Asunto: Informe sobre acreditación de la solvencia económico-financiera de una empresa de nueva creación en un contrato de obras.
Solicitante: **Ilmo. Ayuntamiento de XXXXXXXXXX**
Expte.: 84/2024-JADSC

INFORME JURÍDICO

ANTECEDENTES

- El Alcalde-Presidente del Ilmo. Ayuntamiento de XXXXXXXXXXX remite escrito por el que, en relación con la contratación de obras municipales de rehabilitación de un edificio existente, expone que, tras la exclusión del licitador que figuraba en primer lugar conforme a la propuesta de la mesa de contratación como mejor oferta por incumplimiento de las requisitos de solvencia, se ha resuelto pasar a requerir la documentación pertinente a la siguiente empresa, como segunda mejor oferta, resultando de ello que esta tiene la condición de empresa de nueva creación.

Se indica por dicha alcaldía que como quiera que en la cláusula 15ª del Pliego de condiciones que regula dicha contratación se establece que el licitador que haya presentado la mejor oferta deberá presentar la siguiente documentación:."*4º.- Solvencia económica y financiera, técnica o profesional o, en su caso, clasificación profesional. En relación con estos extremos, la empresa deberá presentar la documentación que, en su caso, se haya indicado en la Cláusula 8 del presente pliego…*", señalándose en la cláusula 8ª que: *"La solvencia económica y financiera se acreditará por cualquiera de los siguientes medios:*

- Mediante la presentación del certificado de clasificación administrativa como contratista de obras en el grupo C, subgrupos 2, 3, 4, 6, 8 y 9, Categoría 1 o superior, acompañado de una declaración sobre su vigencia.
- Volumen anual de negocios de la persona licitadora que, referido al mejor ejercicio dentro de los tres últimos concluidos, sea como mínimo por importe de 165.000 euros. El volumen anual de negocios de la persona licitadora se acreditará por medio de sus cuentas anuales aprobadas y depositadas en el Registro Mercantil, si la persona licitadora estuviera inscrita en dicho registro y, en caso contrario, por las depositadas en el registro oficial en que deba estar inscrita. Las personas licitadoras individuales no inscritas en el Registro Mercantil acreditarán su volumen anual de negocios mediante sus libros de inventarios y cuentas anuales legalizados por el Registro Mercantil, o mediante la aportación de la declaración resumen anual del IVA presentada a Hacienda (modelo 390). …".

Asimismo, se indica que no se hace mención alguna en el Pliego de condiciones de referencia al supuesto de empresas de nueva creación, haciéndose referencia por último a una Resolución del Tribunal Central de Recursos Contractuales (TACRC), en cuanto que se manifiesta por este organismo la aplicación a empresas de nueva creación la flexibilización que en términos generales permite la LCSP para la acreditación de la solvencia económica mediante volumen de negocio o mediante la ratio entre activos o pasivos (que son los otros dos medios de acreditación que establece); y ello, además en relación con el artículo 86.1 de la LCSP, que dispone que cuando el operador económico, por una razón válida, no esté en condiciones de presentar los documentos indicadas en el PCAP, podrán admitirse otros medios de acreditación, pudiendo entenderse que la razón válida a que alude la norma, pueda ser que se trate de una empresa de nueva creación.

Código seguro de verificación (CSV):

Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en www.dipucordoba.es/tramites (Validación de Documentos)
Firmado por Asesor Técnico Área Orgánica XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX el 22-04-2024

pie_firma_corto_dipu_01

En virtud de lo anterior, se solicita a este Servicio Jurídico la emisión, a la mayor brevedad, de informe jurídico sobre la posibilidad de acreditar la solvencia económica y financiera por la empresa de nueva creación mediante otras formas no recogidas en el Pliego, entre ellas mediante la suscripción de una póliza de seguro de responsabilidad civil por riesgos profesionales equivalente, o por cuantía superior, al volumen de negocios exigido en la cláusula 8.3 anteriormente transcrita del Pliego regulador de la contratación, sin que ello implique detrimento alguno o desigualdad de trato para la licitadora excluida.

NORMATIVA APLICABLE

- 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 (LCSP).
- Estrategia Nacional de Contratación Pública (2023-2026).(ENCP).
- Resoluciones Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) y de Junta Consultiva Central de Contratación Pública del Estado (JCCPE).
- Pliego de Condiciones Administrativas Particulares (PCAP) del contrato.

