

TRIBUNAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

RECURSO N.- 30/2019

RESOLUCIÓN N.º-31/2019

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL DE RECURSOS CONTRACTUALES DEL AYUNTAMIENTO
DE SEVILLA**

En Sevilla, 24 de julio de 2019.

Visto el recurso especial en materia de contratación, del artículo 44 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, contra los Pliegos que rigen la contratación de los **Servicios de asesoramiento jurídico externo recurrente respecto de todas aquellas actividades, negocios o actos que, bien directa o indirectamente, estén relacionados con el giro, tráfico u objeto social de EMVISESA, así como la defensa judicial activa y pasiva de EMVISESA de los procedimientos que por materias se definen por cada lote**, Expte. EMVI/2019/0027/01, de la Empresa Municipal de la Vivienda, Suelo y Equipamiento de Sevilla, S.A., en adelante EMVISESA, interpuesto por Ángel Carapeto Porto, en su propio nombre y representación, este Tribunal adopta la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 17 de junio de 2019, se publicó en la Plataforma de Contratación del Sector Público el anuncio de licitación y los Pliegos del contrato de **“Servicios de asesoramiento jurídico externo recurrente respecto de todas aquellas actividades, negocios o actos que, bien directa o indirectamente, estén relacionados con el giro, tráfico u objeto social de EMVISESA, así como la defensa judicial activa y pasiva de EMVISESA de los procedimientos que por materias se definen, por cada lote”**, con Número de expediente EMVI/2019/0027/01, por un valor estimado de 220.000 €, mediante procedimiento abierto, con varios criterios de adjudicación.

SEGUNDO.- Con fecha 8 de julio se presenta en la Oficina de Correos de Mairena del Aljarafe escrito de interposición de Recurso Especial en materia de Contratación interpuesto por Ángel Carapeto Porto, contra los Pliegos que rigen la contratación referida.

Mediante correo electrónico remitido a este Tribunal el 9 de julio, EMVISESA informa de la presentación de recurso especial en materia de contratación remitido el día anterior por un licitador vía correo electrónico, adjuntando copia del escrito.

El 10 de julio de 2019, tiene entrada en el Registro de EMVISESA el escrito de recurso referido.

Respondiendo a la petición efectuada por el Tribunal, conforme a lo dispuesto en el art. 56 de la LCSP, con fecha 18 de julio del presente, se remite por EMVISESA copia del expediente de contratación e informe, oponiéndose al recurso formulado. Según consta en el expediente, se da traslado del recurso a los interesados, con fecha 15 de julio.

El 19 de julio, se remite escrito de alegaciones presentadas por la entidad J&A GARRIGUES, S.L.P., oponiéndose igualmente y en términos similares, al recurso, defendiendo que los requisitos de solvencia económica y financiera de los licitadores que establecen los pliegos de contratación son conforme a Derecho y no superan el umbral dispuesto el artículo 87.1.a) de la LCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Procede, en primer lugar, analizar la competencia de este Tribunal para el conocimiento del recurso planteado, competencia que deriva de los acuerdos, que conforme a la normativa de aplicación, han sido adoptados por los órganos competentes del Ayuntamiento de Sevilla; Acuerdo de creación, por Pleno de 25 de mayo de 2012 y acuerdo de la Junta de Gobierno de fechas 6 de julio de 2018, por el que se adapta la regulación, composición y funcionamiento del Tribunal a las nuevas prescripciones de la Ley 9/2017, aprobándose sus normas de funcionamiento.

Conforme a éstas normas, *“Corresponde al Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales del Ayuntamiento de Sevilla en el ámbito del Ayuntamiento de Sevilla y de las entidades instrumentales del mismo que ostenten la condición de poderes adjudicadores.*

a) Resolver los recursos especiales en materia de contratación regulados en los artículos 44 y siguientes de la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público.”

SEGUNDO.- Con carácter previo al exámen de las cuestiones de fondo planteadas por la recurrente, procede analizar los requisitos relacionados con la admisión del recurso.

La legitimación activa del recurrente, viene otorgada por aplicación del artículo 48 de la LCSP.

