

Barcelona, 10 de setembre de 2019

Resolució núm.: 283/2019 (recurs N-2019-169)

Vist el recurs especial en matèria de contractació presentat per la senyora M.C.A.J., en nom i representació de l'entitat EL GEGANT DEL PI, SCCL, contra l'anunci de licitació i els plecs que regeixen el contracte mixt de serveis de les escoles bressol municipals d'Argentona, Cargol Treu Banya i El Bosquet de l'AJUNTAMENT D'ARGENTONA (expedient 2018/2772), a data d'avui, aquest Tribunal ha adoptat la resolució següent:

ANTECEDENTS DE FET

PRIMER. En data 4 d'abril de 2019, l'anunci de la licitació es va publicar en el perfil de contractant de l'AJUNTAMENT D'ARGENTONA (en endavant, l'Ajuntament), inserit en la Plataforma de serveis de contractació pública de la Generalitat de Catalunya, a través del qual es van posar a disposició dels interessats els plecs de clàusules administratives particulars (PCAP) i de prescripcions tècniques (PPT), entre altres documents contractuals. També es va publicar al Diari Oficial de la Unió Europea (DOUE) S69, de data 8 d'abril de 2019. El valor estimat del contracte es va fixar en 3.337.670,25 euros, sense divisió de lots.

SEGON. En data 29 d'abril de 2014, la societat cooperativa EL GEGANT DEL PI, SCCL, va presentar davant l'Ajuntament recurs especial en matèria de contractació contra l'anunci de licitació i el PCAP. En síntesi, el recurs qüestiona l'apartat 8.a) de l'anunci de licitació i la clàusula 1.10.a) del PCAP, relatiu a la solvència econòmica i financera, sobre la base que s'incompleix la normativa aplicable pels motius següents:

1. Estableix un criteri de solvència no vinculat i desproporcionat a l'objecte del contracte.

2. No motiva la decisió de la quantitat del criteri de solvència.
3. No motiva la decisió que sigui la xifra de negoci el criteri per a acreditar la solvència econòmica.
4. No es compleix amb el criteri de transparència i de lliure concurrència.

Per tot això, l'entitat recurrent sol·licita, prèvia suspensió del procediment d'adjudicació del contracte, l'anul·lació de les disposicions esmentades.

TERCER. En data 2 de maig de 2019, l'òrgan de contractació va trametre al Tribunal Català de Contractes del Sector Públic (en endavant, Tribunal), d'acord amb el previst pels articles 56.2 de la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic, per la qual es transposen a l'ordenament jurídic espanyol les directives del Parlament Europeu i del Consell 2014/23/UE i 2014/24/UE, de 26 de febrer de 2014 (en endavant, LCSP), 22 del Decret 221/2013, de 3 de setembre, pel qual es regula el Tribunal i s'aprova la seva organització i el seu funcionament (des d'ara, Decret 221/2013), i preceptes concordants del Reial decret 814/2015, d'11 de setembre, pel qual s'aprova el Reglament dels procediments especials de revisió de decisions en matèria contractual (en endavant, RD 814/2015) el recurs interposat, acompanyat de l'expedient administratiu així com l'informe de l'òrgan de contractació.

QUART. El procediment de contractació resta suspès pel Tribunal, d'acord amb el previst als articles 49 i 56.3 de la LCSP i 25.1 del RD 814/2015, per mitjà de la Resolució S-39/2019, de data 13 de juny de 2019.

FONAMENTS JURÍDICS

PRIMER. Aquest Tribunal resulta competent per pronunciar-se sobre el recurs especial en matèria de contractació presentat, de conformitat amb l'article 46.2 de la LCSP, la disposició addicional quarta de la Llei 7/2011, de 27 de juliol, de mesures fiscals i financeres de la Generalitat de Catalunya, i el Decret 221/2013.

SEGON. El contracte de mixt de serveis de referència és, atès el seu valor estimat, susceptible del recurs especial en matèria de contractació, d'acord amb l'article 44.1 a) de la LCSP.

TERCER. El recurs es dirigeix contra l'anunci de licitació i el contingut dels plecs, que són actes expressament previstos per l'article 44.2 a) de la LCSP com susceptibles del recurs especial en matèria de contractació.

