigido y superior al valor estimado del contrato para el Lote 3.

A ello se añade que se consignó la garantía exigida por importe de 1.841,28 €, tal y como se acreditó mediante el justificante de transferencia realizado.

Todo ello suficiente para acreditar que se trata de una sociedad solvente económicamente para atender el contrato de servicios de referencia”.

En apoyo de su alegación también invoca doctrina de este Tribunal y el artículo 87.4 de la LCSP que dispone que:

“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”.

Por su parte, el órgano de contratación lo que en el informe remitido expone es que la exigencia de este volumen de negocios se encuentra establecida en los pliegos, no procediendo la aplicación de las excepciones establecidas para la acreditación de la solvencia técnica de las empresas de nueva creación de acuerdo a los artículos 88.2, 89.1 h) y 90.4 de la LCSP, por no ser aplicables para los contratos sujetos a regulación armonizada.

Séptimo. Expuesta en estos términos la controversia, considera este Tribunal que procede la estimación de la alegación formulada por BAUSCHINGER, S.L., con fundamento en la doctrina de este Tribunal, expuesta, entre otras, en la reciente resolución nº 1353/2022, de 27 de octubre de 2022, en la que se estima, con fundamento en el párrafo tercero del artículo 86.1 de la LCSP una pretensión muy similar a la que nos ocupa, haciéndose en los siguientes términos:

“El apartado 1 del artículo 86 de la LCSP, que regula los medios de acreditación de la solvencia, es claro en sus términos e intenciones:

«Artículo 86. Medios de acreditar la solvencia.

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.

Sin perjuicio de lo establecido en el párrafo siguiente, para los contratos que no estén sujetos a regulación armonizada el órgano de contratación, además de los documentos a los que se refiere el párrafo primero, podrá admitir de forma justificada otros medios de prueba de la solvencia distintos de los previstos en los artículos 87 a 91.

Cuando por una razón válida, el operador económico no esté en condiciones de presentar las referencias solicitadas por el órgano de contratación, se le autorizará a acreditar su solvencia económica y financiera por medio de cualquier otro documento que el poder adjudicador considere apropiado».

En interpretación del citado precepto, su primer párrafo se remite a los medios que prevé la LCSP para acreditar la solvencia económica y financiera aplicable a todos los contratos y con respecto a las solvencias técnicas y profesionales que pueden exigirse, particulariza en función de que se trate del contrato de obras, servicios y suministros u otro tipo de contratos, facultando al órgano de contratación o entidad contratante, dentro de los márgenes que le conceden dichos preceptos para elegir los medios oportunos que deberán figurar en el anuncio de licitación o en la invitación al procedimiento y en los pliegos (artículos 87.3, 88.3, 89.3, 90.2 y 91 LCSP). Aquí rige, por tanto, una vez hecha la elección por el órgano de contratación o la entidad contratante, lo determinado en los pliegos que se constituyen como ley del contrato y que podrán ser objeto de impugnación en fase de licitación, pero, caso de no ser impugnados habrá que aceptar incondicionalmente su contenido (artículo 139 LCSP).

El segundo párrafo del artículo 86.1, prevé la posibilidad de establecer alternativas a los medios de acreditar la solvencia, que deberán figurar en los documentos de la licitación antes citados, pero dicha excepción se supedita a las siguientes circunstancias que han de darse acumulativamente:

1.-Sólo está prevista para los contratos no sujetos a regulación armonizada.

2.-No es obligatorio para el órgano de contratación o la entidad contratante (“podrá admitir”).

3.-Aunque se ejerza esta posibilidad, siempre hay que justificarla debidamente, pues puede generar situaciones de desigualdad frente a otros licitadores, cuyo control deberá realizarse a partir de la motivación que se haya ofrecido para justificar la excepción.

En todo caso, esta posibilidad no hubiera podido aplicarse nunca al contrato en controversia, pues se trata de un contrato sujeto a regulación armonizada por superar su valor estimado la cantidad de 215.000 euros (artículo 22.1 b) LCSP).