En virtud de ello, se emite el presente

INFORME

PRIMERO. La Exposición de motivos de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), en el último párrafo del apartado II, viene a reseñar que si bien el motivo determinante de la Ley es la transposición de las dos Directivas que cita, no es el único, y así, dicha Ley, teniendo como punto de partida dicha transposición, no se limita a ello, sino que trata de diseñar un sistema de contratación pública, más eficiente, transparente e íntegro, mediante el cual se consiga un mejor cumplimiento de los objetivos públicos, tanto a través de la satisfacción de las necesidades de los órganos de contratación, como mediante *una mejora de las condiciones de acceso y participación en las licitaciones públicas de los operadores económicos,* y, por supuesto, a través de la prestación de mejores servicios a los usuarios de los mismos.

Continúa indicando dicha norma, en el párrafo primero del apartado III de su exposición de motivos, que: "*El sistema legal de contratación pública que se establece en la presente Ley persigue aclarar las normas vigentes, en aras de una mayor seguridad jurídica y trata de conseguir que se utilice la contratación pública como instrumento para implementar las políticas tanto europeas como nacionales en materia social, medioambiental, de innovación y desarrollo, de promoción de las PYMES, y de defensa de la competencia. Todas estas cuestiones se constituyen como verdaderos objetivos de la Ley, persiguiéndose en todo momento la eficiencia en el gasto público y el respeto a los principios de igualdad de trato, no discriminación, transparencia, proporcionalidad e integridad*.".

Posteriormente, dicha Exposición de Motivos, vuelve a referirse a la mejora de la participación de la PYMES y las medidas de apoyo a éstas, en su apartado V, si bien referido a lo que concierne a la necesidad de la división de los contratos en lotes y al pago de los subcontratistas.

Por otro lado, está la Estrategia Nacional de Contratación Pública (ENCP), la cual es un instrumento jurídico vinculante regulado en el artículo 334 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, (LCSP), que tiene un horizonte temporal de 4 años (2023 – 2026), y que se elabora sin perjuicio de que, en el ámbito de las Comunidades Autónomas y de las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla, puedan

Código seguro de verificación (CSV):

Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en www.dipucordoba.es/tramites (Validación de Documentos)
Firmado por Asesor Técnico Área Orgánica XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX el 22-04-2024

pie_firma_corto_dipu_01

elaborarse a su vez estrategias de contratación pública que, en cualquier caso, deberán ser coherentes con la estrategia nacional de contratación.

La ENCP va dirigida a todo el sector público incluyendo todos los poderes adjudicadores y entidades adjudicadoras comprendidas en el sector público estatal, autonómico y local, así como las de otros entes, organismos y entidades pertenecientes a los mismos que no tengan la naturaleza de poderes adjudicadores.

Referir, en lo que aquí interesa, que este instrumento está documentado en un texto cuyo apartado II "*Objetivos y Actuaciones*", contiene un epígrafe G donde se contempla como estrategia "*Promover la participación de las PYME en el mercado de la contratación pública"*, el cual, a su vez, contiene un subepígrafe 3 y dentro de éste, en lo que se refiere a las actuaciones pretendidas, se encuentra el apartado G.1 referido a "*Adoptar medidas dirigidas a promover la participación de las PYME en la contratación pública*." incluyendo en su subapartado G.1 e), como una de las medidas expresas a llevar a cabo, la de "*Promover el establecimiento de criterios de solvencia, medios de prueba de la misma, plazos de presentación de proposiciones, etc. que permitan la participación de las PYME.*", es decir, se presenta un objetivo cierto en cuanto adopción de medidas concretas y específicas dirigidas a este tipo de empresas, con referencia expresa a criterios de solvencia de las mismas, quizás, como bien pudiera ser, considerando la posible fijación en las normas legales de determinaciones especiales para allanar en lo posible la participación de éstas entidades en las licitaciones públicas.

Con arreglo al contenido de dichas reseñas, lo que se pretende en un primer término es hacer hincapié en que, lo que al fin y al cabo se viene a deducir de todo ello, no es otra cosa que proclamar que la postura esgrimida por la actual normativa contractual -y con ello direccionar en este sentido la actuación de los poderes públicos- se encuentra ciertamente orientada al favorecimiento de una mayor participación de los operadores económicos en las licitaciones públicas y, por supuesto, a una apuesta decisiva por una mayor apertura de los procedimientos contractuales a las pequeñas y medianas empresas, partiendo para ello del contenido de la propia LCSP cuando en su artículo 1, punto 3 (in fine), viene a determinar como parte de su objetivo y finalidad que: "*3. En toda contratación pública se incorporarán de manera transversal y preceptiva criterios sociales y medioambientales siempre que guarde relación con el objeto del contrato, en la convicción de que su inclusión proporciona una mejor relación calidad-precio en la prestación contractual, así como una mayor y mejor eficiencia en la utilización de los fondos públicos. Igualmente se facilitará el acceso a la contratación pública de las pequeñas y medianas empresas, así como de las empresas de economía social.".*

La Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado (JCCPE) a través del Informe Trienal de la Contratación Pública 2018-2020, de abril de 2021, en su apartado 2.5.2.1. *Participación de las PYMES en la contratación pública: Recomendaciones, acuerdos y circulares,* vino a señalar en cuanto a los requisitos de solvencia para las PYMES, la recomendación de una configuración de los requisitos para con éstas de las siguientes maneras de modo que no supongan una barrera de acceso para las mismas:

- Establecimiento de niveles de solvencia proporcionados.
- Utilizar criterios de solvencia no basados en la experiencia de los licitadores, de modo que las empresas de nueva creación (normalmente PYMES) no se vean perjudicadas.
- Cuando sea posible licitar a varios lotes, no exigencia del nivel de solvencia resultante de la suma de los niveles de cada lote sino un nivel inferior (medida adoptada en acuerdos marco)

Recordemos no obstante que, muchas de las medidas contempladas por la LCSP dirigidas al favorecimiento de la participación en licitaciones contractuales no sólo van dirigidas exclusivamente a las PYMES, por lo que su generalización al conjunto de los licitadores lo que pretende es favorecer la concurrencia de empresas especializadas, mediante la adecuada definición de los requisitos de capacidad y

ple_firma_corto_dipu_01

Código seguro de verificación (CSV):

Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en www.dipucordoba.es/tramites (Validación de Documentos)
Firmado por Asesor Técnico Área Orgánica XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX el 22-04-2024

solvencia adecuados al tamaño de los contratos y de las pymes, proporcionada a la cuantía y características de los mismos y, en su caso, de los lotes, como así se determinan en los arts. 65, 74 y 87 de la LCSP.

En este sentido, cabe destacar la novedad que incorporó la LCSP en los arts. 88 y 89 en cuanto a la acreditación de la solvencia para empresas de nueva creación por recursos y no por experiencia, rompiendo así la inercia probatoria que impedía a nuevas empresas acceder a la contratación pública por imposibilidad material de acreditación. Esta medida resultará de aplicación a los contratos de obras y suministros de valor estimado inferior a 500.000 €, y aplicable a empresas con una antigüedad inferior a cinco años.

La LCSP entiende por empresa de nueva creación aquella entidad u operador económico que tenga menos de cinco años de creación, contados a partir de la fecha en la que adquirió su personalidad jurídica mediante su inscripción en el Registro Mercantil, computándose el plazo indicado hasta la fecha de finalización del plazo de presentación de ofertas en el procedimiento contractual de que se trate. Este tipo de empresas a menudo se asimilan a las nociones de pequeñas y medianas empresas (PYMES) y de las empresas emergentes (o las denominadas "*Startups*"), entendidas como aquellas entidades o agrupaciones humanas, que inician su vida económica, que se encuentran abriéndose un espacio en el mercado y que normalmente están asociadas a la innovación, no resultando algo nuevo el hecho de que a este tipo de empresas de nueva creación tienen serias dificultades para acreditar las solvencias económica y financiera, técnica o profesional, normalmente exigidas para poder participar en los procedimientos de contratación pública, pues, como es sabido, para la celebración de contratos con el sector público, los operadores económicos deben acreditar estar en posesión de las condiciones mínimas de solvencia económica y financiera, y profesional o técnica que se determinen por el órgano de contratación, como así determina expresamente el artículo 74 de la LCSP: "*Exigencia de solvencia. 1. Para celebrar contratos con el sector público los empresarios deberán acreditar estar en posesión de las condiciones mínimas de solvencia económica y financiera y profesional o técnica que se determinen por el órgano de contratación. Este requisito será sustituido por el de la clasificación, cuando esta sea exigible conforme a lo dispuesto en esta Ley. 2. Los requisitos mínimos de solvencia que deba reunir el empresario y la documentación requerida para acreditar los mismos se indicarán en el anuncio de licitación y se especificarán en el pliego del contrato, debiendo estar vinculados a su objeto y ser proporcionales al mismo.*".

A tenor de ello, como así se ha planteado en el presente supuesto sometido a consulta, lo que suscita duda es la posibilidad de que este tipo de empresas de nueva creación puedan soslayar de alguna manera la dificultad que le plantea la acreditación de la solvencia económico-financiera para celebrar un contrato público cuando sólo posee unos meses de vida mercantil, y cuando el Pliego de Condiciones administrativas particulares de éste no ha contemplado el caso concreto de estas sociedades mercantiles, lo que, a la luz de las premisas que hemos analizado previamente en este punto, es objeto de análisis en los siguientes puntos del presente informe.