QUART. El Tribunal aprecia en la part recurrent, entitat l'objecte social de la qual preveu activitats directament relacionades amb l'objecte del contracte i que, a més, és l'actual empresa prestadora del servei, drets i interessos afectats per l'acte impugnat i, per tant, la necessària legitimació activa per interposar el recurs, d'acord amb els articles 48 de la LCSP i 16 del Decret 221/2013. La seva representació també ha quedat acreditada per actuar en aquest procediment de recurs, de conformitat amb l'article 51.1 a) de la LCSP.

CINQUÈ. El recurs s'ha presentat dins del termini de quinze dies hàbils que estableix l'article 50.1 de la LCSP. També s'ha presentat en forma, ja que compleix amb els requisits establerts a l'article 51.1 de la LCSP.

SISÈ. Quant al fons del recurs, EL GEGANT DEL PI, SCCL fonamenta la seva impugnació en el fet que l'apartat 8.a) de l'anunci de licitació i de la clàusula 1.10 del PCAP, que estableixen els requisits mínims de solvència econòmica i financera, no compleixen la

normativa aplicable, atès que vulneren els principis bàsics de la contractació administrativa de vinculació amb l'objecte, proporcionalitat, motivació, transparència i lliure concurrència, en impedir accedir a la licitació als operadors econòmics que no compleixin o abastin els criteris que exigeixen, comportant un obstacle de participació de petites i mitjanes empreses.

Segons s'indica, no existeix a l'expedient justificació suficient per considerar que només és possible acreditar la solvència econòmica amb un volum de negoci de l'exercici de major volum dels tres últims exercicis que sigui, com a mínim, 1,5 vegades el valor anual mig del contracte que es licita, que es fixa en 901.324,39 euros.

Així, tenint en compte que la recurrent és una cooperativa de treball associat, l'activitat de la qual es limita a la gestió de les escoles bressols municipals, la seva xifra de negoci és exactament una vegada el volum de negoci de les escoles bressol que fins ara ha gestionat. L'exigència que la xifra de negocis del millor dels tres darrers exercicis sigui com a mínim 1,5 vegades del valor anual mig del contracte l'exclou de la possibilitat d'adjudicació i limita la possibilitat d'èxit d'adjudicació a empreses que tinguin una activitat major, sigui en escoles bressol o en qualsevol altra activitat, ja que l'únic que es té en compte és la xifra de negoci global de la companyia.

Per a l'entitat recurrent, hi ha una falta de vinculació de la solvència econòmica demanada amb l'objecte del contracte, doncs aquest és la prestació del servei d'escola bressol, en què la qualitat del servei depèn més de la qualitat tècnica i condicionants més socials que de la xifra del negoci, com demostra el fet que la pròpia recurrent, amb una xifra de negoci inferior, ha gestionat aquest servei fins ara responent de totes les seves obligacions econòmiques sense haver assolit mai la xifra de negocis que ara es demana.

També estima que l'Ajuntament, desatenent el mandat de l'article 87.1.a) de la LCSP, no ha motivat les decisions sobre el criteri elegit de solvència, el qual podia haver estat substituït o complementat per altres, com una pòlissa de responsabilitat civil, el valor del patrimoni net o el període de pagament a tercers, d'acord amb el que permet la llei. Aquesta manca de motivació causa indefensió i impedeix conèixer per què l'òrgan adjudicador considera que la solvència econòmica exigida és vinculada i proporcional a l'objecte, i que el criteri adient per a acreditar la dita solvència és una determinada xifra de negoci.