En relación al ámbito objetivo del recurso, hemos de analizar si ha sido interpuesto contra alguno de los actos que, de conformidad con lo establecido en el artículo 44 de la LCSP, es susceptible de recurso en esta vía.

El artículo 44.1 de la LCSP establece que:

“1. Serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación, los actos y decisiones relacionados en el apartado 2 de este mismo artículo, cuando se refieran a los siguientes contratos que pretendan concertar las Administraciones Públicas o las restantes entidades que ostenten la condición de poderes adjudicadores:

- 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.*
- b) *Acuerdos marco y sistemas dinámicos de adquisición que tengan por objeto la celebración de alguno de los contratos tipificados en la letra anterior, así como los contratos basados en cualquiera de ellos.*
- c) *Concesiones de obras o de servicios cuyo valor estimado supere los tres millones de euros.*

(...).”

Tratándose de un contrato de servicios con un valor estimado de 220.000 €, conforme al transcrito art. 44.1.a, y el 44.2.a, que determina las actuaciones recurribles, se concluye la procedencia de su interposición.

En cuanto al plazo de interposición, el art. 50 de la LCSP, establece que el plazo para la interposición del recurso especial en materia de contratación es de 15 días hábiles. Concretamente 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. Constando la publicación de Anuncio y Pliegos en la Plataforma de Contratación el 17 de junio del presente, el *dies a quo* para el cómputo ha de fijarse en el 18 de junio, finalizando, por tanto, el 9 de julio de 2019.

El art. 51.3 de la LCSP permite, como novedad a efectos del cómputo del plazo, la interposición del recurso en los lugares previstos en el art. 16.4 de la Ley 39/2015 (y no sólo en los registros del Tribunal o del Órgano de Contratación, como así exigía el TRLCSP), eliminando, además, el anuncio previo previsto en el art. 44.1 de la normativa anterior. Ello trae como consecuencia que si el recurso se presenta en lugares diferentes al registro del Tribunal, éste solo podrá cumplir la obligación de notificar la interposición del recurso al Órgano de Contratación que le impone el art. 56.2 de la ley, cuando tenga conocimiento de que dicho recurso existe, es decir, cuando se le comunique que se ha interpuesto o cuando lo reciba.

En el presente caso, conforme a lo dispuesto en el art. 51.3 LCSP y 16.4 Ley 39/2015, interpuesto el recurso el 8 de junio, no resulta, en principio extemporáneo. En cuanto a la forma y lugar de interposición, hemos de hacer constar que si bien, y como señala el órgano de contratación en su informe, se ha incumplido la obligación prevista en el artículo 51.3 de la LCSP, pues no se ha comunicado a este Tribunal, de manera inmediata y de la forma más rápida posible, la interposición del recurso objeto de exámen, no es menos cierto que tanto el órgano de contratación como este Tribunal, han tenido conocimiento de la interposición del recurso dentro del plazo correspondiente, como puede derivarse de la enumeración de hechos descrita en el Antecedente nº 2, por lo que la esencia, el objetivo y finalidad que dicha comunicación Tiene se ha visto cumplida, considerando este Tribunal que una interpretación estricta y formalista en este caso, vulneraría los principios esenciales de la contratación, amén del derecho fundamental de defensa.

TERCERO.- Entrando ya en el fondo del asunto, el análisis del escrito de interposición, viene a plantear, en esencia, que la solvencia económica exigida es contraria a derecho, impidiendo el acceso al procedimiento a aquellos profesionales autónomos cuyo volumen de negocios dista del de los grandes despachos.

Considera el recurrente que el volumen anual de negocios exigido excede este de una vez y media el valor estimado del contrato, excediendo los límites establecidos en la norma, refiriéndose, concretamente al art. 87.1.a) de la LCSP, centrando su *petitum* en “que se resuelva la anulación, procediéndose a la modificación de los Pliegos en el sentido de aminorar el volumen de negocios anual exigido, no excediendo éste de una vez y media el valor estimado del contrato.