Por último, el tercer párrafo del artículo 86.1, también configura una excepción o alternativa a los medios de solvencia establecidos en los documentos de la licitación, pero por la redacción del precepto, va encaminada, no al momento de la fijación de los medios de solvencia, sino al momento posterior de su acreditación (excepcionalmente, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 140.3 y en general, en base al cumplimiento del artículo 150.2 en relación con el 140.1.a) 2º, todos de la LCSP) y referido a las circunstancias particulares de un determinado licitador. También supedita su aplicación, en sintonía con el respeto al principio de igualdad, a que exista “una razón válida” por la que “el operador económico no esté en condiciones de presentar las referencias solicitadas por el órgano de contratación”, lo que exige, lógicamente, que se justifique y se acredite, por prueba admitida en Derecho, las circunstancias que impiden su cumplimiento por los medios previstos en los pliegos, sobre la que deberá emitir un juicio de aceptación o rechazo el órgano de contratación o la entidad contratante.

El citado párrafo tercero es copia literal del artículo 60.3 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública que así se traspuso a la vigente LCSP y que ya este Tribunal, bajo la vigencia de la anterior Ley de Contratos, consideró de eficacia directa en nuestro ordenamiento jurídico en la resolución 586/2016, de 15 de julio de 2016.

Aunque no bajo la vigencia de la LCSP, este Tribunal admitió en su Resolución 635/2018, de 6 de julio de 2018, la acreditación de la solvencia por medios distintos a los fijados entonces en los pliegos a una empresa de reciente creación:

« (...) es razón válida para que pueda acreditarse la solvencia económica y financiera por otros medios de los ordinarios el hecho de que no se hubieran depositado todavía las cuentas anuales en el Registro Mercantil a la fecha límite de presentación de ofertas, que fue el 2 de abril, pues en esa fecha las cuentas anuales no tenían que estar aprobadas, y es documento apropiado para acreditar la solvencia la declaración en la que se especifique el volumen de negocios global de la empresa o en el específico ámbito al que se refiera el contrato, lo que es el caso de la Declaración anual del IVA de 2017».

La doctrina antes reflejada ha sido ratificada por este Tribunal bajo la vigencia de la LCSP y, precisamente, al amparo del párrafo tercero del apartado 1 del artículo 86 LCSP, en su resolución 1355/2020, de 17 de diciembre de 2020, para una empresa de reciente creación como la recurrente, con el siguiente razonamiento:

«Pues bien, en este caso, como ha tenido oportunidad de pronunciarse este Tribunal en otras ocasiones (a modo de ejemplo, en la Resolución 635/2018), en los casos de empresas de reciente creación será de aplicación el artículo 86.1 párrafo 3º de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público donde se detalla que (...) “Cuando por una razón válida, el operador económico no esté en condiciones de presentar las referencias solicitadas por el órgano de contratación, se le autorizará a acreditar su solvencia económica y financiera por medio de cualquier otro documento que el poder adjudicador considere apropiado.

El órgano de contratación, ante las dudas que albergaba en relación con la solvencia de la empresa adjudicataria PIANOS IZQUIERDO, S.L.U., solicitó informe a las unidades de producción interesadas, con objeto de que llevasen a cabo la comprobación de las cuentas de la empresa. Así, revisada la documentación aportada por aquella, se consideró suficientemente acreditada la solvencia de acuerdo con lo establecido en el Anexo I del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares teniendo en cuenta que la cifra de negocio que consta

en el Registro Mercantil es de 51.059,71€; Efectivamente, esta cifra es inferior en 1.140,20€ (un 2,184%) a la cifra requerida en el punto 7 del Anexo I del Pliego de Condiciones Administrativas Particulares para el Lote 1. No obstante, se debe tener en cuenta que se trata de una empresa de reciente creación, cuyas actividades dieron comienzo el día 14 de mayo de 2019 (no en el año 2010, como detalla el interesado en su recurso, se entiende que como consecuencia de un error tipográfico), es decir, la cifra anual de negocio corresponde solamente a 232 días de actividad. La proyección de la cifra de negocio referida al ejercicio completo sería de 80.331,01€, superando así la cifra requerida en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares.