Per la seva banda, l'òrgan de contractació, en l'informe emès, assenyala, en síntesi, el següent:

- La solvència econòmica és un requisit d'accés que serveix per reduir el risc que els problemes financers de l'adjudicatari puguin comprometre l'execució del contracte, i en el present contracte aquest criteri ha estat establert per l'òrgan de contractació de forma proporcional i no discriminatòria.
- Els pronunciaments dels diferents òrgans consultius han establert que els criteris de solvència i la seva forma d'acreditació han d'estar determinats amb precisió en els plecs, de manera que la solvència ha d'estar relacionada amb l'objecte i l'import del contracte i no produir efectes de caràcter discriminatori entre els possibles licitadors, sense que, en cap cas, pugui identificar-se la discriminació amb la circumstància que uns licitadors puguin complir les exigències establertes i d'altres no.
- El criteri emprat en el present cas no només és legal sinó també raonable, en tractar-se d'un contracte relatiu a un servei important i una durada considerable i amb un valor estimat de 3.337.670,25 euros, per la qual cosa és imprescindible, tal i com s'exposa a l'expedient, que es garanteixi la continuïtat en la prestació d'aquest servei, doncs es tracta d'un servei educatiu, i d'aquí que calgui adoptar mesures per garantir-se l'execució.
- S'ha regulat de forma clara i expressa el criteri de solvència, escollint d'entre els previstos en la llei el que es considera adient i proporcional per complir amb la finalitat en sí de la solvència, que no és altra que garantir la prestació del contracte, sense recórrer a requisits de solvència excessius que impliquin l'exclusió de la licitació d'empreses plenament capacitades per executar el contracte.
- El criteri de solvència escollit (volum anual de negocis) és un dels previstos expressament a l'article 87 de la LCSP, havent-se optat per una fórmula (1,5 vegades el volum anual mig de negoci) que fixa l'import mínim de solvència en 901.324,39 euros, quan el precepte citat preveu altres fórmules (1,5 vegades el valor estimat del contracte) que fixarien un import mínim de solvència encara superior.

- Entre les mesures de protecció de les PIME que contempla la LCSP no es preveu l'establiment d'una solvència econòmica especial o per sota del que es considera adient per garantir l'execució del contracte.
- La recurrent té la possibilitat d'acreditar la solvència basant-se en la solvència i mitjans d'altres entitats, d'acord amb el que estableix l'article 75.1 de la LCSP.

SETÈ. Vistes les al·legacions contraposades de les parts, correspon a aquest Tribunal dilucidar si les previsions de l'anunci de la licitació i del PCAP s'ajusten a dret, és a dir, si el requisit mínim de solvència econòmica i financera establert respecta els principis bàsics de la contractació administrativa de vinculació amb l'objecte, proporcionalitat, motivació, transparència i lliure concurrència, així com si l'òrgan de contractació ha motivat degudament la imposició d'aquest requisit i la forma d'acreditar-lo.

En primer lloc, hem de fer referència a la clàusula controvertida del PCAP:

"Clàusula 1.10.a) Solvència econòmica i financera

El licitador haurà de complir les condicions següents:

Mitjans:

Acreditar que el volum anual de negocis del licitador, que referit a l'any de major volum de negoci dels tres últims conclusos haurà de ser almenys un cop i mig el valor anual mig del contracte.

Import mínim:

901.324,39 euros

Acreditació documental:

El volum anual de negocis del licitador s'acreditarà per mitjà dels seus comptes anuals aprovats i dipositats en el Registre Mercantil, si l'empresari està inscrit en aquest registre, i si no per les dipositades en el registre oficial en què hagi d'estar inscrit. Els empresaris individuals no inscrits en el Registre Mercantil acreditaran el volum anual de negocis mitjançant els seus llibres d'inventaris i comptes anuals legalitzats pel Registre Mercantil."

En idèntics termes apareix redactat l'apartat 8 de l'anunci de la licitació que s'adjunta al perfil del contractant.

En relació amb aquesta qüestió, cal destacar la doctrina del Tribunal sobre l'elecció dels criteris de solvència de les licitadores en els procediments de licitació, que assenyala que la solvència que s'exigeix als licitadors per poder aspirar a fer-se càrrec del servei que es contracta pretén garantir que l'adjudicatari disposi dels mitjans i qualificació adequats per a portar-lo a bon fi, respectant, alhora, el principi de concurrència i no discriminació; motiu pel qual la norma exigeix que els requisits que s'estableixin en cada cas per acreditar aquesta solvència i la documentació requerida per aquesta acreditació hagin d'estar vinculats a l'objecte del contracte i ser proporcionals al mateix (per totes, la Resolució 135/2018 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales).