El órgano de Contratación, por su parte, manifiesta que “*en contra de los cálculos a los que el recurrente hace referencia en su escrito de recurso, el volumen anual de negocios exigido no excede, en modo alguno, de una vez y media el valor estimado del contrato. Veamos:*

*Valor estimado del contrato: 220.000 €
Valor estimado del contrato Lote 1: 20.000 €
Valor estimado del contrato Lote 2: 200.000 €
Valor estimado del contrato x 1,5: 330.000 €
Valor estimado del contrato Lote 1 x 1,5: 30.000 €
Valor estimado del contrato Lote 2 x 1,5: 300.000 €*

Como se puede observar, en lo que respecta al Lote 1 el volumen anual de negocios exigido es, precisamente, ni más ni menos que el valor estimado del contrato Lote 1 x 1,5, límite máximo permitido por la normativa que resulta de aplicación.

No obstante, en lo que respecta al Lote 2, no sólo no excede del límite legal permitido, sino que el volumen de negocios anual exigido para acreditar la solvencia económica de dicho Lote, dista mucho de dicho límite; nada menos que en 50.000 €.”, concluyendo, por tanto que a la vista de la normativa que resulta de aplicación, y de la doctrina al respecto, la solvencia económica exigida para la licitación que nos ocupa es conforme a Derecho, habiendo sido determinada no solo por referencia al límite máximo legalmente permitido, sino atendiendo a la naturaleza del objeto del contrato, al volumen de procedimientos que para cada lote está previsto que se lleven a cabo, y por supuesto, por referencia al valor estimado del contrato para cada Lote.

A mayor abundamiento, defiende que no debe perderse de vista que la elección de los medios para acreditar la solvencia de los licitadores es una decisión discrecional habilitada en este punto, al órgano de contratación, siempre, claro está, dentro de los límites del cumplimiento de los principios generales de la contratación pública, trayendo a colación la Resolución número 237/2018 del TACRC, de 13 de abril de 2018, si bien la alusión ha de entenderse referida, a la Resolución 362/2018, que resuelve el recurso 237/2018, recogiendo la doctrina reiterada en la nº 1159/2018 y posteriores.

La Resolución 237, destaca 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. 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».

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 sentido similar se pronuncia en sus alegaciones GARRIGUES, destacando que “La asunción del recurrente de que el volumen anual de negocio exigido en los pliegos es muy superior al límite de “una vez y media el valor estimado del contrato” es

absolutamente errónea puesto que dicho recurrente confunde el “presupuesto de la licitación” con el “valor estimado del contrato”, y que dicho valor estimado “no puede coincidir con el presupuesto de licitación ya que en el mismo deben incluirse las prórrogas que se prevean en el contrato.”

CUARTO.- Conforme figura en el Anexo I y los anuncios publicados, nos encontramos ante un contrato con una duración inicial de un año, prorrogable por otro más, cuyo valor estimado asciende, conforme a lo establecido en el art. 101 de la LCSP, a 220.000 €.

La cláusula 1ª del Anexo, referida al objeto y características del contrato, precisa del siguiente modo las cuantías:

Lote	Presupuesto de licitación	IVA 21%	TOTAL
Lote 1: penal	10.000 €	2.100 €	12.100 €
Lote 2: civil	100.000€	21.000 €	121.000 €
TOTAL PRESUPUESTO DE LICITACIÓN (IVA INCLUIDO)			133.100 €

Valor estimado coincide con el presupuesto de licitación (IVA excluido): **SI** **NO**

Importe del Valor Estimado del Contrato: 220.000 €

Es la Cláusula 4ª la que precisa la solvencia requerida, disponiendo que:

4. SOLVENCIA ECONÓMICA Y FINANCIERA.

Medios de acreditación de la solvencia económica y financiera.

La solvencia económica y financiera se acreditará, de conformidad con lo establecido en el artículo 87 de la LCSP, por los medios que se señalan a continuación:

Los licitadores deberán acreditar la **solvencia económica o financiera** por los siguientes medios:

- Justificante de la existencia de un seguro de indemnización por riesgos profesionales de al menos 175.000 €, sin franquicia, así como el compromiso de su renovación o prórroga que garantice el mantenimiento de la cobertura durante la ejecución del contrato.
- 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 como mínimo de:
 - 30.000 € para el Lote 1.
 - 250.000 € para el Lote 2.