SEGUNDO.- Sobre la base de lo expuesto, debemos comenzar señalando antes que nada que es bien cierto que la LCSP estableció una excepción a los fines de la acreditación de la solvencia por las empresas de nueva creación, pero aplicable exclusivamente a la solvencia técnica o profesional, debido a que se trata de nuevos operadores económicos que, por su reciente creación, muchas veces carecen de la experiencia suficiente en trabajos similares al que es objeto del respectivo contrato, como para poder acreditar la solvencia técnica. Es por ello que la relevancia de esta excepción obedece a que la experiencia en trabajos similares es uno de los criterios de solvencia técnica más utilizados en la práctica por poderes adjudicadores, tanto por la facilidad de su comprobación para el órgano de contratación, como por la garantía que ofrece, al menos a priori, que el operador económico a contratar posea una experiencia previa en la ejecución de contratos con similar objeto al licitado.

ple_firma_corto_dipu_01

Código seguro de verificación (CSV):

Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en www.dipucordoba.es/tramites (Validación de Documentos)
Firmado por Asesor Técnico Área Orgánica XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX el 22-04-2024

Sin embargo, respecto de la acreditación de la solvencia por las empresas de nueva creación, en lo que respecta a la solvencia económica y financiera, nada ha establecido la nueva LCSP, esto es, a diferencia como se ha reseñado del caso de la solvencia técnica y profesional, que sí lo hizo, la ley contractual no estableció condiciones especiales para este tipo de empresas de reciente creación en cuanto a facilitar su acreditación de cumplimiento del requisito de solvencia económica y financiera.

En este orden de cosas, el artículo 87 de la LCSP viene a determinar, respecto de la acreditación de la solvencia económica y financiera de los empresarios, que:

> *"Artículo 87. Acreditación de la solvencia económica y financiera.*
> *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.*
> *b) En los casos en que resulte apropiadojustificante de la existencia de un seguro de responsabilidad civil por riesgos profesionales 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.*
> *c) Patrimonio neto, o bien ratio entre activos y pasivos, al cierre del último ejercicio económico para el que esté vencida la obligación de aprobación de cuentas anuales 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. La ratio entre activo y pasivo podrá tenerse en cuenta si el poder adjudicador especifica en los pliegos de la contratación los métodos y criterios que se utilizarán para valorar este dato. Estos métodos y criterios deberán ser transparentes, objetivos y no discriminatorios.*
> *Como medio adicional a los previstos en las letras anteriores de este apartado, el órgano de contratación podrá exigir que el periodo medio de pago a proveedores del empresario, siempre que se trate de una sociedad que no pueda presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada, no supere el límite que a estos efectos se establezca por Orden del Ministro de Hacienda y Función Pública teniendo en cuenta la normativa sobre morosidad.*
> *d) Para los contratos de concesión de obras y de servicios, o para aquellos otros que incluyan en su objeto inversiones relevantes que deban ser financiadas por el contratista, el órgano de contratación podrá establecer medios de acreditación de la solvencia económica y financiera alternativos a los anteriores, siempre que aseguren la capacidad del contratista de aportar los fondos necesarios para la correcta ejecución del contrato.*
> *2. La acreditación documental de la suficiencia de la solvencia económica y financiera del empresario se efectuará mediante la aportación de los certificados y documentos que para cada caso se determinen reglamentariamente, de entre los siguientes: certificación bancaria, póliza o*

Código seguro de verificación (CSV):

Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en www.dipucordoba.es/tramites (Validación de Documentos)
Firmado por Asesor Técnico Área Orgánica XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX el 22-04-2024

pie_firma_corto_dipu_01

certificado de seguro por riesgos profesionales, cuentas anuales y declaración del empresario indicando el volumen de negocios global de la empresa. En todo caso, la inscripción en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público acreditará frente a todos los órganos de contratación del sector público, a tenor de lo en él reflejado y salvo prueba en contrario, las condiciones de solvencia económica y financiera del empresario.

(...//...)

4. ***La solvencia económica y financiera requerida deberá resultar proporcional al objeto contractual de conformidad con lo establecido en el artículo 74.2, no debiendo en ningún caso suponer un obstáculo a la participación de las pequeñas y medianas empresas.*****"**

Por otra parte, el artículo 86.1 LCSP, respecto de los medios de acreditar las solvencia tanto técnico y profesional como económica y financiera, determina expresamente que:

"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."

Sobre este aspecto se pronunció la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado (JCCPE) en Informe: 32. Recomendaciones, donde estableció que la Directiva 2014/24/UE admite medios alternativos de acreditación de la solvencia económica y financiera, pero no de la solvencia técnica o profesional, que se ha de acreditar estrictamente por uno o varios de los medios enumerados en la norma.