En aquest sentit, i d'acord amb la jurisprudència comunitària, s'estableix que aquesta decisió de l'òrgan de contractació no pot ser arbitrària, sinó que està subjecta a requisits de legalitat i proporcionalitat, de forma que han de ser criteris determinats, relacionats amb l'objecte i l'import del contracte i que, en cap cas, no poden produir efectes de caràcter discriminatori.

La Directiva 2014/24/UE del Parlament Europeu i del Consell, de 26 de febrer de 2014, sobre contractació pública (en endavant, Directiva 2014/24/UE) ho estableix de la forma següent al considerant 83 (el subratllat és nostre):

“La imposición de unos requisitos de capacidad económica y financiera demasiado exigentes constituye a menudo un obstáculo injustificado para la participación de las PYME en la contratación pública. Los requisitos deben estar vinculados y ser proporcionales al objeto del contrato. En particular, los poderes adjudicadores no deben estar autorizados a exigir a los operadores económicos un volumen de negocios mínimo que no sea proporcional al objeto del contrato. El requisito normalmente no debe exceder como máximo el doble del valor estimado del contrato. No obstante, pueden aplicarse exigencias más estrictas en circunstancias debidamente justificadas, que pueden referirse al elevado riesgo vinculado a la ejecución del contrato o al carácter crítico de su ejecución correcta y a tiempo, por ejemplo, porque constituye un elemento preliminar necesario para la ejecución de otros contratos.”

Així, la Directiva 2014/24/UE permet als poders adjudicadors establir requisits de solvència econòmica i financera que garanteixin que els licitadors tenen la capacitat necessària per executar el contracte; que aquests requisits poden referir-se a un determinat volum de negocis anual mínim; que, amb caràcter general, i conforme a la nova Directiva, aquest volum anual mínim exigit no ha d'excedir del doble del valor estimat del contracte, i que, en casos excepcionals, degudament justificats, aquest límit pot superar-se.

La LCSP assumeix en el seu article 87.1.a) el criteri de la Directiva, encara que de forma menys exigent, establint que el volum de negocis mínim anual exigít no excedeixi d'una vegada i mitja el valor estimat del contracte, excepte en casos degudament justificats, com els relacionats amb els riscos especials vinculats a la naturalesa de les obres, els serveis o els subministrament.

L'article 87.1 de la LCSP reconeix un àmbit de discrecionalitat en la decisió de l'òrgan de contractació per fixar els criteris de selecció de les empreses mitjançant l'elecció dels criteris de solvència econòmica i financera que enumera, i quant a l'opció d'acreditar la solvència econòmica per referència al volum de negocis dels licitadors, estableix que aquest volum pugui referir-se a un any i, com a regla general, la quantia no ha de superar una vegada i mitja el valor estimat del contracte.

Així les coses, en el present cas, l'exigència en la clàusula controvertida del PCAP d'un volum de negocis que no excedeixi d'una vegada i mitja el valor anual mig del contracte en el millor exercici dins dels tres darrers, es troba dins dels marges establerts a l'article 87 de la LCSP, permetent, fins i tot, la Directiva 2014/24/UE i la LCSP que s'excedeixi en determinats supòsits del mateix, sempre que es justifiqui en circumstàncies crítiques o riscos elevats vinculats a l'objecte del contracte.

Per tant, no s'aprecia cap incompliment de la normativa en les disposicions impugnades de l'anunci de licitació i del PCAP quant a la solvència econòmica i financera, atès que s'opta per un dels mitjans previstos a l'article 87 de la LCSP, dins del llindar d'import establert per aquest precepte.

D'altra banda, l'òrgan de contractació justifica en el seu informe la raonabilitat de l'establiment del criteri de solvència de la clàusula 1.10 del PCAP en atenció al fet que el contracte és relatiu a un servei important i d'una durada considerable, i amb un valor estimat de 3.337.670,25 euros, circumstàncies que fan imprescindible per l'Ajuntament que es garanteixi la continuïtat de la prestació d'aquest servei, doncs es tracta d'un servei educatiu, i d'aquí que calgui adoptar mesures per garantir-ne l'execució. Certament, no poden obviar-se les següents característiques del contracte mixt de serveis que licita l'Ajuntament, totes elles especificades en el PCAP publicat a l'anunci de la licitació, i que determinen la proporcionalitat del criteri de solvència escollit amb el seu objecte: que el servei és per a

dues escoles bressol municipals, Cargol Treu Banyes i El Bosquet de l'Ajuntament, en un únic lot; que el contracte té una durada de 4 anys; que el valor estimat del contracte s'ha calculat a partir del cost del servei de les dues escoles bressol municipals, el cost de la matèria primera de dinars i berenars i les modificacions derivades de la contractació anual d'un/a cuiner/a i el cost d'aquest servei per 4 anys de contracte més 1 any de pròrroga en l'escola bressol Cargol Treu Banyes.