No obstante, en caso de que el licitador se presente a ambos lotes, se entenderá que cumple con la solvencia económica exigida si acredita disponer de un 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, de al menos 250.000 €.

Partiendo de la doctrina general de 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, sentada

por los órganos de resolución de recurso contractuales y la propia jurisprudencia, compartida y aplicada por este Tribunal, (Central, Resoluciones nº 1159/18, 362/2018, 135/18, 1138/17, 288/2017, 79/2015, Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado 53/10, de 10 de diciembre y, en igual sentido, informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Cataluña 6/2011, de 5 de julio, Junta Consultiva de Contratación Administrativa informe 36/2007, de 5 de julio, informe de la JCCA 51/2005, de 19 de diciembre...), 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", sin que sea discriminatorio (informe de la JCCA 51/2005, de 19 de diciembre y Resoluciones del Central 16/2012, de 13 de enero y 212/2013, de 5 de junio) el solo hecho de que no todos los empresarios puedan acreditar la solvencia exigida en el pliego.

La determinación de los concretos medios de acreditación de la solvencia exigidos, de entre los admitidos, no corresponde a los licitadores sino a la Administración contratante, siendo exigible que los medios elegidos no sean irrazonables o inadecuados para acreditar la solvencia, en este sentido, sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2012.

En el presente caso el órgano de contratación, en la cláusula 8 del Anexo referido, estableció como criterio de solvencia económica un "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 como mínimo de:

- 30.000 € para el Lote 1.
- 250.000 € para el Lote 2."

Entiende este Tribunal que el citado requisito de solvencia técnica cumple con las condiciones arriba mencionadas, ya que se trata de uno de los criterios enumerados en el artículo 87 de la LCSP, figurando tanto en el PCAP como en el anuncio del contrato; es además un criterio determinado y relacionado con el objeto y el importe del contrato no excediendo de los límites que el art. 87 en su apartado 1.a) establece, posibilitando que en el anuncio y en los Pliegos se especifiquen, de entre los recogidos en dicho artículo, los medios admitidos para acreditar la solvencia, así como la indicación del importe mínimo de cada uno de ellos, no pudiendo exceder, eso sí, el volumen de negocios mínimo anual exigido, de una vez y media el valor estimado del contrato, cumpliéndose, igualmente la determinación relativa a los lotes.

En el mismo artículo 87.3 a) nos dice que el volumen anual de negocios del licitador, que referido al al año de mayor volumen de negocio de los tres últimos concluidos "deberá ser al menos" 1,5 el valor estimado del contrato, cuando su duración no sea superior al año, "y al menos" una vez y media el valor anual medio del contrato si su duración fuera superior a un año, si bien, debemos tener en cuenta que el párrafo primero del art. 87.3 comienza señalando que " *Para los contratos no sujetos al requisito de clasificación, cuando los pliegos no concreten los criterios y requisitos mínimos para su acreditación...*" es decir, el límite del art. 87.3.a) LCSP se aplica cuando

el órgano de contratación no ha utilizado la prerrogativa expresada en el apartado 1 del mismo artículo.

Por todo lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

RESUELVE

PRIMERO. Desestimar el recurso interpuesto por Ángel Carapeto Porto, contra los Pliegos que rigen la contratación de los **Servicios de asesoramiento jurídico externo recurrente respecto de todas aquellas actividades, negocios o actos que, bien directa o indirectamente, estén relacionados con el giro, tráfico u objeto social de EMVISESA, así como la defensa judicial activa y pasiva de EMVISESA de los procedimientos que por materias se definen por cada lote**, Expte. EMVI/2019/0027/01, de la Empresa Municipal de la Vivienda, Suelo y Equipamiento de Sevilla.

SEGUNDO.- Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 58.2 de la LCSP.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma sólo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra K) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa.

LA TITULAR DEL TRIBUNAL DE RECURSOS CONTRACTUALES