Asimismo, en cuanto a la omisión que hace la LCSP de establecer una regulación especial para la acreditación de la solvencia por las empresas de nueva creación, en lo que respecta a la solvencia económica y financiera, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en Resolución Núm. 1206/2018, interpretó que: "*...baste recordar que nuestro ordenamiento (artículo 87.1.b), interpretado por este Tribunal en materia de contratación y por la Junta Consultiva de Contratación (entre otras, por lo señalado en su recomendación de 28 de febrero de este año) las empresas de nueva creación podrán participar de las licitaciones mediante la presentación de un seguro de responsabilidad civil por riesgos profesionales equivalente, o por cuantía superior, al del valor estimado del contrato, y la razón de ser de lo anterior, no es otra que proteger la competencia y la libre concurrencia entre los licitadores.*"

La decisión adoptada por el TACRC en esta resolución viene de forma práctica a poner de manifiesto el espíritu que impregna los fundamentos legales que han sido analizados en el punto primero de este informe, y aplica a las empresas de nueva creación la flexibilización que en términos generales permite la LCSP para la acreditación de la solvencia económica mediante volumen de negocio o mediante la ratio entre activos o pasivos (que son los otros dos medios de acreditación que establece); y ello, además en relación con el ya referido artículo 86.1 de la LCSP, en cuanto que dispone que cuando el operador económico, por una razón válida, no esté en condiciones de presentar los documentos indicadas en el PCAP, podrán

Código seguro de verificación (CSV):

Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en www.dipucordoba.es/tramites (Validación de Documentos)
Firmado por Asesor Técnico Área Orgánica XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX el 22-04-2024

pie_firma_corto_dipu_01

admitirse otros medios de acreditación, pudiendo entenderse que la razón válida a que alude la norma, pueda ser que se trate de una empresa de nueva creación.

Asimismo, resulta conveniente destacar lo previsto por el apartado 4 del artículo 87 de la LCSP, cuando termina indicando que los requisitos de solvencia económica y financiera deberán ser proporcionales al objeto del contrato, pero nunca deben suponer un obstáculo a la participación de las pymes en las compras públicas.

Dicho esto, procede analizar la situación de facto planteada por el Ayuntamiento consultante respecto de la contratación que refiere:

I.- En primer término, y aún cuando ello no es objeto expreso de la consulta formulada, aunque sí se pone de manifiesto dicha circunstancia en el texto de la misma, cabe señalar a modo meramente informativo, respecto de la exclusión del primer licitador al que se le formuló requerimiento para que acreditara la solvencia económica y financiera no resultando admisible la documentación presentada por éste por ser incompleta o inadecuada, que lo preceptuado por el artículo 150.2, párrafo segundo, de la LCSP, tiene carácter imperativo, es decir, es de obligada observancia, por lo que, conforme a éste, "*de no cumplimentarse adecuadamente el requerimiento en el plazo señalado, se entenderá que el licitador ha retirado su oferta, procediéndose a exigirle el importe del 3 por ciento del presupuesto base de licitación, IVA excluido, en concepto de penalidad, que se hará efectivo en primer lugar contra la garantía provisional, si se hubiera constituido, sin perjuicio de lo establecido en la letra a) del apartado 2 del artículo 71*.".

II.- El Pliego de Condiciones Administrativas Particulares (PCAP) reguladoras del proceso contractual de autos, en cuanto a la acreditación de la solvencia económica y financiera por parte de los licitadores que participen en la misma, dispone en su Cláusula 8.3. que:

"8.3.- Solvencia.
La inscripción en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público acreditará frente a todos los órganos de contratación del sector público, a tenor de lo en él reflejado y salvo prueba en contrario, las condiciones de aptitud del empresario en cuanto a su personalidad y capacidad de obrar, representación, habilitación profesional o empresarial, solvencia económica y financiera y técnica o profesional, clasificación y demás circunstancias inscritas, así como la concurrencia o no concurrencia de las prohibiciones de contratar que deban constar en el mismo.
La inscripción en el Registro de Licitadores de la Junta de Andalucía acreditará idénticas circunstancias a efectos de la contratación con la misma, con las entidades locales incluidas en su ámbito territorial, y con los restantes entes, organismos o entidades del sector público dependientes de una y otras.
De conformidad con el artículo 159.4 a) de la LCSP, todos los licitadores deberán estar inscritos en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público, en la fecha final de presentación de ofertas.
La solvencia económica y financiera se acreditará por cualquiera de los siguientes medios:
- Mediante la presentación del certificado de clasificación administrativa como contratista de obras en el grupo C, subgrupos 2, 3, 4, 6, 8 y 9, Categoría 1 o superior, acompañado de una declaración sobre su vigencia.
- Volumen anual de negocios de la persona licitadora que, referido al mejor ejercicio dentro de los tres últimos concluidos, sea como mínimo por importe de 165.000 euros.
El volumen anual de negocios de la persona licitadora se acreditará por medio de sus cuentas anuales aprobadas y depositadas en el Registro Mercantil, si la persona licitadora estuviera inscrita en dicho registro y, en caso contrario, por las depositadas en el registro oficial en que deba estar