Además, la empresa adjudicataria informa que durante el ejercicio 2020 ya puede acreditar una cifra de negocio de 55.177,38€ -superior, por tanto, a la cifra requerida en los Pliegos-, presentando a tal efecto una relación de los trabajos realizados durante el ejercicio; Lo que hace presumir que la empresa tiene capacidad económica suficiente para continuar desarrollando su actividad con normalidad en el medio plazo.

Por ello, debe entenderse acreditada la solvencia económica del adjudicatario y desestimar el primer motivo de recurso».

También, la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, en su sentencia de 24 de junio de 2020 (Rec.817/2009), admitió la acreditación de la solvencia económica de una empresa, aunque por distintos medios a los exigidos exactamente en el pliego de la licitación.

En otro orden de cosas, el recurso se centra en la solvencia económica y financiera, pero sí es oportuno reflejar que la LCSP para los contratos de suministro y de servicios sí contempla, específicamente, a las empresas de nueva creación (con antigüedad menor a cinco años) en cuanto a la solvencia técnica como un medio de favorecer la concurrencia de este tipo de empresas, en el sentido de no exigir la acreditación de un número determinado de suministros o servicios, pero, si bien, su aplicación queda limitada a los contratos no sujetos a regulación armonizada.

La recurrente, como reconoce la entidad contratante, ha acreditado la solvencia económica y financiera por un valor de 367.798,94 euros, frente a los 420.552 euros que exigía el pliego, restando por acreditar 52.753,06 euros. La cantidad acreditada con las cuentas anuales sólo puede referirse, según la recurrente, a los dos últimos trimestres del año 2021, período en el que la recurrente afirma que inició de manera efectiva su actividad.

Por tanto, a juicio de este Tribunal, tratándose de una empresa de nueva creación, existiría una razón válida, conforme al artículo 86.1 LCSP, para que el órgano de contratación le autorice a acreditar su solvencia económica por cualquier otro documento que el órgano de contratación considere adecuado y, en consecuencia, procede la estimación del recurso, acordando la retroacción de actuaciones para que la empresa recurrente pueda subsanar la falta de acreditación del requisito de solvencia económica, previo requerimiento del órgano de contratación en el que se le autorice a acreditar dicha solvencia por cualquier documento que considere adecuado, al amparo de lo dispuesto en el artículo 86.1 LCSP”.

La estimación de este recurso se considera por este Tribunal procedente por la aplicación de esta doctrina, pues tratándose de una empresa de nueva creación, existe una razón válida conforme al artículo 86.1 de la LCSP para que el órgano de contratación le autorice a acreditar su solvencia económica por cualquier otro **medio documento** ~~que~~ considere adecuado, atendiendo a las consideraciones que la normativa sobre contratación pública determina sobre la solvencia, entre ellos el citado artículo 87.4 de la LCSP, invocado por el Ayuntamiento de Castrillón.

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.J.G.F., en representación de BAUSCHINGER, S.L., contra el acuerdo de tener por retirada su proposición del lote 3 del procedimiento de licitación convocado por el Ayuntamiento de Castrillón, para



contratar la *“Redacción de los proyectos de pavimentación en caminos rurales, Dirección Facultativa y Coordinación de Seguridad y Salud de las obras incluidas en los citados proyectos”*, acordando la anulación de los acuerdos impugnados y ordenando la retroacción del procedimiento de contratación en los términos señalados en el último párrafo del Fundamento de Derecho Séptimo de esta resolución.

Segundo. Levantar la suspensión del lote 3 del procedimiento de adjudicación acordada por este Tribunal, de conformidad con el art. 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 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 Asturias en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a 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.