En aquest sentit, l'apartat 3.7 de la memòria justificativa del contracte indica que l'objecte del contracte, els requisits establerts i els criteris de valoració, i la seva necessària vinculació amb la solvència econòmica, comporten l'elecció d'un criteri relacionat amb la garantia de la qualitat i experiència professional de l'empresa, la qual cosa justifica l'elecció del criteri del volum anual de negocis referit al millor exercici dins dels tres darrers, com a mínim un cop i mig el preu anual mig del contracte, donat que aquest és superior a un any. Per tant, es compleix amb el que estableix l'article 74.2 de la LCSP, que estableix, com a únics límits a la determinació dels requisits mínims de solvència, la vinculació amb l'objecte del contracte i la seva proporcionalitat, havent optat l'òrgan de contractació per un criteri previst a la normativa vigent i havent justificat suficientment i de forma pública i transparent l'elecció del concret criteri de valoració de la solvència econòmica.

La justificació que l'òrgan de contractació plasma en el seu informe constitueix, doncs, una motivació adequada per establir la solvència econòmica i financera exigida, la qual, d'altra banda, segueix les pautes establertes pel legislador per satisfer el requisit de la proporcionalitat amb l'objecte i el valor estimat del contracte i, per tant, no suposa una limitació inadmissible del principi de concurrència i respecta escrupolosament el de transparència.

Així mateix, tal com ha posat de relleu l'òrgan de contractació, l'article 87.3.a) de la LCSP preveu aquest criteri d'acreditació de la solvència econòmica i financera en el cas dels contractes no subjectes al requisit de classificació de duració superior a un any, quan els plecs no concretin els criteris i requisits mínims per a la seva acreditació.

En conseqüència amb tot l'anterior, procedeix desestimar el recurs interposat i confirmar el contingut de les disposicions impugnades.

D'acord amb tot el que s'ha exposat i vistos els preceptes legals d'aplicació, reunit en sessió, aquest Tribunal

ACORDA

- 1.- Desestimar el recurs especial en matèria de contractació presentat per la senyora M.C.A.J., en nom i representació de l'entitat EL GEGANT DEL PI, SCCL, contra l'anunci de licitació i els plecs que regeixen el contracte mixt de serveis de les escoles bressol municipals d'Argentona, Cargol Treu Banya i El Bosquet de l'AJUNTAMENT D'ARGENTONA (expedient 2018/2772).
- 2.- Aixecar la suspensió del procediment de contractació acordada per aquest Tribunal en data 13 de juny de 2019, a l'empara del que disposa l'article 57.3 de la LCSP.
- 3.- Declarar que no s'aprecia la concurrència de mala fe o temeritat en la interposició del recurs, per la qual cosa no escau la imposició de la sanció prevista en l'article 58.2 de la LCSP.
- 4.- Notificar aquesta resolució a totes les parts.

Aquesta resolució posa fi a la via administrativa i és directament executiva sense perjudici que es pugui interposar recurs contenciós administratiu davant la Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, en el termini de dos mesos, a comptar des de l'endemà de la recepció d'aquesta notificació, de conformitat amb el disposat en els articles 10.1 k) i 46.1 de la Llei 29/1998, de 13 de juliol, reguladora de la jurisdicció contenciosa administrativa, i en l'article 59 de la LCSP.

Aprovat per unanimitat dels membres del Tribunal Català de Contractes del Sector Públic assistents a la sessió de 10 de setembre de 2019.

Vist i plau

Carme Lucena Cayuela

Neus Colet i Arean

Vocal, en substitució de la Secretària

Presidenta