Código seguro de verificación (CSV):

Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en www.dipucordoba.es/tramites (Validación de Documentos)
Firmado por Asesor Técnico Área Orgánica XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX el 22-04-2024

pie_firma_corto_dipu_01

inscrita. Las personas licitadoras individuales no inscritas en el Registro Mercantil acreditarán su volumen anual de negocios mediante sus libros de inventarios y cuentas anuales legalizados por el Registro Mercantil, o mediante la aportación de la declaración resumen anual del IVA presentada a Hacienda (modelo 390).”

Con arreglo al contenido de dicha cláusula contractual específica, entendemos procedente hacer las puntualizaciones u observaciones siguientes:

a.- Se evidencia que el PCAP no hace referencia expresa alguna en su texto a las posibles excepciones a considerar en lo que se refiere a la acreditación de las condiciones de solvencia o flexibilización de éstas en favor de las empresas de nueva creación, ni para el caso de las económicas y financieras ni para las técnicas o profesionales, ciñéndose a lo expuesto de forma general para todos los licitadores.

b.- Junto a la exigencia, de conformidad con el artículo 159.4 a) de la LCSP, de la necesaria inscripción de los licitadores en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público (ROLECE), el PCAP señala textualmente que “*La inscripción en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público acreditará frente a todos los órganos de contratación del sector público, a tenor de lo en él reflejado y salvo prueba en contrario, las condiciones de aptitud del empresario en cuanto a su personalidad y capacidad de obrar, representación, habilitación profesional o empresarial, solvencia económica y financiera y técnica o profesional, clasificación y demás circunstancias inscritas, así como la concurrencia o no concurrencia de las prohibiciones de contratar que deban constar en el mismo*.”.

En función de ello, habida cuenta que el licitador “nueva empresa” sí ha presentado -como así le era exigido- el respectivo Certificado de inscripción en el ROLECE, lo cierto y claro es que, de la comprobación del contenido de la copia del documento presentado por la empresa, se constata fehacientemente que no figuran en el mismo ni las condiciones de solvencia (tanto económico y financiera como técnica o profesional) de la misma, ni así tampoco la posible Clasificación de ésta en los Grupos y subgrupos correspondientes, como así bien podría resultar conforme a lo dispuesto en el artículo 81 de la LCSP en cuanto a la clasificación de empresarios, y asimismo conforme al restante articulado de dicha ley reguladores de otras circunstancias de los contratistas como pudiera ser la concurrencias de prohibiciones de contratar.

Es por ello que tal documento en concreto, para este supuesto, no nos resultaría válido para tales acreditaciones respecto del licitador en cuestión, debiéndose pues por el órgano de contratación acudir a otras posibles fórmulas, o considerar otras circunstancias para soslayar tal carencia.

A tenor de dichas premisas, a priori, la primera cuestión que se nos plantea es la procedencia de la aplicabilidad del clausulado del PCAP en términos absolutos y por ende, a una consideración estricta y rigurosa de cuanto en éste se exige al menos en lo que en este asunto nos interesa -como es la acreditación de las solvencias económicas y financieras por los licitadores-, sin entrar en especialidades.

En este sentido, resulta obvio que la doctrina y la jurisprudencia (incluyéndose en esta las resoluciones de los Tribunales de Recursos Contractuales, tanto Central como de las Comunidades Autónomas) vienen reiterando el carácter vinculante de los Pliegos y la necesidad de que los órganos de contratación y los licitadores se sujeten a sus previsiones, y que se configuran como una verdadera *lex contractus* para todos ellos.

Código seguro de verificación (CSV):

Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en www.dipucordoba.es/tramites (Validación de Documentos)
Firmado por Asesor Técnico Área Orgánica XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX el 22-04-2024

ple_firma_corto_dipu_01

Sirven como muestra, entre otras, las Resoluciones Núm. 911/2020, de 26 de agosto y Núm. 1139/2019 de 14 de octubre, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en cuento que se manifiestan señalan que: "*La adecuada decisión de los recursos analizados exige recordar, una vez más, que en nuestro Derecho, el principio general es que los Pliegos, tanto el de cláusulas, como el de prescripciones técnicas, constituyen la "lex contractus", que vincula tanto al órgano de contratación como a los licitadores concurrentes, sin más excepciones, que los casos en los que aquéllos estén incursos en causas de nulidad de pleno derecho (cfr.: artículos 2.9, 40.2, 53.5, 60.1, 82.5, 87 y concordantes de la Directiva 2014/25/UE, 1091 del Código Civil, 19, 32, 34.1, 61.2 y concordantes de la LCSE y 116.3, 122.2, 122.4, 124, 139.1 y concordantes de la LCSP). Esta doctrina, más que centenaria (cfr.: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala IV, de 4 de julio de 1872 –Gaceta de 12 de agosto de 1872), ha sido consagrada de manera reiterada tanto por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (cfr.: Sentencias de -, 28 de febrero de 1962 -Roj STS 1368/1962-, 21 de noviembre de 1972 -Roj STS 1789/1972-, 18 de marzo de 1974 -Roj STS 1464/1974-, 21 de enero de 1994 Roj STS 167/1994-, 6 de octubre de 1997 -Roj STS 5901/1997-, 4 de noviembre de 1997 -Roj STS 6570/1997-, 27 de febrero de 2001 -Roj STS 1508/2001-, 27 de octubre de 2001 –Roj STS 8338/2001-, 18 de mayo de 2005 -Roj STS 3177/2005-, 25 de junio de 2012 –Roj STS 4763/2012-, entre otras muchas), como por la doctrina legal del Consejo de Estado (Dictámenes de 16 de octubre de 1997 -expediente 85/1997-y 8 de octubre de 2009 – expediente 1496/2009-) y, en fin, la de este Tribunal (Resoluciones 84/2011, 147/2011, 155/2011, 172/2011, 235/2011, 17/2012, 47/2012, 82/2013, 94/2013, 737/2014, 830/2014, 844/2018, 400/2019, entre otras muchas). Por eso, una vez que se aceptan las bases de la convocatoria contenidas en los Pliegos, sólo es posible examinar si el acto de adjudicación se ha ajustado o no a éstos (cfr.: Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de julio de 2006 –Roj STS 4591/2006-). En la interpretación de los Pliegos, por lo demás, han de observarse las normas establecidas con carácter general para los contratos en los artículos 1281 y siguientes del Código Civil (cfr.: Sentencias del Tribunal Supremo, Sala III, de 8 de octubre de 1999 –Roj STS 6227/1999-y 29 de abril de 2009 –Roj STS 2858/2009-), buscando el resultado que más se acomode al Ordenamiento vigente (cfr.: Resolución 669/2016).*".

Pero, si bien el clausulado de los respectivos Pliegos se erige como la auténtica ley del contrato y, por ende, su contenido resulta de obligado cumplimiento y observancia para las partes contratantes -pues para el caso que nos ocupa, no consta que fueran recurridos en tiempo y forma, y por tanto han alcanzado firmeza administrativa y poder vinculante-, no por ello podemos sustraernos a los principios que propugna la actual legislación en cuanto favorecimiento de la participación en las licitaciones públicas y de medidas de apoyo a las pequeñas y medianas empresas, y así, aún cuando resulta evidente la omisión que registran dichos Pliegos respecto de la participación de tal tipología de empresarios noveles, no queda por menos que analizar otras opciones posibles que la propia LCSP nos allana y que, a la postre, vienen siendo admitidas por la doctrina de los tribunales administrativos y judiciales.

A este respecto, el ya referido apartado 1 in fine del artículo 86 de la LCSP, que regula los medios de acreditación de la solvencia, es claro en sus términos e intenciones: "...*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.*", circunstancia ésta que ha sido recogida, en un caso muy similar, por parte del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución Núm. 1353/2022 (recurso 1282/22), de 27 de octubre, el cual en su Fundamento de Derecho 7º, viene a manifestarse con el siguiente tenor:

> *"(...) 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*

Código seguro de verificación (CSV):

Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en www.dipucordoba.es/tramites (Validación de Documentos)
Firmado por Asesor Técnico Área Orgánica XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX el 22-04-2024

pie_firma_corto_dipu_01

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 XXX, 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.

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.

Código seguro de verificación (CSV):

Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en www.dipucordoba.es/tramites (Validación de Documentos)
Firmado por Asesor Técnico Área Orgánica XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX el 22-04-2024

pie_firma_conto_dipu_01

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.".*

Del análisis de la norma referida y de la doctrina que la ha interpretado, y tomando como hilo conductor los principios de la contratación pública a que hemos hecho reiterada referencia en este informe en aras de favorecer una mayor participación en ésta de los operadores económicos, considerando como un claro fundamento de ello la manifestación que el propio TACRC efectuó en su Resolución Núm. 1206/2018, en orden a que la actuación del órgano de contratación en el supuesto de que una empresa de nueva creación tenga dificultades para la acreditación de la solvencia económico y financiera o técnica o profesional ha de entenderse debe dirigirse a facilitar dicha acreditación por otros medios admitidos en Derecho siendo la razón de ser de ello la de proteger la competencia y la libre concurrencia entre los licitadores, no nos queda por menos, a juicio del que suscribe, y a modo de conclusión, que considerar admisible la posibilidad de que el órgano de contratación, sin perjuicio de lo previsto en el PCAP del contrato en cuestión, pueda autorizar a una empresa de nueva creación a que acredite las respectivas solvencias por otros medios que se considere adecuado, sin que quepa entenderse por ello que tal autorización suponga detrimento o trato desigual para otros licitadores que carezcan de indicada cualidad.

Bien es cierto que, antes que nada, el órgano de contratación, de conformidad con el artículo 86.1 LCSP, debe verificar que existe una "razón válida" para poder adoptar tal medida, entendiéndose que la comprobación de que el licitador afectado tiene el carácter de empresa de nueva creación, acreditándose por éste, mediante los oportunos documentos notariales y/o registrales, que posee tal carácter, puede ser una razón suficientemente válida para que dicho órgano contractual estima procedente la flexibilización documental en su favor.

Conforme a los términos de la consulta formulada, y a tenor de lo referido en párrafos precedentes, cabría pues entender como válido y apropiado a las pretensiones del órgano de contratación que éste autorizase al licitador empresa de nueva creación para que acreditase su solvencia económica y financiera a través de otros medios o documentos que el propio órgano considere adecuados, pudiendo ser el documento referido por el consistorio, esto es, un seguro de responsabilidad civil por riesgos profesionales por el importe fijado por el PCAP como superior al valor estimado del contrato, uno de esos posibles medios que el órgano de contratación estime como válido, adecuado y suficiente para la acreditación pretendida.

Código seguro de verificación (CSV):

Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en www.dipucordoba.es/tramites (Validación de Documentos)
Firmado por Asesor Técnico Área Orgánica XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX el 22-04-2024

pie_firma_corto_dipu_01

A título de mera información, seguidamente se referencian otros medios o fórmulas que, de forma indistinta, pueden quizás ser también utilizados por el órgano de contratación para tomarlos como alternativos a los que se detallan en el referido PCAP, para ello se transcriben literalmente aquellos que por parte de la Diputación Diputación Provincial de Córdoba se suelen indicar en sus Pliegos para este tipo de supuestos, pudiendo ser tomados también por dicho órgano de contratación, si así lo estimase conveniente, para el caso que le ocupa (se transcribe texto completo de la parte correspondiente del modelo de PCAP) :

> "*...Si, por una 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 los siguientes documentos por orden sucesivo y subsidiario:*
> *1.- Certificado de importe neto de la cifra de negocios, expedido por la Agencia Estatal de Administración Tributaria a los efectos de la gestión del Impuesto sobre Actividades Económicas.*
> *2- Declaración-liquidación del Impuesto sobre Sociedades e Impuesto sobre la Renta de no Residentes (establecimientos permanentes y entidades en régimen de atribución de rentas constituidas en el extranjero con presencia en territorio español), según modelo 200, de conformidad con lo dispuesto en la Orden HAC/554/2019, de 26 de abril, por la que se aprueban los modelos de declaración del Impuesto sobre Sociedades y del Impuesto sobre la Renta de no Residentes correspondiente a establecimientos permanentes y a entidades en régimen de atribución de rentas constituidas en el extranjero con presencia en territorio español, para los períodos impositivos iniciados entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 2018, se dictan instrucciones relativas al procedimiento de declaración e ingreso y se establecen las condiciones generales y el procedimiento para su presentación electrónica, casilla 255.*
> *3- Declaración resumen anual IVA, según modelo 390, de conformidad con lo dispuesto en la Orden HAC/1148/2018, de 18 de octubre, por la que se modifica la Orden EHA/3111/2009, de 5 de noviembre, por la que se aprueba el modelo 390 de declaración-resumen anual del Impuesto sobre el Valor Añadido, casilla 33."*

Es cuanto tengo que informar, señalando que la opinión jurídica que se recoge en el presente informe se somete a la de cualquiera otra mejor fundada en derecho.

Córdoba, a (*fecha y firma electrónica*).
El Asesor Técnico de A.O., con atribución temporal de funciones en Servicio de Asesoría Jca. Diputación de Córdoba.

Código seguro de verificación (CSV):

Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en www.dipucordoba.es/tramites (Validación de Documentos)
Firmado por Asesor Técnico Área Orgánica XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX el 22-04-2024

pie_firma_corto_dipu_01